

# Pravni život

časopis za pravnu teoriju i praksu

TEMATSKI BROJ

## PRAVO I PROSTOR



23

godina kopaoničke škole  
prirodnog prava

**UDRUŽENJE PRAVNIKA SRBIJE**

**BROJ 11 • BEOGRAD • 2010 • TOM III**

23  
godina



UZ PODRŠKU



NEMAČKA ORGANIZACIJA ZA TEHNIČKU SARADNJU (GTZ) GmbH  
KANCELARIJA ZA PRAVNU REFORMU

PO NALOGU



SAVEZNO MINISTARSTVO  
ZA PRIVREDNU SARADNJU  
I RAZVOJ

SUPPORTED BY



GERMAN ORGANISATION FOR TECHNICAL COOPERATION (GTZ) GmbH  
LEGAL REFORM OFFICE

BY APPOINTMENT OF



Federal Ministry for  
Economic Cooperation  
and Development

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

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

---

# PRAVNI ŽIVOT

---

ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU

---

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

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

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

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

---

Broj 11/2010 / Godina LIX / Knjiga 541  
1–1000

---

**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,  
Slobodan Šoškić, Miroslav Varićak

*Izdavač*  
UDRUŽENJE PRAVNIKA SRBIJE  
Beograd, Krunska 74,  
tel. 244-69-10,  
fax 244-30-24, poštanski fah 179  
E-mail: upj@EUnet.rs  
www.Kopaonikschool.org

*Lektura i korektura*  
Ljubomir Beker

*Kompjuterska obrada i prelom teksta*  
Slavoljub Drašer i Javorina Beker

Pretplata za 2010. godinu iznosi: za fizička lica – 4.000 dinara, za pravna lica  
– 8.000 dinara, za inostranstvo – 200 Eura. Pretplata se vrši  
na žiro račun broj: 355-1028424-38,  
uz naznaku: Pretplata za časopis »Pravni život«

Tiraž: 1.500 primeraka

---

Štampa: FUTURA, Petrovaradin

TREĆA KATEDRA

**PRAVO  
NA IMOVINU**

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



MIRKO VASILJEVIĆ

**RAZVOJ REGULATIVE UPRAVLJANJA  
KOMPANIJAMA U UPOREDNOM PRAVU  
I POZITIVNO PRAVO SRBIJE**

**SVETSKA EKONOMSKA KRIZA I REGULATIVA  
UPRAVLJANJA KOMPANIJAMA**

Korporativno upravljanje (*corporate governance, le gouvernement d'entreprise*) kao sistem »putem kojeg se upravlja i nadzire kompanija (korporacija)« prvo je bilo predmet rasprave u SAD (osamdesetih godina prošlog veka), a nakon toga i u Engleskoj, Japanu, Australiji, EU i širom sveta. U nizu zemalja formirani su i posebni instituti za korporativno upravljanje (SAD, Belgija, Luksemburg...), kao i istraživačke radne grupe na prestižnim univerzitetima (Oksford, Kembriđ, Harvard, Hamburg...). Rasprava o upravljanju kompanijama (korporativno upravljanje)<sup>1</sup> ima veliki praktični značaj te otuda ne čudi da je ona uvek iznova

---

Dr Mirko Vasiljević, profesor i dekan Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je napisan u okviru višegodišnjeg projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu *Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU (pravni, ekonomski i sociološki aspekti)*.

<sup>1</sup> Vid. K. J. Hopt *et al.* (eds.), *Corporate Governance in Context – Corporations, States, and Markets in Europe, Japan, and the US*, Oxford 2005, 731–742; G. Ferrarini *et al.* (eds.), *Reforming Company Law in Europe*, Oxford 2004, 145–182; *Report of The High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe (Winter Report)*, Brussels 2002; J. J. du Plessis *et al.* (eds.), *German Corporate Governance in International and European Context*, Berlin – Heidelberg 2007; M. Vasiljević, *Korporativno upravljanje – pravni aspekti*, Beograd 2007a.

podsticana tzv. skandalima u vezi sa upravljanjem kompanijama (korporacijama): *Enron*<sup>2</sup>, WorldCom, Parmalat... (s početka ovog veka) ili LehmanBrother's i drugi (krajem prve dekade ovog veka). Praktično, ispada da je istorija rasprave o upravljanju kompanijama istorija korporativnih skandala i ekonomskih kriza. U svakom slučaju, na sistem upravljanja kompanijama se gleda kao na svojevrsnu paradigmu, od kojeg se očekuje da u dobroj meri doprinese predupređivanju ekonomskih kriza i, ako do njih dođe, bezbolnijem izlasku iz njih i smanjenju štete po akcionare, investitore, poverioce, zaposlene, državu i lokalnu zajednicu. Sve ovo imajući u vidu činjenicu da upravljanje modernim kompanijama dovodi do tzv. *agencijskih problema* (*prvi*: sukob interesa akcionara i uprave, koji je svojstven disperzovanom akcionarstvu i kompanijama koje nemaju kontrolne akcionare; *drugi*: sukob interesa kontrolnih – većinskih akcionara i manjinskih akcionara, koji je svojstven kompanijama koje imaju koncentrisano akcionarstvo i akcionare; *treći*: sukob koncepcije upravljanja kompanijom sa akcionarskom orijentacijom ili sa multiinteresnom orijentacijom – akcionari, poverioci, zaposleni, uprava, investitori, lokalna zajednica, država, potrošači), s obzirom na to da dolazi do razdvajanja kontrole (svojjine) i upravljanja kompanijom (ugovor o agenciji – uprava kao agent radi u ime i za račun akcionara kao nalogodavca).<sup>3</sup>

Problem upravljanja kompanijama ima svoj opšti aspekt (reformisanje instituta), kao i niz pojedinačnih aspekata (upravljanje kompanijama iz komercijalnog sektora, upravljanje finansijskim organizacijama: bankama, osiguravajućim društvima, investicionim fondovima, penzionim fondovima). Predmet ove studije biće opšti aspekt reformisanja instituta upravljanja kompanijama i posebni aspekti u vezi sa komercijalnim sektorom iako su dimenzije svetske ekonomske krize poslednjih godina prvenstveno naglašene upravo u finansijskom sektoru (za razliku od početka ovog veka gde je na udaru bio baš komercijalni sektor). U svakom slučaju, pod uticajem svetske ekonomske krize zakonodavci svih zemalja prvu dekadu ovog veka obeležili su značajnim reformisanjem svoje kompanijske regulative (posebno problema vezanih za tzv. *interno upravljanje kompanijama*), kao i svoje stečajne regulative (potreba jačanja položaja poverilaca i zaposlenih u odnosu na akcionare) i regulative tržišta hartija od vrednosti (kao tzv. *spoljnje korporativno upravljanje kompanijama* – preuzimanje otvorenih društava kroz

<sup>2</sup> Vid. K. J. Hopt, »Modern Company and Capital Market Problems: Improving European Corporate Governance After Enron«, *After Enron – Improving Corporate Law and Modernising Securities Regulation in Europe and the US* (eds. J. Armour, J. A. McCahery), Oxford – Portland 2006, 450–461.

<sup>3</sup> Vid. više M. Vasiljević, »Korporativno upravljanje i agencijski problemi«, I i II deo, *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu (Anali PFB)* 1/09, 5–24 i 2/09, 5–28.



sistem javne ponude, spoljnja revizija, objavljivanje relevantnih podataka i transparentnost upravljanja u cilju snažnijeg informisanja akcionara i investitora kao budućih potencijalnih akcionara).<sup>4</sup> Koliko je zakonodavac Srbije u ovom pogledu pratio ovakve trendove svetske regulative značajno je iz više razloga, a posebno sa stanovišta primerenosti instituta naše kompanijske, stečajne i berzanske regulative (naše interesovanje vezano je naročito za ove aspekte) nivoa i dimenzija ekonomske krize i time izazvane potrebe da regulativa učini ono što se od nje očekuje.

### PROMENA KARAKTERA REGULATIVE UPRAVLJANJA KOMPANIJAMA

Upravljanje kompanijama/korporacijama otvara pre svega pitanje karaktera regulative kompanija (od osnivanja do prestanka) i tržišta hartija od vrednosti. Na prvom mestu pitanje je koliko ova regulativa treba da bude kogentna (imperativna), a koliko dispozitivna. Tradicionalno je upravljanje kompanijama bilo regulisano zakonskim normama, kako imperativnim, tako i dispozitivnim (ovlašćujućim). Ipak, apstraktnost kompanijskih zakona (kao zakonska vokacija uopšte) i time uslovljena jednoobraznost njihove primene u imperativnom delu kad je reč o upravljanju kompanijama pokazala se kao vrlo loše rešenje, s obzirom na to da ne može da uvažava brojne specifičnosti svake kompanije konkretno (veličina, broj akcionara, struktura kapitala i akcionara, vrsta delatnosti, članica grupe društava ili nečlanica, multinacionalna ili ne, otvorena ili zatvorena i slično). S druge strane, bez imperativnih normi nije moguće uređenje brojnih pitanja iz sfere upravljanja nekih kompanija, naročito otvorenih i kotiranih, tako

---

<sup>4</sup> Vid. *The XVIII International Congress of Comparative Law, Washington 2010, Section: Corporate Governance* – Interni materijal, nacionalni izveštaji (Kongres, Vašington 2010): SAD (A. R. Pinto, F. A. Gevurtz), Belgija (A. Autenne, G. Colard, A. Alexandre), Brazil (N. Eizirik), Irska (I. L. Fannon), J. Koreja (Y. Shim), Grčka (K. N. Kyriakakis), Srbija (M. Vasiljević), Kina (L. Junhai, K. B. Pišler), Italija (F. Denozza, P. Montalenti), Argentina (R. A. Etcheverry), Australija (J. G. Hill), Danska (J. S. Christensen), Francuska (P. H. Conac), Japan (N. Nakamura), Luksemburg (I. Corbisier), Portugalija (J. M. Coutinho de Abreu), Švajcarska (P. V. Kunz), Tajvan (W. J. Wang, W. R. Tseng), Turska (A. E. G. Usluel), Hrvatska (D. Jurić), Gruzija (G. Jugeli, L. Chanturia), Finska (J. Mahonen), Španija (J. A. Garcia, C. Gonzalez, I. Moralejo-Menendez); kao i: Nemačka (H. Merkt, *German National Reports to the 18th International Congress of Comparative Law* (eds. J. Basedow, U. Kischel, U. Sieber), Tubingen 2010); Holandija (J. van Bekkum *et al.*, *Netherlands Reports to the 18th International Congress of Comparative Law*, Antwerpen – Oxford 2010); i Poljska (S. Soltysinski, *Rapports Polonais – 18th International Congress of Comparative Law*, Lodz 2010).

da nije uvek izlaz forsiranje zakonskog principa *slobode ugovaranja* (ovlašćujuće, dispozitivne norme). Ovo isto važi i za regulativu tzv. samoregulatornih organizacija (berze, asocijacije berzanskih posrednika, regulatori nadzora na finansijskom tržištu i slično), koja nadopunjuje zakonsku regulativu, pa i u sferi upravljanja kompanijama, a takođe i za autonomnu regulativu kompanija u skladu sa zakonskim ovlašćenjima (opšti akti kompanija). Na drugom mestu je pitanje koliko ova regulativa treba da bude harmonizovana na nivou EU, a koliko treba da ostane na nacionalnom nivou.<sup>5</sup> Činjenica je da jednom harmonizovana kompanijska regulativa uopšte i posebno regulativa iz domena upravljanja kompanijama, kao takva ostaje teško promenljiva, a evidentno postoji kontinuirana potreba za njenom adaptacijom. Ovim se ne spori potreba harmonizacije ove regulative, ali se ističe evidentan paralelizam prednosti i nedostataka takve regulative.<sup>6</sup> Suočavanje sa ovim problemima dovelo je do razvoja prakse alternativne regulative.

Internacionalizacija berzanskih tržišta i tržišta hartija od vrednosti te nedostatak zakonske regulative i samoregulative samoregulatornih organizacija, za ove potrebe i potrebe unapređenja korporativne prakse, uslovili su potrebu razvoja *alternativne regulative*. Ova regulativa nastaje aktivnošću samih učesnika na tržištu ili u kooperaciji sa njihovim asocijacijama i vladom, putem kojih se može razviti, adaptirati i primeniti najbolja praksa (kodeksi ili standardi). Reč je u stvari o odgovoru učesnika na tržištu na osnovu zakonskog ovlašćenja uz primenu pravila *primeni ili objasni* (*comply or explain, comply or disclose*), što bi trebalo više da odrazi stvarne potrebe različitosti, fleksibilnosti, preuzimanja sopstvene odgovornosti, zadovoljenja interesa akcionara i drugih konstitutivnih interesa kompanije, od formalne zakonske (samoregulatorne ili autonomne) prinude u kompanijskom pravu i pravu hartija od vrednosti. Logika ove vrste regulative koja je osnova za redukciju *hard law* (»tvrdo pravo«) i razvoj *soft law* (»meko pravo«) je, dakle, prvenstvena potreba veće fleksibilnosti upravljanja kompanijama, potreba ispunjenja uslova propisanim berzanskim pravilima za kotaciju hartija od vrednosti kompanija i davanja više prostora autonomiji volje i u ovoj oblasti tradicionalno inače više rezervisanog za zakonski imperijum.<sup>7</sup> U teoriji se s pravom

<sup>5</sup> Vid. više E. Wymeersch, »About Techniques of Regulating Companies in the European Union«, *Reforming Company Law in Europe* (eds. G. Ferrarini *et al.*), Oxford 2004, 145–182.

<sup>6</sup> Vid. *Winter Report*, 31.

<sup>7</sup> Vid. K. J. Hopt, »Corporate Governance – General Report on 32 Countries for the International Academy of Comparative Law«, *The XVIII International Congress of Comparative Law, Section: Corporate Governance*, Washington 2010, 6–7. Vid. Interni materijal, nacionalni izveštaji (Kongres, Vašington 2010): N. Eizirik, 2; Y. Shim, 2–3; M. Vasiljević, 3–5; F. Denozza, P. Montalenti, 2; R. A. Etcheverry, 3–9; J. G. Hill, 2–4; J. S. Christensen, 2–3; P. H. Conac, 3–5; N. Nakamura, 2–5; I. Corbisier, 2–6; W. J. Wang, W. R. Tseng, 2; A. E. G. Usluel, 2–3; J. Mahonen, 5–11;

otvara pitanje da li je pravno uopšte moguće govoriti o »mekom pravu«, s obzirom na to da je tradicionalni pojam prava njegova primena ili »kompenzacija« neprimene sa principom slobode ugovaranja, koja, ako se ne iskoristi, opet se primenjuje »tvrdo pravu« (zakonskog porekla ili iz sfere samoregulative samoregulatornih organizacija ili autoregulative (opšti akti kompanija).

Postavlja se, međutim, pitanje da li se može govoriti uopšte o pravu kad je kompanija slobodna da nešto primeni ili da objasni učesnicima na tržištu zašto nešto nije primenila iz sfere korporativnog upravljanja domena »mekog prava« (kodeksi i standardi ili vodiči korporativnog upravljanja, kodeksi dobre ili najbolje korporativne prakse i slično), a da za to ne mogu da uslede pravne sankcije?! Čini se da je ovde ipak reč o specifičnom pravu i izvoru prava, koji obavezuje kompanije ili na primenu ili na neprimenu, ali uz objašnjenje razloga neprimene, što bi moglo da deluje uverljivo na njene akcionare i druge potencijalne investitore u njene hartije od vrednosti, da je upravo takav izbor najbolji korporativni izbor i da će to imati odraza na cenu njenih hartija od vrednosti i finansiranje na tržištu kapitala (nova emisija hartija od vrednosti). Ipak, neobjašnjenje neprimene »mekog prava« koje bi delovalo uverljivo na investitore ponekad može biti i osnov određenih pravnih sankcija kao povreda dužnosti pažnje direktora (kritika akcionara, određene mer nadzornog tela tržišta hartija od vrednosti i eventualna lična odgovornost direktora).<sup>8</sup> Konačno, ako je poštovanje određenog kodeksa korporativnog upravljanja ili kodeksa dobre korporativne prakse namenjenog prvenstveno listiranim kompanijama uslov za uključivanje hartija od vrednosti na određeno berzansko tržište, što često jeste, onda se priroda ovog »mekog prava« značajno menja i nema spora da njegova primena više nije dobrovoljna, već obavezna, što je već odlika prava. Ipak, nema relevantnih istaživanja koja bi ukazivala na stvarnu vezu ekonomskih posledica ovog ili onog korporativnog izbora određene kompanije kad je reč o pravilu »primeni ili objasni« u odnosu na sferu »mekog prava«.<sup>9</sup>

Alternativnu regulativu čine i tzv. *model zakoni*, koji mogu biti korišćeni dobrovoljno i promenljivo zavisno od okolnosti tržišta. Upravo su SAD primer kako se visok nivo uniformnosti kompanijske regulative može postići kroz proces »prirodne selekcije« na bazi model zakona, koji nude prednost velike adaptabilnosti i varijacija (*Model Business Corporation Act*).

Suočena sa otvorenim pitanjem karaktera moderne kompanijske regulative i regulative tržišta hartija od vrednosti, Visoka grupa eksperata za reformu kom-

---

J. A.Garcia, C. Gonzalez, I. Moralejo–Menendez, 3–5; kao i: H. Merkt, 232–234; J. van Bekkum *et al.*, 240–241); S. Soltysinski, 104–108.

<sup>8</sup> Vid. K. J. Hopt (2010), 10.

<sup>9</sup> Vid. K. J. Hopt (2010), 9.

panijskog prava EU, polazeći od razvoja fleksibilne prakse regulative, zauzela je stav da EU treba šire da koristi upravo ove alternative regulacije, konstatujući da je u dosadašnjoj zakonskoj praksi previše korišćena primarna regulativa putem direktiva, koja je potom implementirana u regulativu država članica. Ova Grupa ujedno konstatuje da u mnogim oblastima kompanijske regulative nema posebne potrebe za detaljnom regulacijom u direktivama EU i preporučuje sledeći model regulacije: prvo, ako je primarna regulacija putem direktiva nužna, ona treba da se zadrži na nivou principa i opštih pravila,<sup>10</sup> ostavljajući detaljno regulisanje sekundarnoj regulaciji; drugo, sekundarna regulacija i mehanizmi ustanovljenih standarda i njihove koordinacije su pogodniji mehanizmi regulacije naročito u oblasti upravljanja kompanijama i održavanju skupština akcionara, u cilju ohrabrenja razvoja najbolje prakse.<sup>11</sup>

Kad je, posebno, reč o korišćenju alternativne forme regulacije koja se tiče model zakona, Visoka grupa eksperata za reformu kompanijskog prava EU je mišljenja da različitost zakonodavnih tehnika i materijalnog prava nije pogodan okvir za takve zakone koji bi se koristili širom Evrope, ali bi umesto toga mogli biti korišćeni uniformni model dokumenti (npr. elektronski model proxy punomoćja za glasanje odsutnih akcionara). Ovi model dokumenti mogu biti naročito korisni kod modernih tehnologija, koje omogućuju efikasno odlučivanje (npr. prekogranično glasanje i slično). U svakom slučaju, korišćenje ovih formi može voditi neformalnoj konvergenciji nacionalnih regulativa i novih instituta kompanijskog prava.<sup>12</sup>

Zakon o privrednim društvima Srbije (ZOPD)<sup>13</sup>, polazeći od opravdane konstantne kritike naše poslovne javnosti da su nam privredni zakoni previše apstraktni i neprimenljivi za konkretnost privrednog života, ostavlja kompanijama i drugim formama privrednih društava (ortakluci) veliku mogućnost izbora svojim fleksibilnim rešenjima. Princip *slobode ugovaranja* je vrhovni princip kod svih formi zatvorenih privrednih društava (gde se problem korporativnog upravljanja u osnovi i ne postavlja), kao i kod preduzetnika. Ovaj princip je jedino isključen u pitanjima koja se tiču zaštite trećih lica, dok je u internim odnosima među vlas-

<sup>10</sup> Posebno je osetljivo pitanje eventualne široke upotrebe *principa supsidijarnosti*, prema kojem, u oblastima izvan isključive kompetencije EU, EU može zakonski intervenisati samo ako ciljevi predložene akcije ne mogu biti u potpunosti postignuti regulacijom na nivou država članica, a mogu regulacijom na nivou EU. Vid. E. Ferran, *Company Law and Corporate Finance*, Oxford 1999, 419; J. Winter, »EU Company Law at the Cross-Roads«, *Reforming Company Law in Europe* (eds. G. Ferrarini *et al.*), Oxford 2004, 13–17.

<sup>11</sup> *Winter Report*, 32.

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> Zakon o privrednim društvima – ZOPD, *Službeni glasnik RS*, 125/04.

nicima ovih društava i u njihovim odnosima sa privrednim društvom princip slobode ugovaranja praktično neograničen.

ZOPD je moderan zakon i po idejama koje su dobile zakonsko ruho i po regulisanim institutima. U mnogim svojim rešenjima, posebno u domenu korporativnog upravljanja otvorenih (kao i zatvorenih) društava, on je ispred svog vremena, posebno stoga što je prihvatio i ugradio u svoj tekst institute koji su za nivo EU tek najavljeni kao pravci promena kompanijskog prava (nezavisni direktori, kumulativno glasanje, akcije bez nominalne vrednosti, sednice skupštine akcionara ili upravnog odbora putem video konferencija i korišćenja drugih savremenih tehničkih sredstava, obaveznost internet stranice za objavu podataka od značaja za treća lica, jednogodišnji mandat direktora, fleksibilnost instituta razrešenja, otvorenost ugovora direktora sa društvom, modernizovanje principa lojalnosti i fiducijarne dužnosti prema privrednom društvu određenih lica i slično).

ZOPD je i liberalan zakon<sup>14</sup> i po idejama i po rešenjima. U Zakonu dominiraju dispozitivna rešenja, koja su uostalom bitno obeležje svih formi privrednih društava, osim donekle otvorenog akcionarskog društva. Zakon je nastojao da svoju vokacijsku apstraktnost konkretizuje rukovoden potrebama poslovnog života, koji traži za svakog privrednog subjekta mogućnost konkretnog prilagodavanja apstraktnog zakonskog rešenja. Sve ovo naravno u kontekstu ideje afirmacije poslovnog interesa svakog privrednog subjekta da može neki odnos drukčije urediti od zakona, kad ovaj ne štiti opšti interes, te otuda *čarobna formula*: »ako osnivačkim aktom nije drukčije određeno«, dominira ovim zakonom i čini njegov moto (*enabling model*).<sup>15</sup>

Uz afirmaciju principa slobode ugovaranja, što je vladajući trend kompanijske regulative, Zakon o privrednim društvima Srbije prvi put u naš pravni

---

<sup>14</sup> Do 1998. godine u državi Delaver (čije je kompanijsko pravo primer *enabling model*-a i diskrecionih ovlašćenja direktora) bilo je registrovano više od 300.000 kompanija, od kojih i preko 50% kompanija koje se kotiraju na Njujorškoj berzi. Glavni razlozi za registraciju vodećih svetskih kompanija upravo u ovoj državi su sledeći: 1) fleksibilnost zakona, 2) opšta poznatost (notornost činjenice), 3) predvidljivost ishoda sporova, 4) dobro uređeno korporativno upravljanje (posebno kad je reč o *business judgment rule*), 5) standardizovanost sudske korporativne prakse, 6) efikasnost sudova u skladu s poslovnim potrebama, 7) sposobnost privlačenja i zadržavanja kvalifikovanih menadžera i direktora, 8) mogućnost ograničenja slučajeva imovinske odgovornosti direktora i mogućnost limitiranja te odgovornosti, 9) zaštićenost interesa akcionara na prvom mestu. Vid. A. Cadbury, *Corporate Governance and Chairmanship – A Personal View*, Oxford 2002, 40–43.

<sup>15</sup> Ima shvatanja da ovaj model nije pogodan za zemlje u tranziciji, s obzirom na to da domaći poslovni subjekti nisu dovoljno vešti u ugovaranju »sophisticiranih rešenja«, mada se priznaje da ni model baziran prvenstveno na imperativnim i zabranjujućim pravilima (*prohibitive model*), sa velikom ulogom sudova, i pored određene prednosti za zemlje u tranziciji (veća pravna sigurnost oko primene norme, smanjenje rizika sudske korupcije) nije rešenje. Vid. G. Koevski, *Komparativno korporativno upravljanje*, Skopje 2005, 55–63.

život uvodi institut Kodeksa ponašanja<sup>16</sup> (Kodeks korporativnog upravljanja),<sup>17</sup> koji je donela Privredna komora Srbije, a koji se primenjuje na sva kotirana akcionarska društva (kao i shodno na druga društva koja ga izričito prihvate) koja su članovi ove komore (automatizam), osim ako društvo ne usvoji neki drugi kodeks koji ispunjava propisane uslove. Ovaj kodeks sadrži tri vrste pravila: 1) zakonska pravila, 2) preporuke ili tzv. »primeni ili objasni« pravila, koja adresat treba da prihvati i po njima postupi, a ako to ne učini ili ne učini na način predviđen ovim kodeksom, mora da pruži objašnjenje, odnosno opravdavajuće razloge za učinjeno odstupanje, i 3) predloge, koji predstavljaju pravila koja adresat ne mora da prihvati, niti da pruži bilo kakvo objašnjenje za odstupanje od njih, a koja se smatraju poželjnom praksom u oblasti korporativnog upravljanja kotiranim akcionarskim društvima.<sup>18</sup> Uz ovaj kodeks, i Beogradska berza je donela svoj Kodeks korporativnog upravljanja kotiranih društava (2008), koji ova društva mogu prihvatiti pismenom izjavom.<sup>19</sup> Iako postoji zakonska obaveza da upravni odbor kotiranog društva na svakoj godišnjoj skupštini izveštava akcionare o usklađenosti korporativnog upravljanja sa izabranim kodeksom i razlozima odstupanja ako je do toga došlo, čini se, i pored nepostojanja odgovarajućih istraživanja, da u nas nije reč o institutu koji je do sada ostavio značajnijeg traga u razvoju upravljanja kompanijama. Razlog ovome je i nedostatak prakse, nedovoljan uticaj tržišta i spoljnog pritiska i neadekvatnost sankcija (koje su uglavnom nepravne prirode – moralne). Čini se da za zemlje u tranziciji, za sada, i nema posebne potrebe za forsiranjem ove forme »mekog prava«, zbog izuzetno niskog praga pravne sigurnosti, neefikasnih sankcija, slabosti tržišne prinude, nerazvijenom tržištu kapitala, slabim i nefikasnim sudovima. Uostalom, kako to pokazuje praksa Engleske na primeru regulative preuzimanja otvorenih društava (*takeover*), koji je regulisan upravo Kodeksom (»meko pravo«), zbog autoritativnog sudstva i tržišne prinude i razvijenosti tržišta kapitala, to je efikasnije i pravno sigurnije od zemalja *civil law*-a, posebno zemalja u tranziciji, koje su ovaj institut regulisale uglavnom imperativnim zakonskim normama i regulativom nadzornih tela na finansijskom tržištu, sa daleko manje pravne sigurnosti učesnika u ovom procesu.

<sup>16</sup> ZOPD, čl. 318.

<sup>17</sup> Kodeks korporativnog upravljanja Privredne komore Srbije – KKK PKS, *Službeni glasnik RS*, 1/06.

<sup>18</sup> KKK PKS, čl. 7.

<sup>19</sup> Pored nacionalnih kodeksa korporativnog upravljanja ili kodeksa dobre korporativne prakse, čini se da su najveće utemeljenje do sada u ovom pogledu učinili Principi korporativnog upravljanja *OECD*-a (2004, 2008).

## RELEVANTNA PITANJA PROMENE REGULATIVE UNUTRAŠNJEG KORPORATIVNOG UPRAVLJANJA

### *Aktivizam akcionara*

U kontekstu tri identifikovana agencijska problema korporativnog upravljanja i potrebe njihovog rešavanja, savremeni trendovi reformisanja kompanijske regulative iz oblasti upravljanja kompanijama posebnu važnost daju potrebi snažnijeg aktiviranja akcionara u procesima upravljanja kompanijama, s obzirom na to da je kao opšta pojava prisutan fenomen akcionara »slobodnih jahača«, odnosno pasivnosti akcionara (»kralj lenjivac«). Ovaj fenomen prisutan je čak i u okruženju koje se zalaže za model akcionarski orijentisanog upravljanja kompanijama (SAD), gde ga ne bi trebalo očekivati, dok se u izvesnom smislu može opravdati u okruženju koje se zalaže za model multiinteresnog konstitutivnog interesa i upravljanja kompanijama uravnotežavanjem tih interesa (*shareholders or stakeholders oriented system of corporate governance*), što je u osnovi odlika *civil law*-a. Fenomen nedovoljnog aktivizma akcionara prisutan je ne samo kod društava sa disperzovanim akcionarstvom, već takođe i kod društava sa kontrolnim akcionarima. Tako je u Nemačkoj prosečna prisutnost akcionara akcionarskim skupštinama ispod 30%.<sup>20</sup>

U skladu s ovom identifikovanom potrebom, tri su pravca intervencije modernih kompanijskih zakonodavaca. Prvo, jačanje ovlašćenja skupštine (direktnih ili u izvesnom smislu nadzornih). Drugo, u uslovima globalizacije jačanje sistema prekograničnog glasanja akcionara. Treće, jačanje prava akcionara uopšte i posebno prava manjinskih akcionara.

Skupština kompanije, kao organ vlasnika, inkorporisana je u korporativnu strukturu sa svojim korporativnim ovlašćenjima. Iako po svojoj prirodi, ona nije pogodna za donošenje korporativnih odluka u uslovima potrebe efikasnog odlučivanja, s obzirom na to da njena kvalifikovanost trendom ulaska institucionalnih investitora (kao profesionalnih akcionara) u akcionarstvo postaje izraženija (kao i njihovim prelaskom iz pozicije pasivnih u aktivne vlasnike), to ipak vodi jačanju njenih ingerencija (posebno indirektnih koje imaju nadzornu prirodu). Ovo je posebno vidljivo iz jačanja individualnih ili kolektivnih prava akcionara koja se ostvaruju na skupštini (pravo postavljanja pitanja, pravo učešća u raspravi, pravo saziva – direktnog ili preko suda skupštine kompanije, informisanje na skupštini, uključanje novih pitanja u dnevni red skupštine pored predloženih od strane uprave i slično) ili van skupštine (informisanje), kao i indirektno iz drugih

---

<sup>20</sup> K. J. Hopt (2010), 29.

instituta unapređenja upravljanja kompanijama koji imaju i ovu funkciju (obaveza objavljivanja i transparentnosti, obaveza podnošenja izveštaja i slično). Srpsko kompanijsko pravo prihvatanjem principa »jedna akcija – jedan glas« uklapa se u savremene trendove jačanja demokratizma kompanija, što još nije ipak opšte mesto.<sup>21</sup>

Jačanje profesionalizma skupštine kroz promenu strukture akcionara sve većim učešćem institucionalnih investitora kao profesionalnih investitora, u uslovima globalizacije kapitala zahteva traženje pravnih mehanizama za olakšanje njihovog učešća u njenom radu. Pravni putevi za to olakšani su razvojem tehnike, s tim što je potrebno rešiti određena pravna pitanja koje taj razvoj nameće, kako bi se obezbedila pravna sigurnost. Tradicionalni mehanizam za ove potrebe je mehanizam glasanja preko ovlašćenih lica (najčešće banka depozitar akcija ili kustodi banka) – *proxy* mehanizam, dok su noviji (tehničko) pravni mehanizmi glasanje pisanim putem, glasanje putem interneta (uz zaštićene digitalne potpise), video ili audio konferencije i slično. Sve ove (tehničko) pravne institute poznaje i Zakon o privrednim društvima Srbije, uz određena ograničenja (audio ili video konferencije su moguće samo kod društava koja imaju do deset akcionara)<sup>22</sup> ili otvorena pitanja (da li svi akcionari mogu glasati pisanim putem, uključujući i internet, bez održavanja sednice;<sup>23</sup> da li jedan akcionar može dati punomoćje većem broju punomoćnika za skupštinu istog društva i slično).<sup>24</sup> Trendovi u uporednoj regulativi u ovom pogledu su nesumnjivi: brisanje ograničenja bilo koje prirode kako bi se bez dodatnih troškova omogućilo ostvarivanje prava glasa akcionara, po pravilu direktno (glasanje putem interneta, davanje ovlašćenja putem interneta, video ili audio sednice skupštine akcionara bez obzira na broj akcionara, mogućnost više punomoćnika za jednog akcionara u skupštini i slično).<sup>25</sup>

### *Prava akcionara i posebno prava manjinskih akcionara*

Kad je reč o pravima akcionara, individualnim i kolektivnim, čini se da ZOPD Srbije u dobroj meri sledi razvoj relevantne uporedne regulative. Tradici-

---

<sup>21</sup> Upor. ZOPD, čl. 208, st. 1, tač. 3.

<sup>22</sup> ZOPD, čl. 296.

<sup>23</sup> ZOPD, čl. 292, st. 1.

<sup>24</sup> ZOPD, čl. 287, st. 1.

<sup>25</sup> Vid. Interni materijal, nacionalni izveštaji (Kongres, Vašington 2010): A. R. Pinto, F. A. Gevurtz, 15–22; N. Eizirik, 12; I. L. Fannon, 15–16; K. N. Kyriakakis, 32; M. Vasiljević, 30; F. Denozza, P. Montalenti, 19; R. A. Etcheverry, 28; J. G. Hill, 34–36; J. S. Christensen, 9–10; P. H. Conac, 25–26; N. Nakamura, 26; I. Corbisier, 21–23; J. M. Coutinho de Abreu, 24; P. V. Kunz, 15; W. J. Wang, W.R. Tseng, 12–13; A. E. G. Usluel, 13; J. Mahonen, 25; H. Merkt, 256–258; J. van Bekkum *et al.*, 254; S. Soltysinski, 120.



onalna statusna i imovinska prava imaju, moglo bi se reći, prepoznatljiv pravni okvir. Čini se da u ovom pogledu uporedna regulativa ima nešto naglašeniji razvoj u pogledu *prava na informisanje* (pre skupštine, tokom skupštine i nakon skupštine). ZOPD Srbije je u ovom pogledu u nekim segmentima ovog prava liberalniji od preovlađujućeg stava relevantne uporedne regulative (na primer, individualno pravo uvida u akta i dokumenta društva, koje se može ostvariti i u sudskom vanparničnom postupku, bez ikakvih zakonskih posebnih ograničenja, što je najčešće u uporednoj građi vezano za kapital cenzus kao manjinsko pravo i uslovljeno određenim ograničenjima tipa nenanošenja štete društvu i drugim akcionarima i slično), dok je u drugim segmentima nedorečen (neregulisanost, na primer, prava postavljanja pitanja u skupštini i prava na dobijanje odgovora i slično).<sup>26</sup>

ZOPD Srbije posvećuje posebnu pažnju i zaštiti prava manjinskih (i nesaglasnih) akcionara,<sup>27</sup> tražeći rešenja na liniji potrebe ravnoteže interesa većine (ne zloupotrebe većine) i interesa manjine (ne zloupotrebe manjine). U osnovi, ovde smo u prisustvu *tzv. drugog agencijskog problema korporativnog upravljanja*, sukoba interesa većinskih akcionara i interesa manjinskih akcionara, gde u smislu rešavanja ovog problema većinski akcionari imaju svojevrsnu poziciju agenta, dok manjinski akcionari imaju svojevrsnu poziciju principala (svojevrsna fiducijarna dužnost većinskog akcionara prema manjinskim akcionarima). Za ove potrebe ZOPD Srbije ustanovljava više posebnih prava manjinskih akcionara sa određenim kapital cenzusom (koja se pridodaju redovnim individualnim pravima akcionara zavisno od klase akcija: imovinska i statusna).

Posebna prava manjinskih akcionara prema ZOPD Srbije su: 1) pravo sazivanja skupštine akcionara – mogućnost sudske zaštite (kapital cenzus 10% akcija s pravom glasa – čl. 277–278), 2) pravo predlaganja uvrštenja do dva nova pitanja u predloženi dnevni red skupštine – mogućnost sudske zaštite (kapital cenzus 10% akcija s pravom glasa – čl. 284), 3) pravo pokretanja derivativne tužbe za društvo (kapital cenzus 5% osnovnog kapitala društva – čl. 13, st. 10), 4) pravo na izbor u upravni odbor društva putem ustanove kumulativnog glasanja (čl. 309,

---

<sup>26</sup> Upor. ZOPD, čl. 43 i 343–344; Vid. Interni materijal, nacionalni izveštaji (Kongres, Vašington 2010): A. Autenne, G. Colard, A. Alexandre, 15–16; L. Junhai, K. B. Pišler, 21–22; F. Denozza, P. Montalenti, 19; R. A. Etcheverry, 26–27; I. Corbisier, 20–21; J. M. Coutinho de Abreu, 22–24 – pravo na informisanje u zavisnosti od predmeta informisanja uslovljeno je kapital cenzusom od jedan do 10%; P. V. Kunz, 13–15 – interesantno je da upravni odbor u švajcarskom pravu ima izvesno diskreciono ovlašćenje da odbije davanje tražene informacije ili uvida u dokumenta kompanije na zahtev akcionara ako bi joj to nanelo štetu; W. J. Wang, W. R. Tseng, 11–12; A. E. G. Usluel, 12; D. Jurić, 16; G. Jugeli, L. Chanturia, 10–11; J. Mahonen, 24; H. Merkt, 251–258; J. van Bekkum *et al.*, 253; S. Soltysinski, 119.

<sup>27</sup> Vid. više M. Vasiljević, *Kompanijsko pravo*, Beograd 2007b, 363–383.

st. 4–6), 5) pravo izlaska iz društva sa obavezom društva na otkup akcija nesaglasnih akcionara po tržišnoj ceni (čl. 444–446) 6) pravo na podnošenje zahteva za likvidaciju društva (kapital cenzus 20% osnovnog kapitala društva – čl. 346), 7) pravo na grupno glasanje akcionara preferencijalnih akcija (glasanje klase – čl. 341), 8) pravo na posebnu reviziju (stručni poverenik) – kapital cenzus 20% osnovnog kapitala društva (čl. 334–336), 9) »pravo« prinudne prodaje (*squeeze-out*) i prinudne kupovine (*sell-out*) – kod dostignutog kapital učešća od 95% putem javnog preuzimanja (*takeover*)<sup>28</sup>.

Relevantna uporedna regulativa u osnovi sadrži korpus prava manjinskih akcionara koja reguliše i ZOPD Srbije, sa određenim ne tako (bez)značajnim nijansama.<sup>29</sup> Ipak, u kvantitativnom smislu, kod određivanja kapital cenzusa za ostvarivanje pojedinih prava manjinskih akcionara, čini se da je zakon Srbije zaostao za potrebama ozbiljnije redukcije ovih cenzusa, kako bi se olakšalo i unapredilo korišćenje ovih prava. Reč je o nekoliko vrlo karakterističnih prava: prvo, pravo na sazivanje skupštine akcionara (direktno ili preko suda) i pravo na dopunu dnevnog reda skupštine određenog od nadležnog sazivača (redovno upravni odbor) sve više se vezuje za kapital cenzus od 5%; drugo, pravo na podnošenje derivativne tužbe za društvo umesto društva ili se vezuje za kapital cenzus od 3% ili 1% ili se čak ne uslovljava uopšte kapital cenzusom i čini individualnim pravom svakog akcionara; treće, pravo na specijalnu reviziju (prema našem zakonu »stručnog poverenika«) sve se više uslovljava sa samo 10% ili čak i 5% kapital cenzusa; četvrto, *sell-out* kod *takeover*-a (analogno i *squeeze-out*) manjinskih akcionara ustanovljava se sve češće kod dostizanja praga kontrolnog akcionara od 90%, ali u nekim pravima je prag i viši – na primer u švajcarskom pravu je to 98%<sup>30</sup>; peto, podnošenje zahteva za prinudnu likvidaciju društva takođe se lagano u smislu kapital cenzusa čini dostupnijim i vezuje za 10%.<sup>31</sup> Konačno, ZOPD Srbije je, suprotno ovoj orijentaciji da kod prava manjinskih akcionara diže kapital cenzus, kako bi ih učinio realno teže ostvarljivim, u jednom slučaju iz neob-

<sup>28</sup> ZOPD, čl. 447–449; Zakon o preuzimanju akcionarskih društava – ZOPAD, *Službeni glasnik* RS, 46/06, čl. 34–35.

<sup>29</sup> U ovom pogledu posebno je značajna Direktiva EU (2007/36/EC, OJ L 184/17) o pravima akcionara kotiranih društava.

<sup>30</sup> Vid. Interni materijal, nacionalni izveštaji (Kongres, Vašington 2010): P. V. Kunz, 21.

<sup>31</sup> Vid. Interni materijal, nacionalni izveštaji (Kongres, Vašington 2010): A. Autenne, G. Colard, A. Alexandre, 14–15; N. Eizirik, 11; I. L. Fannon, 13–15; K. N. Kyriakakis, 29–32; M. Vasiljević, 29; L. Junhai, K. B. Pišler, 19–21; F. Denozza, P. Montalenti, 17–19; R. A. Etcheverry, 25–27; J.G. Hill, 30–34; J. S. Christensen, 8–9; P. H. Conac, 23–24; N. Nakamura, 24–26; I. Corbisier, 20–22; J. M. Coutinho de Abreu, 22–24; P. V. Kunz, 13–15; W. J. Wang, W. R. Tseng, 11–12; A. E. G. Usuel, 12–13; D. Jurić, 15–16; G. Jugeli, L. Chanturia, 9–12; J. Mahonen, 18–19; H. Merkt, 251–258; J. van Bekkum *et al.*, 254–257; S. Soltysinski, 119–120).

jašnjivih razloga odstupio od tog trenda (osim ako u pozadini nije nepostojanje znanja da to vodi višem pragu pravne nesigurnosti) i omogućio da poništaj ili pobijanje odluka skupštine (otvoreno je pitanje da li i kada i upravnog odbora?!) bude individualno pravo bilo kog akcionara (dovoljna i jedna akcija),<sup>32</sup> a ne pravo manjinskih akcionara vezano za određeni kapital cenzus, što je uglavnom slučaj uporedne relevantne kompanijske regulative.<sup>33</sup>

*Fiducijarna dužnost (kontrolnog) akcionara i prenos imovine i profita kontrolnom akcionaru (tunnelling) (The Fiduciary Duty)*

ZOPD Srbije (čl. 32, st. 1), polazeći od standarda anglosaksonskog prava (pravni transplant),<sup>34</sup> ustanovljava dužnost rada direktora društva »u najboljem interesu privrednog društva« (*The Fiduciary Duty*).<sup>35</sup> Ovo pravilo važi i za kontrolnog akcionara.<sup>36</sup> Do uvođenja ovog pravnog transplanta pravna praksa Srbije, po ugledu na praksu kontinentalnog prava, poznavala je samo standard »savesnosti i poštenja«, kao i standard »pažnje dobrog privrednika«. Pozajmljivanjem ovog standarda od direktora (i kontrolnog akcionara) se zahteva da »u tom svoj-

---

<sup>32</sup> ZOPD, čl. 302–306.

<sup>33</sup> Vid. Interni materijal, nacionalni izveštaji (Kongres, Vašington 2010): K. N. Kyriakakis, 31 – kapital cenzus za pokretanje postupka poništaja odluka skupštine akcionara je 2%; (L. Junhai, K. B. Pišler, 21 – akcionari imaju pravo pokretanja postupka poništaja odluka skupštine akcionara, odbora akcionara ili upravnog odbora u roku od 60 dana od dan donošenja odluke); F. Denozza, P. Montalenti, 28 – akcionari sa 5% kapital učešća u zatvorenim kompanijama i 1% u otvorenim kompanijama mogu pobijati odluku skupštine akcionara u roku od 90 dana od dana donošenja ili upisa u registar, odnosno u određenim slučajevima i poništaj odluke skupštine akcionara u roku od tri godine od donošenja ili registracije; J. G. Hill, 31 – manjinski akcionari mogu tražiti pobijanje odluke skupštine akcionara ako ona predstavlja »prevaru manjine« – što se dokazuje utvrđivanjem da li je većina postupala »savesno u korist kompanije kao celine«; I. Corbisier, 23; P. V. Kunz, 25 – svaki akcionar ili upravni odbor može pobijati odluku skupštine akcionara – tužena je kompanija, ali ne i upravni odbora, koja je protivna zakonu ili statutu i osnivačkom aktu kompanije, u roku od dva meseca od donošenja).

<sup>34</sup> Prema dugoj tradiciji engleskog prava direktori imaju fiducijarne dužnosti prema kompaniji, posebno da rade savesno u interesu kompanije, a ne prema individualnim akcionarima – tako: A. Hicks, S. H. Goo, *Company Law*, Oxford 2004, 310–325; E. Ferran (1999), 154–170. Ipak, u nekim nedavnim sudskim odlukama i stavovima teorije dovodi se u pitanje ovakav stav. Vid. H. Fleischer, »The Responsibility of the Management and of the Board and its Enforcement«, *Reforming Company Law in Europe* (eds. G. Ferrarini *et al.*), Oxford 2004, 373–375.

<sup>35</sup> O pojmu »interes društva (kompanije)« vid. D. Schmidt, *Les conflits d' intérêts dans la société anonyme*, Paris 1999, 7–25.

<sup>36</sup> ZOPD, čl. 31–33 i 371–372.

stvu izvršavaju svoje poslove savesno, sa pažnjom dobrog privrednika, u razumnom uverenju da deluju u najboljem interesu privrednog društva.<sup>37</sup> Ipak, nema u svim slučajevima saglasnosti o tome da li postoji fiducijarna dužnost samo prema korporaciji.<sup>38</sup> U nekim slučajevima sudovi u SAD, čak, priznaju fiducijarni odnos između direktora i individualnih akcionara, ne zahtevaju fiducijarnu dužnost kontrolnog akcionara prema kompaniji kad deluje kao akcionar izvan korporativnih organa, ali je zahtevaju kad zahvaljujući broju glasova može da izvrši kontrolni uticaj u skupštini ili da utiče na upravni odbor (transakcije između kompanije i kontrolnog akcionara ili povezanih lica tog akcionara i slično).<sup>39</sup>

ZOPD Srbije, u skladu sa standardima anglosaksonske prakse, navodi i *slučajeve povrede fiducijarne dužnosti* direktora (i kontrolnog akcionara): 1) prisvajanje imovine društva (*The No Profit Rule*) – teorija imovine – zabrana neosnovanog obogaćenja (korišćenje imovine društva u ličnom interesu, korišćenje povlašćenih informacija u privrednom društvu za lično bogaćenje, zloupotreba pozicije u privrednom društvu za lično bogaćenje), 2) korišćenje korporacijskih šansi – mogućnosti u sopstvenu korist, 3) indirektno koristi – povezana lica (izjednačenost u svim slučajevima sa zabranama direktnih koristi), 4) nekonkurencija društvu u kome vrše tu funkciju (ili gde imaju status kontrolnog akcionara) i 5) sukob interesa sa društvom u kome direktori vrše tu funkciju ili gde neko lice ima status kontrolnog akcionara (*The No Conflict Rule*) – dužnost lojalnosti društvu u slučaju postojanja direktnog ili indirektnog (preko povezanih lica) sukoba interesa.<sup>40</sup>

Direktno ustanovljena fiducijarna dužnost i dužnost lojalnosti (kod sukoba interesa) društvu i kontrolnog akcionara (ne mora nužno biti većinski)<sup>41</sup> u svom praktičnom ishodištu treba da onemogućuju zloupotrebu pozicije kontrolnog akcionara u smislu prenosa imovine i profita društva, u kojem ima tu vlasničku poziciju po netržišnim uslovima, u neko drugo društvo gde ima jači interes (lični ili interes povezanog pravnog ili fizičkog lica) ili u ličnu imovinu. Ipak, zakon ose-

<sup>37</sup> Vid. više B. Kasolowsky, *Fiduciary Duties in Company Law*, Hamburg 2002, 65–80.

<sup>38</sup> Vid. više I. Millstein, H. Gregory, A. Altschuler, »Fiduciary Duties Under US Law«, *ABA – Section of Business Law – The Director’s Relationship to the Corporation – A Multi-Jurisdictional Forum on Fiduciary Duties* (presented by: Committee on Corporate Governance and Committee on Corporate Laws) 2004, 14–18; C. Hansell, D. Phillips, »Fiduciary Duties of Canadian Directors«, *ABA – Section of Business Law – The Director’s Relationship to the Corporation – A Multi-Jurisdictional Forum on Fiduciary Duties* (presented by: Committee on Corporate Governance and Committee on Corporate Laws) 2004, 3–4.

<sup>39</sup> Vid. Interni materijal, nacionalni izveštaji (Kongres, Vašington 2010): F. A. Gevurtz, 6–7.

<sup>40</sup> Vid. više M. Vasiljević (2007a), 141–151.

<sup>41</sup> ZOPD, čl. 367.

ća za potrebu da ovo pravilo i dodatno učini javnim time što ustanovljava nadležnost skupštine društva kod »sticanja i raspolaganja imovinom velike vrednosti«,<sup>42</sup>

Relevantna uporedna regulativa nije tako jedinstvena oko izričitog ustanovljenja *fiducijarne dužnosti i dužnosti lojalnosti kontrolnog akcionara kompaniji*, ali je jedinstvenija oko uređenja zabrane izvlačenja imovine i profita iz kompanije kontrolnom akcionaru po netržišnim uslovima. Razume se da ima zakonodavstava koja imaju izričito uređenu i fiducijarnu dužnost i dužnost lojalnosti kontrolnog akcionara kompaniji, analogno takvoj odgovornosti članova upravnog odbora i izvršnih direktora, dok druga to čine pozivom na opšte principe ravnopravnosti akcionara (što se inače često navodi i kao razlog protiv uvođenja ove dužnosti samo za kontrolne akcionare), savesnosti i poštenja, zaštite imovine kompanije, zabrane zloupotrebe prava većine i uticaja na upravni odbor, probijanje pravne ličnosti.<sup>43</sup> Iskustvo Nemačke je čvrsto zakonsko uređenje tzv. grupe povezanih društava – koncerni, koje utvrđuje čvrsta pravila za odgovornost kontrolnog društva (svojevrсна pozicija agenta) prema zavisnom društvu (svojevrсна pozicija u ovom odnosu principala) i njegovim manjinskim (spoljnjim) akcionarima. Za ovim su se povelа zakonodavstva Hrvatske, Portugala i Brazila.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> ZOPD, čl. 442–443.

<sup>43</sup> Upor. Interni materijal, nacionalni izveštaji (Kongres, Vašington 2010): F.A. Gevurtz, 7; A. Autenne, G. Colard, A. Alexandre, 17–19; N. Eizirik, 10–11; Y. Shim, 9–10 – nema fiducijarne dužnosti kontrolnog akcionara ali on može biti odgovoran kao *de facto-shadow* direktor; K. N. Kyriakakis, 27–28; M. Vasiljević, 28–29; L. Junhai, K. B. Pišler, 22 – nema izričite fiducijarne dužnosti kontrolnog akcionara, ali se propisuje u kompanijskom zakonu da on ne može iskoristiti svoj uticaj da nanese štetu kompaniji; F. Denozza, P. Montalenti, 17 – fiducijarna dužnost kontrolnog akcionara u smislu zabrane zloupotrebe većine kojom se nanosi šteta kompaniji u korist ličnog interesa ili interesa povezanih lica kontrolnog akcionara; R. A. Etcheverry, 24–25; J.G. Hill, 30–31; P. H. Conac, 23–24 i 38 – većinski akcionar je odgovoran manjinskim akcionarima za zloupotrebu prava većine, iako formalno nema zakonski ustanovljene fiducijarne dužnosti tog akcionara); I. Corbisier, 23 – fiducijarna dužnost u smislu zloupotrebe većine, ali i zloupotrebe manjine; J. M. Coutinho de Abreu, 21–22 – zaobilazno kroz institut zabrane zloupotrebe prava većine ili kontrole; P. V. Kunz, 13 – fiducijarnu dužnost kontrolnog akcionara švajcarska prva teorija kao takvu ne priznaje u smislu švajcarskog kompanijskog prava, ali prihvata da postoji dužnost većinskog i drugog kontrolnog akcionara da poštuje zakonska ograničenja, u protivnom odgovara za štetu; W. J. Wang, W. R. Tseng, 11; A. E. G. Usluel, 11–12 – turska pravna teorija ne priznaje postojanje fiducijarne dužnosti kontrolnog akcionara; G. Jugeli, L. Chanturia, 9–10; J. Mahonen, 18; J. van Bekkum *et al.*, 250–252 – holandsko kompanijsko pravo nema izričite norme o fiducijarnoj dužnosti kontrolnog akcionara, ali se praksom sudova uz korišćenje drugih instituta zaštite kompanije i manjinskih akcionara od zloupotrebe kontrolnog akcionara postiže isti rezultat; S. Soltysinski, 118–119.

<sup>44</sup> Vid. K. J. Hopt (2010), 28.

## Statusna pitanja upravnog odbora

Kao što vodeći profesori kompanijskog prava, s pravom, smatraju, lekcija slučaja »Enron« je ključ za evropsko kompanijsko pravo i pravo hartija od vrednosti u pogledu potrebe unapređenja korporativnog upravljanja. Pri tome, kad je reč o unutrašnjem korporativnom upravljanju, poenta treba da bude na upravnom odboru, tj. potrebi da se napravi »efikasan, lojalan i kompetentan« odbor.<sup>45</sup> Čini se da je u ovom »svetom trojstvu« potrebnog kvaliteta upravnog odbora primat potrebno dati efikasnosti, s obzirom na to da upravni odbor koji ispunjava i uslov lojalnosti i uslov kompetentnosti, bez uslova efikasnosti ne može da ispunjava svoju funkciju.<sup>46</sup> Upravo je ovo teren gde se vodi živa akademska rasprava oko argumenata za i protiv *monističkog (jednodomnog) ili pluralističkog (dvodomnog) modela uprave u kompanijama*.<sup>47</sup> Uslov kompetentnosti treba prepustiti onom ko predlaže članove upravnog odbora, s tim da ne sme biti pravilo da svi članovi treba da budu kompetentni: s jedne strane, različiti poslovi zahtevaju različite kompetentnosti, a s druge strane, ne moraju svi direktori biti iste kompetentnosti – Preporuka Evropske komisije govori o »ravnoteži kvalifikacija«, kao i o obavezi objavljivanja kompetentnosti i kvalifikacija neizvršnih članova odbora od strane listiranog društva, kao i o kontinuiranoj obavezi edukacije tih članova. Teorija, s pravom, dodaje i potrebu da berza svojim pravilima o listiranju propiše određena pravila u vezi sa kompetentnošću članova odbora ovih društava.<sup>48</sup>

U praksi, zakonodavnoj i poslovnoj, suprotstavljenost dva modela upravljanja kompanijama – monističkog i dualističkog, nije više tako oštra, s obzirom na to da ima dosta konvergencije između ova dva sistema, posebno kod listiranih

<sup>45</sup> K. J. Hopt (2006), 450.

<sup>46</sup> O tome *Ibid.*, 453.

<sup>47</sup> *Monistički model* usvajaju: SAD (A. R. Pinto, 12), Belgija (A. Autenne, G. Colard, A. Alexandre, 4), Brazil (N. Eizirik, 5), Irska (I. L. Fannon, 7), J. Koreja (Y. Shim, 3), Grčka (K. N. Kyriakakis, 10), Srbija – uz neke nekonzistentne primese dualističkog modela (M. Vasiljević, 8–9). *Dualistički model* usvajaju: Nemačka (H. Merkt, 238–244), Kina (L. Junhai, K. B. Pišler, 5–10), Poljska – u kojoj se očekuju promene zakona koje će omogućiti pravo izbora (S. Soltysinski, 111). *Pravo izbora između jednog i drugog modela* omogućuju: Italija (F. Denozza, P. Montalenti, 7), Argentina (R. A. Etcheverry, 13), Australija (J. G. Hill, 8–9), Danska (J. S. Christensen, 4–5), Holandija (J. van Bekkum *et al.*, 242), Francuska (P. H. Conac, 5–6), Japan (N. Nakamura, 10), Luksemburg (I. Corbisier, 8), Portugalija (J. M. Coutinho de Abreu, 5), Švajcarska (P. V. Kunz, 7), Tajvan (W. J. Wang, W. R. Tseng, 4), Turska (A. E. G. Usluel, 5–6), Hrvatska (D. Jurić, 6–7), Gruzija (G. Jugeli, L. Chanturia, 3). U Finskoj (J. Mahonen, 13–14) kompanijski zakon omogućuje izbor između dva modela i dva polumodela ta dva modela: monistički (i »monistički i po« sa posebnim položajem prvog izvršnog direktora – generalnog direktora), dualistički (i »dualistički i po« sa posebnim položajem prvog izvršnog direktora – generalnog direktora). Vid. Interni materijal, nacionalni izveštaji (Kongres, Vašington 2010).

<sup>48</sup> Vid. *Ibid.*, 460–461.

kompanija. Posebno, na segmentu monitoringa poslovođenja kompanije i jednodomni model je kroz niz instituta unapredio svoju efikasnost, iako formalno nema posebno nadzornog odbora (nezavisni direktori, odbor za reviziju, specijalna revizija, unapređenje prava informisanja akcionara, itd.). U svakom slučaju, postojanje dva modela (dvodomni model pak istrajava na razdvajanju upravljanja i kontrole u dva odvojena odbora, dok jednodomni integriše nezavisne direktore delom i u kontrolnoj funkciji u svoj sastav, čime »spaja nespojivo« – funkciju upravljanja i funkciju kontrole, a s druge strane zbog potrebe razdvajanja ovih funkcija insistira na razdvajanju funkcije predsednika upravnog odbora i prvog izvršnog direktora) je ozbiljan razlog za reformu strukture odbora, posebno i stoga što, s obe strane Atlantika akademski krugovi nastavljaju s argumentima o prednosti »svog« modela. Izlaz je, čini se, u kompromisu koji je odavno učinila Francuska (iako statistike govore o daleko većoj naklonosti klasičnom jednodomnom modelu)<sup>49</sup> ili ne tako davno Statut Evropske kompanije<sup>50</sup> – *pravo izbora jednog ili drugog modela* od strane same kompanije (pri čemu se nacionalnim zakonima prepušta da izbor i jednog i drugog odbora vrši ili skupština ili da nadzorni odbor koga izabere skupština bira upravni odbor). Ovo pravo izbora jednog ili drugog modela planira da pruži svim listiranim kompanijama i Evropska komisija,<sup>51</sup> kako bi kompanije, vodeći računa o svojoj veličini i tržišnim potrebama, o tome same odlučivale. Za razliku od Nemačke, gde saodlučivanje zaposlenih predstavlja ozbiljan problem za uvođenje sistema izbora između dva modela od strane same kompanije, Srbija nema takav model učešća zaposlenih u upravljanju kompanijom, te nema posebnog razloga da ne prihvati opcioni model (iako je trenutno ZOPD prihvatio monistički model, sa blagom varijantom dvodomnog modela: mogućnost postojanja nadzornog odbora koji bira skupština kao i upravni odbor ali alternativno i konkurentno sa odborom revizora), kako bi, posebno investitorima koji dolaze s područja dvodomnog modela, omogućila izbor modela na koji su već navikli i sa kojim su bliski (sistem opcije između dva modela ili uz njihove kombinacije i više modela-polumodela danas je dominantno rešenje uporedne prakse i regulative).

Osim pitanja izbora jednog ili drugog modela (monistički ili dualistički) korporativnog upravljanja, koji ima posebnu važnost na planu rešavanja pitanja upravljanja i kontrole (principijelna interna nerazdvojenost u monističkom sistemu i interna razdvojenost u dva odbora u dualističkom modelu), važno statusno pitanje odbora je i pitanje razdvajanja upravljanja i izvršavanja (*board of directors and management*) i s tim u vezi posebno razdvajanje funkcije predsednika

---

<sup>49</sup> Vid. M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, Paris 2005, 611.

<sup>50</sup> Uredba Saveta (2157/2001/EC, OJ L 294/1) o Statutu Evropske kompanije, čl. 39–43.

<sup>51</sup> Vid. K. J. Hopt (2006), 454–455.

upravnog odbora (*Chairman/President of the Board*) i generalnog direktora (prvi izvršni direktor – *Chief Executive Officer*). Za razliku od SAD i V. Britanije gde postoji tendencija razdvajanja upravljanja i izvršavanja i time razdvajanja ove dve funkcije (to je i uslov za listiranje kompanije vodećih berzi), u Francuskoj je ovo pitanje prepušteno izboru kompanije. Rešenje srpskog kompanijskog zakona je identično francuskom i čini se da je kao izraz tržišne potrebe izbora kompanije prihvatljivo (ZOPD, čl. 312, st. 4). Razdvajanje ovih funkcija konzistentnije je sa stanovišta kontrolne funkcije upravnog odbora nad izvršnim direktorima, ali je personalna unija više u funkciji bolje koordinacije i jedinstvene odgovornosti.<sup>52</sup>

Kad je reč o veličini upravnog odbora ZOPD Srbije određuje minimum članova – tri i maksimum – petnaest, a u okviru ovog raspona izbor prepušta kompaniji. S obzirom na to da ni ZOPD Srbije ni Zakon o radu ne ustanovljavaju obavezu saodlučivanja ili neku formu obavezne participacije zaposlenih u upravnom odboru, to je njegov sastav u principu u potpunosti prepušten statutu kompanije (jedino ograničenje vezano je za nezavisne članove). Situacija u uporednoj regulativi u ovom pogledu nije jedinstvena (američki standard su mali i efikasni upravni odbori, dok su nemački i japanski standardi u principu glomazni upravni odbori), ali se uočava želja zakonodavaca da ovo pitanje u potpunosti prepuste kompanijama ili preporukama kodeksa dobre korporativne prakse. Iskustva međunarodne prakse, a i preporuke ekonomske i organizacione teorije, su manji upravni odbori kao funkcionalniji.<sup>53</sup> Mandat članova upravnog odbora traje od jedne do druge godišnje skupštine kompanije i ne postoji mogućnost stepenastog mandata njegovih članova (»klasifikovani«, »rotirajući«, »stepenovani« upravni odbor). Čini se da jednogodišnji mandat i nepostojanje »klasifikovanog« upravnog odbora, iako u skladu s restrikcijama mera odbrane od preuzimanja, produkuju veliku nestabilnost i pravnu nesigurnost. Jednogodišnji mandati pogoduju više stabilnim društvima i ekonomijama (anglosaksonski standard), dok ne pogoduju nestabilnim društvima i kompanijama (kontinentalni standard je u većini slučajeva od tri do pet godina, izuzev malog broja zemalja u tranziciji koje su, kao i Srbija, prihvatile anglosaksonski standard).<sup>54</sup>

<sup>52</sup> Vid. više K. J. Hopt (2010), 18–20. U Švajcarskoj, na primer, standardi korporativnog upravljanja za finansijski sektor (banke, osiguravajuća društva) u ovom domenu su stroži od takvih standarda za komercijalni sektor, tako da je strogo zabranjena personalna unija ovih funkcija u cilju razdvajanja upravljanja (kontrola) i izvršavanja. Vid. Interni materijal, nacionalni izveštaji (Kongres, Vašington 2010): P. V. Kunz, 26.

<sup>53</sup> K. J. Hopt (2010), 13.

<sup>54</sup> Upor. Interni materijal, nacionalni izveštaji (Kongres, Vašington 2010): *Jednogodišnji mandat*: SAD (A. R. Pinto, 12), Srbija (M. Vasiljević, 9), Australija (J. G. Hill, 15), Finska (J. Mahonen, 15), Japan (N. Nakamura, 11). *Višegodišnji mandat (od tri do šest godina)*: Belgija (A. Autenne, G. Colard, A. Alexandre, 5), Brazil (N. Eizirik, 6), J. Koreja (Y. Shim, 4), Grčka (K. N.



Davanje ovlašćenja izbora članova upravnog odbora skupštini akcionara (polazeći od predloga ovlašćenih predlagača)<sup>55</sup> ne znači da ovo telo poseduje neograničena ovlašćenja njihovog izbora (često se to definiše akcionarskim sporazumom kada nema većinskog akcionara). S druge strane, kada skupština ne bi imala ovlašćenje da se usprotivi predlogu za izbor nekog člana (ako protiv tog izbora ima važne razloge), to bi svodilo njena ovlašćenja na puku formalnost. Ipak, ako je akcionarskim sporazumom definisan »raspored sedišta« u upravnom odboru prema različitim interesnim pozicijama određenih grupa vlasnika kompanije, onda su dometi ovog ovlašćenja skupštine (ili nadzornog odbora) krajnje ograničeni.

Zastupljenost većinskog akcionara (kao jednog lica ili više lica povezanih u tom smislu akcionarskim sporazumom) u upravnom odboru ni u kom pogledu nije sporna. Kako, međutim, obezbediti zastupljenost manjinskih akcionara, bilo koje interesne grupe, u upravnom odboru? Pogodan institut za to je *kumulativno glasanje*, institut koji se primenjuje u dobrom broju zemalja SAD, a retko u Evropi. Prema ZOPD Srbije (čl. 309, st. 4 i 6) kumulativno glasanje je obavezno u otvorenim akcionarskim društvima, ako se osnivačkim aktom ili statutom društva ne isključi, dok se u zatvorenim akcionarskim društvima kumulativno glasanje za izbor članova upravnog odbora može uvesti na autonomnoj osnovi (osnivačkim aktom ili statutom društva). U teoriji se sugeriše da pristupanje kumulativnom glasanju zahteva izučavanje i pretpostavljanje niza faktičkih situacija i uz to korišćenje formule koja je za ove potrebe razvijana godinama (pretpostavka broja akcija za izbor datog broja direktora, pretpostavka ukupnog broja akcija za koje je verovatno da će biti prisutne ili će glasati na skupštini, ukupan broj direktora koji se biraju na skupštini).<sup>56</sup> ZOPD Srbije ne reguliše pravo određenog akcionara (lično i neprenosivo pravo) ili pravo imaoaca određenih akcija (vezanost prava za prirodu akcija koje je prenosivo) na imenovanje i razrešenje određenog broja članova uprave, s obzirom na to da je pravilo zakona »jedna akcija – jedan glas« imperativno (čl. 294, st. 1), što je izričito potvrđeno i Kodeksom PKS (čl. 30, st. 1, tač. 3), koji zabranjuje akcije s povlašćenim pravom glasa, uz navođenje kao primera povlašćivanja »pravo na imenovanje ili razrešenje jednog ili više člano-

---

Kyriakakis, 11), Danska (J. S. Christensen, 5), Luksemburg (I. Corbisier, 8), Portugalija (J.M. Coutinho de Abreu, 6), Švajcarska (P. V. Kunz, 7), Tajvan (W.J. Wang, W.R. Tseng, 6), Turska (A.E. G. Usluel, 6), Hrvatska (D. Jurić, 7), Gruzija (G. Jugeli, L. Chanturia, 5), kao i: Nemačka (H. Merkt, 238); Holandija (J. van Bekkum *et al.*); i Poljska (S. Soltysinski).

<sup>55</sup> «Kandidate za izbor članova upravnog odbora predlažu postojeći upravni odbor, akcionari ili komisija za imenovanje upravnog odbora, ako je obrazovana (ovlašćeni predlagači)» – ZOPD, čl. 309, st. 2.

<sup>56</sup> Vid. D. Branson, *Corporate Governance*, Washington 1993, 25–27.

va upravnog odbora«. Najzad, ZOPD dozvoljava i kooptaciju, ako osnivačkim aktom ili statutom društva nije drukčije određeno (čl. 311, st. 2).

*Dužnosti i odgovornost uprave i izvršnih direktora*

*Dužnost lojalnosti i sukob interesa (The Duty of Loyalty)*. – Kompanijska regulativa *civil law*-a posljednjih godina transplantira institut *common law*-a dužnost lojalnosti kompaniji članova upravnog odbora i izvršnih direktora (bez obzira da li su članovi ovog odbora ili ne) u slučaju postojanja sukoba ličnog interesa (ili interesa povezanih lica) i interesa kompanije. U smislu kontinentalnog prava ovo je u osnovi dužnost koja proizlazi iz ugovora o mandatu (koji je osnova pravne pozicije ovih lica).<sup>57</sup> ZOPD Srbije (čl. 35 i 37) je prihvatio ovaj institut polazeći od tradicije *common law*, iako je svestan da postoje ozbiljni problemi njegove primene, posebno u slučaju grupe društava (matična i zavisna društva – lojalnost kojem društvu), kao i kod preuzimanja kompanije putem javne ponude (*takeover* – lojalnost društvu ili akcionarima) ili kod utvrđivanja naknada direktora (članova odbora i izvršnih direktora). Sukob interesa obuhvata sve situacije u kojima direktor (pa i kontrolni akcionar) bira da vrši svoja prava i ovlašćenja na način da: 1) povređuje interese kompanije, 2) zadovoljava sopstvene interese koji su izvan društva 3) stiže u društvu neku prednost (korist) na štetu drugih akcionara.<sup>58</sup>

ZOPD Srbije (čl. 34–35) poznaje i institut klauzule sukoba interesa (u širem smislu ona obuhvata i klauzulu nedozvoljene konkurencije), kao specifičnu formu fiducijarne dužnosti direktora prema kompaniji u kojoj vrše tu dužnost. Opšti standard kompanijskog prava o fiducijarnoj dužnosti direktora, naime, nalaže direktorima da izbegavaju sve slučajeve u kojima mogu doći u potencijalni sukob interesa (sopstvenih i interesa povezanih lica) sa interesom kompanije prema kojoj imaju fiducijarnu dužnost rada u njenom interesu i da kad postoji takav sukob budu lojalni kompaniji (*The Duty of Loyalty*). Otuda, u svim slučajevima vršenja direktorske dužnosti, kada postoji sukob interesa direktora (lični ili povezanog lica) sa interesom kompanije, prvo pravilo koje nalaže opšti standard fiducijarne dužnosti direktora prema kompaniji jeste otkrivanje nadležnom organu »svih materijalnih činjenica« u vezi s ovim interesom (osim ako su mu one inače bile poznate), radi odobravanja datog posla. U slučaju akcionarskog društva nad-

---

<sup>57</sup> O sukobu interesa vid. D. Schmidt (1999), 181–295.

<sup>58</sup> Tako *Ibid.*, 25.

ležni organ je upravni odbor (koji odlučuje većinom glasova članova koji nemaju interesa u datom poslu, a ako takva većina ne postoji onda odlučuje većina glasova akcionara skupštine društva a koji nemaju interesa u datom poslu). Ako o poslu u kome postoji sukob interesa odlučuje upravni odbor, onda se o tom odobrenju, prema ZOPD Srbije, obaveštava skupština akcionarskog društva na prvoj narednoj sednici. Konačno, prema ovom zakonu, pravni posao u kojem postoji sukob interesa direktora (ili povezanih lica) sa društvom u kojem vrše tu funkciju postaje pravno valjan dobijanjem ovog odobrenja nadležnog organa, kao i ako se dokaže da je isti »u vreme zaključenja ili u vreme izvršenja u interesu privrednog društva«. U protivnom je ništav.

Pravni režim klauzule sukoba interesa direktora (lični interes) sa interesom kompanije i način rešavanja (obelodanjivanje – prevencija posledica sukoba interesa, odobrenje bez prava glasa lica koja imaju interes u datom poslu, dokaz da je pravni posao u interesu kompanije)<sup>59</sup> je jedna od paradigmi kompanijskog upravljanja. Ipak, on se u izvesnom smislu sukobljava sa logikom života: interes kompanije po osnovu dužnosti lojalnosti u slučaju sukoba sa ličnim interesom direktora mora imati prednost. Da li je normalno očekivati da direktor interes kompanije (kao neki opšti) stavi ispred ličnog interesa ako nema lični interes da neki drugi interes (u ovom slučaju interes kompanije) stavi ispred svog interesa (ili interesa povezanih lica)?! Ne sporeći pozitivne tekovine savremenog kompanijskog prava na planu rešavanja ovog pitanja,<sup>60</sup> čini se ipak da se rešenje nalazi u instrumentima ličnog interesa (ili interesa povezanih lica) direktora da interes kompanije stavi ispred svog interesa (ili interesa povezanih lica). Taj instrument dovođenja u sklad oba interesa, da bi »tuđi« (interes kompanije) imao primat u odnosu na privatni (lični) interes direktora (ili interes povezanih lica), nalazi se pre svega u režimu naknada direktora (varijabilnom i fiksnom). Samo na toj tački pravo će služiti potrebama ekonomije i obrnuto, ekonomija će pomoći da pravo opravda svoju misiju.

ZOPD Srbije u pogledu pravnog režima ove dužnosti direktora u osnovi je harmonizovan sa opštim standardima relevantne kompanijske regulative.<sup>61</sup> Ipak,

---

<sup>59</sup> Vid. D. Schmidt, 29–86.

<sup>60</sup> Vid. više *Ibid.*, 87–180.

<sup>61</sup> Upor. Interni materijal, nacionalni izveštaji (Kongres, Vašington 2010): F.A. Gevurtz, 4–6; A. Autenne, G. Colard, A. Alexandre, 8–9; N. Eizirik, 8–9; I. L. Fannon, 9–10; Y. Shim, 7; K. N. Kyriakakis, 20–22; M. Vasiljević, 18–20; L. Junhai, K. B. Pišler, 17–18; F. Denozza, P. Montalenti, 12–14; R.A. Etcheverry, 18–19; J. G. Hill, 19–21; J. S. Christensen, 8; P. H. Conac, 12–14; N. Nakamura, 15; I. Corbisier, 13–15; J. M. Coutinho de Abreu, 16–17; P. V. Kunz, 8; W. J. Wang, W. R. Tseng, 9; A. E. G. Usluel, 10; D. Jurić, 11–12; G. Jugeli, L. Chanturia, 7–8; J. Mahonen, 16; J. A. Garcia, C. Gonzalez, I. Moralejo-Menendez, 24; H. Merkt, 252–253; J. van Bekkum *et al.*, 246–247; S. Soltysinski, 113–117.

iako je na prvi pogled pravni režim ove ustanove u priličnoj neusklađenosti sa pravnim režimom nedejstva ograničenja ovlašćenja prema trećim licima (unutrašnje korporativno dejstvo saglasnosti, a ne i dejstvo prema trećim licima), reč je ipak o zakonskom ograničenju koje deluje prema trećim licima (*ignorantia legis nocet*). Ostaje, međutim, da kompanijska regulativa, što ona grozničava i čini poslednjih godina, pronađe odgovor na pitanje relativne neefikasnosti i neživotnosti, kao što je rečeno, ovog instituta. Uvlačenje skupštine kompanije u ovaj proces i to u smislu odlučivanja, makar i rezidualnog, krajnje je neefikasno i nepraktično. Isto tako, upravni odbor je kolektivno telo, a u smislu odlučivanja o ovim pitanjima je po pravilu »kolegijalno telo«, nezavisno od toga što u procesu odobrenja tog pravnog posla ne učestvuju direktori koji imaju sukob interesa. U dvodomnom sistemu uprave za ova pitanja nadležan je nadzorni odbor, što je elegantno rešenje, te bi po toj logici u jednodomnom sistemu uprave o pravnom poslu u kojem postoji sukob interesa trebalo da odlučuju nezavisni direktori (jer oni imaju i svojevrsnu nadzornu funkciju i po dužnosti su nezavisni), a ako kompanija nema ove direktore ili ih nema u broju od najmanje tri (primena teorije organa) onda bi po istoj logici to trebalo da bude nadležnost odbora revizora. Skupština kompanije bi u svakom slučaju morala biti o ovim poslovima obavještena na svakoj prvoj narednoj sednici.

*Dužnost pažnje (The Duty of Care)*. – Zakon o obligacionim odnosima Srbije (ZOO) poznaje standard »pažnje dobrog privrednika« i standard »pažnje dobrog stručnjaka«. Prema ovom zakonu, »strana u obligacionom odnosu dužna je da u izvršavanju svoje obaveze postupa s pažnjom koja se u pravnom prometu zahteva u odgovarajućoj vrsti obligacionih odnosa (pažnja dobrog privrednika, odnosno pažnja dobrog domaćina)«<sup>62</sup>, a u slučaju profesionalnih delatnosti »strana u obligacionom odnosu dužna je da u izvršavanju obaveze iz svoje profesionalne delatnosti postupa s povećanom pažnjom, prema pravilima struke i običajima (pažnja dobrog stručnjaka)«<sup>63</sup>. Distinkcija »pažnje dobrog stručnjaka« i »pažnje dobrog privrednika« učinjena je u ovom zakonu svesno i sa idejom stepenovanja pažnje, a time i odgovornosti. Nema sumnje da se članovi upravnog odbora (direktori) i izvršni direktori (menadžeri) nalaze u specifičnom ugovor-

<sup>62</sup> I englesko pravo, suptilnije nego francusko, analizira ovaj pojam razlikujući, pri tome, pojam čiste pažnje (*care*) od pojma kompetencije – veštine (*skill*). Tako par pojmova engleskog prava *care* i *skill* odgovaraju francuskom pojmu *diligance* (pažnja). Vid. posebno: E. Scholastique, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés – droit français et anglais*, Paris 1998, 7. Američki *Revised Model Business Corporation Act* – RMBCA odbacuje praktično segment veštine (*skill*) u standardu pažnje, par. 8.30 (3).

<sup>63</sup> Zakon o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 46/85, 57/89 i *Službeni glasnik RS*, br. 31/93, čl. 18, st. 1 i 2.

nom odnosu s kompanijom u ime koje vrše zastupničku funkciju, te ih u ugovornim odnosima u koje stupaju u njeno ime obavezuju standardi koji proizlaze iz ovih stepena pažnje.

Otvoreno je pitanje (za teoriju i sudsku praksu posebno): da li, kad je u pitanju odgovornost ovih lica, treba primeniti standard »pažnje dobrog privrednika« ili standard »pažnje dobrog stručnjaka«? Odgovor na ovo pitanje mora biti u funkciji odgovora na pitanje karaktera funkcije ovih lica – da li ova lica obavljaju profesionalnu delatnost koja ima svoja specifična »pravila struke i običaje«, kao i od odgovora na pitanje prirode obaveze direktora: *obligation de moyen ili obligation de résultat*? U situaciji kada se pravo tržište u Srbiji tek uspostavlja i kada se profesija direktora tek nazire u novom svojinskom okruženju, što je osnov za »pravila struke«, čini se da je teško pledirati da apstraktni stepen pažnje direktora može ići ka »pažnji dobrog stručnjaka«. Za sada, imajući na umu osnovne odlike srpskog tržišnog okruženja, čini se da je pravi standard pažnje direktora »pažnja dobrog privrednika.«<sup>64</sup> Ovo odgovara i prirodi obaveze direktora koja je ipak obaveza sredstava (načina), a ne obaveza rezultata. Ovako shvaćen standard pažnje u smislu opštih pravila ugovornog prava konkretizuje se kao posebno pravilo za potrebe kompanijskog prava putem pravila *Business Judgment*.

ZOPD Srbije ustanovljava takođe i dužnost pažnje direktora (*The Duty of Care*) kao poseban standard propisujući dužnost direktora da »izvršavaju svoje poslove savesno, sa pažnjom dobrog privrednika«. ZOPD precizira da se postupanje po ovom standardu smatra adekvatnim ako direktori donošenje poslovnih odluka »zasnivaju na informacijama i mišljenjima lica stručnih za odgovarajuću oblast za koje veruju da su u tom pogledu savesna i kompetentna« (čl. 32).<sup>65</sup> Dužnost pažnje je ono što civilisti upravu nazivaju »obaveza pažnje«, koja podrazumeva obavezu angažovanja sredstava u svojoj moći radi postizanja od-

---

<sup>64</sup> Vid. više M. Vasiljević (2007a), 155–162.

<sup>65</sup> Upor. Interni materijal, nacionalni izveštaji (Kongres, Vašington 2010): F. A. Gevurtz, 1–3 – razlikuje »dužnost pažnje«, koju vezuje za *standard postupanja u vezi sa postupkom informisanosti redovno pažljivog privrednika u datim okolnostima*, ne pokrivajući time grubu nepažnju, i »savesnost«, koja se objašnjava odgovorom da li su direktori verovali da je odluka u »najboljem interesu korporacije«; A. Autenne, G. Colard, A. Alexandre, 9–10; N. Eizirik, 9; I. L. Fannon, 11–12; Y. Shim, 7; K. N. Kyriakakis, 23; M. Vasiljević, 20–21; F. Denozza, P. Montalenti, 11; R. A. Etcheverry, 19–21; J. G. Hill, 21–26; J. S. Christensen, 8; P. H. Conac, 12; N. Nakamura, 15; I. Corbisier, 15; J. M. Coutinho de Abreu, 17–18 – »dužnost pažnje« obuhvata: 1) dužnost kontrole ili organizaciono-funkcionalna pažnja, 2) dužnost korektnog postupanja u postupku donošenja odluka i 3) dužnost donošenja materijalno-razumnih odluka; P. V. Kunz, 10; W. J. Wang, W. R. Tseng, 10; A. E. G. Usluel, 10; D. Jurić, 12; J. Mahonen, 16; J. A. Garcia, C. Gonzalez, I. Moralejo-Menendez, 24; H. Merkt, 249–250; J. van Bekkum *et al.*, 247; S. Soltysinski, 123.

redenog rezultata (aleatornog). Dakle, članovi upravnog odbora (borda direktora) ne mogu garantovati postizanje nekog rezultata (obaveza rezultata), već samo preduzimanje s »dužnom pažnjom« svega što je u njihovoj moći (obaveza sredstava – načina), prema apstraktnom standardu »razumnog čoveka« ili »dobrog privrednika«. <sup>66</sup> Teškoće procene »dužne pažnje« proizlaze naročito iz činjenice da ne mogu postojati objektivni kriterijumi procene u materiji upravljanja kompanijama, što se još više komplikuje činjenicom da postoje različite kategorije direktora: direktori po pravu i faktički direktori, izvršni i neizvršni direktori, unutrašnji i spoljni direktori, nezavisni direktori i direktori koji nemaju interes u određenom poslu, direktori i administrativni rukovodioci (*officers, administrators*), prisutni i odsutni direktori na sednici odbora, »tobožnji direktori« ili »direktori figure« i slično. <sup>67</sup>

*Pravilo poslovnog odlučivanja – Business Judgment Rule.* Pravilo *Business Judgment*, koje je posebno razvila sudska praksa SAD, odakle je preuzeto u nizu evropskih država, u osnovi znači odbijanje sudija da se mešaju u poslovne odluke (procene) direktora u sporovima povodom odgovornosti direktora po ovom osnovu, ako su pri tom ispunjene određene pretpostavke (teorija uzdržavanja). <sup>68</sup>

ZOPD Srbije (čl. 32–35) prihvata (pravni transplant iz anglosaksonskog prava) institut *Business Judgment Rule* (*pravilo poslovne odluke*), kao svojevrsnu kumulaciju tri dužnosti direktora <sup>69</sup>: 1) *The Fiduciary Duty* (direktori razumno veruju da je poslovna odluka u najboljem interesu korporacije – savesnost), <sup>70</sup> 2) *The Duty of Loyalty* (direktori nisu zainteresovana strana u predmetu poslovne odluke – nepostojanje sukoba interesa – *dužnost lojalnosti društvu* prilikom postojanja sukoba interesa, direktnog ili indirektnog preko povezanih pravnih ili fizičkih lica) i 3) *The Duty of Care* (direktori su informisani u pogledu predmeta poslovne odluke u meri u kojoj razumno veruju da je to odgovarajuće datim okolnostima). Ako su ove tri pretpostavke kumulativno ispunjene onda nema odgovornosti direktora za štete koje su u uzročnoj vezi s poslovnom odlukom (imovinska odgovornost).

<sup>66</sup> Korporacijski zakon Pensilvanije definiše ovaj standard »kao pažnju koju se očekuje da pokaže jedno uobičajeno pažljivo lice, u sličnoj poziciji, pod sličnim okolnostima«. Slično i: *Revised Model Business Corporation Act*, par. 8. 30 (a) (2). Vid. D. Branson, 253–254 i 262–264; J. H. Choper, J. C. Coffee, R. J. Gilson, 74–112.

<sup>67</sup> Vid. više M. Vasiljević (2007a), 155–162.

<sup>68</sup> Vid. K. J. Hopt (2006), 460.

<sup>69</sup> Vid. više M. Vasiljević (2007a), 163–172.

<sup>70</sup> *Ibid.*, 141–153.

U SAD ovo pravilo je tvorevina *common law*<sup>71</sup> i retko se kodifikuje u zakonu država članica<sup>72</sup> Američki sudovi ovaj princip izražavaju formulom da »redovno ni direktori ni drugi menadžeri korporacije ne odgovaraju za obične greške ili zablude pri proceni (poslovnom odlučivanju), bilo pravne ili faktičke (ali se ne ekskulpiraju odgovornosti u slučaju prevare, nezakonitosti i ponašanja izvan ovlašćenja – *ultra vires*).<sup>73</sup>

Vrhovni sud Delavera formulisao je takođe ovo pravilo (koje se često koristi, kako u ovoj državi, tako i u drugim državama SAD), ponavljajući sve elemente iz definicije Američkog pravnog instituta u precedentnom slučaju *Aronson v. Lewis*: »Pretpostavka je da su prilikom donošenja poslovne odluke direktori korporacije postupali dovoljno informisani, savesno, u iskrenom (razumnom) uverenju da postupaju u najboljem interesu kompanije«. <sup>74</sup> Jedan od najčešće citiranih slučajeva Vrhovnog suda Delavera je *Warshaw v. Calhoun*: »U odsustvu dokaza nesavesnosti na strani direktora ili velike zloupotrebe ovlašćenja u poslovnom odlučivanju direktori neće biti involvirani u sudski postupak. Teret dokaza postojanja nesavesnosti ili zloupotrebe ovlašćenja ostaje na tužiocu. Akti direktora pretpostavljeno se smatraju savesnim i motivisanim najboljim interesom korporacije i manjinski akcionari koji osporavaju njihovu savesnost imaju teret dokaza.«<sup>75</sup>

Uporedna kompanijska regulativa sve više prihvata ovaj institut,<sup>76</sup> precizirajući na ovaj način opšte standarde građanskog prava »dobar privrednik«, standard »dužne pažnje« (ekskulpira samo laka nepažnja, ali ne i gruba nepažnja ili namera) ili standard »savesnosti«. Ostaje otvoreno pitanje stvarne potrebe za ovim, jer sva iskustva kontinentalne prakse<sup>77</sup> govore da će ona i dalje uglavnom

---

<sup>71</sup> O poreklu ustanove vid. D. J. Block, N. E. Barton, S. A. Radin, *The Business Judgment Rule – Fiduciary Duties of Corporate Directors*, I, New York 19985, 9–11.

<sup>72</sup> Vid. D. Branson, 328; E. Scholastique, 207–211. Neki autori ove elemente ovog pravila razlažu u pet: 1) poslovna odluka, 2) nepostojanje interesa i nezavisnost, 3) dužna pažnja, 4) savesnost, i 5) nepostojanje zloupotrebe diskrecionih ovlašćenja. Vid. D. J. Block, N. E. Barton, S. A. Radin, 37–88.

<sup>73</sup> *Ibid.*, 88–95.

<sup>74</sup> Navedeno prema: D. Branson, 329. O ovom pojmu u francuskom pravu i praksi vid. A. Guengant, P. Troussière, S. Vendeuil, *Le rôle des juges dans la vie des sociétés*, Paris 1993, 153–154; D. Schmidt, 7–25.

<sup>75</sup> Navedeno prema: D. Branson, 330; E. Scholastique, 212–225.

<sup>76</sup> Ovo pravilo prvo je uvedeno kroz praksu sudova u nizu zemalja (Švajcarska, Japan), da bi kasnije doživelo zakonsku verifikaciju u ovim i drugim zemljama. Usvojila ga je čak i Nemačka (*Stock Corporation Act* – AktG, sec. 76(1)). Vid. K. J. Hopt (2010), 23; J. J. du Plessis *et al.*, 60–61.

<sup>77</sup> Za razliku od SAD i delom Francuske gde ima relativno dosta slučajeva primene ovog pravila odgovornosti direktora, takvih slučajeva je vrlo malo u Nemačkoj, Japanu, Švajcarskoj. Vid. K. J. Hopt (2010), 25.

ostajati kod prepoznatljivih stoletnih standarda odgovornosti za izvršenje ugovornih obaveza (ili vanugovornih ako postoji direktna odgovornost direktora trećim licima: akcionarima po osnovu individualne tužbe ili eventualno indirektno poveriocima po osnovu derivativne tužbe ili utvrđujuće tužbe kod »proboga pravne ličnosti« ili paulijanske tužbe kod bankrotstva): standard »dobrog privrednika«, »obaveza dužne pažnje«, »savesnost«, »obaveza sredstava-načina« i slično?! Isto tako, ostaje sporno pitanje tereta dokaza: čvrsto je pravilo američke prakse da tužilac (po pravilu manjinski akcionari) dokazuje imovinsku odgovornost direktora po osnovu ovog pravila »poslovne procene«. Kad je reč o našem pravu, procesni zakoni sada obavezuju i tužioca i tuženog na podnošenje dokaza (tužilac za osnovanost tužbenog zahteva i tuženi za nepostojanje osnova za tužbeni zahtev, a na sudu je da ceni relevantnost i jednih i drugih dokaza). Situacija u ovom pogledu nije u regulativi ujednačena, tako da, pored ovih sistema dokaza, postoje i brojne zemlje koje teret dokaza odsustva konstitutivnih elemenata »pravila poslovne procene« svaljuju na tužene direktore, čime im se položaj znatno otežava.<sup>78</sup>

*Statusna odgovornost – razrešenje.* – Institut razrešenja člana upravnog odbora (isto i izvršnih direktora i nadzornog odbora) uređen je prema opštem pravnom principu da izbor određuje i razrešenje. Izuzetno, anglosaksonsko pravo poznaje i institut »internog razrešenja«, shodno kojem i sam odbor direktora može razrešiti svog člana (koga bira skupština) koji ne opravdava odsustvo sa sednica više od šest meseci.<sup>79</sup> Takođe, neka prava poznaju i prava nekih akcionara da imenuju i razreše određene članove uprave ili poznaju akcije sa takvim pravima.

<sup>78</sup> Upor. Interni materijal, nacionalni izveštaji (Kongres, Vašington 2010): A. Autenne, G. Colard, A. Alexandre, 9–11; N. Eizirik, 9; I. L. Fannon, 11; Y. Shim, 8–9; K. N. Kyriakakis, 23–25; M. Vasiljević, 21–22; L. Junhai, K. B. Pišler, 19 – kompanijski zakon iz 2005. godine ne poznaje ovo pravilo ali se pravna teorija zalaže za njegovo prihvatanje; F. Denozza, P. Montalenti, 11–12; R. A. Etcheverry, 19–21; J. G. Hill, 21–26 – za razliku od SAD-a teret dokaza odgovornosti direktora nije na tužiocu već na tuženim direktorima; J. S. Christensen, 8; P. H. Conac, 12 – formalno nema standarda *Business Judgment Rule*, ali primena standarda »dužne pažnje« vodi istom rezultatu; N. Nakamura, 15–16; I. Corbisier, 15; J. M. Coutinho de Abreu, 18–19; P. V. Kunz, 11 – ne postoji formalno ovo pravilo, ali ga sudovi zbog praktičnosti primenjuju; W. J. Wang, W. R. Tseng, 10; A. E. G. Usluel, 10 – primena standarda pažnje kao i u ugovoru o mandatu-zastupništvu; D. Jurić, 12–14; G. Jugeli, L. Chanturia, 6 – teret dokaza je takođe na direktorima jer je pretpostavka po ovom pravilu odgovornosti na njima; J. Mahonen, 16; J. van Bekkum *et al.*, 247 – formalno ne poznaje ovo pravilo, ali ga sudovi primenjuju; S. Soltysinski, 123 – za razliku od SAD zbog mandatne prirode direktorskog statusa postoji pretpostavka njihove odgovornosti te je na njima da dokazuju da nisu odgovorni u kontekstu primene ovog pravila.

<sup>79</sup> Vid. E. Scholastique, 285–286.



Uporedna kompanijska regulativa i teorija posebno diskutuje pitanje da li je za razrešenje direktora (člana upravnog odbora, izvršnog direktora ili nadzornog odbora) bitno postojanje osnova za razrešenje? Čini se da je sada već opšte usvojen princip u uporednom kontinentalnom kompanijskom pravu da direktori (članovi upravnog odbora i izvršni direktori) mogu biti razrešeni u svako doba, čak i bez postojanja valjanog (ozbiljnog) razloga (i kad zakoni navode takve osnove, postojanje osnova »gubitak poverenja« ili »interes kompanije« praktično čini da drugi osnovi gube značaj, s obzirom na to da se gubitak poverenja ili interes kompanije praktično izjednačava sa razrešenjem bez postojanja osnova).<sup>80</sup> Pravna teorija u osnovi podržava ovakav prilaz.<sup>81</sup> Ovo potvrđuje i sudska praksa.<sup>82</sup> Zakon o privrednim društvima sadrži rešenje da »član upravnog odbora akcionarskog društva može biti razrešen odlukom skupštine akcionara, sa ili bez navođenja razloga, ako akcionari smatraju da je to u najboljem interesu društva«. Isto rešenje predviđeno je i za izvršne direktore i članove nadzornog odbora.<sup>83</sup> Ova sankcija opravdava se u smislu ugovornog prava mandatnim odnosom između nalogodavca (akcionarsko društvo) i nalogoprimca (članovi upravnog odbora). Stoga, nalogodavac (društvo) može uvek odustati od ugovora (datog naloga).<sup>84</sup>

---

<sup>80</sup> U francuskom pravu članovi upravnog odbora mogu biti razrešeni u svako doba odlukom skupštine (»bez obaveštenja, bez osnova i bez nadoknade« *ad nutum*) – Y. Guyon, *Droit des affaires*, Paris 2003, 349–352. Isto je i rešenje švajcarskog prava – Švajcarski zakon o obligacijama – ŠZO, čl. 726. st. 1. U većini korporacijskih zakona (kao i u *Model Business Corporation Act*-u) američkih država prihvaćeno je rešenje o razrešenju članova odbora direktora i članova menadžmenta (*officers*) sa ili bez razloga i to od strane skupštine akcionara i, izuzetno, od strane samog odbora direktora, u slučaju postojanja osnovanog razloga. Neke, pak, države dozvoljavaju opoziv bez razloga samo ako je to predviđeno u osnivačkom aktu ili statutu društva. Vid. D. Branson, *Corporate Governance*, Washington 1993, 110–113.

<sup>81</sup> Vid. D. Knežić-Popović, »Opoziv iz opravdanog razloga članova uprave privrednih društava u uporednom pravu«, *Pravo i privreda (PiP)* 5–8/2003, 122–134.

<sup>82</sup> Tako švajcarski Federalni sud precizira da »zbog razloga poverenja koje mora postojati između akcionara i članova upravnog odbora, opoziv (razrešenje) ovih poslednjih mora moći nastati u bilo koje vreme, iz bilo kog razloga« – RO 80 II 118/JT 1955 I 5. Vid. R. T. Trindade, *Le conseil d'administration de la société anonyme: composition, organisation et responsabilité en cas de pluralité d'administrateurs*, Genève 1996, 87; *Revised Model Business Corporation Act US* (RMBCA), čl. 8.08(a): »akcionari mogu opozvati jednog ili više direktora sa ili bez navođenja razloga...«.

<sup>83</sup> Upor. ZOPD, čl. 327, st. 1 i 4, čl. 322, st. 9 i čl. 330, st. 3. Istovetnost francuskog i engleskog prava vidi kod: E Scholastique, 275–277.

<sup>84</sup> Gubitak poverenja, što je osnova mandatnog odnosa, može u svom drastičnom vidu ići i do razrešenja *ad nutum* (»na znak glavom« – gest koji je rimski car davao kada je gladijator-pobednik pitao da li treba dovršiti, ubiti pobeđenog). Ipak, iako opoziv *ad nutum*, kao diskreciono pravo, vodi velikoj pravnoj nesigurnosti, u današnjim uslovima, čak i u pravima u kojima razrešenje članova uprave samo iz »opravdanih razloga« nije izričito ustanovljeno, opoziv *ad nutum* nije neogra-

Čini se da ustanovu razrešenja člana borda direktora najdetaljnije uređuje englesko pravo.<sup>85</sup> Akcionari, prema ovim rešenjima, mogu u svako doba da razreše tzv. redovnom odlukom skupštine članove borda direktora pre isteka mandata, s tim što se direktoru koji se razrešava mora dati reč na skupštini, na kojoj se raspravlja o razrešenju. Postoje tri osnova za razrešenje direktora (članova borda): 1) loše upravljanje – *misconduct*, 2) nesposobnost za obavljanje funkcije – *unfitness*, 3) ostali slučajevi, uključujući i protivpravno postupanje – *wrongful trading*.

Interesantno je, međutim, da se u američkoj poslovnoj praksi sve češće praktikuje klauzula u autonomnim aktima akcionarskog društva da je razrešenje člana odbora direktora (upravnog odbora) ili menadžmenta (izvršnih direktora – officers) moguće samo u slučaju postojanja opravdanog razloga. Smatra se, naime, da je ovo jedna od značajnih mera odbrane akcionarskog društva od tzv. neprijateljskog preuzimanja (zajedno sa »stepenastim« upravnim odborom sa različitim trajanjem mandata njegovih članova i ograničavanjem ili eliminacijom mogućnosti akcionara da sazovu skupštinu akcionara radi davanja akcionarske saglasnosti za preuzimanje) putem javne ponude akcionarima za kupovinu njihovih akcija.<sup>86</sup> Ovakva poslovna praksa polako se seli i u zakonodavstvo i to tako što se institut razrešenja člana odbora direktora ili drugih direktora, sa ili bez razloga, ne kvalifikuje imperativnim, te se primenjuje samo ako drukčije nije utvrđeno osnivačkim aktom akcionarskog društva ili statutom tog društva.<sup>87</sup> U svakom slučaju, razrešenje direktora samo u slučaju postojanja osnovanog razloga ima svoje slabe strane: prvo, definicija osnovanog razloga<sup>88</sup>; drugo, definicija tereta dokaza i opis postupka podnošenja takvog dokaza pre zahteva akcionara da glasaju o takvom razrešenju.

---

ničen, kao što ni jedno pravo nije neograničeno. Opšte ograničenje je načelo zabrane zloupotrebe prava, koje se i konkretizuje sa više principa: zabrana povrede prava na čast, zabrana povrede načela kontradiktornosti, sudska kontrola formalne valjanosti razrešenja (postupak sazivanja organa, kvorum, odluka). Vid više E Scholastique, 274–275; D. Knežić-Popović, »Opoziv ad nutum članova uprave privrednih društava«, *PiP* 5–8/2001, 154–165.

<sup>85</sup> Vid. J. Charlesworth, G. Morse, *Company Law*, London 1995, 373–384; L. C. B. Gower, *Principles of Modern Company Law*, London 1992, 153–158; R. R. Pennington, *Company Law*, London 1995, 717–725; J. Birds *et al.*, *Boyle & Birds' Company Law*, London 1995, 431–441.

<sup>86</sup> Vid. D. Branson, 122–125. Upravo kombinaciju ove tri mere odbrane od tzv. neprijateljskog preuzimanja propisuje i: *Delaware General Corporation Law*, par. 141 (k) (1).

<sup>87</sup> RMBA, par. 8.08 (a).

<sup>88</sup> Takav pokušaj čini i ZOPD (čl. 328, st. 2 i 3), bez obzira na to što prihvata i sistem razrešenja bez postojanja osnova, rešenjem da su posebni osnovi imovinske odgovornosti direktora (članova upravnog odbora i izvršnih direktora) ujedno i osnov za njihovo razrešenje.

Kompanijska regulativa je sve više saglasna i oko instituta sudskog razrešenja člana upravnog odbora ili izvršnih direktora (odnosno sudskog naloga akcionarskom društvu i njegovoj skupštini ili upravnom odboru da to učini). U savremenom kompanijskom pravu uvodi se, kada za to postoje osnovi utvrđeni zakonom, i po zahtevu manjinskih akcionara kvalifikovanih propisanim kapital cenzusom. U ovom slučaju nadležni sud umesto pokretanja postupka prestanka društva može, kada utvrdi postojanje propisanog jednog ili više osnova, između ostalog, naložiti jednu ili više sledećih mera: 1) razrešenje bilo kojeg člana upravnog odbora ili izvršnog odbora, 2) izbor člana upravnog odbora ili izvršnog odbora društva, 3) imenovanje privremenog zastupnika društva. Ovakvo rešenje prihvata i ZOPD, kao i korporacijski zakoni velikog broja američkih država.<sup>89</sup> Sudsko razrešenje člana upravnog odbora nužno je i u redovnim slučajevima posebno kad većinski akcionar blokira razrešenje određenog člana ili kad kao član uprave blokira sazivanje skupštine radi razrešenja.

Prihvaćenost sistema razrešenja članova upravnog odbora, izvršnih direktora ili članova nadzornog odbora bez postojanja osnova, kao vladajućeg sistema savremenog kompanijskog prava,<sup>90</sup> trpi kritike. Naime, ako je ovaj sistem prihvatljiv za članove upravnog odbora koje bira skupština (ili pojedini akcionari na osnovu posebne klauzule), onda to ni u kom slučaju nije prihvatljivo za nezavisne direktore i članove nadzornog odbora (isto važi i za članove odbora revizora). Razrešenje ovih lica, odnosno članova ovih organa i tela, bez postojanja osnova, ruši potrebnu osnovu njihove nezavisnosti u odnosu na ostale članove upravnog odbora, odnosno u odnosu na upravni odbor i izvršne direktore, kao i kontrolne akcionare, bez čega nema njihove nezavisnosti i potrebne misije ovih lica i organa i tela. Otuda, razrešenje ovih lica i članova ovih organa, suprotno nepromišljenosti našeg zakona o izjednačenju njihovog statusa sa statusom ostalih članova upravnog odbora i izvršnim direktorima, mora biti u fokusu čvrste zakonske garancije da je to moguće samo u izuzetnim slučajevima kada za to postoje nesporni zakonski razlozi vezani za »važan« razlog (ozbiljnija povreda zakona ili opštih akata društva, sticanje osnova koji vodi gubitku njihovog svojstva nezavisnosti). Nezavisni direktori, članovi nadzornog odbora ili odbora revizora (analogno i interni revizor ili spoljnji nezavisni revizor) se i ne biraju po osnovu postojanja poverenja, već naprotiv po osnovu ispunjenosti uslova za nezavisne članove.

---

<sup>89</sup> ZOPD, čl. 346; RMBCA *par.* 9.09: sud može doneti odluku o razrešenju direktora na zahtev manjinskih akcionara sa 10% kapitala, u slučaju da ustanovi: 1) prevarno ili nepošteno ponašanje direktora, ili krajnju zloupotrebu autoriteta ili diskrecije, i 2) da je razrešenje u najboljem interesu društva. Vid. D. Branson, 119–122.

<sup>90</sup> Upor. Interni materijal, nacionalni izveštaji (Kongres, Vašington 2010): A. Autenne, G. Colard, A. Alexandre, 5; K. N. Kyriakakis, 12; J. G. Hill, 16; J. M. Coutinho de Abreu, 7–8.

*Naknade i podsticaji*

Pitanje naknada članovima upravnog odbora (izvršni i neizvršni i nezavisni direktori) i nadzornog odbora (nadzorni direktori), kao i izvršnim direktorima (menadžment), jedno je od veoma osjetljivih pitanja korporacijskog upravljanja, kome se u poslednje vreme posvećuje posebna pažnja.<sup>91</sup> Razlozi za ovo nalaze se pre svega u ravni potencijalnog sukoba interesa akcionara i članova ovih organa i tela (u uslovima nedovoljne transparentnosti naknada). Nacionalni kompanijski zakoni sadrže otuda sve više normi posvećenih uređenju ovog pitanja, a ovom pitanju je posvećena velika pažnja i u *Winter Report*-u, u skladu s kojim je EU donela posebnu Preporuku.<sup>92</sup>

Pitanje naknada i nagrada direktorima, posebno kotiranih društava, toliko je zaokupilo pažnju teorije i prakse da je, čini se, zamenilo i samu dosadašnju paradigmu korporacijskog upravljanja, koja se sastojala u fiducijarnoj dužnosti direktora prema društvu. Umesto te paradigme, stupa na scenu nova paradigma koja se sastoji u interesu direktora. Prema ovoj novoj paradigmi, smatra se, naknade direktora nisu više problem korporacijskog upravljanja, već su upravo rešenje tog problema, s obzirom na to da su deo tehnike upravljanja. U tom smislu, ističe se, umesto da se kontroliše ili eliminiše menadžerski vlastiti interes, nova paradigma zahteva da se on učini legitimnim i da se kontroliše, pre svega *poravnavanjem menadžerskog interesa i interesa akcionara*.<sup>93</sup> Teorija skoro da jednodušno, ipak, priznaje da je sistem plaćanja menadžera i direktora oblast u kojoj je »lakše otkriti problem nego naći rešenje.« U svakom slučaju, bura koja se digla u vezi preteranih naknada direktora niza bankrotiranih društava, posebno razvijenih zemalja (u uslovima ekonomske krize) ukazuje da investitori (akcionari) moraju tražiti rešenja na planu čvršćeg vezivanja plaćanja menadžera i direktora za dobrobit akcionara (razvoj performansi kompanije na dugi rok), što bez sumnje čini da oni razmišljaju i odlučuju kao i akcionari.<sup>94</sup>

U uslovima globalizacije finansijskog tržišta, snažne koncentracije kapitala (fuzije i preuzimanja), postoji naglašena potreba unapređivanja kvaliteta direktora (članova upravnog i nadzornog odbora i menadžmenta), za šta je opet jedna od

<sup>91</sup> Vid. K. J. Hopt, »Modernizacija kompanijskog prava i unapređenje korporativnog upravljanja u EU«, *PiP* 9–12/2004, 3–17.

<sup>92</sup> ZOPD, čl. 290, st. 1, tač. 5 i 10, čl. 317, st. 3, tač. 2 i st. 4, čl. 325, st. 4–6; Preporuka Komisije EU (2004/913/EC, OJ L 385/55) o naknadama direktora kotiranih društava.

<sup>93</sup> Vid. J. Hill, »Corporate Scandals Across the Globe: Regulating the Role of the Director«, *Reforming Company Law in Europe* (eds. G. Ferrarini *et al.*) Oxford 2004, 261; J. H. Choper, J. C. Coffee, R. J. Gilson, 138–162.

<sup>94</sup> Vid. B. Cheffins, *Company Law – Theory, Structure and Operation*, Oxford 2004, 653–708; D. Keenan, *Company Law*, Essex 2005, 334–352.

osnovnih pretpostavki pitanje visine i formi naknada<sup>95</sup> (često je otvoreno pitanje: da li su naknade direktora u zavisnosti od njihovih ličnih performansi ili performansi kotiranog društva). Bez sumnje, akcionari su najviše zainteresovani za uspeh i konkurentnost društva čije akcije poseduju, te time preferiraju da imaju kvalitetan direktorski sastav. S druge strane, direktori takođe imaju interes za uspeh kompanije kojom upravljaju, ali u uslovima nedovoljne transparentnosti i neoperativnosti mehanizama kontrole mogu raznim manipulacijama staviti svoj interes (pre svega materijalni) ispred interesa akcionara.<sup>96</sup> Otuda je izuzetno značajno da se ovo pitanje uredi na transparentan način, kako bi akcionari imali adekvatnu kontrolu nad pitanjem naknada direktora akcionarskog društva. Dakle, politika naknada ne sme biti izvučena iz delokruga skupštine akcionara, a takođe i svi elementi odgovarajućeg ugovornog aranžmana sa direktorima društva ne mogu ostati van vidnog polja akcionara. Za akcionare je posebno osetljivo pitanje raznih varijabilnih formi naknada direktorima, koje jedine i mogu biti predmet manipulacije direktora u odnosu na akcionare, naročito ako oni nemaju dovoljnu, pravovremenu i adekvatnu kontrolu nad politikom tih formi naknada i nad konkretnim procesima realizacije utvrđene politike.

Pravni režim naknada i podsticaja direktora akcionarskog društva u Srbiji u osnovi se zasniva na Preporukama iz *Winter Report*-a i stavovima Preporuke komisije EU o naknadama. Osnovne postavke tog režima su sledeće: 1) politiku naknada utvrđuje skupština na predlog upravnog odbora i uz mišljenje komisije za naknade, 2) naknada se sastoji iz fiksnog i promenljivog dela, 3) promenljivi deo naknada treba da omogućí povezivanje interesa direktora sa dugoročnim interesima kompanije i njenih akcionara, 4) sve vrste promenljivih naknada (akcije, opcije, bonusi, učešće u dobiti društva, akcije za performanse društva, dodatne ugovorene koristi, posebne povoljnosti, »zlatni ili dijamantski padobran«, druge ugovorne povoljnosti) su dozvoljene, 5) direktori koji primaju naknadu koja zavisi od rezultata poslovanja društva (akcije, opcije, zamenjive ili participativne obveznice, učešće u dobiti, itd.) ne mogu se smatrati nezavisnim,<sup>97</sup> 6) metod utvrđivanja vrste i visine naknada treba da posebno vodi računa o: zadacima di-

---

<sup>95</sup> Prema podacima *Standard & Poor's*, srednja naknada CEO (izvršnih direktora) u SAD raste od 1,8 miliona US dolara iz 1992. godine na 6,1 milion US dolara 2000. godine i ona je oko 340 odsto viša za desetogodišnji period u poređenju sa 36 odsto rasta za zaposlene. Vid. J. Hill, 260.

<sup>96</sup> Vid. *Winter Report*, 64–67; K. J. Hopt (2004), 3–17; J. Colley *et al.*, *Corporate Governance*, New York 2003, 109–131; B. Begović *et al.*, *Unapređenje korporativnog upravljanja*, Beograd 2003, 17–18; G. Koevski, 222–226.

<sup>97</sup> Posebnom Preporukom Komisije EU (2009/385/EC, OJ L 120/28) o izmenama i dopunama Preporuke o naknadama direktorima iz 2004. i 2005. godine predviđeno je da naknada nadzornih i neizvršnih (time i nezavisnih) direktora ne bi trebalo da uključuje akcijske opcije.

rektora, finansijskom stanju društva, ekonomskom okruženju, proceni dotadašnjeg rada direktora i odbora u celini, uspostavljanju veze naknade direktora i rezultata koje ostvaruje, naknadi u povezanim društvima, stavovima profesionalnih organizacija, 7) upravni odbor na predlog komisije za naknade donosi odluku o adekvatnosti visine i vrste naknada za svakog direktora u skladu s usvojenom politikom naknada, 8) odluku o varijabilnim elementima naknada donosi skupština, 8) skupština potvrđuje (odobrava) ugovor o vrsti i visini naknada sa direktorima ili daje prethodnu saglasnost, 9) vrsta i visina naknada svih direktora u ukupnom iznosu i svakog direktora pojedinačno »treba« da bude sastavni deo godišnjih finansijskih izveštaja koji se podnose skupštini i »treba« da bude objavljena u skladu s propisima o tržištu hartija od vrednosti.<sup>98</sup> Čini se da konzistentnost ovog režima na planu norme i usklađenost sa modernim trendovima regulative, prakse i stavovima struke i nauke jedino narušava princip fakultativne transparentnosti vrsta i visine naknada umesto obavezne transparentnosti (kako unutrašnje – u odnosu na skupštinu kompanije tako i na spoljnje – objava).<sup>99</sup> Obavezna transparentnost svih formi naknada i podsticaja svih direktora (članova upravnog odbora, izvršnih direktora, članova nadzornog odbora), kako ukupna tako i pojedinačna, sve je više standard uporedne kompanijske regulative, a skoro opšti standard kodeksa korporativnog upravljanja, kodeksa dobre korporativne prakse ili berzanskih kodeksa (za kotirana društva), kao što je opšti standard da nezavisni direktori, članovi nadzornog odbora ili odbora revizora ne mogu primati bilo koje forme varijabilne naknade.<sup>100</sup>

### *Jačanje instituta unutrašnjeg nadzora*

*Nezavisni direktori.* Berzanski krahovi početkom ovog veka i slom čarobnog trougla: spoljni revizori-uprava kompanije-akcionari uslovlili su traganje za novim institutima korporativnog upravljanja, koji bi unapredili rešavanje prvog

---

<sup>98</sup> Vid. ZOPD, čl. 290, st. 1, tač. 5 i 10, čl. 317, st. 3, tač. 2 i st. 4, čl. 325, st. 4–6; KKU PKS, čl. 235–244.

<sup>99</sup> Vid. više M. Vasiljević (2007a), 189–201.

<sup>100</sup> Upor. Interni materijal, nacionalni izveštaji (Kongres, Vašington 2010): A. Autenne, G. Colard, A. Alexandre, 10; N. Eizirik, 7–8; I. L. Fannon, 13; Y. Shim, 5; K. N. Kyriakakis, 23–25; M. Vasiljević, 22–24; F. Denozza, P. Montalenti, 15–16; R. A. Etcheverry, 21–22; J. G. Hill, 26–30; J. S. Christensen, 7–8; P. H. Conac, 15–20; N. Nakamura, 18–19; I. Corbisier, 16–17; J. M. Coutinho de Abreu, 19–20; P. V. Kunz, 11–12; W. J. Wang, W. R. Tseng, 10; A. E. G. Usluel, 10; D. Jurić, 13–14; J. Mahonen, 16; J. A. Garcia, C. Gonzalez, I. Moralejo-Menendez, 15; H. Merkt, 245–251; J. van Bekkum *et al.*, 247–248; S. Soltysinski, 117–118.

agencijskog problema korporativnog upravljanja: akcionari – uprava. Ovo su usloville višestruke potrebe: 1) potreba unapređivanja (naročito unutrašnjeg i delom i spoljnog) nadzora, i to efektivnog i dovoljno nezavisnog, posebno u nekoliko sfera: nad članovima upravnog odbora i izvršnim direktorima (menadžmentom), nad imenovanjem novih članova uprave i opozivom, nad naknadom članovima uprave i izvršnim direktorima i nad procesom revizije, 2) potreba rešavanja sukoba interesa uprave sa interesom kompanije i potreba promovisanja dužnosti lojalnosti kompaniji, 3) potreba jačanja prava akcionara (posebno manjinskih), 4) potreba zaštite interesa trećih lica (nosilaca drugih interesa, pored akcionara). Kao odgovor na ove potrebe »proizveden« je institut neizvršnih (nezavisnih) direktora,<sup>101</sup> koji u jednodomnom sistemu uprave treba da pojača nadzornu funkciju.<sup>102</sup>

ZOPD Srbije prihvata institut nezavisnih članova upravnog odbora i propisuje da »kotirana otvorena akcionarska društva moraju u upravnom odboru imati većinu neizvršnih članova upravnog odbora od kojih su najmanje dva nezavisna člana«.<sup>103</sup> Neizvršni članovi ne moraju ispunjavati uslove za nezavisnog člana i ne mogu biti izvršni direktori (koji na profesionalnoj osnovi obavljaju funkciju u kompaniji, dok to neizvršni direktori rade na neprofesionalnoj osnovi, u skladu s odgovarajućim ugovorima). Srpski K KU ovom dodaje važno upućujuće pravilo prema kojem »odnos između izvršnih i neizvršnih članova, a posebno nezavisnih neizvršnih članova, treba da bude takav da onemogućiti bilo kom pojedincu ili grupi da dominira odlučivanjem u upravnom odboru« (čl. 136).

Institut nezavisnih članova upravnog odbora sve više postaje prepoznatljiviji standard kompanijske regulative, s tim što je u nekim slučajevima to zakonski standard, u nekim standard »mekog prava« (kodeksa dobre korporativne prakse ili berzanskih kodeksa za kotirana društva kao uslov za kotaciju njihovih akcija), u nekim slučajevima se zahteva obavezni većinski sastav nezavisnih članova upravnog odbora, dok se u nekim zahteva da to bude većinski sastav neizvršnih čla-

---

<sup>101</sup> Preporuka Komisije EU (2005/162/EC, OJ L 52/51) o ulozi neizvršnih članova upravnog odbora i članova nadzornog odbora kotiranih akcionarskih društava i o komitetima upravnog i nadzornog odbora.

<sup>102</sup> *The Conference Board Europe* ističe da u SAD oko 94 odsto akcionarskih društava ima većinu spoljnih nezavisnih članova upravnog odbora. Vid. F. Vincke, »Corporate Governance in Belgium«, *Comparative Corporate Governance* (ed. K. J. Hopt), Berlin – New York 1997, 135–141.

<sup>103</sup> ZOPD, čl. 310, st. 1. K KU PKS ovom imperativnom pravilu dodaje i dva pravila iz sistema »primeni ili objasni«: 1) U društvu čiji je osnovni kapital veći od 10.000.000 evra u prethodnoj poslovnoj godini, većina članova upravnog odbora, izuzimajući predsednika, trebalo bi da budu nezavisni članovi; 2) u društvu čiji je osnovni kapital niži od 10.000.000 evra u prethodnoj poslovnoj godini, većina neizvršnih članova upravnog odbora trebalo bi da budu nezavisni članovi (čl. 138 i 139).

nova od kojih najmanje određeni broj moraju ispunjavati uslove za nezavisne članove. U osnovi može se reći da berzanski kodeksi vodećih svetskih berzi kao uslov za kotaciju hartija od vrednosti kompanija zahtevaju većinski sastav nezavisnih članova upravnog odbora, dok se Preporuka Evropske komisije o nezavisnim direktorima zalaže za »dovoljan broj nezavisnih direktora...koji mogu da obezbede da se bilo koji materijalni sukob interesa koji uključuje direktore adekvatno reši« (Preporuka, deo II, br. 4).<sup>104</sup> Sve ovo nezavisno od činjenice što nema empirijskih dokaza o stvarnom ekonomskom efektu instituta nezavisnih direktora na profitabilnost kompanija i interes akcionara.<sup>105</sup> Uostalom, nezavisni direktori u brojnim slučajevima nisu uspeli da spreče berzanske skandale i kraheve (veliki problem je što su oni često uskraćeni za pravovremene i kvalitetne informacije od strane izvršnih direktora – najbolji primer je »Enron«, gde su vrlo kvalifikovani nezavisni direktori izjavili da su za razmere kraha saznali iz finansijske štampe nakon nastanka krize).<sup>106</sup> Posebno otvoreno pitanje u vezi nezavisnih članova je ne samo pitanje broja, već i pitanje definicije konstitutivnih uslova za nezavisnog člana i ko odlučuje da li neizvršni direktori ispunjavaju uslove nezavisnosti (nadzorni odbor u dvodomnom sistemu, a možda odbor revizora u jednodomnom sistemu uprave?). Ti uslovi redovno obuhvataju više polja: radnopravni, poslovni, vlasnički, konkurentni (klauzula konkurencije), sukob interesa (nepostojanje) i pokrivaju i lice u pitanju i njegova povezana (pravna i fizička) lica.<sup>107</sup>

<sup>104</sup> Vid. K. J. Hopt (2010), 14; upor. Interni materijal, nacionalni izveštaji (Kongres, Vašington 2010): A. R. Pinto, 12–15; A. Autenne, G. Colard, A. Alexandre, 7–8; N. Eizirik, 7; I. L. Fannon, 9; Y. Shim, 4; K. N. Kyriakakis, 15–16; M. Vasiljević, 15–17; L. Junhai, K. B. Pišler, 12–15; R. A. Etcheverry, 16–17; J. G. Hill, 17–18; J. S. Christensen, 6; P. H. Conac, 10–11; N. Nakamura, 13–14; I. Corbisier, 12–13; J. M. Coutinho de Abreu, 10–12; P. V. Kunz, 9; W. J. Wang, W. R. Tseng, 7–9; A. E. G. Usluel, 8–9; D. Jurić, 9–12; G. Jugeli, L. Chanturia, 5 – za sada ne poznaje institut nezavisnih direktora; J. Mahonen, 16 – ne sadrži ovaj institut u kompanijskom zakonu, ali ga kodeksi preporučuju; J. A. Garcia, C. Gonzalez, I. Moralejo-Menendez, 15–17; H. Merkt, 238–244; J. van Bekkum *et al.*, 245–246; S. Soltysinski, 112.

<sup>105</sup> K. J. Hopt (2010), 15.

<sup>106</sup> »Velika očekivanja od nezavisnih direktora samo su delom ispunjena« – K. J. Hopt (2010), 21.

<sup>107</sup> Upor: ZOPD, čl. 310, st. 3; Preporuka Komisije EU 2005/162/EC u svom Aneksu br. 2 konstatuje da je, u stvari, nemoguće utvrditi konačnu listu kriterijuma za procenu nezavisnosti nekog člana i utvrđuje minimum ovih kriterijuma, uz ostavljanje mogućnosti dopune na nacionalnom nivou. KKU PKS (čl. 140–143) sadrži fleksibilniju definiciju ovog pojma: »Nezavisni član upravnog odbora je lice čiji član uže porodice ili ono samo nema poslovne, porodične ili druge veze sa društvom (ili povezanim društvima), kontrolnim akcionarom društva (ili povezanih društava), drugim članom upravnog ili izvršnog odbora društva (ili povezanih društava), koje bi zbog postojanja sukoba interesa uticale ili mogle da utiču na objektivno i nezavisno prosuđivanje kod donošenja odluka«.



ZOPD Srbije ne sadrži druge norme o nezavisnim članovima, ali Kodeks PKS ovom dodaje da predlagač nezavisnog člana mora da naznači da je reč o takvom članu, a takav kandidat treba da potpiše izjavu o ispunjenosti propisanih uslova za takvog člana. Uz to, ovaj kodeks dodaje da upravni odbor »može« da imenuje jednog neizvršnog nezavisnog člana upravnog odbora za rukovodioca tih članova, koji mora u svako doba biti dostupan akcionarima, posebno u slučaju otežane komunikacije sa upravnim odborom ili izvršnim direktorima, te konačno i odredbu o dužnosti ovog rukovodioca da najmanje jednom godišnje sazove sednicu neizvršnih članova, radi procene saradnje neizvršnih i izvršnih članova upravnog odbora (čl. 144–147).

*Instituti jačanja unutrašnje kontrole.* – Kompanijska regulativa svih relevantnih zemalja podstaknuta posebno dubinom, sveobuhvatnošću i dužinom trajanja ekonomske krize, u grozničavom je traganju za jačanjem sistema unutrašnje kontrole upravljanja (uprave i izvršnih direktora i kontrolnih akcionara posebno) kompanijom. Ovo je posebno aktuelno kod jednodomnog sistema uprave, koji nema posebno nadzorno telo unutar društva, ali u određenoj meri pokazuje se potrebnim i kod dvodomnog sistema uprave. Za ove svrhe, naime, institut nezavisnih direktora, koji ima određenu nadzornu funkciju zbog svoje nezavisne pozicije u odnosu na upravu, izvršne direktore i kontrolne akcionare, pokazuje se ipak nedovoljnim. Nadzorna funkcija unutar kompanije ima posebnu prednost u odnosu na spoljnog nezavisnog revizora što može da deluje blagovremeno, preventivno i *ex ante*, predupređujući tako donošenje štetnih poslovnih odluka za akcionare, naročito manjinske, dok je pozicija spoljnog revizora da uglavnom deluje *ex post*, što je u nizu slučajeva zakasnelo.

Kako ZOPD Srbije usvaja jednodomni model uprave, pitanje potrebe jačanja unutrašnje kontrole uprave kompanija, izvršnih direktora i kontrolnih akcionara pokazuje se posebno važnim. Pored instituta nezavisnih direktora (locirano samo na kotirana društva) naše pravo ustanovljava i druga dva važna instituta za jačanje sistema unutrašnje kontrole: 1) interna revizija (revizor) i 2) odbor revizora u alternativi sa nadzornim odborom. Kad je reč o finansijskim organizacijama, uz ove institute, postoje i posebni instituti koji su u vezi sa upravljanjem rizicima (risk menadžment).<sup>108</sup> Propisi Srbije, posebno stečajni, još uvek ne poznaju institute koji doprinose ranom otkrivanju finansijskih teškoća kompanije u interesu akcionara i poverilaca (pa i zaposlenih),<sup>109</sup> koje poznaje britansko

---

<sup>108</sup> Zakon o bankama, *Službeni glasnik RS*, br. 107/05, čl. 28–40.

<sup>109</sup> Za sada, ZOPD Srbije (čl. 45, st. 1) neku formu diskvalifikacije propisuje samo u sledstvu primene krivičnih sankcija: »Lica koja su osuđena za određena krivična dela iz oblasti privrede i službene dužnosti u skladu sa posebnim zakonom, u vezi sa vršenjem svojih dužnosti u

pravo, poput *wrongful trading*<sup>110</sup> ili tzv. diskvalifikacije direktora.<sup>111</sup> Za novo kompanijsko i stečajno pravo EU preporučeno je uvođenje oba ova instituta.<sup>112</sup>

Uvođenje dva nova instituta unutrašnje kontrole u kompanijsko pravo Srbije predstavlja nesumnjivo važan korak u njegovoj modernizaciji, iako je to učinjeno prilično nespretno i sa mešanjem funkcija i statusa (za uslove ekonomske krize, ne samo za finansijske organizacije, kao što je to slučaj sa drugim zemljama, trebalo je očekivati značajnije intervencije zakonodavca i u komercijalnom sektoru, posebno na planu ranog otkrivanja rizika – risk menadžment).<sup>113</sup> Naime, prema ZOPD Srbije (čl. 329) interni revizor je obavezan u kotiranim društvima (konkurentno sa odborom revizora i nadzornim odborom), a u ostalim je fakultativan. Suštinski, interni revizor obavlja funkciju interne revizije (u smislu propisa o računovodstvu i reviziji)<sup>114</sup> i stoga ne može biti organ kompanije i posebno ne konkurentno sa drugim organima iste provenijencije. Otvoreno akci-

---

privrednom društvu, kao i lica koja su povredila odredbe ovog zakona o ograničenjima plaćanja, ne mogu biti zastupnici, članovi upravnog odbora, prokuristi kao ni likvidacioni upravnici dok traju pravne posledice osude.«

<sup>110</sup> *Winter Report*, 68–69 – preporučio je prihvatanje instituta engleskog prava u EU, kad je reč o fiducijarnoj dužnosti i po osnovu toga odgovornosti direktora prema poveriocima za neobustavu plaćanja u slučaju »preteće-očekivane« insolventnosti ili sumnjive solventnosti kompanije i nepokretanje postupka stečaja – institut *Wrongful Trading*. Ipak, mišljenja u pravnoj teoriji u vezi sa ovim institutom su krajnje podeljena. Vid. H. Fleischer, »The Responsibility of the Management and of the Board and Its Enforcement«, *Reforming Company Law in Europe* (eds. G. Ferrarini *et al.*) Oxford 2004, 396–397.

<sup>111</sup> Vid. V. Radović, »O opravdanosti prihvatanja instituta diskvalifikacije direktora«, *PiP* 1–3/2010, 26–56.

<sup>112</sup> *Winter Report*, 69–70 – konstatovao je da je mišljenja da su imovinske i krivične sankcije u zoni određene slabosti, te je potrebno razmotriti pitanje mogućnosti uvođenja posebne vrste sankcija širom EU: tzv. *diskvalifikacija direktora*. Krivična i imovinska odgovornost, po mišljenju ove Grupe, po pravilu su teške za primenu, kasno dolaze, imaju različitu primenu u državama članicama EU i skoro redovno nemaju efekte odvracanja od lošeg i neodgovornog vođenja kompanije. Stoga se smatra da je uvođenje sankcije direktorske diskvalifikacije širom EU jedan alternativni mehanizam, koji bi bio adekvatniji za primenu i imao bi jače i dugoročnije odvracajuće dejstvo (takva odgovornost postoji u nekim državama kao sankcija odgovornosti prilikom stečaja kompanije – *wrongful trading* ili kao uslov za izbor direktora u bankarskom sektoru i u sektoru osiguranja).

<sup>113</sup> O tome govori K. J. Hopt (2010), 21–22. Upor. Interni materijal, nacionalni izveštaji (Kongres, Vašington 2010): A. Autenne, G. Colard, A. Alexandre, 8; N. Eizirik, 8; K. N. Kyriakakis, 16–20; M. Vasiljević, 17–18; R. A. Etcheverry, 17–18; J. G. Hill, 18; J. S. Christensen, 6–7; P. H. Conac, 11–12; N. Nakamura, 14–15; I. Corbisier, 13–14; J. M. Coutinho de Abreu, 11–15; P. V. Kunz, 10 – teoretičari predlažu obavezno uvođenje tzv. risk komiteta i u komercijalne kompanije, a ne samo u finansijski sektor; W. J. Wang, W. R. Tseng, 9; A. E. G. Usluel, 9; D. Jurić, 10–12; G. Jugeli, L. Chanturia, 3–5; J. Mahonen, 14–16; J. A. Garcia, C. Gonzalez, I. Moralejo-Menendez, 21–22; H. Merkt, 241–244; J. van Bekkum *et al.*, 246; S. Soltysinski, 113.

<sup>114</sup> Zakon o računovodstvu i reviziji – ZORR, *Službeni glasnik RS*, 46/06, čl. 29.

onarsko društvo prema ZOPD Srbije obavezno ima ili nadzorni odbor (koga bira skupština akcionara) ili *odbor revizora*<sup>115</sup> (koga bira upravni odbor iz reda nezavisnih članova, a ako nema takvih članova ili nema dovoljan broj, nedostajući broj bira skupština akcionara). Iz ovakvog rešenja bi trebalo da sledi da su svi članovi odbora revizora (što važi i za članove nadzornog odbora) nezavisna lica, ali srpski Kodeks PKS izričito kaže da »većina članova komisije za reviziju treba da budu nezavisni neizvršni članovi upravnog odbora«. <sup>116</sup> Kodeks PKS insistira da se prilikom izbora članova ovih organa obezbedi stručnost, posebno u oblasti finansija, računovodstva i revizije. U skladu sa Preporukom Komisije EU (Aneks I) utvrđena je obaveza saradnje i rasprave sa internim revizorom, izvršnim direktorima, spoljnjim revizorom i upravnim odborom, kao i dužnost obezbeđenja pristupa svim potrebnim informacijama i dokumentima. Dve posebne oblasti nadležnosti odbora (komisije) za reviziju ili nadzornog odbora (ZOPD, čl. 332)<sup>117</sup> su oblast interne politike i procedure i oblast spoljnje kontrole (predlaganje izbora ili razrešenja spoljnjeg revizora, praćenje njegove aktivnosti i nezavisnosti, kontrola efikasnosti procesa spoljnje revizije, itd.),<sup>118</sup> dok interna revizija ispituje, ocenjuje i prati adekvatnost i efikasnost računovodstvenog sistema i sistema internih kontrola, u skladu sa zakonom.

### *Društvena odgovornost kompanija*

Rasprava o tome postoji li institut društvene odgovornosti kompanije ili ne aktuelizovana je posebno u uslovima postojeće ekonomske krize. Postavlja se, naime, pitanje da li je društvena odgovornost kompanije pravna kategorija ili samo moralna ili, pak, politička?! U dubljoj pozadini ovog pitanja leži potreba traženja odgovora o prirodi upravljanja kompanije – da li je ono po svojoj vokaciji samo akcionarski orijentisano (*shareholders theory*) ili je pak dužno da vodi računa o »ravnoteži« više konstitutivnih interesa (akcionari, poverioci, zaposleni,

---

<sup>115</sup> Prema Direktivi EU (2006/43/EC, OJ L 157/87) o obaveznoj reviziji godišnjih finansijskih izveštaja i konsolidovanih izveštaja (računa) komitet (odbor) revizora je postao obavezan u listiranim kompanijama.

<sup>116</sup> Upor. ZOPD, čl. 329, 330 i 331 i KKKU PKS, čl. 224.

<sup>117</sup> O komitetu za reviziju vid. A. Cadbury, *Corporate Governance and Chairmanship – A Personal View*, Oxford 2002, 93–96; *Winter Report*, 70–71; A. Bohrer, *Corporate Governance and Capital Market Transactions in Switzerland*, Schulthess 2005, 96–97.

<sup>118</sup> Zakonodavstva se razlikuju oko toga da li komitet za reviziju može imati delegirana ovlašćenja za odlučivanje umesto upravnog odbora (što je, na primer striktno zabranjeno u Francuskoj) ili samo za pripremu predloga za upravni odbor. Vid. K. J. Hopt (2010), 18.

uprava, potrošači, investitori, država, lokalna zajednica – *stakeholders theory*)?!<sup>119</sup> Davanje odgovora na ovo pitanje, koje uslovljava odgovor na pitanje postojanja i pravne prirode društvene odgovornosti kompanije, nalazi se u fokusu interesovanja i pravnika, i ekonomista, i filozofa, i sociologa, i socijalnih psihologa, i kulturologa, i političara. U davanju odgovora na ovo pitanje posebno je zanimljivo istaći da pravnici često zaboravljaju svetost svoje struke i ponašaju se kao da su i sami ekonomisti ili političari. Razlog ovome može biti i teškoća pravnog odgonetanja značenja izraza »interes kompanije«, koji za ove svrhe upravo koristi skoro standardizovano kompanijska regulativa.

Kompanijska regulativa Srbije se upravo uklapa u ove terminološke kontroverze sa dva važna rešenja (ZOPD, čl. 31–35) o »interesima kompanije«: prvo, uprava društva je dužna da radi u »najboljem interesu društva« (fiducijarna dužnost uprave); drugo, kontrolni akcionar ima takođe istu fiducijarnu dužnost kada deluje »unutar korporativnog subjektiviteta« (direktno »radom« u skupštini društva ili indirektno preko uprave društva). Kodeksi korporativnog upravljanja ovom identifikovanim interesu dodaju i poseban »interes akcionara«, a katkad dodaju i »interes svih zainteresovanih lica«.<sup>120</sup> Kompanijska regulativa na ovaj način otvara vrata za specijalizovanu regulativu, čiji je *saedes materiae* identifikacija i zaštita drugih konstitutivnih interesa »pripadnosti« kompanije, što ona i čini. Tako, radnopravna i socijalna regulativa institucionalizuje »pripadnost« kompanije i posebnom interesu zaposlenih, regulativa ugovornog prava vrši institucionalizaciju i zaštitu interesa poverilaca (pa i akcionara u tom svojstvu prema kompaniji), regulativa prava potrošača vrši promociju posebnog interesa potrošača (proizvoda ili usluga), regulativa javnog prava (i delom privatnog) promovise »pripadnost« kompanije i državi i lokalnoj zajednici (regulativa zaštite životne sredine, poreska regulativa, regulativa prava konkurencije, regulativa prava potrošača).

<sup>119</sup> Tradicionalno se uzima da u SAD postoji akcionarski orijentisani prilaz, dok je u Velikoj Britaniji takav prilaz nakon novog kompanijskog zakona (2006) u dobroj meri zamenjen multi-interesno orijentisanim prilazom, što je uvek slučaj i sa Nemačkom, Austrijom, Holandijom, skandinavskim zemljama. Vid. K. J. Hopt (2010), 15–17. Upor. Interni materijal, nacionalni izveštaji (Kongres, Vašington 2010): A. Autenne, G. Colard, A. Alexandre, 5 i 28; L. Junhai, K. B. Pišler, 46; N. Eizirik, 6; K. N. Kyriakakis, 12–13; M. Vasiljević, 24–28; P. V. Kunz, 27 – vode se ozbiljne rasprave, čak je Federalni savet objavio i dva izveštaja na ovu temu, ali se još ne zna da li će to i kakve pravne posledice po regulativu korporativnog upravljanja kompanijama imati; R. A. Etcheverry, 14; J. G. Hill, 52–54; I. Corbisier, 9–10; P. V. Kunz, 8; I. L. Fannon, 29–30; W. J. Wang, W. R. Tseng, 6; A. E. G. Usluel, 6–7; H. Merkt, 244–245; J. van Bekkum *et al.*, 243–244.

<sup>120</sup> KKV PKS (»upravni odbor treba da nastoji da društvo ostvaruje dobit, poštujući pri tom interese akcionara, ulagača, zaposlenih, poverilaca, potrošača i javne interese«), čl. 113; (odnosno »upravni odbor ima fiducijarnu dužnost prema društvu i svim akcionarima, uključujući i manjinske akcionare«), čl. 114.

»Interes kompanije« je, dakle, sinteza svih ovih pojedinačnih interesa, te se dužnost uprave da svoje dužnosti obavlja vodeći računa o ovom interesu, može shvatiti samo u ovom smislu. U ovoj sintezi je *na prvom mestu svakako interes akcionara* (prema principu ravnopravnosti akcionara – »jedna akcija – jedan glas«), ali to nije jedini interes, s obzirom na to da onda ne bi bilo logike da kompanijski zakonodavac i taj interes u delu koji tvori korporativnu volju (kontrolni akcionar) obavezuje na fiducijarnu dužnost prema kompaniji u kojoj sistemom glasačkih prava odlučuje utiče na nju. Konačno, i uprava društva je nosilac jednog posebnog konstitutivnog interesa (»interes uprave«), ali s obzirom na propisanu dužnost »rada u najboljem interesu društva«, u slučaju sukoba sopstvenog interesa (direktnog ili indirektnog preko povezanih pravnih ili fizičkih lica) sa interesom društva (institut sukoba interesa) dužna je da bude lojalna društvu u kojem vrši dužnost uprave (*duty of loyalty*).

»Posebnost interesa kompanije,« kao posebnog pravnog lica (teorija realnosti pravnog lica), konstituiše teoriju o njenoj društvenoj odgovornosti kao protivtežu američkoj ugovorno-zastupničkoj teoriji o prirodi kompanije koja se zasniva na konceptu apsolutnosti privatne svojine. Ova teorija i danas je dominantno određenje evropske pravne misli i prakse (ugovorne, sudske, poslovne). Osnovni problem »posebnog interesa kompanije« sastoji se u tome što nije dovoljno određen, s obzirom na to da predstavlja sintezu interesa različitih konstituenata (te je kao takav delom i *sui generis*),<sup>121</sup> što upravi daje mogućnost za arbitrnost i »neprincipijelne koalicije« sa određenim interesima koji su u nekom trenutku »lobistički« najjači. Ovim se, smatra se, *otvara prostor i za arbitrnost i nepredvidivost sudske prakse* i prakse dobrog upravljanja društvom. Neki autori se pitaju: »ko može dokazati da direktori nisu postupali u interesu kompanije kada je njen interes *per se* nejasno zakonom postavljen,« ali istovremeno priznaju da »po pravilu socijalne demokratije uvek preferiraju multiinteresni model korporativnog upravljanja.«<sup>122</sup> Izvesnu neodređenost u ovom smislu

---

<sup>121</sup> U državi Ohajo korporacijskim zakonom je propisano da direktor mora imati na umu interese »zaposlenih, poverilaca i potrošača«, kao i »privrede, države i nacije« i »dugoročne i kratkoročne interese korporacije, uključujući i mogućnost da ovi interesi mogu biti najbolje zaštićeni kontinuiranom nezavisnošću korporacije«, D. Branson, 383; D. J. Block, N. E. Barton, S. A. Radin, 631–808; R. Hamilton, *The Law of Corporations*, Minnesota 1991, 317–318. Pravilo da uprava društva mora izvršavati svoje dužnosti »u najboljem interesu društva«, poštujući pri tom interese »akcionara, ulagača, zaposlenih, poverilaca, potrošača i javne interese« jeste u neku ruku, na opštem planu (sa specifičnošću i dominantnošću nekog posebnog interesa u pojedinim slučajevima, poput interesa akcionara kod preuzimanja javnom ponudom, na primer), univerzalno pravilo i prihvaćeno je i kao generalni princip Trinaeste direktive EU o preuzimanju, čl. 3 (1) (c). Stav o potrebi uspostavljanja ravnoteže više različitih interesa ima i reformisani britanski *Companies Act* (2006), sec. 172.

<sup>122</sup> G. Koevski, 67–68.

pokazali su i Principi korporativnog upravljanja *OECD*-a, koji obavezuju na jednom mestu odbor direktora da »treba da uzme u obzir interese svih zainteresovanih strana« (koncept multi-interesnog pristupa ili »interesa kompanije«), dok na drugom mestu insistiraju na njegovoj obavezi da u obavljanju svojih dužnosti postupi »u najboljem interesu kompanije i akcionara.«<sup>123</sup>

Kompanija, budući da je pravni subjekt, sama po sebi ima određene interese koji su odvojeni od pojedinačnih interesa njenih interesnih segmenata (konstitutivni elementi). Posebnost interesa ovog društva ne čini ni ukupnost svih drugih pojedinačnih interesa, već je to poseban interes.<sup>124</sup> Ovaj poseban interes kompanije logična je posledica često suprotstavljenih interesa drugih njenih integrativnih segmenata (nekih ili nekad i svih), te stoga kompanijski zakoni po pravilu redovno sadrže određenje da je uprava društva dužna da radi »u interesu društva (kompanije, korporacije)«<sup>125</sup> – konstitutivni element pravila *business judgment*<sup>126</sup> i instituta fiducijarne dužnosti direktora prema kompaniji (koji je iz anglosaksonskog prava kao »pravni transplant« prenet u kontinentalno pravo).<sup>127</sup> »Poseban interes kompanije kao pravno lice je argument koji se daje u prilog tezi da kompanija nije samo prost zbir pojedinaca i njihovih uloga, već da kompanija kao pravno lice ima svoje socijalne odgovornosti.«<sup>128</sup>

Postavlja se posebno pitanje da li kompanijsko pravo ustanovljava i direktnu fiducijarnu dužnost uprave društva prema ovim posebnim interesima, posebno interesu akcionara i poverilaca. Kad je o akcionarima reč onda se čini da to dokazuje niz instituta: individualna tužba akcionara protiv direktora za naknadu direktne štete po osnovu korporativnih odluka, tužba klase akcija, posredno i derivativna tužba, prava akcionara i posebno prava manjinskih akcionara. Kad je o poveriocima reč, onda nema spora da i kompanijsko pravo ima dosta instituta njihove posebne zaštite: 1) nemogućnost smanjenja osnovnog kapitala društva koje ne posluje s gubicima (smanjenje u redovnom postupku) bez obezbeđenja interesa poverilaca, 2) zaštita interesa poverilaca prilikom promene statusa privrednog društva, 3) osnovni kapital društva (održavanje vrednosti osnovnog kapitala

<sup>123</sup> Principi korporativnog upravljanja *OECD*-a, 2004, VI/A i C.

<sup>124</sup> »Odbor treba da primeni visoke moralne standarde. Treba da uzme u obzir interese svih zainteresovanih strana«. Vid. Principi korporativnog upravljanja *OECD*-a, 2004, VI/ C.

<sup>125</sup> Vid. više E. Ferran, 115–153; S. Griffin, *Company Law – Fundamental Principles*, Essex 2006, 298–302 i 310–330.

<sup>126</sup> O ključnim učesnicima u kompaniji vid. B. Cheffins, *Company Law (Theory, Structure and Operation)*, Oxford 2004, 47–125; J. H. Choper, J. C. Coffee, R. J. Gilson, *Cases and Materials on Corporations*, New York 2000, 35–54.

<sup>127</sup> Nemačka: *Aktiengesetz* (1965), par. 90; V. Britanija: *The Companies Act* (2006), sec. 170; Švajcarska: *Code des obligations* (1911, *etat le 1. er janvier* 2008), art. 717.

<sup>128</sup> G. Koevski, 62.

društva kao generalne »zaloge« za obezbeđenje poverilaca), 4) nemogućnost bilo kojih isplata akcionarima u tom svojstvu ako se time društvo dovodi u insolventnu poziciju, 5) ustanova »probijanja pravne ličnosti«, 6) regulativa odgovornosti direktora (posebno za nedopuštena plaćanja, za štetne odluke), 7) posebna zaštita poverilaca u slučaju statusnih promena, 8) zaštita poverilaca u posebnim slučajevima (odgovornost matičnog društva za obaveze zavisnog društva po osnovu pravila o »probijanju pravne ličnosti« ili pravila direktora iz senke ili *de facto* direktora, što je u osnovi matično društvo i njegovi direktori prema zavisnom društvu; odgovornost u slučaju ništavosti osnivanja; odgovornost osnivača i drugih lica za obaveze preuzete pre registracije društva; paulijanska tužba poverilaca u stečaju) i slično.<sup>129</sup> Sve ove institute zaštite poverilaca poznaje i kompanijsko pravo Srbije. U nekim kompanijskim zakonima poveriocima se daju i neka druga prava (na primer, da mogu podizati derivativne tužbe za račun društva i slično).

Posebno, susret ugovornog prava i kompanijskog prava na specifičnoj osnovi veoma je čest kod kredita finansijskih institucija<sup>130</sup> koji sadrže tzv. *restriktivne kreditne klauzule* (pravni fenomen mešanja poverilaca u korporativno upravljanje, što otvara brojna pitanja osnovanosti, granica, obaveštavanja i uloge akcionara u ovom procesu pored uloge uprave itd.).<sup>131</sup> Dakle, u svim ovim slučajevima postoji određena fiducijarna dužnost direktora ne samo direktno prema tom društvu već indirektno, i delom, i prema poveriocima.<sup>132</sup>

Kompanijsko pravo posebnu zaštitu daje poveriocima u slučaju otvaranja stečaja nad akcionarskim društvom, kada se u stvari suspenduju pravila kompanijskog prava i na scenu stupaju pravila stečajnog prava kao podgrane kompanijskog prava. U ovom slučaju, suspenduju se i autonomna prava organa ovog društva (pa i skupštine i uprave), a organi stečajnog dužnika imenovani od suda, pravno-teorijski posmatrano, u fazi reorganizacije kao alternative bankrotstvu deluju i dalje u interesu akcionarskog društva, a ako mere reorganizacije ne uspeju, oni deluju prvenstveno u interesu poverilaca tog društva (koji su i sami u stečajnom postupku u potencijalnom sukobu interesa, posebno kada je više klasa poverilaca), s obzirom na to da se tada menja i njegova ciljna funkcija. Ovo, međutim, nije slučaj kad društvo po pokrenutom sudskom postupku manjinskih akcionara

---

<sup>129</sup> Vid. više B. Cheffins, 496–553.

<sup>130</sup> «Okvir korporativnog upravljanja bi trebalo dopuniti delotvornim, efikasnim mehanizmom za slučaj stečaja, kao i efikasnim ostvarivanjem prava poverilaca«, vid. *Principi korporativnog upravljanja OECD-a*, 2004, IV/F.

<sup>131</sup> Vid. više K. Krolop, »Covenants in Loan Agreements as æLegal Transplant' from the US to the European Continent and their Impact on Corporate Governance: Indispensable Tool of Creditor Protection or Threat to the Position of Shareholders?«, *PIP* 5–8/2008, 203–270.

<sup>132</sup> Vid. B. Kasolowsky, 241–261.

za likvidaciju društva (blokada rada organa društva u vremenu propisanom zakonom i slično), odlukom suda »dobije« privremenog zastupnika društva, koji, kao i uprava društva, mora delovati prvenstveno »u interesu akcionarskog društva« (koji inkorporira, između ostalog, i interes poverilaca). Isto, čini se, važi i za likvidacionog upravnika u slučaju likvidacije društva, s obzirom na to da tada nisu ugroženi interesi poverilaca društva. Postojanje određenih pravnih obaveza direktora (uprave) kompanije prema poveriocima u smislu kompanijskog i posebno stečajnog prava nije, dakle, sporno. U tom smislu isto važi i za pitanje *postojanja određenog stepena fiducijarne dužnosti direktno prema poveriocima* (prilično imperfektno) ili indirektno preko dužnosti prema privrednom društvu (koja inkorporira i interes poverilaca). Ipak, čini se da je teško izvesti zaključak o postojanju direktne (pravno perfektno) fiducijarne dužnosti prema poveriocima,<sup>133</sup> ali opšti standard fiducijarne dužnosti rada u interesu kompanije inkorporira i interes poverilaca. Rešenja u izvorima kompanijskog prava u uporednom pravu nisu, ni kad je reč o opasnosti stečaja, ni inače, identična. Realno, poverioci imaju samo ugovorna prava prema kompaniji, a u slučaju neplaćanja duga, pravo koja imaju na osnovu stečajnih propisa.<sup>134</sup>

### *Zaposleni i upravljanje kompanijom*

*Akcionarstvo zaposlenih.* – Najčešće korišćeni institut kompanijskog prava za vođenje računa o interesima zaposlenih od strane uprave je podsticanje tzv. akcionarstva zaposlenih kroz razne pravne forme: 1) besplatne akcije, 2) akcije iz dobiti, 3) akcije s popustom, 4) kreditiranje od strane društva sticanja akcija društva od strane zaposlenih u društvu i povezanim društvima,<sup>135</sup> 5) sticanje sopstvenih akcija društva odlukom upravnog odbora radi dodele tih akcija zaposlenima u društvu ili povezanim društvima,<sup>136</sup> 6) neobaveznost potpune uplate upisanih akcija prethodne emisije u slučaju nove emisije akcija za zaposlene radi povećanja osnovnog kapitala (ZOPD, čl. 237, st. 4–5), 7) poreski podsticaji radi izdavanja akcija zaposlenima i slično.<sup>137</sup> Kada zaposleni postanu i akcionari, tada

---

<sup>133</sup> Generalno, ova dužnost direktora ne postoji i može, čak, biti osnov odgovornosti direktora akcionarima ako favorizuju poverioce u odnosu na akcionare (izuzetak je stečaj, kada se fiducijama dužnost direktora okreće ka poveriocima). Vid. D. J. Block, N. E. Barton, S. A. Radin, 590–629.

<sup>134</sup> Vid. H. Fleischer, 395.

<sup>135</sup> ZOPD, čl. 190, st. 2–3; Druga direktiva EU (OJ L 26/1), čl. 23 (2).

<sup>136</sup> ZOPD, čl. 222, st. 4, tač. 2; Druga direktiva EU, čl. 19 (3).

<sup>137</sup> Vid. više M. Vasiljević (2007b), 470–474.



imaju dvojnju poziciju u akcionarskom društvu: poziciju zaposlenih na osnovu ugovora o radu i poziciju akcionara insajdera (čime su kao akcionari izjednačeni sa spoljnim akcionarima koji nisu zaposleni u društvu). Na ovaj način nalaze se u svojevrsnom sukobu interesa s obzirom na to da je status zaposlenih i akcionara različit.<sup>138</sup>

Zaposleni, nezavisno od insajderskog vlasništva ili formi participacije,<sup>139</sup> postaju integrativni stub akcionarskog društva na ugovornoj osnovi, a njihova prava (individualna i kolektivna), obaveze i odgovornosti određeni su delom ugovorom o radu, a delom zakonom ili kolektivnim ugovorom.

*Participacija u upravnom odboru.* Snažnija integracija zaposlenih u korporativnu strukturu akcionarskog društva u savremenim pravima<sup>140</sup> rešava se putem raznih formi participacije i saodlučivanja u upravljanju i/ili preko posebnog tela – saveta zaposlenih, koga kao jedinu formu participacije poznaje srpski zakon<sup>141</sup> (čime mogu da utiču i na proces donošenja odluka iz sfere korporativnog upravljanja). Forme participacije mogu se regulisati pored zakona i autonomnim aktima svakog društva. Čini se da je kompanijsko pravo Srbije, poučeno negativnim iskustvima eksperimenta samoupravljanja, previše rezervisano prema formama participacije zaposlenih u upravljanju. Slično iskustvo imalo je i kompanijsko pravo Hrvatske, pa je ipak prihvatilo određenu formu učešća zaposlenih u upravnom odboru, čime ih čini istinski konstitutivnim elementom kompanije i time odgovornim i više motivisanim za njenu profitabilnost i konkurentnost.<sup>142</sup> Najda-

<sup>138</sup> «Treba dozvoliti razvoj mehanizama za učešće zaposlenih kojima se poboljšavaju rezultati». »Treba omogućiti zainteresovanim stranama, uključujući i pojedinačne službenike i njihova predstavnička tela, da odboru slobodno saopšte svoje mišljenje o nelegalnoj i neetičkoj praksi, a da zbog toga njihova prava ne budu ugrožena«. Vid. Principi korporativnog upravljanja *OECD-a*, 2004, IV/C i E.

<sup>139</sup> Vid. više B. Cheffins, 554–601.

<sup>140</sup> Vid. više B. Lubarda, »Participacija radnika u upravljanju preduzećem u uporednom pravu«, *Anali PFB* 5/1994, 517–545. Upor. Interni materijal, nacionalni izveštaji (Kongres, Vašington 2010): A. Autenne, G. Colard, A. Alexandre, 19–20; N. Eizirik, 12; I. L. Fannon, 16–17; Y. Shim, 10–11; K. N. Kyriakakis, 33; M. Vasiljević, 31; L. Junhai, K. B. Pišler, 23; F. Denozza, P. Montalenti, 19; R. A. Etcheverry, 28; J. G. Hill, 37–38; J. S. Christensen, 10; P. H. Conac, 26; N. Nakamura, 28; I. Corbisier, 23; J. M. Coutinho de Abreu, 7–8, fn. 24; P. V. Kunz, 16 – participacija jednog predstavnika zaposlenih u upravnom odboru je fakultativna jer to nije deo švajcarske tradicije, a pravno se smatra da su zaposleni u poziciji poverioca prema kompaniji; W. J. Wang, W. R. Tseng, 13; A. E. G. Usluel, 13; G. Jugeli, L. Chanturia, 12; J. Mahonen, 19–21; H. Merkt, 258–260; J. van Bekkum *et al.*, 257–261; S. Soltysinski, 121.

<sup>141</sup> Zakon o radu, *Službeni glasnik RS*, br. 24/05, 61/05, čl. 205.

<sup>142</sup> Vid. Interni materijal, nacionalni izveštaji (Kongres, Vašington 2010): D. Jurić, 17 – kompanije koje imaju preko 200 zaposlenih ili kompanije koje imaju preko 25% kapital učešća države ili lokalne zajednice, zaposleni imaju pravo da biraju direktno ili preko svog saveta jednog predstavnika zaposlenih u nadzorni ili upravni odbor.

lje u razvoju i utemeljenju saodlučivanja zaposlenih u nadzornom odboru (broj predstavnika zaposlenih zavisi od broja zaposlenih i delatnosti kompanije) i u određenoj meri u upravnom odboru otišlo je nemačko pravo, a u dobroj meri ga sledi i holandsko pravo i pravo skandinavskih zemalja, donekle i francusko pravo, ali ograničeno samo na javni sektor.<sup>143</sup>

U svakom slučaju, na unapređenje saradnje zaposlenih (i njihovih organa participacije i organizacija sindikata) sa organima kompanije (posebno upravom) se sve više gleda i sa stanovišta dobre prakse korporativnog upravljanja, što se preporučuje.<sup>144</sup> Ipak, pritom ne treba zanemariti činjenicu da je reč o »diktatu zakona«, a ne ekonomskom razlogu veće efikasnosti. Iskustva govore da saodlučivanje i participacija nisu pomogli prevenciji brojnih prevara i berzanskih skandala, kao što nisu mnogo doprineli »kočenju« prekomernih isplata direktorskih naknada, a ozbiljna su prepreka razvoju tržišta preuzimanja kontrole nad otvorenim društvima sistemom javne ponude.<sup>145</sup>

## RELEVANTNA PITANJA PROMENE REGULATIVE SPOLJNJEG KORPORATIVNOG UPRAVLJANJA

### *Spoljnji – nezavisni revizor kao spoljnji nadzor upravljanja kompanijom*

*Funkcija spoljnjeg revizora.* Spoljnji revizori vrše specifičnu javnu funkciju (funkcija od opšteg interesa) – zaštita investitora. Spoljnja revizija predstavlja značajnu formu kontrole, posebno stoga što proverava istinitost finansijskih izveštaja koje upravni odbor podnosi skupštini kompanije. Nesporna je činjenica da su brojni korporativni skandali u SAD i širom Evrope u dobroj meri uzrokovani i slabošću regulative i posebno prakse revizije. Posledica je dramatičan pad javnog poverenja u ovu profesiju.<sup>146</sup> U SAD je kao reakcija donet *Sarbanes-Oxley-Act* (unapređenje standarda revizije, unapređenje standarda kontrole, pravila o nespojivosti funkcije revizije i nerevizorskih usluga, rotacija revizorskih firmi i

---

<sup>143</sup> Vid. K. J. Hopt (2010), 26–27.

<sup>144</sup> KKU PKS (čl. 153), s pravom, preporučuje da predsednik upravnog odbora treba da preduzima sve neophodne mere u cilju »promovisanja efikasne interakcije... sa predstavnicima zaposlenih«.

<sup>145</sup> O ovim upozorenjima vidi. K. J. Hopt (2010), 26–27.

<sup>146</sup> Vid. K. J. Hopt (2006), 469.

revizora, nezavisnost, sukob interesa, jačanje odgovornosti).<sup>147</sup> U EU je doneta posebna direktiva koja zamenjuje Osmu direktivu, a koja posebno jača odgovornost revizora (uključujući i odgovornost za prospekt).<sup>148</sup> Ocena je, ipak, da u kontekstu »Enron-a« to nije dovoljno i da treba ići dalje, kako na nacionalnom planu država članica EU, tako i na nivou EU.<sup>149</sup>

Srbija je pitanje revizije finansijskih izveštaja kompanija uredila Zakonom o računovodstvu i reviziji (ZORR). Ovim zakonom uvodi se obavezna revizija za: 1) velika i srednja pravna lica u smislu računovodstvenih propisa, 2) matična-kontrolna pravna lica koja sastavljaju konsolidovane finansijske izveštaje, 3) pravna lica koja emituju hartije od vrednosti i druge finansijske instrumente kojima se trguje na organizovanom tržištu, 4) za sve izdavaoce hartija od vrednosti (ZORR, čl. 37, st. 1). Reviziju mogu obavljati licencirani ovlašćeni revizori i ovlašćeni revizori. Licencu za obavljanje poslova revizije izdaje, produžava i oduzima Komora ovlašćenih revizora (samoregulatorna organizacija revizora) – kontinuirana kontrola (ali ko kontroliše ovog kontrolora?!). ZORR Srbije (čl. 38) prihvata obaveznu rotaciju revizorskog društva (revizija kod istog pravnog lica najviše pet godina), kao i obavezno rotiranje revizora unutar revizorskog društva (revizija istog pravnog lica od istog revizorskog društva moguća je još pet godina uz ovu unutrašnju rotaciju revizora).

Čini se da zakon Srbije u dobroj meri sledi moderne trendove regulative statusa revizora i revizije (kao i nezavisnosti i odgovornosti).<sup>150</sup> Ostaje ipak iz ove sfere jedno pitanje koje za sada nije bilo u optici, a to je pitanje imenovanja revizora i određivanja naknade, što je u domenu skupštine kompanije (s tim što o tim pitanjima odbor revizora »kontrolniše i raspravlja« s upravnim odborom –

---

<sup>147</sup> *Sarbanes-Oxley-Act, sec. 103, 201 i dalje*. Vid. P. Lanois, *L'effet extraterritorial de la loi Sarbanes-Oxley*, Paris 1998; R. Kulms, »European Corporate Governance in the Era of Sarbanes-Oxley«, *PiP* 1–4/2008, 1–39.

<sup>148</sup> Direktiva EU (2006/43/EC, OJ L 157/87 o izmenama i dopunama Direktive 78/660/EEC i Direktive 83/349/EEC i prestanku važnosti Direktive 84/253/EEC) o obaveznoj reviziji godišnjih finansijskih izveštaja i konsolidovanih izveštaja (računa).

<sup>149</sup> K. J. Hopt (2006), 471–472. *Winter Report*, 70 – se posebno koncentrisao na tri pitanja: 1) nerevizorske usluge koje vrše revizorske kuće svojim klijentima revizije, 2) rotacija ključnih revizora, i 3) zapošljavanje bivšeg revizora u klijentu revizije.

<sup>150</sup> Upor. Interni materijal, nacionalni izveštaji (Kongres, Vašington 2010): A. Autenne, G. Colard, A. Alexandre, 20–21; N. Eizirik, 13–14; I. L. Fannon, 18–19; Y. Shim, 11–13; K. N. Kyriakakis, 33–38; M. Vasiljević, 32–35; L. Junhai, K. B. Pišler, 24–25; F. Denozza, P. Montalenti, 20–21; R. A. Etcheverry, 29–32; J. G. Hill, 38–39; J. S. Christensen, 10–11; P. H. Conac, 26–29; I. Corbisier, 24–25; J. M. Coutinho de Abreu, 24–27; P. V. Kunz, 17–19; W. J. Wang, W. R. Tseng, 13–14; A. E. G. Usluel, 14–15; D. Jurić, 17–19; G. Jugeli, L. Chanturia, 12–13; J. Mahonen, 21–25; H. Merkt, 260–263; J. van Bekkum *et al.*, 261–264.

ZOPD, čl. 290, st. 1, tač. 8 i čl. 332, st. 2, tač. 1), dok je trend da to bude u punoj kompetenciji odbora za reviziju.<sup>151</sup> Na ovaj način, naime, izbor revizora bi se učinio maksimalno profesionalnim i u skladu s potrebnim zahtevima nezavisnosti (predlog ne bi bio u kompetenciji upravnog odbora, čiji je rad vezan posebno za predloge finansijskih izveštaja, upravo »predmet« revizije), a takođe bi se u kompanijama sa koncentrisanim akcionarstvom izbor revizora izvukao iz glasačke prevlasti kontrolnog akcionara. U statusnom smislu važno je i da razrešenje revizora bude samo u funkciji povrede zakona i opštih akta, kao i gubitku osnova i kriterijuma propisanih za utvrđivanje statusa nezavisnosti, a nikako kriterijuma »gubitka poverenja«.

*Dužnosti revizora.* – Revizija godišnjih finansijskih izveštaja obavlja se u skladu sa zakonom i Međunarodnim standardima revizije (MSR). Revizorsko društvo, osim revizije finansijskih izveštaja, može da pruža usluge vođenja poslovnih knjiga i sastavljanja finansijskih izveštaja i da vrši procenu vrednosti kapitala i imovine, s tim što ove usluge ne može da vrši pravnom licu kojem istovremeno pruža usluge revizije (nespojivost ovih nerevizorskih usluga sa revizorskim). Ipak, srpskim ZORR ne isključuje se istovremeno obavljanje revizorskih usluga i nerevizorskih konsultantskih usluga kod istog pravnog lica, u skladu s Kodeksom etike za profesionalne računovođe (ZORR, čl. 40, st. 4–6). Dozvoliti revizoru ili ne obavljanje nerevizorskih usluga i kojih veliko je otvoreno pitanje. Prevelik angažman revizora u raznim konsultantskim uslugama uključuje ga na neki način u odluke iz sfere upravljanja kompanijom i čini stimulisanim za njihovo obavljanje, što ugrožava njegovu nezavisnost.

*Nezavisnost revizora.* – Funkcija »javnog psa čuvara« (poverenika javnog ovlašćenja) zahteva da revizor sve vreme ima i održi potpunu nezavisnost od klijenta čiju reviziju finansijskih i nefinansijskih izveštaja vrši (privatni interes), kao što zahteva potpunu predanost javnom poverenju (javni interes). Revizor je konstantno učesnik u svojevrsnoj bici između privatnog i javnog interesa.

Nezavisnost revizora može biti ugrožena po raznim osnovama, uključujući porodičnu i poslovnu povezanost ili kapital povezanost (povezana lica), sukob interesa, nedostatak poverenja, radnopravni ili ugovorni status i slično. Rešenja srpskog ZORR (čl. 45) u ovom pogledu ne mogu se oceniti modernim i dorašlim vremenu. U poziciji revizora ima *jedan sistemski nedostatak*: bira ga skupština akcionara i plaća mu naknadu radi verifikacije finansijskih izveštaja koje odbor direktora (upravni odbor) priprema za skupštinu. Dakle, revizor ima interes da promovise pozitivne finansijske izveštaje svog klijenta (*finansijska zavisnost re-*

<sup>151</sup> Vid. K. J. Hopt (2006), 471–472.

vizora), što ga dovodi u sukob sa dužnošću nezavisnosti i odgovornosti prema kompaniji u kojoj vrši reviziju i trećim licima.<sup>152</sup> Nezavisnost revizora ugrožava se i zbog nedoslednosti pravila rotacije revizorskog društva i unutrašnje rotacije revizora tog društva (što istina ima praktične teškoće kod uvođenja novog revizora u povezanim društvima i upoznavanja ogromnog spleta dokumenata o komplikovanosti odnosa), kao i zbog nedoslednosti razgraničenja i inkompatibilnosti obavljanja revizorskih i nerevizorskih usluga od istog društva istovremeno kod istog subjekta.

*Odgovornost revizora kompaniji i trećim licima direktno.* – U pravnom smislu revizor postaje sve više organ u privrednom društvu (nikako i organ društva), koji ima svoju funkciju, čime njegov status postaje ojačan u odnosu na mandatni odnos.<sup>153</sup> Revizor po pravilu vrši jednu obavezu sredstava (*obligation de moyen*), a ne obavezu rezultata (*obligation de résultat*), osim u izuzetnim slučajevima. Otuda, sudska praksa redovno traži postojanje krivice, najčešće nepažnje, za odgovornost revizora kompaniji ili trećim licima (npr. investitorima u hartije od vrednosti emitenta).<sup>154</sup> Pri tom, krivica revizora se procenjuje apstraktno – prema standardu ponašanja jednog obazrivog, marljivog i aktivnog revizora.<sup>155</sup> Izuzetno, obaveza revizora je obaveza rezultata (npr. potvrda tačnosti visine naknada isplaćenih najbolje plaćenim licima u kontrolisanom društvu, kontrola regularnosti promena statuta i slično). *Razlikovanje obaveza rezultata i obaveza sredstava* (načina) zadaje prilično teškoća, ali kad je o revizoru reč, treba uvek imati na umu da je on profesionalac, što iziskuje pojačanu pažnju i odgovornost. Budući da je reč o imovinskoj odgovornosti, potrebno je, pored krivice, utvrditi i postojanje i visinu štete i kauzalnu vezu između krivice i nastale štete, prema opštim pravilima ugovornog prava (teorija ukazuje na teškoće dokaza uzročne veze krivice revizora i nastale štete za društvo i akcionare).<sup>156</sup> Uz to, najčešće nije posredi isključiva odgovornost revizora, već *podeljena odgovornost revizora i uprave*, te je potrebno utvrditi pojedinačni doprinos u nastanku štete.

---

<sup>152</sup> U SAD više od 800 klijenata godišnje menja svoje revizore, što je poznato pod imenom *opinion shopping*. S druge strane, američki Institut za revizore (*Institute of Certified Public Accountants* – AICPA) ne odustaje od uverenja da »nema dokaza da su propusti revizora uzrokovani nedostatkom nezavisnosti«. Vid. J. Coffee, »Gatekeeper Failure and Reform: The Challenge of Fashioning Relevant Reforms«, *Reforming Company Law in Europe* (eds. G. Ferrarini et al.), Oxford 2004, 518–519.

<sup>153</sup> Vid. Y. Guyon, 387–421.

<sup>154</sup> Vid. J. Charlesworth, G. Morse, 589–590; J. Hamel, G. Lagarde, A. Jauffret, *Droit commercial*, Paris 1980, 452–454; A. J. Boyle, J. Birds, *Company Law*, London 1995, 405–407.

<sup>155</sup> Vid. Y. Guyon, 418–420.

<sup>156</sup> *Ibid.*, 419–420.

Imajući na umu težinu ove odgovornosti, pravilo je da zakoni, što čini i srpski (ZORR, čl. 40, st. 3), propisuju *obavezu osiguranja od odgovornosti* za štetu koju revizor može prouzrokovati izraženim mišljenjem sadržanim u izveštaju o obavljenoj reviziji. Pored građanske odgovornosti, može postojati i krivična i statusna (oduzimanje licence).

U teorijskom smislu problem reforme odgovornosti revizora (kao i drugih »čuvara kuće«) zahteva odgovor na pitanje koliko pooštavanje ove odgovornosti (profesionalna odgovornost) može negativno da utiče na selekciju vršilaca ovih usluga, u nemogućnosti prebacivanja rizika pojačane odgovornosti putem uvećanih naknada na klijente usluga (ne umanjujući značaj saznanja da svaka profesija nastoji maksimalno da smanji svoj rizik odgovornosti ili javnu kritiku). S druge strane, ne treba zaboraviti potrebu maksimalnih podsticaja za revizore na otkrivanju prevara (»potkazivanje«). Reč je o potrebi traženja balansa. Regulativa Srbije za sada nema odgovora na pitanje posebnih pravila odgovornosti revizora, eventualnih limita odgovornosti revizora, odgovornosti revizora akcionarima i trećim licima (poveriocima pre svega) direktno, već se oslanja na opšta pravila građanskog prava i delom specijalizovana pravila odgovornosti vezana za odgovornost za prospekt.<sup>157</sup>

*Objavljivanje relevantnih informacija i transparentnost  
(javnost) otvorene kompanije kao spoljnji nadzor  
upravljanja kompanijom*

*Periodično objavljivanje finansijskih izveštaja i »bitnih događaja« za cene hartije od vrednosti.* – Objava propisanih podataka kotiranog društva (naročito finansijskih izveštaja, izveštaja uprave, »bitnih događaja« koji su od uticaja na cene hartija od vrednosti na finansijskom tržištu, relevantnog praga kapital učešća, prospekta za javnu emisiju hartija od vrednosti) kao metod spoljnje kontrole, već dugo se smatra jednim od ključnih mehanizama u kompanijskom pravu i pravu hartija od vrednosti. Ova ustanova je važna i za unapređenje korporativnog upravljanja (informisanost akcionara za donošenje važnih korporativnih odluka u vezi sa preuzimanjem, kompetentnost i nezavisnost članova odbora, sukob interesa i fiducijarna dužnost prema kompaniji, itd.) iako u ovom pogledu ima izvesnih teorijskih kontroverzi oko stvarnog dejstva pravila obaveznog objavljiva-

---

<sup>157</sup> Vid. Zakon o tržištu hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata – ZOTH, *Službeni glasnik RS*, br. 47/06, čl. 27 i 69. Vid. više M. Vasiljević (2007a), 255–269.

nja određenih podataka na finansijskom tržištu. Predmet objavljivanja ne ograničava se samo na finansijske podatke, već i na određene »kvalitativne« podatke.<sup>158</sup>

Javna (otvorena) kompanija (kompanija koja javnim putem emituje hartije od vrednosti – nezavisno od pravne forme) je obavezna da jednom godišnje objavi izvod iz svog godišnjeg finansijskog izveštaja u jednim nacionalnim dnevnim novinama u propisano vreme, a akcionarsko društvo čijim se akcijama trguje na organizovanom tržištu dužno je da u tim novinama u propisano vreme objavi ceo godišnji finansijski izveštaj sa revizijom, a ne samo njegov izvod. Takođe, upravni odbor kotiranog društva dužan je da na isti način dva puta godišnje u propisano vreme objavljuje i izjavu o šestomesečnom planu poslovanja društva. Uz to, ako između redovnih objavljivanja nastupe određene činjenice značajne za cenu hartija od vrednosti (izveštaj o bitnim događajima: statusne promene, emisija hartija od vrednosti, održavanje i odluke skupštine, promene kapitala, itd.), izdavalac je dužan da to odmah objavi na isti način. Godišnje finansijske izveštaje, kao i reviziju godišnjih finansijskih izveštaja javno društvo obavezno dostavlja Komisiji za hartije od vrednosti i organizatoru tržišta hartija od vrednosti (ZOTH, čl. 63–70), kao i ovlašćenom registru kompanija (ZOPD, čl. 44).

U kontekstu razvoja moderne regulative tržišta hartija od vrednosti u ovom domenu čini se da našoj regulativi nedostaju pravila koja bi obavezivala na redovnije objavljivanje finansijskih izveštaja,<sup>159</sup> posebno kotiranih društava, gde je objava samo godišnjih izveštaja neažuran podatak za akcionare i investitore u hartije u vrednosti date kompanije, te je vladajući standard regulative da se objavljuju i polugodišnji finansijski izveštaji (bez ili sa revizijom), a ne da se samo dostavljaju Komisiji za hartije od vrednosti i berzi (i brokersko-dilerskom društvu), što je rešenje našeg prava. Takođe, standard regulative tržišta hartija od vrednosti je i prihvatanje principa kontinuiranog objavljivanja svih relevantnih informacija o kompaniji koje imaju uticaja na tržište hartija od vrednosti i cenu njenih hartija (čime se sprečava posedovanje povlašćenih informacija od strane primarnih i sekundarnih insajdera i njihova zloupotreba – *Insider Trading*) i sprečava fenomen asimetrije informacija na finansijskom tržištu, čega nema u našim propisima u vezi sa finansijskim tržištem. Najzad, dominantni standard relevantne regulative tržišta hartija od vrednosti je i opšta norma o obavezi kontinuiranog i promptnog objavljivanja svih informacija vezanih za javnu kompaniju

---

<sup>158</sup> Vid. *Winter Report*, 2002, III, 2; Direktiva EU (2004/109/EC, OJ L 390/38) o izmenama i dopunama Direktive 2001/34/EC.

<sup>159</sup> Prema ZORR Srbije (čl. 2) računovodstvo se vodi u skladu s Međunarodnim računovodstvenim standardima – IAS, Međunarodnim standardima finansijskog izveštavanja – IFRS, Međunarodnim standardima revizije – ISA i Kodeksom etike za profesionalne računovođe.

(posebno kotiranu) koje mogu uticati na cenu njenih hartija od vrednosti,<sup>160</sup> što takođe nedostaje našoj regulativi (obaveza iz direktive koja reguliše zloupotrebe povlašćenih informacija – *Insider Trading*).<sup>161</sup>

Na odgovornost direktora i drugih odgovornih lica za finansijske izveštaje i izveštavanje finansijskog tržišta mogla bi se primenjivati opšta pravila koja postoje u ugovornom i kaznenom pravu, polazeći od njihove pravne prirode. Ipak, s obzirom na dalekosežnost posledica ove odgovornosti, ova opšta pravila se u nacionalnim zakonodavstvima redovno dopunjuju i nizom posebnih pravila, koja treba da pokriju specifičnosti predmeta ili subjekata odgovornosti.<sup>162</sup> Otuda, i srpsko berzansko pravo i pravo hartija od vrednosti propisuje da se na odgovornost odgovornih lica i subjekata za istinitost i potpunost podataka u: 1) godišnjim i polugodišnjim finansijskim izveštajima, 2) izvodu iz finansijskih izveštaja, 3) izveštajima o izvršenoj reviziji finansijskih izveštaja, 4) izveštajima o bitnim događajima, 5) obaveštavanje o posedovanju relevantnog praga akcija s pravom glasa, i 6) izveštajima učesnika na organizovanom tržištu, shodno primenjuju propisana pravila o odgovornosti za istinitost i potpunost podataka u prospektu za izdavanje (emisiju) hartija od vrednosti (ZOTH, čl. 69. u vezi čl. 27). Otuda bi trebalo, dakle, da sledi da prema našem pravu (što je prihvaćeni opšti standard) finansijski izveštaji moraju biti »istiniti i poštteni«, a finansijske izveštaje potpisuje prvi izvršni direktor, »kao i lica koje je opštim aktom određeno za njegovo sastavljanje«, što vodi solidarnoj odgovornosti (imovinskoj, upravnoj, krivičnoj)

<sup>160</sup> Interesantno je da zakonodavstvo o hartijama od vrednosti Argentine u ovom smislu izričito propisuje, između ostalog, obavezu promptnog i kontinuiranog objavljivanja sledećih informacija: 1) prodaja osnovnih sredstava više od 15% bilansa stanja, 2) gubitak više od 15% od neto vrednosti, 3) promena sastava upravnog ili nadzornog odbora, 4) činjenice koje pogađaju redovno odvijanje poslova, 5) relevantne sudske ili arbitražne odluke protiv kompanije, 6) podnošenje tužbe protiv kompanije ili njenih direktora i relevantne novosti tokom procedure, 7) sporazumi koji ograničavaju distribuciju prihoda, 8) odluka o sticanju sopstvenih akcija, 9) odluka o posebnim vanrednim investicijama i ulasku u relevantne finansijske i komercijalne transakcije i dr. Vid. Interni materijal, nacionalni izveštaji (Kongres, Vašington 2010): R. A. Etcheverry, 37–40.

<sup>161</sup> Upor. Interni materijal, nacionalni izveštaji (Kongres, Vašington 2010): A. R. Pinto, 27–30; A. Autenne, G. Colard, A. Alexandre, 24–25; N. Eizirik, 16–18; I. L. Fannon, 22–24; Y. Shim, 17–18; K. N. Kyriakakis, 46–52; M. Vasiljević, 38–40; L. Junhai, K. B. Pišler, 31–36; F. Denozza, P. Montalenti, 22–24; R. A. Etcheverry, 37–40; J. G. Hill, 43–44 – usvaja sistem kontinuiranog objavljivanja svakog novog događaja za koji se veruje da će imati materijalni efekat na cenu hartija od vrednosti listirane kompanije; J. S. Christensen, 20–22; P. H. Conac, 31–34; I. Corbisier, 26–28; P. V. Kunz, 21–22; W. J. Wang, W. R. Tseng, 16–19; A. E. G. Usluel, 17–19; D. Jurić, 22–23; G. Jugeli, L. Chanturia, 14; J. Mahonen, 32–35; H. Merkt, 268–270; J. van Bekkum *et al.*, 269–274; S. Soltysinski, 122.

<sup>162</sup> O nekim ekonomsko-pravnim aspektima obaveze otvorenih kompanija u vezi sa transparentnošću na finansijskom tržištu vid. F. Easterbrook, D. Fischel, *The Economic Structure of Corporate Law*, Harvard 1996, 276–314.



svih učesnika u njihovom sastavljanju (upravni odbor, prvi izvršni direktor, finansijski direktor ili direktor računovodstva, revizor)«, pod pretpostavkom nesavesnosti (znali ili morali znati za netačnost ili nepotpunost).<sup>163</sup>

*Objavljivanje praga vlasništva.* – U skladu s odgovarajućom direktivom EU o transparentnosti relevantnih pragova kapital učešća, i srpski zakon koji reguliše tržište hartija od vrednosti sadrži i obavezu obaveštavanja izdavaoca, Komisije za hartije od vrednosti i Komisije za zaštitu konkurencije od strane lica koje (samo ili zajedno s povezanim licima, odnosno s licima sa kojima »deluje zajednički« – »složna braća«) stekne relevantni prag kapital učešća za ostvarivanje određenih prava akcionara vezanih za kapital cenzus (ili padne ispod – ovo je važno zbog ukazivanja da li je ili ne bilo zloupotrebe povlašćenih informacija u trgovini hartijama od vrednosti od strane insajdera): 5%, 10%, 25%, 33%, 50%, 66%, 75% ili 95%. Ovaj standard se u savremenom pravu tržišta hartija od vrednosti dopunjuje i obavezom objave prvih deset imalaca najvećeg procenta kapital učešća u kompaniji (otvorenoj ili samo kotiranoj), što je prihvatila i naša regulativa samoregulatornih organizacija. Ostaje, međutim, realan problem njihove identifikacije kod zemalja koje i dalje dozvoljavaju akcije na donosioca, kao i, kod svih zemalja, problem identifikacije stvarnih akcionara u slučaju komisionog posedovanja akcija imenovanih akcionara, koji drže akcije u svoje ime, a za račun stvarnih akcionara (kastodi banke, brokersko-dilerska društva, trustovi-poverenici). Najzad, uporedo sa snižavanjem standarda vezanih za kapital cenzus kod korišćenja pojedinih prava manjinskih akcionara (u cilju boljeg rešavanja drugog agencijskog problema korporativnog upravljanja – sukob interesa kontrolnih akcionara i manjinskih akcionara), neke zemlje su bile spremne da prihvate i snižavanje početnog minimalnog praga transparentnosti kapital učešća sa 5% na 3%, ali je motiv odbijanja bio da je to suprotno odgovarajućoj direktivi EU.<sup>164</sup>

*Prospekt.* – Spoljnja kontrola korporativnog upravljanja kompanije preko finansijskog tržišta, osim ustanove revizije, obavezne transparentnosti i objavljivanja (kao i preuzimanja akcija javnom ponudom), obuhvata i kontrolu preko primarnog tržišta kapitala (nova emisija). Ako, naime, upravni odbor društva ne uliva poverenje akcionarima, onda će prikupljanje novog kapitala društva novim emisijama akcija od postojećih akcionara biti neuspešno, što on mora da anticipira. Na primarnom tržištu kapitala posebno su važna dva pitanja: informisanje (fenomen informacione asimetrije finansijskog tržišta) i problem nezavisnosti i nepostojanja sukoba interesa kod raznih posrednika (važno i za sekundarno

---

<sup>163</sup> ZOTH, čl. 69. u vezi sa čl. 27. O solidarnoj odgovornosti uprave u smislu izmenjenih računovodstvenih direktiva EU (Direktiva 2006/46/EC, OJ L 224/1) govori R. Kulms, 23.

<sup>164</sup> Vid. Interni materijal, nacionalni izveštaji (Kongres, Vašington 2010): P. H. Conac, 33.

tržište kapitala). Prvi problem informacione asimetrije pokušava se pre svega rešiti ustanovom prospekta, čemu je posvećena i posebna direktiva EU.<sup>165</sup>

Posebno važno pitanje u vezi prospekta je odgovornost. Vodeća pravna teorija i dalje smatra da ovo pitanje nije najbolje rešeno sa stanovišta efikasnosti, jer po predmetnoj direktivi EU imovinska odgovornost iz prospekta odgovornih lica (emitenta, upravnog i nadzornog odbora ili izvršnih direktora, ponuđača hartija, lica koje podnese zahtev za prijem u trgovanje na regulisanom tržištu, garanta, revizora, zavisno od okolnosti), koja su dužna da daju izjavu da prema njihovom najboljem znanju date informacije u prospektu odgovaraju činjenicama – istinite su i da nema relevantnih propusta – nisu krivonavodeće, mora biti implementirana u nacionalno građansko zakonodavstvo i kroz postupke nacionalnih sudova. Kritika je upućena i sa stanovišta posebnih režima odgovornosti na primarnom i sekundarnom tržištu kapitala, uz sugestiju da bi možda bolje rešenje bilo opšte pravilo o odgovornosti za informacije date finansijskom tržištu, primarnom ili sekundarnom, bilo na nacionalnom nivou ili na nivou EU.<sup>166</sup> Pravo Srbije nastoji da, pored izdavaoca prospekta (koji odgovara objektivno), za istinitost i potpunost podataka objavljenih u prospektu, maksimalno proširi krug odgovornih lica za time prouzrokovanu štetu, tako da »solidarno odgovaraju revizor i sva druga lica koja su učestvovala u pripremi prospekta... ako su znala, odnosno zbog prirode posla koji obavljaju morala znati da su podaci netačni, odnosno nepotpuni«. Uz to, izričito se isključuje odgovornost Komisije za hartije od vrednosti.<sup>167</sup>

*Preuzimanje otvorenih akcionarskih društava putem javne ponude  
kao spoljni nadzor upravljanja kompanijom*

*Metod regulisanja.* – Preuzimanje kontrole putem javne ponude predstavlja važan mehanizam unapređenja korporativnog upravljanja društava sa disperzivnim akcionarstvom, posebno kad je predviđena obavezna ponuda za preuzimanje preostalih akcija kad se dostigne određeni procenat kapital učešća (u Srbiji je to prag od 25%), s obzirom na to da akcionari koji su nezadovoljni imaju pravo izlaska iz društva prodajom svojih akcija ponuđaču. Ovo važi naročito za tzv. *nep-*

---

<sup>165</sup> *Prospectus* Direktiva (2003/71/EC, OJ L 345/64) o izmenama i dopunama Direktive 2001/34/EC.

<sup>166</sup> Vid. K. J. Hopt (2006), 473–475.

<sup>167</sup> ZOTH, čl. 27, st. 4–7; vid. više N. Jovanović, *Berzansko pravo*, Beograd 2009, 484–493.

*rijateljsko preuzimanje* (protiv volje uprave – *hostile takeover*), ali u izvesnoj meri i za tzv. prijateljsko preuzimanje (uz saglasnost uprave). U svakom slučaju, pretnja preuzimanja deluje uvek podsticajno na upravu otvorene kompanije da disciplinovano radi na uvećanju njegovih performansi (rezultat preuzimanja je po pravilu smena postojeće uprave). Stoga je raspoloživost ove ustanove (izuzetnost mera odbrane od preuzimanja) i preporučena od Visoke grupe eksperata Komisije EU,<sup>168</sup> a predmet je i regulisanja na nivou EU (tzv. Trinaesta direktiva), iako sa dosta političkih kompromisa i ostavljenih opcija za nacionalnu regulativu.<sup>169</sup>

Srbija je prihvatila zakonski model regulisanja preuzimanja (što je čini se prihvatljivije za zemlje koje imaju slab sudski sistem i više se oslanjaju na zakonodavca), umesto samoregulatorni (poput Britanskog Kodeksa o preuzimanju) i u osnovi ga je regulisala na prepoznatljiv i standardizovan način, s tim što se prihvaćenim sistemom neutralnosti upravnog odbora kod preuzimanja mera odbrane praktično odrekla odbrane od preuzimanja po »meri uprave« (koja je ipak dužna da radi u interesu kompanije i akcionara).<sup>170</sup> Srpski Zakon o preuzimanju akcionarskih društava – ZOPAD ustanovljava *rastući sistem obavezne ponude preuzimanja* (počev od praga od 25% kapital učesća). Ideja obavezne ponude kod preuzimanja akcionarskih društava sa disperzovanim akcionarstvom (izražen prvi agencijski problem sukoba interesa akcionara i uprave), pored značajnog spoljnog pritiska na kvalitet upravljanja kompanijom, ima za svrhu i da zaštiti manjinske akcionare koji bi posle dostizanja većinskog praga kontrole kod preuzimanja od strane »napadača« mogli biti nezaštićeni i oštećeni, jer bi interes ponuđača za dalje preuzimanje akcija mogao prestati (nastao bi drugi agencijski problem sukoba interesa većinskog akcionara nakon preuzimanja tog praga kapitala i preostalih manjinskih akcionara).<sup>171</sup>

*Obavezna ponuda i cena.* – Postupak preuzimanja akcionarskog društva kao ciljnog društva vrši se kroz obaveznu objavu namere preuzimanja i obaveznu javnu ponudu (uz zakonske izuzetke – ZOPAD, čl. 6 i 8), koja se upućuje akcio-

---

<sup>168</sup> *Winter Report*, 2002, a: 2.

<sup>169</sup> Trinaesta direktiva, OJ L 142/12.

<sup>170</sup> Upor. Interni materijal, nacionalni izveštaji (Kongres, Vašington 2010): A. R. Pinto, 31–35; A. Autenne, G. Colard, A. Alexandre, 22–24; N. Eizirik, 14–16; I. L. Fannon, 20–22; Y. Shim, 13–17; K. N. Kyriakakis, 39–46; M. Vasiljević, 35–38; L. Junhai, K. B. Pišler, 26–31; F. Denozza, P. Montalenti, 22; R. A. Etcheverry, 32–37; J. G. Hill, 39–43; J. S. Christensen, 11–20; P. H. Conac, 29–31; N. Nakamura, 28–30; I. Corbisier, 25–26; J. M. Coutinho de Abreu, 27–31; P. V. Kunz, 19–21; W. J. Wang, W. R. Tseng, 14–16; A. E. G. Usluel, 15–17; D. Jurić, 19–22; G. Jugeli, L. Chanturia, 13–14; J. Mahonen, 25–32; H. Merkt, 263–268; J. van Bekkum *et al.*, 265–269; S. Soltysinski, 121–122.

<sup>171</sup> Vid. više K. J. Hopt, P. Davies, »Control Transactions«, *The Anatomy of Corporate Law – A Comparative and Functional Approach* (eds. R. Kraakman *et al.*) Oxford 2004, 178–181.

narima ciljnog društva, a ne samom društvu. Otuda, o ponudi pravno treba da odlučuju ponuđena lica, što su akcionari, a ne organi društva u ime društva, pa time ni upravni odbor. S druge strane, odlučivanje od strane akcionara, na individualnoj osnovi, kao veliki broj individualnih odluka, ne predstavlja odluku samog društva, a može imati značajne posledice po ciljno društvo i ostale nosioce interesa u tom društvu (kompaniji). Uz to, tu je i realan problem tzv. *stampedo efekta*, nastalog u uslovima nemogućnosti disperzovanih akcionara da međusobno komuniciraju radi donošenja kolektivne odluke (fenomen tzv. *zatvorenikove dileme*), zbog čega se rukovode individualnim interesima, koji i ne moraju biti interesi kompanije i njenih *stakeholder*-a. U svakom slučaju, ponuđena cena akcija napadnute kompanije (ciljno društvo) ne sme biti niža od prosečne cene akcija na organizovanom tržištu u poslednja tri meseca (ili duži period propisan zakonom ili samoregulativom) pre objave obaveštenja o nameri preuzimanja.

*Mogućnost mera odbrane kompanije od preuzimanja.* – Otvorenost tržišta preuzimanja jedne zemlje najbolje se vidi prema sistemu uređenja mera odbrane.<sup>172</sup> Smatra se da sistem nemogućnosti preduzimanja mera odbrane samostalno od strane upravnog odbora društva, kada bi se smatralo da to radi u sopstvenom interesu (zbog očekivanog smenjivanja nakon preuzimanja), osim po nalogu skupštine društva (kada se smatra da to radi u interesu akcionara), najbolje afirmiše preuzimanje u funkciji unapređenja korporativnog upravljanja (*princip neutralnosti uprave i princip odlučivanja akcionara*). Ovaj sistem upravo prihvata ZOPAD Srbije – neutralnost uprave od trenutka objave namere preuzimanja ciljnog društva. Srpski zakon ipak *ne prihvata i princip pasivnosti uprave*, već usvaja princip delimičnog aktivizma uprave (može da traži konkurentsku ponudu, što u praksi može voditi traženju povoljnijeg preuzimača za svoju poziciju – beli vitez – *White Knights*,<sup>173</sup> a dužan je i da objavi svoje mišljenje o nameri preuzimanja i da upozna zaposlene u ciljnom društvu o nameri preuzimanja). Princip neutralnosti važi podjednako i za prijateljsko (uz saglasnost uprave) i neprijateljsko preuzimanje (bez saglasnosti uprave), kako u slučaju dobrovoljne (ZOPAD, čl. 9), tako i u slučaju obavezne javne ponude za preuzimanje. Ipak, ostaje otvoreno pitanje mogućnosti tzv. *zlatne akcije države* kad je reč o javnom ili strateškom interesu (sektor energije, naoružanja, odbrane i slično).<sup>174</sup> Za razliku od principa neutralnosti uprave u postupku preuzimanja, suprotan princip – *princip*

<sup>172</sup> Prema podacima Komisije za hartije od vrednosti u Srbiji je od donošenja posebnog zakona (ZOPAD) u 2006. godini bilo odobrenih ponuda za preuzimanje 113, u 2007. godini 146, u 2008. godini 179, u 2009. godini 54.

<sup>173</sup> Trinaesta direktiva, čl. 9 (2); ZOPAD, čl. 38, st. 2 u vezi sa čl. 23.

<sup>174</sup> O poziciji Evropskog suda pravde u tom pogledu vid. K. J. Hopt (2006), 481–484.

slobodnog odlučivanja uprave ciljnog društva u postupku preuzimanja znači da uprava može da preuzima sve odbrambene mere iz domena svoje nadležnosti (princip diskrecionih ovlašćenja uprave – princip veta uprave na preuzimanje kontrole – *board veto rule*).<sup>175</sup>

*Pravila posle ponude.* – ZOPD Srbije usvaja univerzalno pravilo »jedna akcija – jedan glas«, koje važi u svim slučajevima odlučivanja u akcionarskim društvima (srpska poslovice kaže »koliko para – toliko muzike«), tako da se time olakšava preuzimanje otvorenog akcionarskog društva i primena »pravila probijanja«. Ovo praktično znači da nisu moguća nikakva ograničenja broja glasova koje ima pojedini akcionar koja bi bila suprotna ovom pravilu (ostaje ipak sporno pitanje punovažnosti »zlatne akcije«), te bi takva ograničenja u statutu ciljnog društva bila *contra laegem*. Ovo isto važi i za druga ograničenja koja bi bila suprotna kompanijskoj regulativi (ograničenja vezana za mandat tipa »klasifikovanog upravnog odbora«, s obzirom na to da je mandat svih članova uprave jednogodišnji; ograničenja vezana za izbor članova uprave tipa vezanosti izbora nekih članova za određenog akcionara ili određene akcije koja su takođe suprotna kompanijskim propisima). Otuda, »ulaz« (»probijanje«) preuzimača u ciljno društvo nakon preuzimanja kontrole praktično nema ozbiljnijih statusnih smetnji.

*Prinudna prodaja i prinudna kupovina i druga prava izlaza akcionara.* – ZOPAD Srbije (čl. 34 i 35) prihvata institut prinudne prodaje – *squeeze-out* (kada ponuđač u postupku preuzimanja otkupi najmanje 95% akcija ciljnog društva ima pravo da u roku od 120 dana od dana isteka krajnjeg roka iz ponude preuzimanja prinudi preostale nesaglasne akcionare da mu pod uslovima iz javne ponude preuzimanja prodaju svoje akcije, što su oni obavezni da učine), kao i institut prinudne kupovine – *sell-out* (kada ponuđač u postupku javne ponude otkupi najmanje 95% akcija ciljnog društva obavezan je da na zahtev preostalih akcionara otkupi njihove akcije pod uslovima iz ponude za preuzimanje). ZOPD Srbije (čl. 444) kreira i pravo izlaska iz društva nesaglasnih akcionara uz obavezu društva da im otkupi akcije po tržišnoj ceni i u sledećim slučajevima: 1) promena osnivačkog akta koja pogađa njegova prava, 2) statusne promene, 3) promena pravne forme, 4) sticanje i raspolaganje imovinom velike vrednosti, i 5) drugim slučajevima odluka organa društva koje menjaju prava akcionara, ako je to utvrđeno osnivačkim aktom društva (npr. otvaranje ili zatvaranje). Instituti prinudne kupovine i prinudne prodaje postali su opšti standard uporedne kompanijske regulative, s tim što se pragovi kapitala za sticanje prava (obaveze) na

---

<sup>175</sup> Vid. više V. Radović, *Mere odbrane akcionarskog društva od preuzimanja kontrole*, Beograd 2008, 77–131.

prinudnu prodaju ili kupovinu akcija preostalih akcionara nakon sticanja tog praga od kontrolnih akcionara u postupku javne ponude preuzimanja kontrole razlikuju i kreću od 90 do 95%. Takođe, osnovanost ovih instituta, s obzirom na prinudnu eksproprijaciju vlasničkih prava, bila je u nekim zemljama i predmet ustavnih sporova.<sup>176</sup>

*Pritisak akcionara kao mera spoljnjeg nadzora upravljanja kompanijom  
(derivativna tužba i tužba klase akcionara)*

*Derivativna tužba akcionara.* – Institut derivativne tužbe kao mera spoljnjeg nadzora nad korporativnim upravljanjem od strane akcionara u američkom pravu smatra se jednim od najznačajnijih instrumenata zaštite manjinskih prava akcionara i pritiska akcionara na odgovorno korporativno upravljanje, te stoga beleži izuzetno pozitivna iskustva pre svega u američkoj sudskoj praksi (gde je u znatnoj meri i plod špekulativnih postupaka advokata, akcionara, tužilaca i uprava akcionarskih društava), dok u kontinentalnoj Evropi postoji u rudimentarnoj formi, pa čak i u Engleskoj. Francusko i švajcarsko pravo poznaju ovu tužbu, ali praksa pokazuje da ona nema veći značaj. U Srbiji, za sada, nema ni jednog sudskog slučaja derivativne tužbe.

Kompanijsko pravo Srbije poznaje derivativnu tužbu (za razliku od tužbe klase akcija koja se više pretpostavlja, nego što se izričito uređuje). Akcionar koji poseduje najmanje 5% kapital učešća po samom zakonu ima pravo da u svoje ime, a za račun društva traži naknadu štete od direktora društva (ili kontrolnog akcionara ili drugih lica koji po zakonu imaju dužnosti prema kompaniji), ako su mu, povredom svojih posebnih dužnosti prema kompaniji (dužnost lojalnosti, fiducijarna dužnost, dužnost pažnje, pravilo *business judgment* za poslovne odluke, klauzula konkurencije, čuvanje poslovne tajne), naneli štetu. Procesne pretpostavke za tužbu su: 1) propisani prag kapital učešća, 2) prethodni zahtev kompaniji za podizanje tužbe u propisanom roku od podnošenja ovog zahteva u svoje ime i za svoj račun, 3) podnošenje tužbe u propisanom roku (objektivni tri godine od nastanka štete). Ako sud usvoji tužbeni zahtev naknada štete dosuđuje se kompaniji a ne tužiocu, koji tada ima pravo na naknadu troškova postupka (otvoreno je pitanje da li od tuženog ili/i kompanije kome pripada šteta).

---

<sup>176</sup> Vid. Interni materijal, nacionalni izveštaji (Kongres, Vašington 2010): R. A. Etcheverry, 37 – u nekoliko slučajeva niži sudovi su prihvatili tužbeni zahtev odbijajući prinudnu prodaju – istiskivanje manjinskih akcionara, s pozivom na neustavnost, dok su u samo jednom slučaju to isto učinili pozivajući se na vlasnička prava manjinskih akcionara.

Ozbiljna ograničenja za derivativnu tužbu uopšte (prisutna i u srpskom pravu) su: visok kapital cenzus, snošenje troškova postupka (rizik nenaknade ako se spor izgubi), teret dokaza na strani tužioca (istina, pravo pristupa aktima i dokumentima društva je olakšano), isključenje mogućnosti vansudskog poravnjanja (sprečavanje špekulativnosti), suženo svojstvo izvedenog (primarni je sama kompanija) tužioca (ne postoji mogućnost da tužioci budu poverioci i ne postoji višestruka derivacija kod povezanih društava), nepostojanje podsticaja za tužbu (trebalo bi priznati pravo tužiocu na određeni procenat naknade koja u slučaju uspeha u ovom sporu pripada akcionarskom društvu, tako da ima direktan interes za tužbu a ne samo indirektan).<sup>177</sup> Sve ovo je arsenal mera koje uporedna kompanijska regulativa postupno uvodi u pravni život niza zemalja kako bi dala podršku interesu za ovu tužbu i time ovaj institut učinila više praktičnim i korisnim instrumentom upravljanja kompanijom i zaštitom prava manjinskih akcionara.<sup>178</sup>

*Tužba klase akcionara.* – Moderno kompanijsko pravo sve više afirmiše institut tužbe klase akcionara, kao savremeno sredstvo pritiska akcionara na kvalitetno i zakonito upravljanje kompanijom. Ovo je posebno motivisano činjenicom da postoje brojni sporovi na finansijskom tržištu vlasnika hartija od vrednosti, te je potrebno da se tužioci i drugi akcionari koji to nisu, a nalaze se u istoj pravnoj situaciji, nalaze u istoj pravnoj situaciji (suparničarstvo i dejstvo *ex lege* presude). Istina, kod ove vrste tužbe postoje brojna otvorena pravna pitanja, pre svega

---

<sup>177</sup> Vid. više M. Vasiljević (2007a), 243–254.

<sup>178</sup> Upor. Interni materijal, nacionalni izveštaji (Kongres, Vašington 2010): F. A. Gevurtz, 7–9; A. Autenne, G. Colard, A. Alexandre, 27–28 – kapital prag je 1% ili jedan milion i 250.000 evra; N. Eizirik, 21; I. L. Fannon, 27–29; Y. Shim, 8; K. N. Kyriakakis, 55–56 i 60 – ne postoji derivativna tužba iako se teorija zalaže za njeno uvođenje, ali po zahtevu manjinskih akcionara sa propisanim kapitalom skupština može imenovati specijalnog zastupnika za podizanje tužbe i vođenje spora u ime kompanije protiv lica koja su povredila dužnosti prema kompaniji; M. Vasiljević, 41–42; L. Junhai, K. B. Pišler, 43–44 – derivativna tužba je uvedena izmenama kompanijskog zakona iz 2005. godine, a kapital cenzus je 1%; F. Denozza, P. Montalenti, 28; R. A. Etcheverry, 22–23 – individualno pravo; J. G. Hill, 32–34; P. H. Conac, 34–35 – kapital cenzus je 5%; N. Nakamura, 30–32 – za aktivnu legitimaciju dovoljna je i jedna akcija, a u toku je izmena kompanijskog zakona koja će dozvoliti i dvostruku ili višestruku derivativnu tužbu, tj. da akcionar holding kompanije može biti tužilac direktora neposredno ili posredno zavisnih društava; I. Corbisier, 30 – u toku je uvođenje instituta derivativne tužbe; J. M. Coutinho de Abreu, 22; P. V. Kunz, 24–25 – nema kapital cenzusa; W. J. Wang, W. R. Tseng, 12 i 19–20; A. E. G. Usluel, 20; D. Jurić, 14 i 24 – u osnovi ne postoji derivativna tužba, već po zahtevu kvalifikovanih manjinskih akcionara sud odlučuje o imenovanju specijalnog zastupnika koji odlučuje o podizanju tužbe i vođenju spora protiv članova upravnog odbora ili nadzornog odbora u ime kompanije, ako to po ovom zahtevu u roku od šest meseci nije učinio sam upravni odbor ili nadzorni odbor; G. Jugeli, L. Chanturia, 12; J. Mahonen, 19 – individualno pravo; H. Merkt, 274; J. van Bekkum *et al.*, 276–280 – holandsko kompanijsko pravo ne poznaje derivativnu tužbu akcionara, ali poznaje individualnu tužbu protiv lica koja imaju dužnosti prema kompaniji, kao i proceduru pokretanja istražnih radnji koju mogu pokrenuti manjinski akcionari i drugi; S. Soltysinski, 124–125.

pitanje institucije koja bi to činila po zakonskom ovlašćenju za akcionare iste klase (komisija za hartije od vrednosti,<sup>179</sup> određena državna agencija, udruženja akcionara na nivou kompanije ili autonomna udruženja na nacionalnom nivou i slično). Iskustva sa institutom kolektivne tužbe ni u uporednoj kompanijskoj regulativi, osim donekle u zemljama *common law*-a nisu tako snažna, ali postoji snažno uverenje investicione javnosti i zakonodavaca da je potrebno njegovo regulisanje.<sup>180</sup> ZOPD Srbije, za početak (što treba da ima podršku kroz procesnu regulativu), u kontekstu ostvarivanja prava nesaglasnih akcionara na izlazak iz društva, utvrđuje pravo nesaglasnih akcionara na pokretanje postupka pred sudom za utvrđivanje vrednosti akcija, s tim što »odluka suda odnosi se...na sve nesaglasne akcionare«.<sup>181</sup>

*Specijalna revizija – stručni poverenik (pravo manjinskih akcionara).* – Kontrolna funkcija akcionara kao instrument korporativnog upravljanja posebno se ostvaruje kroz specijalno pravo istrage koju, na zahtev akcionara sa određenim procentom kapital učešća, nalaže skupština akcionara ili sud. Istragu (forma specijalne revizije) obično vodi ili sud ili posebno telo ili profesionalac. Prema ZOPD (čl. 334–336) manjinski akcionari sa najmanje 20% osnovnog kapitala društva, mogu tražiti od skupštine akcionara da izabere stručnog poverenika radi pregleda finansijskih izveštaja i poslovnih knjiga društva u poslednje tri godine. Ako skupština ne udovolji ovom zahtevu manjinskih akcionara u propisanom roku, stručnog poverenika (jednog ili više) na zahtev tih akcionara imenuje sud u vanparničnom postupku ako se učini verovatnim postojanje povrede zakona ili osnivačkog akta. Ozbiljni ograničavajući faktori za ovaj zahtev su: 1) mogućnost nalaganja od strane suda polaganja obezbeđenja od strane podnosioca zahteva, 2) nerešeno pitanje snošenja troškova (moguća analogija sa derivativnom tužbom) i 3) solidarna odgovornost za štetu u slučaju utvrđenja da je zahtev bio neosnovan. Prema raspoloživim saznanjima u poslovnoj i sudskoj praksi ima ovakvih zahteva za posebnom revizijom. Rezultat istrage može biti odgovornost direktora, po pravilu, primenom pravila *Business Judgment*. Ova ustanova specijalne istrage,

<sup>179</sup> ZOTH, čl. 220, st. 2, daje takvo ovlašćenje upravo Komisiji za hartije od vrednosti (zakonsko ovlašćenje), koje do sada nije korišćeno. Za praksu SAD i ulogu SEC i drugih javnih institucija vid. Interni materijal, nacionalni izveštaji (Kongres, Vašington 2010): F. A. Gevurtz, 28–30.

<sup>180</sup> Upor. Interni materijal, nacionalni izveštaji (Kongres, Vašington 2010): J. G. Hill, 32–34 – zapažen je dramatičan rast tužbi klase akcija; K. N. Kyriakakis, 60 – ne postoji tužba klase akcija, ali se teorija zalaže za njeno uvođenje; J. S. Christensen, 23 – nedavno je uvedena kolektivna tužba i očekuje se porast sporova; Y. Shim, 18; P. H. Conac, 38–39 – donedavno francusko pravo je poznavalo samo »tužbu klase« vezanu za potrošače, ali je kroz sudsku praksu priznalo i akcionarsku klase akcija »tužbu klase«, gde je u praksi bilo slučajeva na strani tužioca i preko 800 akcionara, kojima je priznato jednako pravo na naknadu štete, bez razlikovanja ličnih situacija; H. Merkt, 274; J. van Bekkum *et al.*, 279–280.

<sup>181</sup> ZOPD, čl. 444, st. 9–11.



kao mera zaštite akcionara i spoljnog pritiska akcionara na kvalitetno, konkurentno i zakonito korporativno upravljanje, prihvaćena je u brojnim evropskim zemljama,<sup>182</sup> s tim što je potrebni kapital cenzus daleko niži.<sup>183</sup>

### SANKCIJE UTVRĐENE REGULATIVOM UPRAVLJANJA KOMPANIJAMA I REGULATIVOM TRŽIŠTA HARTIJA OD VREDNOSTI

Propisi koji uređuju tržište hartija od vrednosti utvrđuju tri vrste sankcija za njihovu primenu: građanske, administrativne (upravne) i krivične. Sve ove tri vrste sankcija delom su uređene propisima koji uređuju tržište hartija od vrednosti, a delom zakonom koji uređuje obligacione odnose, krivičnim zakonom i zakonima koji uređuju upravni spor i postupak. Iste sankcije za izvršenje regulative statusa kompanija i tržišta hartija od vrednosti postoje i u relevantnom uporednom zakonodavstvu.<sup>184</sup>

*Građanska odgovornost* (naknada štete, poništaj ili pobojnost korporativne odluke) uređena je u osnovi na opšti način utvrđen ugovornim ili deliktnim pravom, uz određene specifičnosti (mogućnost, na primer, pod određenim pretpostavkama, direktne odgovornosti članova organa kompanije trećim licima – akcionarima i članovima kompanije i poveriocima).

---

<sup>182</sup> Ovu ustanovu poznaje, na primer, francusko pravo (kapital cenzus je 5%): Y. Guyon, 483–486; takođe i englesko pravo, ali ona praktično nije primenjena od 1990. Vid. E. Ferran, »The Role of the Shareholder in Internal Corporate Governance: Shareholder Information, Communication and Decision-Making«, *Reforming Company Law in Europe* (eds. G. Ferrarini *et al.*), Oxford 2004, 452–453. Ovu ustanovu poznaje i pravo SAD. Vid. R. R. Hamilton, 375–384. Upor. Interni materijal, nacionalni izveštaji (Kongres, Vašington 2010): A. Autenne, G. Colard, A. Alexandre, 27 – kapital cenzus je 1% ili jedan milion i 250.000 kapitala; N. Eizirik, 21 – nije uobičajen ovaj institut; K. N. Kyriakakis, 31 – kapital cenzus je 5%; M. Vasiljević, 40–41; J. S. Christensen, 9 – kapital cenzus je 25%; I. Corbisier, 30; P. V. Kunz, 14–15 – kapital cenzus je 10%; M. Vasiljević, 42; D. Jurić, 25 – kapital cenzus je 5%; J. Mahonen, 39–40; H. Merkt, 273 – kapital cenzus je samo 1% ili 100.000 evra; S. Soltysinski, 120.

<sup>183</sup> Vid. K. J. Hopt (2006), 465–466. Ovu ustanovu je posebno podržao i *Winter Report* (predlog je da kapital cenzus bude od 5–10% za ovo pravo manjinskih akcionara), 2002, b: *ch.* III, 3.4.

<sup>184</sup> Upor. Interni materijal, nacionalni izveštaji (Kongres, Vašington 2010): A. Autenne, G. Colard, A. Alexandre, 25–26; N. Eizirik, 19; I. L. Fannon, 24–27; Y. Shim, 18; K. N. Kyriakakis, 53–54; M. Vasiljević, 40–41; L. Junhai, K. B. Pišler, 36–39; F. Denozza, P. Montalenti, 24–27; R. A. Etcheverry, 40–42; J. G. Hill, 44–51; J. S. Christensen, 23; P. H. Conac, 34–36; N. Nakamura, 30; I. Corbisier, 28–29; P. V. Kunz, 22–23; W. J. Wang, W. R. Tseng, 19; A. E. G. Usluel, 19; D. Jurić, 23–24; G. Jugeli, L. Chanturia, 15; J. Mahonen, 35–37; H. Merkt, 270; J. van Bekkum *et al.*, 274; S. Soltysinski, 122–125.

Kad je reč o *upravnoj (administrativnoj) odgovornosti*, akti Komisije za hartije od vrednosti, Centralnog registra za hartije od vrednosti, Komisije za zaštitu konkurencije, Agencije za registraciju privrednih subjekata, akti regulatornih organizacija, su upravni akti, te se povodom akata ovih institucija na finansijskom tržištu može voditi upravni spor. Uz to, Komisija za hartije od vrednosti i Komisija za zaštitu konkurencije imaju ovlašćenja da izriču novčane kazne.<sup>185</sup> Posebno Komisija za hartije od vrednosti u svojstvu nadzorne institucije na finansijskom tržištu (kao i Narodna banka u odnosu na osiguravajuća društva i banke), može da izriče i druge mere »disciplinovanja« učesnika na finansijskom tržištu (opomena, privremena zabrana obavljanja delatnosti, privremena obustava trgovine hartijama od vrednosti na berzi, isključenje sa listinga hartija od vrednosti, oduzimanje dozvole za rad i slično). Čini se da je ova forma odgovornosti učesnika na finansijskom tržištu u našoj regulativi dosta kompatibilna sa odgovarajućom uporednom regulativom na planu norme, ali je na planu prakse primene daleko iza.

Kad je o *krivičnoj odgovornosti* reč, onda treba primetiti da su posebni propisi finansijskog tržišta i opšti propisi koji uređuju privredna društva dosta blagonakloni prema ovoj formi odgovornosti učesnika na finansijskom tržištu (krivična dela se retko utvrđuju ovim propisima zbog stava krivičnopravne teorije koju revnosno sledi zakonodavna praksa; uglavnom se utvrđuju posebnim krivičnim zakonom, ali određenih izuzetaka ipak ima: na primer, ustanovljavanje posebnog krivičnog dela za manjkave prospekte ili neistinite i nepotpune izveštaje na finansijskom tržištu, sa zaprećenom sankcijom novčane kazne ili kazne zatvora do tri godine, a u kvalifikovanim slučajevima i kaznom zatvora do pet godina – ZOTH, čl. 248). Propisi finansijskog tržišta i propisi koji uređuju privredna društva su više skloni da uređuju kaznenu odgovornost kroz blaže forme kaznene odgovornosti učesnika na finansijskom tržištu i njihovih odgovornih lica (privredni prestupi i prekršaji, što se sankcioniše novčanim kaznama, kao kod administrativne-upravne odgovornosti). Čini se da je u relevantnoj uporednoj regulativi ova forma odgovornosti učesnika na finansijskom tržištu mnogo razvijenija i delotvornija, iako se ipak u praksi ne primenjuje tako često.<sup>186</sup>

Kad je reč o *nepravnim sankcijama* (imenovanje u medijima, posramljivanje, javna opomena ili kritika, pritisak, »prosti« pritisak, tržišna prinuda) treba reći da je njihovo dejstvo vrlo neefikasno, zbog nerazvijenog tržišta, slabog pritiska tržišta hartija od vrednosti i slabog autoriteta i moći iako je, na primer, dato ovlašćenje Komisiji za hartije od vrednosti da izriče javne opomene za povrede

<sup>185</sup> ZOTH, čl. 222.

<sup>186</sup> Vid. Intemi materijal, nacionalni izveštaji (Kongres, Vašington 2010): F. A. Gevurtz, 7; P. H. Conac, 35; P. V. Kunz, 22.

propisa finansijskog tržišta, mogućnost pokretanja postupka pred sudom časti Privredne komore Srbije za nepoštovanje nacionalnog Kodeksa PKS (čl. 342–343) ili mogućnost objave stepena poštovanja Kodeksa BB (Poglavlje »Primena Kodeksa«, čl. 5) na internet stranici i glasilu Beogradske berze. Ova forma sankcija daleko je razvijenija u zemljama sa razvijenim tržištem hartija od vrednosti, gde su vidljivi znaci reakcije investitora na nepoštovanje »mekog prava«, a posebno u vezi sa kompanijama koje se od strane investitora ne prepoznaju da imaju dobru korporativnu praksu.<sup>187</sup> I primena pravila »mekog prava« »primeni ili objasni« u osnovi je praćena nepravim sankcijama, s tim što tu ima i elementa pravnih sankcija (berzanski uslov poštovanja pravila dobre korporativne prakse, izjava upravnog odbora u godišnjem izveštaju uprave o stepenu usklađenosti kompanije sa dobrom korporativnom praksom i prihvaćenim kodeksom, sa objašnjenjem razloga odstupanja uverljivim za akcionare i investitore).

#### INSTITUCIJE ORGANIZOVANJA I ZAŠTITE AKCIONARA, KAO I UNAPREĐENJA »MEKOG PRAVA«

Akcionarstvo u Srbiji razvija se nekih desetak godina i to u uslovima privatizacije. Vreme je relativno kratko za ozbiljniju institucionalizaciju i razvoj samoregulative i autonomne regulative tipa »mekog prava«. Za sada ne postoji nacionalna asocijacija akcionara (takve asocijacije postoje samo na nivou kompanija), kao što ne postoji ni Vladina komisija (odbor) za korporativno upravljanje, niti takva komisija Privredne komore Srbije, dok nadzor nad primenom dva postojeća kodeksa korporativnog upravljanja prate institucije donosioci (Privredna komora Srbije i Beogradska berza). Takođe, za sada ne postoje ni rejting agencije niti specijalizovana finansijska štampa.

Čini se da je zrelo vreme za snažniju institucionalizaciju akcionara, kako na nivou kompanija (udruženja akcionara, udruženja malih akcionara), tako i na širem nivou tipa nacionalnih asocijacija nastalih samoorganizovanjem na autonomnoj osnovi sa statusom građanskih društava (udruženja). Takođe, krajnje je vreme da se pri Privrednoj komori Srbije (ili eventualno drugim komorama nastalim samoorganizovanjem privrede) i/ili pri Vladi Republike organizuje poseban Odbor za korporativno upravljanje, koji bi pratio primenu kodeksa korporativnog upravljanja, kodeksa dobre korporativne prakse, inicirao njihovu promenu, uticao

---

<sup>187</sup> Upor. Interni materijal, nacionalni izveštaji (Kongres, Vašington 2010): N. Eizirik, 19–20; I. L. Fannon, 27; M. Vasiljević, 40–41; L. Junhai, K. B. Pišler, 39; R. A. Etcheverry, 42; P. H. Conac, 36–37; N. Nakamura, 30; I. Corbisier, 29; P. V. Kunz, 25–26; J. van Bekkum *et al.*, 275.

na zakonsku regulativu i samoregulativu samoregulatornih organizacija, kao i pravce razvoja autonomne regulative kompanija i pravce razvoja »mekog prava«, pratio relevantnu svetsku praksu (na nivou zakona, samoregulacije, autonomne regulacije, sudske prakse i »mekog prava«) i na institucionalnoj osnovi podsticao njeno ugrađivanje u domaće pravno okruženje, podsticao samoorganizovanje akcionara i aktivizam akcionara za učešće na skupštinama akcionara i pratio njihovu zaštitu, posebno zaštitu malih akcionara u cilju unapređenja pravne sigurnosti i time ekonomske stabilnosti. Samo na ovoj osnovi možemo pokazati koliko stvarno prepoznajemo značaj korporativnog upravljanja za zaštitu investitora i obezbeđenje povoljne investicione klime za trajnu stabilizaciju investicionog interesa za ulaganja u Srbiji. Uostalom, upravo ovakve institucije i obeležavaju institucionalni milje i pravnu infrastrukturu relevantnih zemalja.<sup>188</sup>

## ZAVRŠNI POGLED

1. Pravo Srbije na normativnom planu u oblasti korporativnog upravljanja ne zaostaje mnogo za modernim trendovima razvoja regulative i dostignutim standardima. Ipak, stoji konstantna potreba unapređenja regulative korporativnog upravljanja, s obzirom na to da se u svetu odvija proces stalnih promena podstaknut korporativnim skandalima. Ovo unapređenje potrebno je i poželjno i u oblasti kompanijske i berzanske regulative (statike i dinamike, unutrašnjeg i spoljašnjeg korporativnog upravljanja). Posebno ozbiljno pitanje u Srbiji je ocena potrebe i pravaca razvoja »meke regulative« i pravnih i vanpravnih sankcija. »Vrh ledenog brega« je svakako nerazvijena poslovna i naročito sudska praksa korporativnog upravljanja, posebno praksa odgovornosti uprave (upravni odbor i nadzorna tela),

---

<sup>188</sup> Upor. Interni materijal, nacionalni izveštaji (Kongres, Vašington 2010): N. Eizirik, 21; M. Vasiljević, 42–43; R. A. Etcheverry, 43; J. S. Christensen, 24; P. H. Conac, 39 – poznata je posebno Asocijacija za odbranu manjinskih akcionara koja je tužila mnoge francuske kompanije u cilju zaštite prava akcionara, a član je i Evropskog foruma za korporativno upravljanje – ADAM; I. Corbisier, 30; J. Mahonen, 40; H. Merkt, 275 – postoje dve vrlo uticajne organizacije akcionara koje, za razliku od francuskog primera, nemaju statutarno ovlašćenje za podizanje tužbi za akcionare zbog povrede standarda korporativnog upravljanja pri donošenju poslovnih odluka, ali igraju važnu ulogu u unapređenju ovih standarda i njihove primene i lobiranju pri zakonodavnim reformama na strani zaštite prava akcionara: Nemačka asocijacija za zaštitu akcionara i Asocijacija za zaštitu finansijskih investitora; J. van Bekkum *et al.*, 281 – postoji nekoliko asocijacija akcionara: VEB – Asocijacija akcionara, ESG – Evropska grupa akcionara, Eumedion – zastupa interese institucionalnih investitora; S. Soltysinski, 126 – postoji Asocijacija otvorenih kompanija i Institut direktora, koji aktivno učestvuju u donošenju kodeksa dobre korporativne prakse i promovišu standarde društvene odgovornosti kompanija.

većinskog (kontrolnog) akcionara, revizora i drugih učesnika na finansijskom tržištu.

2. Standard korporativnog upravljanja ne može biti isti za sve kompanije i u osnovi ne treba da zavisi od njihove pravne forme (akcionarsko društvo, društvo s ograničenom odgovornošću), već kumulativno od veličine kompanije (u smislu ekonomsko-računovodstvenih kriterijuma: mala, srednja i velika) i izvora kapitala (da li se prikuplja javnim putem – javna emisija akcija, obveznica ili drugih serijskih hartija od vrednosti – otvorena kompanija, ili se prikuplja ne-javnim putem – zatvorena kompanija). Za male i u dobroj meri srednje kompanije koje su zatvorenog tipa mora važiti standard fleksibilnosti, minimum imperativnosti, sloboda ugovaranja, dok bi velike kompanije zatvorenog tipa morale da budu regulisane u pogledu korporativnog upravljanja delimično kao male i srednje zatvorenog tipa, a delimično kao velike otvorenog tipa. Konačno, male (ako kao otvorene uopšte i postoje), srednje i velike kompanije otvorenog tipa moraju imati regulativu korporativnog upravljanja u kojoj dominiraju standardi imperativnosti i izuzetnosti slobode ugovaranja. I otvorene kompanije, zavisno od toga da li se kotiraju na berzanskom tržištu ili ne, ne mogu u svemu imati iste standarde korporativnog upravljanja, s obzirom na to da kotirane moraju ispunjavati i standarde dobre korporativne prakse koje predmetna berza propisuje kao uslov za listing i kotaciju (prijem i opstanak), makar i po sistemu »primeni ili objasni«.

3. Regulacija korporativnog upravljanja – zakonski nivo, samoregulatorni nivo i autonomni nivo (kompanije) – »tvrdo pravo« i/ili »meko pravo« (kodeksi, vodiči, modeli)? Kako se čini, balans zakonodavnog i samoregulatornog nivoa regulative korporativnog upravljanja previše se pomerio ka samoregulatornom nivou te bi, sa stanovišta pravne sigurnosti, bilo poželjno vraćanje dela regulatornog paketa u zakonodavnu ravan. Takođe se čini i da je balans »tvrdog« i »mekog« prava u regulativi korporativnog upravljanja pomeren ka »mekom pravu«, što se za zemlje sa nejakim pravnim sistemom i autoritetom sudova i tržišnog pritiska, kao i zbog neefikasnosti sankcija »mekog prava« i spornosti prirode (koliko je to stvarno sfera prava), ne čini baš prihvatljivim putem, te je i ovde vraćanje dela izgubljenih ovlašćenja »tvrdog prava« potreban put. Čini se da »meko pravo« sa svojim osobenim znakom – »primeni ili objasni« pravilom, treba da bude dodatni standard korporativnog upravljanja pre svega za kompanije koje su na listingu berzi (uslov za kotaciju i listing i za opstanak na njima), kao prepoznatljiva (za akcionare i buduće investitore) dobra korporativna praksa (npr. određeni obavezni broj nezavisnih direktora, određeni nezavisni komiteti, kontinuirano objavljivanje osetljivih informacija za cene hartija od vrednosti, objavljivanje izvoda iz polugodišnjih računa, eventualno jednogodišnji mandat čla-

nova upravnog odbora, razdvajanje funkcije predsednika upravnog odbora i prvog izvršnog direktora i slično).

4. Kompanijska regulativa Srbije treba da prihvati, kao što je to dominantno rešenje savremene regulative, u pravom smislu model izbora sistema uprave: jednostepeni (upravni odbor sa izvršnim i neizvršnim direktorima) i dvostepeni (upravni i nadzorni odbor), koji su od klasičnih znatno udaljeni međusobnim konvergencijama (nadzorna tela tipa odbor revizora i slično u jednostepenom ili nezavisni direktori i u jednom i u drugom modelu). Na ovaj način se prevazilaze i teorijska »besplodna« nadmudrivanja oko toga koji je model uprave ekonomski uspešniji i koji je dominantniji. Činjenica jeste da je jednostepeni model, koji izvorno pripada *common law*-u više zastupljen u nacionalnim pravima i zemalja koje pripadaju *civil law*-u, ali je i činjenica da se upravo ovaj model više reformiše od dvostepenog modela, upravo zbog potrebe da otkloni strateški defekt nedovoljne infrastrukture za unutrašnju kontrolno-nadzornu funkciju (nezavisni direktori sa delom nadzorne funkcije u odnosu na ostale članove upravnog odbora i izvršne direktore, kao i kontrolne akcionare; odbor revizora, interni revizor i interna revizija).

5. Dilemu akcionarski orijentisan model korporativnog upravljanja (koji negira standard društvene odgovornosti kompanije) ili multiinteresno orijentisan model (čiju sintezu čini institucionalno orijentisan model – »interes kompanije/korporacije«), koji prihvata standard društvene odgovornosti kompanije, treba rešiti u korist poslednjeg, ne zbog posledica ekonomske krize i berzanskih krahovala, već zbog institucionalne prirode kompanije (svoještvo pravnog lica sa vlastitim pravima i odgovornostima, koje zastupaju članovi upravnog odbora – izvršni direktori, prokuristi i punomoćnici), a ne ugovorno-zastupničke prirode (zastupnici nemaju mandatni odnos sa akcionarima već sa kompanijom/korporacijom). Uostalom, pravno uprava kompanije ima dužnost lojalnosti prema kompaniji kao pravnom licu a ne akcionarima (pa ni kontrolnim), a sa svoje strane kontrolni akcionari imaju fiducijarnu dužnost prema kompaniji i odgovaraju i ličnom imovinom ako zloupotrebe njen pravni subjektivitet (»probijanje pravne ličnosti«, »privid pravne ličnosti«).

6. Upravni odbor je kamen temeljac unutrašnjeg aspekta korporativnog upravljanja, te su stoga brojna statusna pitanja od izuzetne važnosti za njegovo funkcionisanje (broj članova – manji su funkcionalniji i efikasniji; mandat – dominantno je rešenje od tri do pet godina, a jednogodišnji eventualno samo kod kotiranih društava; sastav – nezavisni članovi i broj – kao obaveza eventualno samo bi trebalo da budu prihvaćeni kod kotiranih društava uz preciziranje minimuma kodeksima dobre korporativne prakse, a ne zakonom; razrešenje – gubitak poverenja kao osnov, dakle i bez postojanja važnog razloga, osim u slučaju nezavisnih direktora kada bi moglo uslediti samo u slučaju postojanja važnog razloga

i slično). Balans ovlašćenja i dužnosti između uprave i skupštine akcionara ponovo se pomerio previše ka ovlašćenjima skupštine (na primer, skupština nije pravo mesto za odobravanje ili ne poslova u kojima postoji sukob interesa članova upravnog odbora ili povezanih lica i kompanije, već to može biti odbor revizora, nadzorni odbor ili nezavisni direktori), koja iako profesionalnijeg sastava zbog sve većeg učešća profesionalnih investitora, nije pogodan mehanizam za poslovno odlučivanje u savremenim uslovima, te je potrebno ponovno vraćanje klatna ka upravi uz intenziviranje polaganja računa i realnijih instituta odgovornosti.

7. Imovinska odgovornost članova upravnog odbora mora biti korelativna sa dužnostima (dužnost pažnje vezana pre svega za informisanost, dužnost lojalnosti kompaniji kod sukoba interesa, dužnost savesnosti – utvrđuje se na osnovu standarda »rada u interesu kompanije«). Pravilo »poslovnog odlučivanja« – *Business Judgment Rule*, kao novi sve prihvaćeniji standard kompanijske regulative i pravni transplant *common law*-a treba da u *civil law*-u zameni dva tradicionalna standarda »dužna pažnja« i »dobar privrednik«, po svojoj prilici ne tako uspešno, osim na normativnom planu (kontinentalni sudovi i dalje ostaju verni tradicionalnim pravnim vrednostima). Ipak, najvažnije pravno pitanje u primeni ovog standarda ostaje teret dokaza ispunjenosti pretpostavki odgovornosti (nepostojanje konstitutivnih elemenata ovog pravila) – na strani tužioca (sistem dokazane krivice) ili na strani tuženih direktora (sistem pretpostavljene krivice). Klatno se izgleda pomera i nacionalne regulative nemaju isto rešenje, ali čini se da će materijalno pravo u ovom slučaju još jednom biti pobeđeno procesnim pravom – svaka strana podnosi svoje dokaze, a na sudu je da ceni relevantnost dokaza jedne i druge strane i postojanje (prevaga dokaza tužioca) ili ne (prevaga dokaza tuženih direktora) odgovornosti, kako to izgleda čini i naše novo procesno zakonodavstvo.

8. Aktivizam skupštine akcionara pokazuje se zbog »vaskrsa skupštine« izuzetno važnim pitanjem savremene kompanijske regulative. Sve snažnija profesionalizacija sastava skupštine (institucionalni investitori) i globalizacija kapitala i tržišta zahteva da se prihvate savremena tehnička sredstva koja olakšavaju prekogranično glasanje i odlučivanje bez fizičke sednice ili kombinovano (glasanje pisanim putem, glasanje putem interneta, video i audiokonferencije, glasanje preko punomoćnika sa elektronskim punomoćjem ili drugim punomoćjem), ali uz obezbeđena pravna sredstva kontrole identiteta i odlučivanja u interesu akcionara. Takođe, pravila postupka saziva skupštine, kvoruma i većine za odlučivanje moraju se prilagoditi savremenim potrebama brzine koju omogućuje tehnički razvoj, ali uz nezanemarivanje potrebe obezbeđenja pravne sigurnosti i sprečavanja zloupotrebe većine i katkad i zloupotrebe manjine. Sve su ovo pitanja gde naš Zakon o privrednim društvima ima ozbiljnih potreba za osavremenjavanjem, ne zbog zahteva harmonizacije sa pravom EU (što i nije pravna obaveza), već zbog

potreba dostizanja sve univerzalnijih standarda korporativnog upravljanja i na ovom planu.

9. Zakon o privrednim društvima Srbije postavio je ozbiljne standarde zaštite prava manjinskih akcionara, ali se čini da i na ovom planu ima značajnih promena u relevantnoj kompanijskoj regulativi i standardima korporativnog upravljanja, koje se upravo zbog interesa investitora za prepoznatljivim pravnim okvirom moraju slediti. Za savremene pojmove čini se da je naš zakon neka prava manjinskih akcionara učinio prilično restriktivnim (visok kapital cenzus: sazivanje skupštine akcionara i uvrštenje novih pitanja u dnevni red po zahtevu akcionarske manjine, derivativna tužba, specijalni revizor – stručni poverenik), dok je druga previše liberalizovao (određena prava na informisanje štetno po kompanijske interese nisu uslovljena kapital cenzusom, isto važi i za pobijanje odluka skupštine akcionara) i slično. S druge strane, u kompanijama u kojima postoje kontrolni akcionari zaštita interesa manjinskih akcionara (drugi agencijski problem korporativnog upravljanja) ne može se postići samo kroz standarde prava manjinskih akcionara, već je potreban i standard više. Čini se da se taj standard nalazi na planu instituta fiducijarne dužnosti kontrolnog akcionara prema kompaniji i manjinskim akcionarima (što važi i za odnos matičnog društva kao kontrolnog akcionara i zavisnih društava i njihovih spoljnih manjinskih akcionara), što je na normativnom planu u nas u redu, ali na faktičkom planu dovedeno je do nivoa relikvije.

10. Pitanje participacije zaposlenih i formi participacije u upravljanju kompanijom, samo delom ima pravnu dimenziju, dok je većim delom u sferi političkih interesa i sistema društvene odgovornosti kompanija u svom političkom delu. Iskustva Nemačke, Holandije i skandinavskih zemalja ili delom i Francuske u tom pogledu, s jedne strane, i iskustva drugih zemalja koje stoje na drugoj strani (poput Velike Britanije, Švajcarske) ne mogu se empirički meriti u smislu pozitivnog uticaja na ekonomsku efikasnost kompanije (olakšano rešavanje kolektivnih radnih sporova, kohabitacija rada i kapitala, motivacija, podela odgovornosti i slično) ili negativnog uticaja (otežano donošenje poslovnih odluka, gubitak vremena kao najdragocenijeg ekonomskog resursa, politizacija poslovnih odluka, rasipanje energije, odbijanje investitora i slično). Između dveju, za današnje pojmove, krajnosti, čini se da se moraju tražiti neki srednji putevi – akcionarstvo zaposlenih, obaveštavanje i davanje mišljenja kod preuzimanja otvorenih društava, savet zaposlenih i eventualno jedan direktor rada u upravnom odboru (jednostepeni sistem) ili nadzornom odboru (dvostepeni sistem). Ovakava saradnja rada i kapitala jedan je od snažnih instrumenata sistema društvene odgovornosti kompanije, koji se sve više afirmiše u vremenima ekonomske krize i berzanskih krahova, ne kao cilj po sebi i za sebe, već kao sredstvo za ostvarenje »cilja svih ciljeva« – profitna funkcija kompanije.



11. Spoljnji instituti korporativnog upravljanja, koji su iste važnosti za uspeh korporativnog upravljanja i efikasnost kompanije kao i unutrašnji, su svaka-ko: objavljivanje relevantnih informacija za akcionare i investitore (transparentnost), preuzimanje kontrole javnom ponudom, spoljnja nadzorna funkcija nezavisnog revizora i sankcije izvršenja regulative (zakonske, samoregulative, autonomne regulative) kao »tvrđog prava« i sankcije izvršenja »mekog prava« i uloga odgovarajućih institucija u tom procesu.

12. Na transparentnost važnih informacija kompanije za akcionare i potencijalne investitore savremena regulativa gleda kao na jedan od važnih instrumenata tržišnog pritiska na uprave da poštuju standarde dobrog korporativnog upravljanja. Regulativa tržišta hartija od vrednosti Srbije u dobroj meri poštuje dostignute standarde transparentnosti poslovanja kompanija, uz potrebe nekih unapređenja posebno kad je reč o kotiranim kompanijama (obaveznost objave izvoda iz polugodišnjih finansijskih izveštaja, obaveznost kontinuiranog objavljivanja informacija koje mogu da utiču na cenu hartija od vrednosti i koje zbog poznate asimetrije informacija mogu biti zloupotrebene od strane primarnih ili sekundarnih insajdera, jači institucionalni kapacitet nadzornih tela i snažnija administrativno-upravna ovlašćenja i faktičko korišćenje sankcija tih ovlašćenja – novčane kazne, suspenzije, oduzimanje licence i slično). Ipak, bez obzira na opšte trendove transparentnosti korporativnog upravljanja, čini se da jedan važan institut zahteva davanje odgovora sa stanovišta testa ustavnosti i povrede prava privatnosti – objava individualnih primanja (fiksni i varijabilni po bilo kom osnovu) svih članova upravnog odbora.

13. Preuzimanje kontrole otvorenih kompanija (*Takeover*) u Srbiji prati dostignute standarde ovog važnog instrumenta disciplinovanja uprave i tržišnog pritiska na efikasnost odlučivanja, konkurentnost i razvoj, kao i na poštovanje standarda korporativnog upravljanja. Ipak, pitanje je zakonodavne politike da li je najbolje rešenje po interese zemlje prihvatanje sistema neutralnosti uprave kod preduzimanja mera odbrane od preuzimanja kontrole (potencijalni sukob interesa uprave sa interesom akcionara je ishodio takvo rešenje), kad s druge strane disperzovani akcionari kod privatizovanih kompanija putem sticanja akcija po povlašćenim uslovima ne mogu da artikulišu svoj jedinstveni interes da nalože mere odbrane koje su u skladu s tim interesom, a postoji i fenomen tzv. akcionarskog stampeda. Uprava je, sa svoje strane, dužna da postupa u ovom slučaju u »interesu akcionara«, te ne bi smela (bila bi odgovorna) da u sukobu svog interesa i interesa povezanih lica i interesa akcionara da prednosti svom interesu ili interesu povezanih lica. Takođe, čini se da se u ovom slučaju mogao prihvatiti sistem reciprociteta u pogledu mera odbrane koji inače dozvoljava odgovarajuća direktiva EU. Najzad, prihvatanje »prinudne prodaje« i »prinudne kupovine« u kontekstu preuzimanja kontrole javnim putem čini se da teško da može da izdrži test ustav-

nosti sa stanovišta zaštite svojine i nedozvoljenosti prinudne eksproprijacije (nije u pitanju opšti interes već privatni interes preuzimača kontrole).

14. Kad je o institutu spoljnog nezavisnog revizora reč, čini se takođe da naše pravo prihvata dostignute standarde razvoja. Ipak, čini se da ima potrebe za određenim unapređenjima njegove regulative, jer je reč o važnom instrumentu kontrole zakonitosti poslovnih odluka organa kompanije i istinitosti finansijskih izveštaja. Pre svega, izbor spoljnog revizora mora se izvući ispod kontrole kontrolnih akcionara kad ga bira skupština, te bi izbor trebalo da čini odbor revizora (revizor mora biti nezavisan i u odnosu na kontrolne akcionare). Takođe, kiterijumi za određivanje nezavisnosti revizora moraju biti unapređeni i svojom širinom treba da pokriju sve potencijalne slučajeve »zavisnosti«. Najzad, imovinska odgovornost revizora, uz razvijanje regulative i prakse obaveznog osiguranja od odgovornosti kao delatnosti slobodne profesije, ne sme se unapred ograničavati, kakvih pojava ima u zakonskoj regulativi i autonomnoj praksi, jer bi se time ova profesija favorizovala u odnosu na ostale slobodne profesije.

15. Pravne sankcije izvršenja regulative (zakonske, samoregulative, autonomne), kako građanske, tako i upravne i krivične u osnovi su po svojoj formi standardizovane. Kad je reč o putevima njihove primene neke zemlje prihvataju samo javnopravni režim (što je retrogradno), a neke mešavinu javnopravnog (odgovarajući državni organi ovog ili onog statusa) i privatnopravnog režima (pritisak akcionara kroz individualne, derivativne ili tužbe klase akcionara, pobijanje ili poništaj korporativnih odluka ili pritisak poverilaca (derivativna tužba kad je dozvoljena ili paulijanska tužba sa statusom derivativne kod stečaja). Mešavinu javnopravnog režima i privatnopravnog režima prihvata i naše pravo, s tim što je i u jednom i u drugom delu potrebno više unapređenja. Javnopravni režim – posebno je kritična neprimena upravnih sankcija, poput novčane kazne i drugih, od strane nadzornih tela, kao i relativno slabo uređen sistem krivičnih sankcija za povrede korporativnog upravljanja. Privatnopravni režim – otklanjanje brojnih ograničenja za derivativnu tužbu (kako bi se ista učinila i faktički jakim instrumentom spoljnog korporativnog upravljanja) ili uvođenje jasnog pravnog režima za kolektivnu tužbu klase akcija.

16. Nepravne sankcije primene regulative »mekog prava« mogu da imaju određenog dejstva samo kod zemalja koje imaju razvijeno tržište hartija od vrednosti i otud stvarni efekat pritiska tržišta i investitora na poštovanje instituta ovog prava iz domena korporativnog upravljanja, posebno iz domena normi »primeni ili objasni (objavi)«. Kako to nije slučaj sa nama, to ne treba očekivati njihovo stvarno dejstvo na unapređenje korporativnog upravljanja i njegovih standarda, što je i razlog za razbijanje iluzija da će ovo »pravo« u našim uslovima doprineti razvoju dobre korporativne prakse. Kada pak »meko pravo« ima i pravne sankcije (uslov za listing i kotaciju, odgovornost uprave za nepostupanje po njegovim

standardima i slično), onda ono bez obzira na svoj izvor (poreklo) u stvari poprima prirodu »tvrdog prava« kao »pravog prava«.

17. Zaštita akcionara, posebno manjinskih akcionara, te unapređenje i poštovanje dostignutih standarda korporativnog upravljanja od strane uprava kompanija pri donošenju poslovnih odluka zahteva i snažnu organizaciju akcionara, posebno neprofesionalnih i disperzovanih, kako bi lakše artikulisali svoj interes. Ovaj autonomni instrument zaštite akcionara, koji bi uz to imao i statutarno ovlašćenje da postupa u ime akcionara (npr. podizanje tužbe klase akcija), značajno bi povećao institucionalni kapacitet njihove zaštite, posebno u uslovima kada javnopravni sektor na tom planu u dobroj meri zataji (nekorišćenje ovlašćenja nadzornih tela na tržištu hartija od vrednosti ili nadzornih tela na tržištu konkurencije, neprofesionalnost i neažurnost sudova i slično). Kako kod nas takvih organizacija za sada na nacionalnom planu nema, svakako bi bilo poželjno njihovo ustanovljenje, što bi bio još jedan korak naše prakse ka razvoju standarda dobre korporativne prakse.

18. Standardi korporativnog upravljanja moraju slediti opšte trendove uporedne regulative, poslovne i sudske prakse, posebno trendove iste porodice prava – *civil law*, ne zanemarujući pri tom ni značaj uticaja lokalne pravne kulture i kulture uopšte, kao i lokalne pravne tradicije (nezavisan direktor nije isto u sistemu *common law* i *civil law*, kao što ni u ovim sistemima nije sasvim isto od zemlje do zemlje; transparentnost korporativnog upravljanja nema isto dejstvo u zemljama snažne tradicije finansijskih tržišta i u zemljama tradicije kreditnih tržišta i slično). S druge strane, standardi korporativnog upravljanja za komercijalni sektor moraju biti nešto niži od standarda za finansijski sektor, gde svakako moraju biti stroži (obaveznost nezavisnih direktora kao zakonski standard, a ne standard »mekog prava«, obaveznost neprofitne unije predsednika upravnog odbora i prvog izvršnog direktora kao zakonski standard, obaveznost komiteta za risk menadžment ili drugih komiteta: za imenovanje, za naknade direktorima, odbor revizora – sve kao zakonski standard i slično).

19. Konačno, zbog nesumnjivog značaja korporativnog upravljanja (kao nove paradigme kompanijskog prava i prava hartija od vrednosti, kao i stečajnog prava), kako na pojedinačnom nivou tako i na nacionalnom nivou, kao i zbog potrebe blagovremenog praćenja razvoja dobre korporativne prakse (poslovne i sudske) i regulative korporativnog upravljanja (zakonske, samoregulative, autonomne), a posebno regulative »mekog prava«, te lobiranja za odgovarajuće blagovremene promene i prakse i regulative u skladu s vladajućim trendovima i sa pozitivnim iskustvima relevantnih zemalja, neophodno je obrazovanje Odbora za korporativno upravljanje pri Vladi Republike Srbije i/ili pri Privrednoj komori Srbije.

MIRKO VASILJEVIĆ, LL.D.  
Professor and Dean Faculty of Law,  
University of Belgrade

## DEVELOPMENT OF CORPORATE GOVERNANCE REGULATIONS IN COMPARATIVE LAW AND POSITIVE LAW OF SERBIA

### Summary

In this study the author discusses the issue of regulations (legal, self-regulations, autonomous) of corporate governance both in the system of »hard law« and in the »soft law« system, as a novelty in legal system. Based on the comparative experiences of around thirty countries of the *civil law* and *common law* system, the author claims that union of these two types of law is eligible method of regulations and development of good corporate practice, taking into account that legal regulations and self-regulations of self-regulatory organizations are abstract and can not sufficiently affirm the specifics of every company. Pledging for the freedom of contract as legal principle of corporate governance regulations in closed companies, the author in the same time strives to certain imperative circle of questions of corporate governance of open companies (the need for protection of shareholders, the need for protection of minority shareholders, the need for protection of other investors, the obligation to publish information which are important for the price of securities, the audit obligation, the position of supervisory bodies and board of directors upon takeover, management system etc.), outside of which desirable method of regulations is »soft law«, as well as implementation of the standard »comply or explain«.

The author analyzes many issues of so called *internal corporate governance* (status issues of board of directors, management system with recommendation to adopt the freedom of choice of one-tier or two-tier system, independent directors, dissolution without reason or with existence of serious reason, fiduciary duty of controlling shareholder toward company, activism of shareholders and instruments for provision of easier enforcement of shareholders voting right, responsibility for damage of board of directors by application of the *Business Judgment Rule*, duty of loyalty of board of directors members upon existence of conflict of personal interest or interest of connected persons with company, promotion of internal supervision through the auditors committee, internal audit and internal auditor, employees and participation, corporate social responsibility), as well as many issues of so called *external corporate governance* (taking control over open joint stock company through public offer – *Takeover* and, in relation to that: takeover defense measures, government status in takeover, »squeeze-out« and »sell-out«, »a break-through rule« after takeover, status of supervisory regulatory body upon takeover; the obligation to publish information of open and listed company especially, important for the price of company serial securities; external independent auditor; public-law and private-law enforcement of securities market regulations – the role of courts, supervisory bodies, shareholders suits, creditors suits, types of responsibilities: civil, administrative and criminal; non-legal sanctions for the break of »soft law« and their scope at securities market).

For all these and many other legal issues the author makes proposals for improvement of existing legal frame, in order to improve existing standards of corporate governance in our country, both in commercial and finance sector, as well as with intention to harmonize our regulations with changes of appropriate regulations in comparative law. Thus, the author is not led by some solution from the arsenal of corporate governance *per se*, but recommends only those solutions for which he believes they are in accordance with *civil law* tradition, to which our law belongs and which correspond with our legal tradition and local legal background and environment, taking into account that only like that they can handle the time check and survive in legal system.



## **PRAVNE POSLEDICE NEIZVRŠENJA PLANA REORGANIZACIJE**

### U V O D

Reorganizacija stečajnog dužnika je relativno nov pravni institut našeg stečajnog prava, jer je po prvi put uređena tek sa Zakonom o stečajnom postupku iz 2004. godine. Reorganizacija stečajnog dužnika je u svom osnovnom obliku preuzeta i u novom Zakonu o stečaju iz 2009. godine,<sup>1</sup> ali je u značajnoj meri i pravno nadograđena. Tim zakonom je propisano da se pod reorganizacijom podrazumeva namirenje poverilaca prema usvojenom planu reorganizacije i to redefinisanjem dužničko-poverilačkih odnosa, statusnim promenama dužnika ili na drugi način predviđen planom reorganizacije.<sup>2</sup> Međutim, reorganizacija se može sprovesti samo kada preduzete mere i učinjena odricanja svih učesnika tog postupka vode trajnom ekonomskom oporavku stečajnog dužnika. Uz to, sve te aktivnosti moraju predstavljati izraz zajedničkih interesa svih učesnika postupka reorganizacije. To drugim rečima znači da se reorganizacijom u prvom redu moraju ostvariti ekonomski interesi svih njenih učesnika. Ostvarenje tog cilja se može postići samo ako se kroz reorganizaciju svim poveriocima obezbedi veći stepen zadovoljenja njihovih interesa od onog koji bi ostvarili u slučaju prodaje imovine stečajnog dužnika u postupku bankrotstva.<sup>3</sup> Zato se učesnici postupka reorganizacije moraju motivisati za prihvatanje predloženog plana reorganizacije

---

Dr Dragiša B. Slijepčević, sudija Ustavnog suda.

<sup>1</sup> »Službeni glasnik Republike Srbije«, broj 104/09.

<sup>2</sup> Vidi odredbu člana 1. stav 4. Zakona o stečaju.

<sup>3</sup> Vidi odredbu člana 155. stav 1. Zakona o stečaju.

izvesnošću ostvarenja boljeg položaja i zadovoljenja svojih ekonomskih interesa. U protivnom, za slučaj da se planom reorganizacije predlažu mere koje će učesnike tog postupka dovesti u gori položaj od onog koji mogu ostvariti u postupku bankrotstva reorganizacija se neće sprovesti. Takav ishod se mora pretpostaviti, jer je on realno opredeljen načelom privatne autonomije na kome se zasniva postupak reorganizacije. Reorganizacija se ne može nametnuti stečajnim poveriocima. Do nje će doći samo ako se kroz reorganizaciju ostvaruje veći stepen zadovoljenja privatnih interesa njihovih učesnika.

Postupak reorganizacije može se sprovesti pre i u toku stečajnog postupka. To je, ujedno, i jedan od dva zakonom propisana pravna puta za okončanje stečaja.<sup>4</sup> Zakonom se određuje da se pod reorganizacijom podrazumeva namirenje poverilaca na način i pod uslovima propisanim planom reorganizacije. U tom kontekstu Zakon određuje i da se stečajni postupak koji obuhvata reorganizaciju sprovodi prema planu reorganizacije koji se sačinjava u pismenoj formi.<sup>5</sup> Reorganizacija se sprovodi pre, ili nakon pokretanja stečaja i nastupanja njegovih pravnih posledica. To znači da je reorganizacija dopuštena i u predstečajnom postupku.<sup>6</sup> Takva mogućnost postoji u slučaju podnošenja unapred pripremljenog plana reorganizacije istovremeno sa predlogom za pokretanje stečajnog postupka, pod uslovom da su ispunjeni i ostali zakonom propisani uslovi. Time se dopušta predupređenje nastupanja pravnih posledica stečaja. Međutim, i u tom slučaju reorganizacija se može sprovesti samo ako su u trenutku podnošenja plana reorganizacije postojali zakonom propisani uslovi za pokretanje stečajnog postupka.<sup>7</sup> Postojanje stečajnog razloga uvek prethodi usvajanju plana reorganizacije. Na taj način se čini realnom opasnost od nastupanja posledica stečaja koje se tiču mogućnosti namirenja potraživanja stečajnih poverilaca. Time se stečajnim poveriocima omogućava da iznalaženjem kompromisnog rešenja ustanove mere reorganizacije koje će im omogućiti bolje zadovoljenje njihovih interesa. Koje će i kakve mere biti prihvaćene stvar je volje i opredeljenja samih stečajnih poverilaca. Zakonom se samo primera radi pominju moguće mere koje se u tu svrhu mogu predvideti planom reorganizacije.<sup>8</sup> Zbog takvog zakonskog rešenja učesnicima u postupku reorganizacije se daje puna sloboda u izboru mera kojima će postići željeni cilj.<sup>9</sup>

---

<sup>4</sup> Vidi odredbu člana 1. stav 2. Zakona o stečaju.

<sup>5</sup> Vidi odredbu člana 155. stav 2. Zakona o stečaju.

<sup>6</sup> Vidi odredbu člana 155. stav 3. Zakona o stečaju.

<sup>7</sup> Vidi odredbu člana 158. stav 2. Zakona o stečaju.

<sup>8</sup> Vidi odredbu člana 157. stav 1. Zakona o stečaju.

<sup>9</sup> Više o tome vidi J. Barbić, »Preustroj«, Zbornik radova: »Novo ovršno i stečajno pravo«, Zagreb, 1996, str. 254–256.



## PLAN REORGANIZACIJE

Izrada i podnošenje plana reorganizacije u rokovima i na način propisan Zakonom o stečaju predstavlja opštu procesnu pretpostavku za sprovođenje postupka reorganizacije. Postojanjem urednog plana reorganizacije uslovljava se vođenje postupka reorganizacije i u stečaju i izvan stečajnog postupka. To je ujedno i najvažniji pravni akt postupka reorganizacije, jer se njegovim usvajanjem stvaraju zakonske pretpostavke za odstupanje od opštih pravila namirenja potraživanja stečajnih poverilaca. Tim aktom se može izmeniti ne samo obim i način, već i redosled namirenja stečajnih poverilaca.<sup>10</sup> Osim toga, ovim aktom se mogu izvršiti statusne promene stečajnog dužnika i preduzeti brojne druge mere u cilju njegove sanacije. Time se stvaraju pravne pretpostavke ne samo za očuvanje pravnog subjektiviteta stečajnog dužnika već i za njegov privredni oporavak i uspešan nastavak poslovanja. Takav ishod stečaja se opredeljuje obostranim interesom stečajnog dužnika i njegovih poverilaca. On je rezultat nastojanja stečajnog dužnika da uprkos pokrenutom postupku stečaja, ili postojanju materijalno pravnih pretpostavki za njegovo pokretanje, očuva svoj pravni subjektivitet i stvori realne preduslove za trajan privredni oporavak. I stečajni poverioci su zainteresovani za usvajanje plana reorganizacije ako se njime konstituišu bolji uslovi namirenja njihovih potraživanja od onih pod kojima bi se namirili u postupku bankrotstva.<sup>11</sup> To se postiže ustanovljenjem niza mera koje se saglasno planu reorganizacije preduzimaju prema stečajnom dužniku u cilju stvaranja pravnih i ekonomskih preduslova za nastavak njegovog poslovanja, očuvanje pravnog subjektiviteta i trajni oporavak za sticanje prihoda neophodnih za redovno izmirenje već dospelih, ali i budućih obaveza. U tom smislu plan reorganizacije predstavlja izraz saglasnosti volja većinskih poverilaca i stečajnog dužnika. Međutim, osobenost plana reorganizacije se očituje u prinudnom protezanju njegovih pravnih dejstava i na manjinske poverioce koji su glasali protiv njegovog usvajanja, ili se o njegovom prihvatanju nisu ni izjašnjavali. Zato plan reorganizacije predstavlja sporazum sa pravnom snagom izvršne isprave između stečajnog dužnika i kvalifikovane većine stečajnih poverilaca kojim se modifikuju i konačno uređuju prava svih poverilaca prema stečajnom dužniku i određuje prav-

---

<sup>10</sup> Obaveza namirenja stečajnih poverilaca za slučaj da se stečaj sprovodi bankrotstvom, a ne reorganizacijom stečajnog dužnika, propisana je imperativnom odredbom člana 54. Zakona o stečaju. Međutim, primena ove odredbe se može isključiti u situaciji kada se usvojenim planom reorganizacije odredi drugačiji redosled, način i obim namirenja stečajnih poverilaca; tako: J. Garašić, »Mogućnosti i ograničenja inherentna stečajnom planu«, Zbornik radova »Treća novela stečajnog zakona«, Zagreb, 2003, str. 281.

<sup>11</sup> Više o tome vidi J. Barbić, navedeno delo, str. 251–253.

ni status u kome će stečajni dužnik nastaviti sa obavljanjem privredne delatnosti.<sup>12</sup> To ovom pravnom institutu daje karakter *contradictio in adjecto*, po čemu se on razlikuje od svih drugih sličnih pravnih instituta.<sup>13</sup>

Plan reorganizacije se uređuje autonomnom voljom stečajnih poverilaca, ali i zakonom propisanim pravilima o njegovoj sadržini, postupku glasanja i donošenju odluke o prihvatanju. Propisanim zakonskim pravilima se ograničava načelo autonomije stečajnih poverilaca u cilju zaštite pravnih interesa svih učesnika u postupku njegovog usvajanja. Zato se ova pravila moraju poštovati ne samo u izradi plana reorganizacije već i u postupku njegove realizacije. Planom reorganizacije se može izmeniti pravni položaj: a) razlučnih poverilaca; b) stečajnih poverilaca; v) stečajnog dužnika i g) lica koja imaju udela u stečajnom dužniku. Sva ova lica nemaju isti interes, jer i njihov pravni položaj pre i u toku stečajnog postupka nije isti. Stoga je cilj plana reorganizacije da se svim učesnicima poboljša imovinsko-pravni položaj i da se nijednom od njih protiv njegove volje taj položaj ne pogoršava u odnosu na onaj u kome bi se našao kada bi se stečaj okončao bankrotstvom (unovčenjem i deobom stečajne mase).<sup>14</sup>

Usvojeni i rešenjem stečajnog sudije potvrđeni plan reorganizacije ima snagu izvršne isprave i smatra se novim ugovorom za izmirenje potraživanja koja su u njemu navedena.<sup>15</sup> Iz ovakvog zakonskog naređenja proizlazi da izvršnost plana reorganizacije nastupa sa datumom pravnosnažnosti rešenja stečajnog sudije o njegovom potvrđivanju. Plan reorganizacije se smatra usvojenim ako ga na propisani način prihvate sve klase i ako je u skladu sa odredbama Zakona o stečaju.<sup>16</sup> To dalje znači da se za usvajanje plana reorganizacije moraju kumulativno ispuniti dva zakonom propisana uslova. Prvi, da predloženi plan reorganizacije prihvate sve klase na zakonom propisani način. I drugi, da je tako prihvaćeni plan reorganizacije u skladu sa odredbama Zakona o stečaju. Zakon o stečaju izričito propisuje pod kojim uslovima se smatra da su klase poverilaca prihvatile predloženi plan reorganizacije. To nije slučaj i sa drugim zakonskim uslovom čijim se postojanjem uslovljava usvajanje plana reorganizacije. Zakonitost usvojenog plana reorganizacije predstavlja opšti uslov i njegove izvršnosti u svim pravnim sistemima. Zakon o stečaju propisuje da tu činjenicu potvrđuje

---

<sup>12</sup> Vidi D. Slijepčević: »Reorganizacija stečajnog dužnika«, Privredni savetnik, Beograd, 2005.

<sup>13</sup> Vidi M. Velimirović, »Stečajno pravo«, Novi Sad, 2004, str. 186.

<sup>14</sup> Vidi J. Barbić, navedeno delo, str. 261.

<sup>15</sup> Izvršna snaga plana reorganizacije temelji se u imperativnoj odredbi člana 167. stav 1. Zakona o stečaju.

<sup>16</sup> Vidi odredbu člana 165. stav 11. Zakona o stečaju.

stečajni sudija po službenoj dužnosti.<sup>17</sup> On će odbiti da potvrdi usvojeni plan reorganizacije ako su u njegovoj izradi povređeni imperativni propisi o sadržaju plana reorganizacije, prihvatanju od strane poverilaca, ili pristanku dužnika na isti pod uslovima da se ti nedostaci ne mogu otkloniti. Potvrda o prihvatanju plana se može uskratiti po službenoj dužnosti kada je njegovo prihvatanje postignuto na nedopušten način, a naročito stavljanjem u povoljniji položaj pojedinih poverilaca. To su pravni razlozi zbog kojih se, po naše mišljenju, može po službenoj dužnosti uskratiti potvrda plana reorganizacije od strane stečajnog sudije, iako isti nisu taksativno propisani i Zakonom o stečaju. Zakon o stečaju ne propisuje ni mogućnost uskraćivanja potvrde plana reorganizacije po predlogu poverioca. Međutim, smatramo da stečajni sudija može odbiti da potvrdi usvojeni plan reorganizacije i na predlog poverioca koji se pismeno, ili datom izjavom na zapisnik na ročištu za glasanje o predloženom planu reorganizacije usprotivi njegovom usvajanju, kao i po prigovoru poverioca koji je stavljen u lošiji položaj od onog u kome bi se našao da plan reorganizacije nije usvojen.<sup>18</sup> Pri tome, takav prigovor bi se mogao dopustiti samo onom poveriocu koji učini verovatnim da je usvojenim planom reorganizacije stavljen u lošiji položaj od onog u kome bi se našao u slučaju da se stečaj okončao bankrotstvom.<sup>19</sup> U tim slučajevima stečajni sudija donosi posebno rešenje o potvrdi ili odbijanju plana na samom ročištu za razmatranje plana reorganizacije.<sup>20</sup>

Osim na opisani način, usvojeni i rešenjem stečajnog sudije potvrđeni unapred pripremljeni plan reorganizacije može se osporiti i tužbom, protivtužbom ili prigovorom stečajnog dužnika, odnosno poverioca obuhvaćenog usvojenim planom, kao i poverilaca čija su potraživanja nastala pre usvajanja plana reorganizacije, ako nisu obuhvaćena usvojenim planom reorganizacije. To je moguće učiniti u roku od godinu dana od dana donošenja rešenja o potvrđivanju unapred

---

<sup>17</sup> Vidi odredbu člana 166. stav 1. Zakona o stečaju.

<sup>18</sup> Navedeni uslovi za uskraćivanje potvrde o usvojenom planu reorganizacije od strane stečajnog suda propisani su nemačkim stečajnim zakonom i po njegovom uzoru urađenim zakonima o stečajnom postupku u bivšim jugoslovenskim republikama.

<sup>19</sup> Na opisani način se stvaraju preduslovi za zakonsku zaštitu pojedinih poverilaca. To se čini iz razloga što odluka većine poverilaca u jednoj klasi ne znači a priori da se u toj klasi ne može naći i poverilaca sa lošijim položajem od onog u kome bi se našao u slučaju bankrotstva. Međutim, rizik da se u tom slučaju odbije potvrda prihvaćenog plana može se otkloniti tako što će se planom predvideti dodatna činidba u korist poverioca koji osnovano prigovori da mu je planom reorganizacije pogoršan položaj. Ako mu se tim merama nadomesti ono što lošijim položajem gubi, otkloniće se razlog zbog koga bi stečajni sudija mogao odbiti da usvojeni plan potvrdi; više o tome vidi: B.M. Kübler in H. Prütting, *Das neue Insolvenzrecht*, Köln, str. 490.

<sup>20</sup> Vidi odredbu člana 166. stav 1. Zakona o stečaju.

pripremljenog plana reorganizacije.<sup>21</sup> Takva mogućnost pobijanja se dopušta samo u slučaju okončanja reorganizacije po unapred pripremljenom planu. U protivnom, usvojeni plan reorganizacije u toku stečaja može se osporiti samo od strane stečajnog sudije po službenoj dužnosti, ili na inicijativu poverilaca čiji su interesi njime povređeni. U tom slučaju poverioci nemaju ovlašćenje za neposredno pobijanje usvojenog plana reorganizacije podnošenjem posebne tužbe, protivtužbe ili prigovora, iako su njime obuhvaćena nepostojeća potraživanja ili potraživanja utvrđena u iznosu većem od stvarno postojećeg duga stečajnog dužnika. Ovo iz razloga što je mogućnost pobijanja usvojenog plana reorganizacije podnošenjem posebne tužbe, protivtužbe ili prigovora zakonom rezervisano samo za slučaj kada je reorganizacija okončana usvajanjem unapred pripremljenog plana.

Predmet izvršenja plana reorganizacije su obaveze ustanovljene merama koje su njime određene. To su u prvom redu obaveze koje se tiču ispunjenja dužnikovog duga prema stečajnim poveriocima. Ispunjenje tih obaveza se realizuje posredstvom redefinisanja dužničko-poverilačkih odnosa stečajnog dužnika i njegovih poverilaca. Pored namirenja potraživanja stečajnih poverilaca planom reorganizacije se određuju i druge mere koje su u funkciji privrednog oporavka stečajnog dužnika. One se realizuju kroz određeno raspolaganje imovinom stečajnog dužnika, njegove statusne promene, nova ulaganja, ili redefinisanje radno-pravnog statusa zaposlenih. To su moguće, ali nisu i obavezne mere koje se preduzimaju u postupku reorganizacije stečajnog dužnika. Posredstvom kojih mera će se sprovesti reorganizacija stečajnog dužnika opredeljuje se voljom većinskih poverilaca. Poverilačka volja se iskazuje prihvatanjem plana reorganizacije kojim se, obzirom na njime određene mere, obezbeđuje najviši stepen zadovoljenja njihovih interesa. Prevashodan interes poverilaca je namirenje potraživanja prema stečajnom dužniku. Stoga je redefinisanje dužničko-poverilačkih odnosa stečajnog dužnika i njegovih poverilaca centralna mera svakog plana reorganizacije. Uz nju se preduzimaju i druge mere koje su u funkciji privrednog oporavka stečajnog dužnika koje će mu omogućiti redovno izmirenje dugovanja. Do tog cilja se stiže posredstvom novog uređenja obveznih odnosa stečajnog dužnika prema poveriocima. Otuda se usvojeni plan reorganizacije smatra novim ugovorom za izmirenje potraživanja koja su u njemu navedena. Nakon usvajanja i potvrde od strane stečajnog sudije plan reorganizacije stiče pravnu snagu izvršne isprave koja obavezuje sve njegove učesnike. Obveznošću plana reorganizacije nalaže se njegovo izvršenje ispunjenjem svih mera koje obuhvata. Planom predviđene mere se realizuju preduzimanjem odgovarajućih

---

<sup>21</sup> Vidi odredbu člana 167. stav 5. Zakona o stečaju.

pravnih radnji na način i pod uslovima koji su njime propisani. Stečajni dužnik je dužan da preduzme sve mere propisane planom reorganizacije.<sup>22</sup> On to čini u skladu sa planom redefinisanim obveznim odnosima sa poveriocima. Redefinisanaost dužničko-poverilačkih odnosa stečajnog dužnika i njegovih poverilaca se vrši kroz razvrstavanje njihovih potraživanja u posebne klase i propisivanjem uslova za njihovo izmirenje.<sup>23</sup> Uslovi izmirenja dugovanja stečajnog dužnika se tiču obima (visine) i rokova u kojima poverioci mogu zahtevati njihovo ispunjenje. Ti uslovi se određuju pojedinačno za svaku klasu poverilaca. Klase i uslovi namirenja potraživanja se određuju planom reorganizacije, ali se njihovo namirenje vrši u skladu sa zakonom propisanim pravilima. To je, najpre, opšte pravilo prioriteta namirenja potraživanja poverilaca više klase u odnosu na poverioce niže klase. Zakonskim pravilima se određuje mogućnost namirenja u iznosu većem od prvobitnog potraživanja, kao i mogućnost konvertovanja potraživanja u akcijski kapital mimo pravila propisanih Zakonom o hartijama od vrednosti. Pravilom prioriteta se uređuje redosled i obim namirenja potraživanja pojedinih klasa. Ono je iskazano u zakonskom naređenju da po svakom planu reorganizacije poverioci niže klase mogu primiti sredstva iz deobne mase, odnosno zadržati određena prava samo ako su sva potraživanja poverilaca više klase u potpunosti izmirena.<sup>24</sup> Izuzetak od ovog pravila je dopušten u slučaju kada su poverioci više klase glasanjem prihvatili predlog iz plana reorganizacije za izjednačavanje sa pravnim položajem poverilaca niže klase. To praktično znači da se ustanovljeni rang i princip namirenja propisan za izmirenje potraživanja u postupku bankrotstva mora poštovati prilikom izvršenja plana reorganizacije. Stoga bi suprotan predlog u planu reorganizacije stečajni sudija mogao odbiti.

Utvrđena potraživanja stečajnih poverilaca planom reorganizacije prestaju sa danom njegovog potpunog izvršenja.<sup>25</sup> Izvršenjem plana reorganizacije smatra se da su potpuno ispunjenje sve obaveze po osnovu neizmirenenih potraživanja utvrđenih usvojenim planom. Naime, izvršenjem plana reorganizacije smatra se da su svi poverioci stečajnog dužnika u potpunosti namireni na način i pod uslovima kako je to propisano usvojenim planom reorganizacije i da nemaju pravo na

---

<sup>22</sup> Pravne posledice potvrđivanja plana reorganizacije propisane su odredbom člana 167. Zakona o stečaju. One, najpre, podrazumevaju redefinisanje potraživanja i prava poverilaca i drugih lica i obaveza stečajnog dužnika isključivo na način i pod uslovima propisanim planom reorganizacije. Potvrđeni plan reorganizacije stiče pravnu snagu izvršne isprave i smatra se novim ugovorom za ispunjenje potraživanja koja su u njemu navedena. Otuda stečajni dužnik mora preduzeti sve mere propisane usvojenim i od strane stečajnog sudije potvrđenim planom reorganizacije.

<sup>23</sup> Vidi odredbu člana 156. Zakona o stečaju.

<sup>24</sup> Pravilo prioriteta namirenja i pod kojim se uslovima ono može isključiti propisano je imperativnom odredbom člana 168. Zakona o stečaju.

<sup>25</sup> Takva pravna posledica se temelji na imperativnoj odredbi člana 172. Zakona o stečaju.

ma kakva dopunska potraživanja od subjekta reorganizacije. Oni takav zahtev ne mogu istaći bez obzira na obim namirenja koji je ispunjen u skladu sa izvršenim planom reorganizacije.<sup>26</sup> Ovakvo pravno dejstvo plana reorganizacije opredeljuje se njegovim prinudnim karakterom. On se ispoljava i u pogledu obaveze stečajnog dužnika u odnosu na obim izvršenja dugovanja prema stečajnim poveriocima. Planom reorganizacije može se propisati delimičan, pa čak i potpun odnos duga stečajnog dužnika koji zajedno sa ostalim merama reorganizacije obavezuje sve njene učesnike. Oprost dela duga stečajnog dužnika propisanog posebnom merom plana reorganizacije nastaje sa danom pravnosnažnosti rešenja stečajnog sudije o njegovom potvrđivanju. U tome se ogleda i bitna razlika između oprosta duga do koga dolazi po osnovu plana reorganizacije od onog koji nastaje sporazumom dužnika i poverioca izvan stečaja. Oprost duga izvan stečaja se vrši po osnovu sporazuma koji predstavlja saglasnost volja dužnika i njegovog poverioca.<sup>27</sup> Zato zaključenjem tog sporazuma prestaju obaveze dužnika po osnovu dela oproštenog mu dugovanja. Taj institut se primenjuje kao posebna mera i u postupku reorganizacije stečajnog dužnika. Međutim, delimični ili potpuni oprost dugovanja stečajnom dužniku je samo jedan od planom propisanih mera čijim se izvršenjem želi ostvariti trajni privredni oporavak stečajnog dužnika. To je posledica činjenice da cilj reorganizacije nije samo novo uređenje obveznih odnosa dužnika i njegovih poverilaca. Uređenje dužničko-poverilačkih odnosa stečajnog dužnika i njegovih poverilaca predstavlja samo jedan od pratećih efekata reorganizacije, je se njome želi postići dugoročni cilj koji se ostvaruje potpunim ekonomskim oporavkom stečajnog dužnika. Zato se tek sa donošenjem rešenja stečajnog sudije o potvrđivanju usvojenog plana reorganizacije realizuje i ekonomski efekat datog otpusta duga stečajnom dužniku. To se čini na način i pod uslovima koji su takvom merom određeni.<sup>28</sup> Do konačnog otpusta dela duga i prestanka dužnikove obaveze po tom osnovu doći će tek u slučaju da je usvojeni plan reorganizacije i potvrđen rešenjem stečajnog sudije. Stoga se dužnikova obaveza u odnosu na dati mu oprost duga ne gasi u trenutku usvajanja, već donošenja pravnosnažnog rešenja o potvrđivanju usvojenog plana reorganizacije. Zato je datum pravnosnažnosti rešenja o potvrđivanju usvojenog plana reorganizacije zakonom određen i kao dan kada prestaju delimična ili u potpunosti op-

---

<sup>26</sup> Više o tome vidi D. Slijepčević–S. Spasić, »Komentar Zakona o stečajnom postupku«, Beograd, 2006, str. 477.

<sup>27</sup> Vidi odredbu člana 344. Zakona o obligacionim odnosima.

<sup>28</sup> Ekonomski efekat oprosta duga u postupku reorganizacije trenutno se realizuje sa danom učinjenog oprosta u skladu sa planom propisanom merom. Dužnik se po tom osnovu oslobađa isplate duga u procentu koji je planom određen, ali se time njegova obaveza ne gasi uprkos nastupanju uslova pod kojima se otpust duga vrši. Do konačnog otpusta će doći tek ako se i kada usvojeni plan reorganizacije potvrdi rešenjem stečajnog sudije.

roštena dugovanja stečajnog dužnika. Međutim, u preostalom delu neizmirena dugovanja stečajnog dužnika se gase tek sa danom potpunog izvršenja svih mera utvrđenih planom reorganizacije. Potpuno izvršenje plana reorganizacije je zakonom propisani uslov za prestanak dužnikove obaveze u pogledu preostalog dela ispunjenih potraživanja utvrđenih planom reorganizacije. U protivnom, a za slučaj nepostupanja po usvojenom planu reorganizacije preostali deo neizmirenih dugovanja predstavljaće i dalje pravno validnu obavezu stečajnog dužnika.

### NEPOSTUPANJE PO USVOJENOM PLANU REORGANIZACIJE KAO STEČAJNI RAZLOG

Pravnosnažnošću rešenja o potvrđivanju usvojenog plana reorganizacije stečajni postupak se obustavlja.<sup>29</sup> Ovakvim zakonskim naređenjem određena su i pravna dejstva usvojenog i rešenjem stečajnog sudije potvrđenog plana reorganizacije. Ona se, najpre, iskazuju u zakonskom konstituisanju izvršne snage usvojenog i potvrđenog plana reorganizacije kao novog ugovora za izmirenje potraživanja koja su u njemu navedena. Otuda se po pravnosnažnosti rešenja stečajnog sudije o potvrđivanju usvojenog plana reorganizacije sva potraživanja i prava poverilaca i drugih lica i obaveze stečajnog dužnika mogu realizovati isključivo na način i pod uslovima propisanim planom reorganizacije.<sup>30</sup> Stečajni dužnik je u obavezi da preduzme sve mere propisane usvojenim planom reorganizacije.<sup>31</sup> Osim toga, a shodno imperativnom naređenju propisanom odredbom člana 167. stav 4. Zakona o stečaju donošenjem rešenja o potvrđivanju usvojenog plana reorganizacije prestaju i sve pravne posledice otvaranja stečajnog postupka i iz naziva stečajnog dužnika se briše oznaka »u stečaju«. Iz tog razloga može se zaključiti da se sa donošenjem rešenja stečajnog sudije o potvrđivanju usvojenog plana reorganizacije gase i prava stečajnih poverilaca prema stečajnom dužniku u odnosu na planom reorganizacije propisani otpust njihovih potraživanja prema stečajnom dužniku. To je ujedno i jedan od najvažnijih pravnih aspekata dogradnje pravnog instituta reorganizacije u našem stečajnom pravu. Ovo iz razloga što je saglasno ranijem zakonskom uređenju tog pravnog instituta učinjeni otpust duga stečajnom dužniku proizvodio konačno pravno dejstvo tek sa danom potpunog izvršenja svih obaveza stečajnog dužnika propisanih usvojenim planom reorgani-

---

<sup>29</sup> To je izričito propisano imperativnom odredbom člana 166. stav 2. Zakona o stečaju.

<sup>30</sup> Vidi odredbu člana 167. Zakona o stečaju.

<sup>31</sup> Takva obaveza stečajnog dužnika se konstituiše imperativnom odredbom člana 167. stav 3. Zakona o stečaju.

zacije.<sup>32</sup> Suprotno tome, važeći Zakon o stečaju propisuje da se obaveze stečajnog dužnika prema stečajnim poveriocima redukuju danom pravnosnažnosti rešenja stečajnog sudije o potvrđivanju usvojenog plana reorganizacije. Otuda se sa danom pravnosnažnosti rešenja o potvrđivanju plana reorganizacije obaveze stečajnog dužnika konačno svode samo na preostali deo potraživanja stečajnih poverilaca umanjenih za planom reorganizacije propisani otpust duga. Praktična posledica takvog zakonskog naređenja je konačni prestanak – gašenje obaveza stečajnog dužnika do visine oproštenog duga. Stoga je stečajni dužnik u obavezi da nakon potvrđivanja usvojene reorganizacije stečajnim poveriocima izmiri samo preostali deo neoproštenog mu duga. On to mora učiniti u rokovima i na način propisan potvrđenim planom reorganizacije.

U protivnom, ako stečajni dužnik ne postupi po potvrđenom planu ili postupi suprotno planu reorganizacije i tako bitno ugrozi njegovu realizaciju, to će predstavljati zakonom propisani stečajni razlog za pokretanje novog stečajnog postupka nad istim stečajnim dužnikom.<sup>33</sup> To je jedina Zakonom o stečaju propisana pravna posledica koja nastupa kada dužnik ne udovolji zakonskom naređenju doslednog izvršenja svih mera konstituisanih planom reorganizacije. Međutim, nepostupanje stečajnog dužnika po potvrđenom planu reorganizacije može se utvrditi kao novi stečajni razlog samo po predlogu poverilaca obuhvaćenih usvojenim planom ili poverilaca čija su potraživanja nastala pre usvajanja plana ali njime nisu obuhvaćena. Takav predlog se može podnet do dana konačnog izvršenja svih obaveza ustanovljenih planom reorganizacije.<sup>34</sup> Samo u tom slučaju nepostupanje stečajnog dužnika po potvrđenom planu reorganizacije može predstavljati zakonski osnov za pokretanje novog stečajnog postupka. To praktično znači da se neizvršenje potvrđenog plana reorganizacije može izdici na nivo stečajnog razloga jedino u slučaju podnošenja predloga poverilaca kojim se ukazuje na takvo ponašanje stečajnog dužnika. Međutim, samo podnošenje predloga neće dovesti i do pokretanja novog stečajnog postupka ukoliko se ne dokaže da se nepostupanjem stečajnog dužnika po potvrđenom planu reorganizacije bit-

---

<sup>32</sup> Takva pravna posledica stečaja se temeljila u odredbi člana 137. stav 2. Zakona o stečajnom postupku, jer je tom zakonskom odredbom izričito propisano da se sva potraživanja poverilaca iz stečajnog postupka gase tek sa danom potpunog izvršenja svih obaveza stečajnog dužnika konstituisanih usvojenim planom reorganizacije.

<sup>33</sup> To je odredbom člana 173. stav 1. tačka 2. Zakona o stečaju propisana pravna posledica nepostupanja po potvrđenom planu reorganizacije.

<sup>34</sup> To proizlazi iz odredbe člana 173. stav 1. Zakona o stečaju, jer njome nije propisan poseban rok za podnošenje predloga za pokretanje novog stečajnog postupka zbog nepostupanja stečajnog dužnika po potvrđenom planu reorganizacije. Stoga se može zaključiti da je podnošenje takvog predloga dopušteno uvek kada dužnik ne ispunjava obaveze iz plana reorganizacije, a to je moguće učiniti sve do dana njegovog potpunog izvršenja.



no ugrožava njegovog sprovođenje. Teret dokazivanja ove činjenice leži na podnosiocu predloga za pokretanje stečajnog postupka. Stoga će stečajni sudija predlog odbiti ako se u sprovedenom postupku ne dokaže postojanje stečajnog razloga kao bitnog ugrožavanja sprovođenja plana reorganizacije.<sup>35</sup> U suprotnom, novi stečajni postupak se mora pokrenuti ako se po podnetom predlogu utvrdi da je došlo do: 1) negativnog odražavanja na novčane tokove subjekta reorganizacije; 2) onemogućavanja subjekta reorganizacije da obavlja poslovnu delatnost i 3) značajnog ugrožavanja interesa jedne ili više klasa poverilaca. U tim slučajevima stečajni sudija je ovlašćen da donese rešenje o pokretanju novog stečajnog postupka nad istim stečajnim dužnikom u odnosu na koga je prethodni stečajni postupak obustavljen zbog usvajanja plana reorganizacije. Sledom rečenog proizlazi da pokretanje novog stečajnog postupka nad istim stečajnim dužnikom zbog neizvršavanja usvojenog plana reorganizacije predstavlja samo zakonom dopuštenu mogućnost, ali ne i obavezu.

#### PRAVNA DEJSTVA POKRETANJA NOVOG STEČAJNOG POSTUPKA

Zakonom je dopušteno da se u slučaju nepostupanja stečajnog dužnika po usvojenom planu reorganizacije rešenjem stečajnog sudije utvrdi postojanje takvog stečajnog razloga i po tom osnovu pokrene novi stečajni postupak. Međutim, Zakon o stečaju čuti o daljoj sudbini usvojenog plana reorganizacije čije neizvršavanje predstavlja stečajni razlog. Osim toga, zakonom nisu propisane ni druge pravne posledice koje mogu nastati u slučaju kada se predlog usvoji i pokrene novi stečajni postupak zbog neizvršenja potvrđenog plana reorganizacije. To su otvorena pravna pitanja koja će u praksi privrednih sudova sigurno izazvati brojne dileme. U ovom trenutku nam se čini da se s tim u vezi mora iznaći odgovor najmanje u odnosu na tri sporna pitanja. Prvo je, da li se i na koji način rešenjem o pokretanju stečajnog postupka zadire u pravnu snagu ranije potvrđenog plana reorganizacije zbog čijeg se neizvršavanja taj postupak i pokreće. Drugo se tiče pravnog dejstva tog rešenja na delimično izvršenje obaveza subjekta reorganizacije po neizvršenom planu, odnosno uslova za ostvarenje pre-

---

<sup>35</sup> Ovakav zaključak se temelji u odredbi člana 173. stav 1. tačka 2. i stav 2. i 3. iste zakonske odredbe. Tom odredbom se postojanje stečajnog razloga zbog nepostupanja stečajnog dužnika po potvrđenom planu reorganizacije uslovljava bitnim ugrožavanjem njegovog sprovođenja i s tim u vezi propisuju slučajevi kada se smatra da takvo neizvršavanje plana reorganizacije postoji. Da li su ti uslovi ispunjeni stvar je ocene stečajnog sudije koju on donosi u skladu sa nalazom angažovanog stručnog lica ili privremenog stečajnog upravnika.

ostalnih neizmirenih potraživanja stečajnih poverilaca u novom stečajnom postupku. S tim u vezi otvara se i treće sporno pitanje, o ishodu novopokrenutog stečajnog postupka u pogledu mogućnosti njegovog okončanja usvajanjem novog plana reorganizacije ili, pak, sprovođenja bankrotstva.<sup>36</sup>

Prvo sporno pitanje se nameće zbog zakonske nedorečenosti o pravnim dejstvima odluke o pokretanju novog stečajnog postupka u odnosu na neizvršeni plan reorganizacije i činjenice da njegovo neizvršenje predstavlja poseban stečajni razlog. Sporno je da li se donošenjem rešenja o pokretanju novog stečajnog postupka obustavlja dalja primena neizvršenog plana reorganizacije, ili se tim rešenjem ne zadire u njegova pravna dejstva, iako se radi o novom ugovoru zaključenom između stečajnog dužnika – subjekta reorganizacije i njegovih stečajnih poverilaca. Zakon o stečaju o tom pitanju se ne izjašnjava. Zato se zakonski propust određenja sudbine neizvršenog plana reorganizacije nakon donošenja rešenja o pokretanju novog stečajnog postupka mora nadomestiti odgovarajućim pravnim stanovištima sudske prakse. Tim povodom najpre se postavlja pitanje da li se nakon pokretanja novog postupka stečaja zbog neizvršenja plana reorganizacije konstituisane obaveze stečajnog dužnika tim planom mogu urediti na način i pod uslovima propisanim odredbom člana 94. Zakona o stečaju. Sporno je, da li se neizvršeni plan reorganizacije može smatrati dvostrano teretnim ugovorom čije se izvršenje može realizovati primenom citirane zakonske odredbe. Mišljenja smo da je odgovor na to pitanje odrečan, bez obzira što se potvrđeni plan reorganizacije po sili zakona smatra ugovorom između stečajnog dužnika i njegovih poverilaca.<sup>37</sup> Ovo iz razloga što je odredbom člana 167. stav 1. Zakona o stečaju propisano da se usvojeni plan reorganizacije smatra novim ugovorom za izvršenje potraživanja koja su u njemu navedena. Ovakvo zakonsko određenje pravne prirode usvojenog plana reorganizacije ukazuje da on ima pravnu snagu novog ugovora samo za konstituisane obaveze stečajnog dužnika u odnosu na neizmirena potraživanja koja su njime obuhvaćena. To drugim rečima znači da se usvojenim i potvrđenim planom reorganizacije konstituišu obaveze isključivo na strani stečajnog dužnika u odnosu na neizmirena potraživanja stečajnih poverilaca koja su u njemu navedena. Zato se usvojeni plan reorganizacije ne može smat-

---

<sup>36</sup> Ova dilema se nameće iz razloga što je odredbom člana 173. stav 4. Zakona o stečaju propisano da će stečajni sudija po službenoj dužnosti odrediti sprovođenje bankrotstva samo ako utvrdi da je predlogom poverilaca osporen plan reorganizacije usvojen na prevaran ili nezakonit način. Takvo naređenje zakon nije propisao i za slučaj kada stečajni dužnik ne postupa po potvrđenom planu reorganizacije ili postupa u suprotnosti sa istim i tako bitno ugrožava njegovo sprovođenje. Zato se i nameće sporno pitanje da li se u tom slučaju i novopokrenuti postupak stečaja može okončati usvajanjem novog plana reorganizacije.

<sup>37</sup> Takav pravni status potvrđenog plana reorganizacije propisan je imperativnom odredbom člana 167. stav 1. Zakona o stečaju.

rati dvostrano teretnim ugovorom kojim su istovremeno konstituisane obaveze i na strani stečajnog dužnika i na strani stečajnih poverilaca. Naprotiv, citirana odredba člana 167. stav 1. Zakona o stečaju nesumnjivo ukazuje da se usvojenim planom reorganizacije na nov način – kao novim ugovorom uređuju samo obaveze stečajnog dužnika u odnosu na neizmirena potraživanja poverilaca koja su u njemu navedena. Time se nedvosmisleno opredeljuje i pravna priroda usvojenog plana reorganizacije kao jednostranog ugovora, jer se njime stvaraju obaveze samo na strani stečajnog dužnika, a prava samo na strani poverilaca potraživanja koja su planom obuhvaćena.<sup>38</sup> Usvojenim planom reorganizacije konstituišu se obaveze samo na strani stečajnog dužnika da u rokovima i iznosima opredeljenim planom reorganizacije izmiri potraživanja svih stečajnih poverilaca. Iz tog razloga usvojeni plan reorganizacije ne može se smatrati novim dvostrano teretnim ugovorom.<sup>39</sup> Stoga smo mišljenja da se i u novopokrenutom postupku stečaja pitanje neizvršenja obaveza stečajnog dužnika po ranije usvojenom planu reorganizacije ne može urediti primenom odredbe člana 94. Zakona o stečaju.

Iz rečenog proizlazi da se rešenjem o pokretanju novog stečajnog postupka zbog neizvršenja usvojenog plana reorganizacije ne može zadirati u prava stečajnih poverilaca koja su njime obuhvaćena. To ima za posledicu da se rešenjem o pokretanju novog stečajnog postupka ne odlučuje o sudbini neizmirenih obaveza stečajnog dužnika konstituisanih neizvršenim planom reorganizacije. Sudbina tih potraživanja se opredeljuje sprovođenjem novog stečajnog postupka. Time se stvara obaveza na strani poverilaca delimično nerealizovanih potraživanja obuhvaćenih neizvršenim planom reorganizacije da u novom stečajnom postupku prijave svoja potraživanja do visine planom utvrđenih a neizmirenih dugovanja stečajnog dužnika. I obratno, izmireni deo dugovanja stečajnog dužnika po delimično izvršenom planu reorganizacije predstavlja pravno valjan akt ispunjenja njegovih obaveza prema poveriocima kojima je u skladu sa tim planom izvršena delimična isplata njihovih potraživanja. Iz tog razloga se i dalja pravna sudbina delimično neizvršenih obaveza stečajnog dužnika po usvojenom planu reorganizacije mora realizovati u novom postupku stečaja podnošenjem nove prijave potraživanja onih poverilaca u odnosu na koje dug stečajnog dužnika nije u celosti izmiren. To praktično znači da se donošenjem rešenja o pokretanju novog stečajnog postupka zbog neizvršenja usvojenog plana reorganizacije ne mogu suspendovati njegova do tada proizvedena pravna dejstva. Neizvršeni plan reorgani-

---

<sup>38</sup> Više o podeli ugovora prema odnosu prava i obaveza vidi: S. Perović, »Obligaciono pravo«, Privredna štampa, Beograd, str. 197.

<sup>39</sup> U slučaju nastupanja pravne posledice stečaja delimično ili u celosti neizvršeni dvostrano teretni ugovori stečajnog dužnika i njegovih saugovarača mogu se izvršiti tako što će stečajni upravnik ispuniti obavezu stečajnog dužnika i potom zahtevati da njegov saugovarač ispuni svoje obaveze koje su tim ugovorom konstituisane prema stečajnom dužniku.

zacije ostaje na pravnoj snazi i nakon donošenja rešenja o pokretanju novog stečajnog postupka zbog njegovog neizvršenja. Zato se njegova pravna dejstva nastavljaju i nakon pokretanja novog stečajnog postupka i podjednako protežu i na delimično izmirena dugovanja stečajnog dužnika i na njegove preostale neizmirene obaveze. Otuda se izvršene isplate, kao i neizmirena dugovanja po delimično izvršenom planu reorganizacije moraju uvažiti kao pravno validne činjenice i u novopokrenutom postupku stečaja. One se istovremeno iskazuju kao pravno dopušteno izvršenje delimičnih obaveza stečajnog dužnika prema njegovim poveriocima, ali i kao pravno validan osnov za prijavu i namirenje preostalih potraživanja stečajnih poverilaca prema stečajnom dužniku u odnosu na njegove obaveze konstituisane neizvršenim planom reorganizacije.

Pravna dejstva delimično izmirenih dugovanja stečajnog dužnika po neizvršenom planu reorganizacije ne mogu se osporiti ni primenom pravnog instituta pobijanja pravnih radnji stečajnog dužnika, osim ako se ne radi o nepostojećim potraživanjima ili potraživanjima u iznosu koji je veći od stvarno postojećeg potraživanja koja su obuhvaćena usvojenim i potvrđenim unapred pripremljenim planom reorganizacije. Samo u tom slučaju Zakonom o stečaju se dopušta mogućnost preduzimanja radnji pobijanja izvršenih isplata poveriocima po unapred pripremljenom planu reorganizacije.<sup>40</sup> U protivnom, nema mesta pobijanju delimično izvršenih isplata stečajnim poveriocima po neizvršenom planu reorganizacije. Ovo iz razloga što je takva mogućnost izričito isključena imperativnom odredbom člana 126. stav 1. Zakona o stečaju.<sup>41</sup> Stoga su stečajni poverioci pravno vlasni da sve primljene isplate po osnovu učinjenog im delimičnog namirenja njihovih potraživanja po neizvršenom planu reorganizacije u celosti zadrže i nakon donošenja rešenja stečajnog sudije o pokretanju novog stečajnog postupka nad istim stečajnim dužnikom. Tako izvršene isplate su pravno relevantan osnov samo za delimično smanjenje obaveza stečajnog dužnika do visine delimično izvršenih potraživanja stečajnih poverilaca.

U tom slučaju obaveze stečajnog dužnika se delimično gase po opštem pravilu o prestanku obaveza ispunjenjem propisanom Zakonom o obligacionim odnosima.<sup>42</sup> Delimičnom isplatom učinjenom po neizvršenom planu reorganizacije

---

<sup>40</sup> Mogućnost preduzimanja radnji pobijanja takvih potraživanja izričito je dopuštena odredbom člana 167. stav 5. Zakona o stečaju. Otuda se po istom pravnom osnovu mogu pobijati i delimično izvršene isplate stečajnim poveriocima kojima je izvršeno namirenje nepostojećih ili u većem iznosu utvrđenih potraživanja obuhvaćenih unapred pripremljenim planom reorganizacije.

<sup>41</sup> Odredbom člana 126. stav 1. tačka 1. Zakona o stečaju propisano je da se ne mogu pobijati zaključeni pravni poslovi i pravne radnje stečajnog dužnika koje su preduzete radi izvršenja usvojenog plana reorganizacije stečajnog dužnika preduzete posle otvaranja stečajnog postupka.

<sup>42</sup> To pravilo je ustanovljeno odredbom člana 395. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima. Ono propisuje da obaveza prestaje kada se ispuni. Stoga se u slučaju delimičnog ispunjenja

prestaje obaveza stečajnog dužnika do visine tako izvršenog namirenja. Otuda se planom reorganizacije utvrđena potraživanja stečajnih poverilaca smanjuju srazmerno primljenim delimičnim isplatama. Preostali deo neizmirenih potraživanja se i nakon pokretanja novog stečajnog postupka smatra pravno validnom obavezom stečajnog dužnika. Zato je novopokrenuti stečajni postupak od uticaja samo na način izmirenja preostalih dugovanja od stečajnog dužnika, a ne i na postojanje preostalih neizmirenih potraživanja stečajnih poverilaca. Ovo stoga, što se potraživanja stečajnih poverilaca utvrđena planom reorganizacije mogu u celosti ugasiti samo u slučaju njegovog potpunog izvršenja.<sup>43</sup> Iz tog razloga stečajni dužnik i dalje ostaje u obavezi da isplati preostale iznose neizmirenog duga stečajnim poveriocima i nakon pokretanja novog stečajnog postupka. Neizmirene obaveze stečajnog dužnika ostaju na snazi, ali se nakon pokretanja novog stečajnog postupka ne mogu realizovati podnošenjem predloga za izvršenje na osnovu neizvršenog plana reorganizacije. Takva mogućnost je isključena uprkos činjenici da usvojeni i potvrđeni plan reorganizacije po sili zakona stiče snagu izvršne isprave.<sup>44</sup> To je posledica zakonskog naređenja da stečajni poverioci mogu ostvariti svoja potraživanja prema stečajnom dužniku samo u stečajnom postupku.<sup>45</sup> Otuda se i u slučaju pokretanja novog stečajnog postupka zbog neizvršenja plana reorganizacije preostala neizmirena potraživanja stečajnog poverioca mogu ostvariti samo u tom postupku. Ostvarenje tih potraživanja se realizuje podnošenjem nove prijave. Obaveza podnošenja nove prijave se mora realizovati na način i u roku propisanom odredbom člana 111. Zakona o stečaju. U slučaju urednosti i blagovremenosti podnete prijave sprovede se postupak utvrđivanja prijavljenog potraživanja u skladu sa pravilima tog postupka propisanim odredbom člana 113. Zakona o stečaju. Iz tog razloga pravno je dopuštena i mogućnost osporavanja prijavljenih neizmirenih potraživanja stečajnih poverilaca po osnovu neizvršenog plana reorganizacije, ali je to praktično moguće učiniti samo iz razloga propisanog odredbom člana 113. stav 3. tačka 2. Zakona o stečaju.<sup>46</sup>

Treće sporno pitanje se izvodi iz prethodno navedenih razmatranja o mogućem odgovoru na drugo sporno pravno pitanje o pravnim dejstvima neizmire-

---

novčane obaveze stečajnog dužnika gasi i potraživanje stečajnih poverilaca do visine primljenog iznosa po tom osnovu.

<sup>43</sup> Vidi odredbu člana 172. Zakona o stečaju.

<sup>44</sup> Takvo pravno dejstvo potvrđenog plana reorganizacije propisano je imperativnom odredbom člana 167. stav 1. Zakona o stečaju.

<sup>45</sup> Ovo je odredbom člana 80. stav 1. Zakona o stečaju propisana pravna posledica otvaranja stečaja koja shodno odredbi člana 73. stav 1. Zakona o stečaju nastupa početkom dana isticanja oglasa o otvaranju stečajnog postupka na oglasnoj tabli suda.

<sup>46</sup> To je zakonom propisana mogućnost pobijanja potraživanja utvrđenih izvršnom ispravom zbog njihovog prestanka na osnovu činjenice koja je nastala nakon izvršnosti.

nog plana reorganizacije u odnosu na neizmirena dugovanja stečajnog dužnika prema stečajnim poveriocima. Ono zahteva odgovor da li se te obaveze mogu izvršiti samo u okviru zakonom propisanog postupka bankrotstva, ili se to može učiniti i putem usvajanja novog plana reorganizacije. Mišljenja smo da se odgovor na to pitanje opredeljuje postojanjem pravnog interesa stečajnih poverilaca za sprovođenje postupka bankrotstva ili reorganizacije stečajnog dužnika. To praktično znači da ne postoje zakonske smetnje koje bi sprečile mogućnost da se i novopokrenuti stečajni postupak okonča usvajanjem novog plana reorganizacije. Da li će do toga doći stvar je volje i opredeljenja stečajnih poverilaca. Njihovo je isključivo pravo da saglasno svom ekonomskom interesu procene da li i u novopokrenutom postupku stečaja ima opravdanja za predlaganje novog plana reorganizacije. Takvu odluku mogu doneti stečajni poverioci koji imaju 30% neobezbeđenih potraživanja u odnosu na ukupna preostala neizmirena potraživanja prema stečajnom dužniku. Osim njih to mogu učiniti i razlučni poverioci koji imaju najmanje 30% obezbeđenih potraživanja u odnosu na ukupni preostali iznos duga stečajnog dužnika, kao i sam stečajni dužnik ili stečajni upravnik.<sup>47</sup> Isključena je samo mogućnost pokretanja postupka reorganizacije po unapred pripremljenom planu reorganizacije, jer takva mogućnost postoji samo do dana otvaranja, a ne i nakon otvaranja stečajnog postupka.<sup>48</sup> To praktično znači da i u novopokrenutom postupku stečaja sva zakonom ovlašćena lica mogu u roku propisanom odredbom člana 162. Zakona o stečaju podneti predlog novog plana reorganizacije. U slučaju da je takav predlog uredan stečajni sudija je dužan da u skladu sa odredbom člana 164. i 165. Zakona o stečaju zakaže raspravu o podnetom planu i sprovede postupak glasanja i usvajanja. Dakle, i u tom slučaju pravno je dopušteno sprovođenje postupka reorganizacije u skladu sa opštim pravilima propisanim Zakonom o stečaju. Taj postupak je specifičan samo utoliko što se novopredloženim planom reorganizacije mora opredeliti pravna sudbina ranije potvrđenog a neizvršenog plana reorganizacije. Novopredloženim planom reorganizacije moraju se odrediti novi uslovi i način izmirenja preostalih potraživanja stečajnih poverilaca u odnosu na koja nije izvršen ranije usvojeni plan reorganizacije. To je nužno učiniti jer bi u protivnom u pravnom poretku istovremeno egzistirale dve izvršne isprave kojima su obuhvaćena ista potraživanja stečajnih poverilaca u odnosu na istog stečajnog dužnika. Iz tog razloga se novopredloženim planom reorganizacije mora propisati da se danom njegovog potvrđivanja obustavlja dalja primena ranije usvojenog plana reorganizacije. Na taj način će se novousvojenim planom reorganizacije ograničiti dalja pravna dejstva ranije usvojenog plana reorganizacije, odnosno prestati njegova primena sa danom potvrđivanja novous-

---

<sup>47</sup> Vidi odredbu člana 161. Zakona o stečaju.

<sup>48</sup> Vidi odredbu člana 158. Zakona o stečaju.

vojenog plana reorganizacije. To je moguće učiniti jer i novousvojeni, kao i raniji plan reorganizacije predstavlja novi ugovor između stečajnog dužnika i stečajnih poverilaca. Zato se njihovom voljom, a u skladu sa Zakonom o stečaju propisanim uslovima, može zaključiti novi ugovor usvajanjem novopredloženog plana reorganizacije kojim će se odrediti obustava dalje primene ranije usvojenog plana reorganizacije.

U slučaju kada zakonom ovlašćeni predlagači ne iskažu interes za donošenje novog predloga plana reorganizacije novopokrenuti postupak stečaja se mora okončati bankrotstvom stečajnog dužnika. Do bankrotstva mora doći i kada neki od ovlašćenih predlagača podnese novi plan reorganizacije koji ni u osnovnoj a ni u izmenjenoj verziji nije dobio potreban broj glasova poverilaca stečajnog dužnika. U tom slučaju, a na temelju odredbe člana 165. stav 13. Zakona o stečaju po sili zakona se mora sprovesti postupak bankrotstva. Sprovedenjem postupka bankrotstva izvršiće se neizmireni deo potraživanja stečajnih poverilaca iz neizvršenog plana reorganizacije u visini koja je srazmerna vrednosti stečajne mase. To znači da će se namirenje tih potraživanja izvršiti u visini i po redosledu u zavisnosti u koji su isplatni red svrstana.<sup>49</sup> Namirenje će se sprovesti tako što će se poverioci nižeg isplatnog reda namiriti tek pošto se namire stečajni poverioci višeg isplatnog reda, odnosno u srazmeri visine njihovih potraživanja i vrednosti raspoložive stečajne mase ako ista nije dovoljna za podmirenje poverilaca svih isplatnih redova. U svakom slučaju, sprovođenjem završne deobe i donošenjem rešenja o zaključenju stečajnog postupka konačno će se urediti i sva prava poverilaca neizmirenih potraživanja po osnovu neizvršenog plana reorganizacije zbog čijeg neizvršenja je i pokrenut novi postupak stečaja.

## ZAKLJUČAK

Donošenjem novog Zakona o stečaju bitno drugačije su uređene pravne posledice neizvršenja usvojenog plana reorganizacije. One su opredeljene napuštanjem prethodno prihvaćenog koncepta reorganizacije kao postupka koji se okončava tek sa danom potpunog izvršenja svih mera propisanih planom reorganizacije. Novi Zakon o stečaju propisuje da se po pravnosnažnosti rešenja o potvrđivanju usvojenog plana reorganizacije stečajni postupak obustavlja. S tim u vezi, Zakonom je određeno i da neizvršenje usvojenog plana reorganizacije predstavlja novi stečajni razlog za pokretanje novog stečajnog postupka nad istim

---

<sup>49</sup> Redosled namirenja potraživanja stečajnih poverilaca je određen isplatnim redovima propisanim odredbom člana 54. Zakona o stečaju.

stečajnim dužnikom. Međutim, odredbama Zakona o stečaju nije propisano i kakva je dalja pravna sudbina neizvršenog plana reorganizacije. Zato smo mišljenja da su takvom zakonskom nedorečenošću otvorena brojna sporna pitanja. U odnosu na neka od njih ovim radom je učinjen pokušaj iznalaženja pravno relevantnih odgovora. Oni su opredeljeni izvršnom analizom koja ukazuje na potrebu zauzimanja sledećih pravnih stavova:

1) Rešenjem o pokretanju stečajnog postupka donetom zbog neizvršenja usvojenog i potvrđenog plana reorganizacije ne zadire se u prava stečajnih poverilaca koja su njime konstituisana.

2) Usvojeni a neizvršeni plan reorganizacije proizvodi pravna dejstva i nakon nastupanja pravnih posledica otvaranja novog stečajnog postupka nad istim stečajnim dužnikom sve do vremena njegovog okončanja bankrotstvom, odnosno eventualnog usvajanja novog plana reorganizacije.

3) Pokretanjem novog stečajnog postupka ograničava se samo način izmirenja preostalih obaveza stečajnog dužnika tako što se neizvršenim planom reorganizacije utvrđena a neizmirena potraživanja stečajnih poverilaca mogu ostvariti samo u novopokrenutom postupku stečaja.

4) Novopokrenuti stečajni postupak po osnovu neizvršenog plana reorganizacije može se okončati kako sprovođenjem bankrotstva tako i usvajanjem novog plana reorganizacije stečajnog dužnika. Međutim, nezavisno od činjenice da li će se novopokrenuti stečajni postupak sprovesti kao bankrotstvo ili reorganizacija stečajnog dužnika poverioci neizmirenih potraživanja utvrđenih neizvršenim planom reorganizacije su u obavezi da ista prijave u novopokrenutom postupku stečaja.

5) Konačna sudbina neizmirenih potraživanja po neizvršenom planu reorganizacije se opredeljuje njihovim namirenjem u skladu sa sprovedenim postupkom završne deobe, odnosno usvajanjem novog plana reorganizacije kojim će se utvrditi novi uslovi i rokovi za njihovo izvršenje i odrediti da se sa danom pravnosnažnosti rešenja o potvrđivanju novousvojenog plana reorganizacije obustavlja dalja primena prethodnog plana reorganizacije zbog čijeg neizvršenja je i pokrenut novi postupak stečaja.



DRAGIŠA SLIJEPCJEVIĆ, LL.D.,  
Judge of the Constitutional Court

LEGAL EFFECTS OF THE NON-ENFORCEMENT  
OF THE REORGANIZATION PLAN

Summary

Reorganization of the bankruptcy debtor is one of two possible statutory legal ways to end the bankruptcy proceedings. The reorganization proceedings are completed by confirmation of the adopted plan of reorganization, performed by the bankruptcy judge. The confirmed plan of reorganization has legal force of enforcement document. Therefore, the enforcement of the confirmed plan of reorganization is a condition for the successful ending of bankruptcy proceedings conducted in the reorganization of bankruptcy debtor. Otherwise, in the case of non-enforcement of the confirmed reorganization plan a dispute occurs, concerning legal effects of bankruptcy creditors' rights that have been recognized by the reorganization plan. Because of non-enforcement of the confirmed plan of reorganization, particularly contentious is whether legal effects of that plan may be extending even after the opening of new bankruptcy proceedings against the same bankruptcy debtor. In this context there is also the question concerning the manner and the scope of the enforcement of outstanding (unpaid) claims that are established by non-enforced reorganization plan and the possibility of suspending its legal effects by adopting the amended plan of reorganization in the new bankruptcy proceedings against the same bankruptcy debtor. These are exactly the issues that are the subject of this paper.



*STEVAN ŠOGOROV*

**POSTUPAK I PRAVNE POSLEDICE ISTUPANJA  
ČLANA IZ DRUŠTVA S OGRANIČENOM  
ODGOVORNOŠĆU**

U V O D

Kao što je poznato, društvo s ograničenom odgovornošću je privredno društvo s dominantno kapitalskim karakteristikama. Međutim, uz primarno prisutne kapitalne elemente, ovo društvo ima i određene personalne karakteristike, zbog čega se obično kvalifikuje kao društvo kapitala sa određenim elementima društva lica. Upravo zbog ovakvog složenog karaktera kod društva s ograničenom odgovornošću se javljaju i određeni instituti koji su, inače, karakteristični za društva lica. Jedan od takvih instituta je i institut prestanka članstva u društvu po osnovu istupanja člana.

Naime, za tipično društvo kapitala, kakvo je akcionarsko društvo, važi pravilo da član ne može da istupi iz društva (zbog vezanosti njegove akcije za osnovni kapital društva) već da se članstvo, po pravilu, može osloboditi samo prenosom akcije na drugo lice ili na samo društvo. Kod društva s ograničenom odgovornošću, međutim, u uporednom pravu preovladavaju rešenja prema kojima se član ne samo može osloboditi članstva prenosom udela na treća lica, druge članove društva i samo društvo, već može i istupiti iz društva pod uslovima i na način predviđen zakonom i osnivačkim ugovorom ili statutom društva.

---

Dr Stevan Šogorov, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu.

Inače, istupanje, kao uostalom i isključenje iz društva, kao načini prestanka članstva u društvu sa ograničenom odgovornošću zasnivaju se na istoj pravnoj logici.

Naime, kod svih trajnih privatnopravnih, posebno ugovornih odnosa, pravilo je da postoji mogućnost jednostranog izlaska iz takvog odnosa kada za to postoje važni, opravdani razlozi. Kako kod članskog odnosa u kapitalnim privrednim društvima nema mogućnosti otkaza kao kod obligacionih ugovora zaključenih na neodređeno vreme, to se u pravu privrednih društva prestanak članstva na osnovu jednostrane volje jedne strane u članskom odnosu smatra neophodnom alternativom odsustva mogućnosti njegovog otkaza.<sup>1</sup> Ipak, mogućnost jednostranog prekidanja članskog odnosa nije na jednak način uređena kod društava kapitala.

Kod akcionarskog društva, kao izrazitog društva kapitala, mogućnosti jednostranog prekida članskog odnosa su veoma sužene. Tako jednostrani prekid članstva od strane akcionara nije moguć (akcionar se može osloboditi članstva samo prenosom akcije na drugo lice) dok je jednostrani prekid članskog odnosa od strane društva moguć, ali samo u postupku kaduciranja. Kod društva sa ograničenom odgovornošću, kao kapitalnom društvu sa jasno prepoznatljivim i manje ili više naglašenim personalnim elementima, jednostrani prekid članstva je, međutim, moguć kako od strane člana, tako i od društva. Član može istupiti iz društva, a društvo može isključiti člana iz društva, kada za to postoje važni, odnosno opravdani razlozi.

U našem pozitivnom pravu član može istupiti iz društva kada za to postoje opravdani razlozi. Zakonom su, *exempli causa*, imenovani slučajevi koji se imaju smatrati opravdanim razlozima, ali opravdani mogu biti i drugi, neimenovani slučajevi.<sup>2</sup>

Zakonom imenovani slučajevi (osnovi) u kojima član društva društva s ograničenom odgovornošću može da istupi iz društva su sledeći: a) ako mu ostali članovi ili društvo svojim radnjama i postupcima prouzrokuju štetu; b) ako je sprečen u ostvarivanju svojih prava u društvu ili mu neki članovi društva ili društvo nameću nesrazmerno obaveze; c) iz drugih opravdanih razloga.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> Upor. Sudhoff, *Der Gesellschaftsvertrag der GmbH*, München, 1969. s. 355. Za švajcarsko pravo: von Steiger, *Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, u: *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, V. Band, *Obligationenrecht*, Zürich 1965 s. 530.

<sup>2</sup> V. čl. 178 st. 1 Zakona o privrednim društvima iz 2004. godine ( u daljem tekstu: ZPD).

<sup>3</sup> O osnovima za istupanje člana iz društva s ograničenom odgovornošću videti više u našem radu: »Osnovi za istupanje člana iz društva sa ograničenom odgovornošću, Pravo i privreda, 1-4/2009.

## POSTUPAK ISTUPANJA

### *Zakonsko i autonomno uređivanje postupka*

Postupak istupanja člana iz društva s ograničenom odgovornošću nije detaljnije uređen zakonom, ali su date neke naznake za njegovo uređivanje.

Zakonom je predviđeno da se osnivačkim aktom ili ugovorom članova društva s ograničenom odgovornošću mogu odrediti »osnovi, postupak i posljedice prestanka svojstva člana društva, uključujući ugovornu kaznu ili naknadu štete po osnovu isključenja ili nepropisnog istupanja iz društva.«<sup>4</sup> Pored toga, zakon sadrži još jednu normu u vezi sa autonomnim uređivanjem postupka i pravnih posljedica istupanja člana iz društva koja glasi: »osnivačkim aktom ili ugovorom članova društva s ograničenom odgovornošću ne može se unapred isključiti pravo istupanja iz društva i član društva se ne može unapred odreći tog prava, niti se tim aktom može isključiti pravo člana društva na odricanje zahteva prema društvu po osnovu nepropisnog isključenja, kao i pravo društva na zahtev protiv člana društva za nepropisno istupanje iz društva.«<sup>5</sup>

Kako se vidi, zakonom je izričito data mogućnost autonomnog uređivanja osnova, postupka i pravnih posljedica istupanja člana iz društva, uz utvrđivanje određenih okvira slobodnog uređivanja ovih pitanja. To praktično znači da je zakon prepustio samom društvu detaljnije uređivanje postupka i pravnih posljedica istupanja člana iz društva. To uređivanje se može izvršiti bilo osnivačkim aktom bilo ugovorom članova društva, ali i kombinovano, putem oba akta.

### *Opšti tok postupka*

Za razliku od ranijeg Zakona o preduzećima koji je jasno razlikovao dva načina pokretanja i vođenja postupka, autonomni i sudski,<sup>6</sup> aktuelni Zakon o privrednim društvima to ne čini. Ipak iz stilizacije zakonske norme prema kojoj član ima pravo da istupi iz društva iz zakonom pomenutih i drugih opradanih razloga a »ako se njegovi razlozi za istupanje osporavaju, član društva s ograničenom od-

---

<sup>4</sup> V. čl. 177 st. 1 ZPD.

<sup>5</sup> Čl. 177 st. 2 ZPD. O problemu konfuzne stilizacije ove zakonske norme i mogućnostima njenog tumačenja vidi detaljnije u našem radu »Osnovi za istupanje člana iz društva s ograničenom odgovornošću«, Pravo i privreda, 1–4/2009.

<sup>6</sup> V. čl. 387 Zakona o preduzećima iz 1996. godine, kao i naš članak »Istupanje člana iz društva sa ograničenom odgovornošću«, Pravo i privreda 5–8/2002.

govornošću ima pravo da pokrene postupak pred nadležnim sudom u cilju utvrđivanja opravdanosti razloga za istupanje<sup>7</sup> može se zaključiti da i dalje u našem pravu postoje oba načina pokretanja i vođenja postupka. Štaviše, ako razlozi istupanja nisu sporni, postupak pred sudom nije ni potrebno voditi, što znači da je primarni postupak autonomnog karaktera, a da se sudski ima koristiti samo ako je opravdanost razloga (osnova) za istupanje člana sporna.

Zakon je apsolutno podnomiran i u pogledu uređenosti samog postupka istupanja. Zbog toga se praktično sva pitanja postupka moraju urediti osnivačkim aktom ili ugovorom članova društva. Ipak, ako se to ne učini, potrebno je iznaći odgovore bar na osnovna pitanja koja se u vezi sa pokretanjem i vođenjem postupka istupanja postavljaju.

Prvo od takvih pitanja je kako postupak istupanja započinje. Prvi akt u postupku bi, po prirodi stvari, morala biti izjava o istupanju data od strane člana društva koji namerava da istupi. Za davanje izjave nije propisana nikakva posebna forma, što znači da može biti učinjena i usmeno, pa i konkludentim radnjama.<sup>8</sup> Naravno, aktima društva se pitanje forme izjave može i drugačije urediti. Ova izjava u svakom slučaju predstavlja jednostranu izjavu volje koja mora biti primljena da bi proizvodila pravno dejstvo.

Drugi važno pitanje koje u našem zakonu nije rešeno, a uočeno je kao problem i u uporenom pravu, je pitanje adresata izjave, tj. kome se ona upućuje. Tako se u nekim pravima smatra da se u nedostatku drugačijih odredaba u statutu (odnosno ugovoru o osnivanju društva) izjava o istupanju ima uputiti poslovodstvu,<sup>9</sup> što znači da je adresat društvo. U drugim pravima je, međutim, pravilo da se u ovakvom slučaju ima smatrati da se izjava upućuje drugim članovima.<sup>10</sup> U našem pravu nije lako zaključiti šta je zakonodavac u ovom pogledu imao na umu, jer direktne norme nema. Ipak, iz norme po kojoj »član društva koji istupa iz društva bez postojanja opravdanog razloga, dužan je da naknadi društvu time prouzrokovanu štetu<sup>11</sup> mogao bi se posredno mogao izvući zaključak da je pri istupanju bitan pravni odnos između člana koji istupa i društva, a ne tog člana i ostalih članova društva. Ako je to tako, logično bi bilo da se izjava o istupanju upućuje društvu, odnosno upravi društva (direktoru ili upravnom odboru, zavisno od načina uređivanja uprave u konkretnom društvu s ograničenom odgovornošću).

---

<sup>7</sup> V. čl. 178 st. 2 ZPD.

<sup>8</sup> Na isti način se pitanje forme izjave o istupanju rešava i u drugim zemljama. Za švajcarsko pravo vidi napr. von Steiger, op. cit., s. 532.

<sup>9</sup> V. von Steiger, ibidem.

<sup>10</sup> Upor. za nemačko pravo: Becksches Handbuch der GmbH, s. 803.

<sup>11</sup> V. čl. 178 st. 4 ZPD.

Treće pitanje je pitanje organa koji je nadležan za davanje saglasnosti za istupanje. Ako se pođe od stava da se izjava o istupanju upućuje društvu, i to upravi društva, pitanje je da li za utvrđivanje stava društva prema ovoj izjavi nadležna uprava ili skupština društva. Zakonom ovo pitanje nije stavljeno u nadležnost nijednom od ovih organa<sup>12</sup> ali bi bilo logično da to učini skupština. Naime, u pitanjima koja se tiču članstva nadležni organ je načelno skupština. To se vidi i iz izričite zakonske norme po kojoj skupština odlučuje o isključenju člana iz društva.<sup>13</sup> Zbog toga mislimo da bi u nedostatku drugačijeg uređivanja aktima društva, skupština bila nadležna za utvrđivanje stava društva o datoj izjavi za istupanje.

Četvrto pitanje je pitanje karaktera akta društva kojima se iskazuje stav o primljenoj izjavi za istupanje. Taj akt bi, pre svega, mogao biti odluka o davanju ili uskraćivanju saglasnosti društva sa istupanjem. Naravno, pošto je pravo na istupanje zakonsko pravo člana društva kada za to postoje opravdani razlozi, to je odluka skupštine zapravo odluka o tome da li se prihvata postojanje opravdanog razloga za istupanje ili ne. Ovaj akt bi po svome karakteru mogao biti i zapisnički konstatovano primanje izjave o istupanju na znanje. U tom slučaju, kao i u slučaju da se skupština uopšte ne izjasni u razumnom roku, trebalo bi smatrati da društvo ne osporava istupanje, odnosno da ne osporava opravdanost razloga za istupanje člana.

Posebno je pitanje roka u kojem bi društvo trebalo da se izjasni o istupanju, odnosno o opravdanosti razloga za istupanje. To pitanje nije zakonom uređeno, pa se postavlja pitanje kako postupiti ako se ne uredi ni aktom društva. Nema sumnje da neuređenost pitanja roka u kojem društvo može da utvrdi svoj stav u odnosu na datu izjavu o istupanju u zakonu i u aktima društva ne bi smelo da na posredan način suspenduje pravo člana na istupanje iz društva zbog opravdanog razloga. Zbog toga bi se nakon isteka razumnog roka, a u skladu sa principom zabrane zloupotrebe prava i principom savesnosti i poštenja, moralo smatrati da članu koji je društvu dao urednu izjavu o istupanju nije osporeno istupanje, odnosno opravdanost razloga za istupanje.

#### *Postupak za utvrđivanje opravdanosti razloga za istupanje*

Zašto je čekanje na stav društva o izjavljenoj nameri da istupi iz društva važno za člana koji istupa? On bi, istina, mogao da istupi i bez čekanja na stav društva, ali bi na taj način rizikovao da se njegov razlog za istupanje ne uvaži kao

---

<sup>12</sup> V. čl. 137 i 157 ZPD.

<sup>13</sup> V. čl. 137 t. 9 ZPD.

opravdan, zbog čega bi snosio štetne posledice istupanja bez opravdanog razloga. Ako bi se, naprotiv, utvrdilo da je njegov razlog za istupanje opravdan on ne samo da ne bi bio odgovoran društvu za naknadu štete (eventualno i ugovornu kaznu) već bi, naprotiv, imao pravo na naknadu štete od društva.

Zbog toga je za člana koji istupa izuzetno važno utvrđivanje opravdanosti razloga za istupanje. To utvrđivanje opravdanosti razloga se može dogoditi u postupku unatar društva, odgovarajućim aktom skupštine društva ili pred nadležnim sudom. Međutim, ako bi želeo da koristi sudski put utvrđivanja opravdanosti razloga za istupanje, član društva bi morao ne samo uputiti društvu izjavu o istupanju, već bi morao i sačekati na stav društva. Ipak, ako se skupština društva ne izjasni u razumnom roku, trebalo bi smatrati da društvo ne osporava opravdanost razloga za istupanje.

Ukoliko skupština društva ospori opravdanost razloga za istupanje, član koji istupa može koristiti sudski put utvrđivanja opravdanosti istupanja. Da bi se, međutim, uopšte mogao tužbom obratiti sudu neophodno je da mu se od strane društva osporava opravdanost razloga za istupanje. Naime, član društva s ograničenom odgovornošću ima pravo da pokrene postupak pred nadležnim sudom u cilju utvrđivanja opravdanosti razloga za istupanje samo »ako se njegovi razlozi za istupanje osporavaju«. <sup>14</sup> Prethodno vođenje opšteg postupka u društvu po osnovu izjave o istupanju kao i osporavanje opravdanosti razloga za istupanje od strane društva, neophodne su pretpostavke za podnošenje tužbe sudu od strane člana koji istupa, a radi utvrđivanja opravdanosti razloga za istupanje.

Član koji istupa iz društva tužbu podnosi protiv društva, a ne protiv ostalih članova, čak i u slučaju da se opravdanost razloga za istupanje tiče radnji ostalih članova društva. Sud procenjuje da li je tužba osnovana na taj način što utvrđuje da li postoje opravdani razlozi za istupanje ili ne. Ako nađe da takvi razlozi postoje donosi odluku koja ima isto dejstvo kao da je data saglasnost na istupanje, odnosno da je društvo ocenilo da za istupanje postoji opravdani razlog. Odluka suda je konstitutivna i deluje *ex nunc*.

## PRAVNE POSLEDICE ISTUPANJA

### *Opšte pravne posledice*

Pri istupanju člana iz društva s ograničenom odgovornošću valja razlikovati opšte pravne posledice koje nastupaju pri svakom istupanju, nezavisno od toga da li je do njega došlo iz opradanog ili neopravdanog razloga, od dodatnih prav-

---

<sup>14</sup> Čl. 178 st. 2 ZPD.



nih posledica koje nastupaju zavisno od toga da li je razlog za istupanje iz društva opravdan ili ne.

*Društvenoprane (korporativne) posledice.* – Osnovna opšta društvenopravna posledica istupanja je prestanak članstva u društvu člana koji je istupio. Sam trenutak prestanka članstva je, međutim, u našem pravu dosta problematičan.

Naime, pošto je pravo na istupanje zakonom utvrđeno kao subjektivno pravo člana koje on uvek može koristiti, nezavisno od toga da li postoji opravdani razlog za istupanje ili ne (pitanje opravdanosti istupanja je od značaja samo u pogledu imovinskopravnih posledica istupanja!) to se trenutkom prestanka članstva (u odnosima društvo–član) može smatrati trenutak prijema izjave o istupanju od strane društva. Takvim rešenjem se na neuobičajeni način odstupa od stava u uporednom pravu da istupanje iz članstva pravno nije otkazivanje članstva, odnosno članskog odnosa kao trajnog pravnog odnosa. Pošto o istupanju za slučaj spora ne odlučuje sud, to ovakvo tumačenje logično proizlazi iz (pogrešne) koncepcije koju je usvojio naš zakon. Druga mogućnost tumačenja bi mogla biti da članstvo prestaje u trenutku kada je skupština dala saglasnost na istupanje, odnosno kada je protekao razumni rok ili rok utvrđen aktom društva za izjašnjavaње društva o istupanju člana, a za slučaj da društvo osporava opravdanost razloga za istupanje, u trenutku donošenja sudske odluke o opravdanosti istupanja. Međutim, ovakva mogućnost tumačenja, mada teorijski prihvatljivija, nije dovoljna u skladu s prihvaćenim rešenjem u zakonu.

Društvenopravna dejstva istupanja proizvodi, kako u unutrašnjem odnosu u društvu, tako i u spoljanjem odnosu prema trećim licima. U odnosima unutar društva istupanje proizvodi prestanak članskog odnosa. Od trenutka prestanka članskog odnosa prestaju članska prava i obaveze člana koji je istupio. Ostaju samo ona njegova prava i obaveze koja ne proističu iz članstva, već se zasnivaju na individualnom odnosu člana i društva, kao što su pravo na zastupanje po osnovu punomoćstva i sl. U spoljašnjem odnosu prema trećim licima istupanje bi trebalo da proizvodi dejstva tek upisom istupanja u registar, odnosno od trenutka kada je savesno treće lice steklo saznanje o tom istupanju (napr. na osnovu obaveštenja koje je dobilo od društva).<sup>15</sup>

Pogrešno bi, međutim, bilo smatrati da prestankom članstva člana koji istupa iz društva istovremeno prestaje i njegov dotadašnji udeo u društvu, tj. članski odnos kao takav. Naprotiv udeo, po pravilu, ne prestaje. Društvo ima pravo, ako ugovorom o osnivanju odnosno ugovorom članova društva nije drugačije predviđeno, da bira između više opcija. Ono može udeo steći isplatom vrednosti ude-

---

<sup>15</sup> Upor. Steiner, op. cit., 533 i 534.

la članu koji je istupio (uz uvažavanje pravila o sticanju sopstvenog udela) može ga preneti na nekog člana (odnosno članove) društva ili na treće lice, a može ga, kao sopstveni udeo, povući u postupku smanjenja osnovnog kapitala društva. To, s druge strane znači da je član koji istupa dužan da trpi povlačenje udela ili da prenese udeo na društvo, na člana društva ili na treće lice po izboru društva. U nekim pravima se smatra da nije neophodno da udeo člana koji istupa najpre stekne društvo, već da se, po nalogu društva, može odmah direktno preneti sa člana koji istupa na treće lice koje društvo odredi.<sup>16</sup> Član ne može da se protivi izboru lica na koje je dužan da prenese udeo, ali se smatra da društvo zbog toga treba da jemči za isplatu cene udela, ukoliko treće lice ne plati udeo.<sup>17</sup>

*Imovinskoppravne posledice.* – Osnovna imovinskoppravna posledica istupanja je pravo člana koji je istupio na naknadu vrednosti njegovog udela. On, naravno, ne može imati pravo na povraćaj svoga uloga u društvo, već samo pravo na naknadu vrednosti udela koja u tom trenutku postoji. Ta vrednost je po zakonu tržišna vrednost udela. Za razliku od ranijeg Zakona o preduzećima koji je predviđao naknadu »procenjene« vrednosti udela, kao i za razliku od rešenja u nekim drugim pravima u kojima isključeni član ima pravo na naknadu »stvarne« vrednosti udela,<sup>18</sup> Zakonom o privrednim društvima je utvrđeno da isključeni član ima pravo na naknadu »tržišne« vrednosti udela.<sup>19</sup> Mada na prvi pogled izgleda da je ovaj način određivanja vrednosti udela objektivniji, on će u praksi retko biti primenljiv. Udeli u društvu s ograničenom odgovornošću nisu vrednosti koje se nalaze u redovnom tržišnom prometu, zbog čega i nemaju neku tržišnu utvrđenu i verifikovanu vrednost. Naprotiv, postojanje tržišne vrednosti udela u društvu s ograničenom odgovornošću, za razliku od akcija u akcionarskom društvu, je pre izuzetak nego pravilo. Zbog toga će se u najvećem broju slučajeva vrednost udela isključenog člana i nadalje morati procenjivati. Način procene vrednosti udela se može odrediti ugovorom o osnivanju društva, a ako se to ne učini, procena će se vršiti na osnovu pravila struke.<sup>20</sup> Procena, opet, može da se zasniva na stvarnoj vrednosti udela. Zakon ne određuje pobliže elemente na osnovu kojih će se procena vrednosti udela izvršiti. Ako ti elementi nisu utvrđeni ni ugovorom o osnivanju društva ni statutom, primenjivaće se metodi procene koji su uobijačajeni prema pravilima struke. U svakom slučaju, pošto se radi o procenjivanju vredno-

<sup>16</sup> V. Za nemačko pravo: Sudhoff, op. cit. s 356.

<sup>17</sup> Ibidem.

<sup>18</sup> Upor. Steiger, op. cit. s. 544.

<sup>19</sup> V. St. 3 čl. 180 ZPD.

<sup>20</sup> Vidi o ovome više: Šogorov, Istupanje člana iz društva sa ograničenom odgovornošću, Pravo i privreda 5–8/2002.

sti to ne može biti knjigovodstvena vrednost, mada i ona može, pored ostalih elemenata, biti uzimana u obzir prilikom vršenja procene. Savremena pravila struke nalažu da se pri proceni kombinuju različiti metodi procene. Najčešće sa kao osnovna metoda koristi tzv. prinosna metoda (metoda diskontovanja novčanog toka) a dodatno se u procenjivanju koriste i metoda neto imovine i likvidaciona metoda. Pri ovakvom postupku se, zapravo, procenjuje vrednost društva pa se iz nje izvodi vrednost udela, srazmerno njegovom učešću u strukturi osnovnog kapitala. Postoje, međutim, i drugi načini procene, pre svega oni koji polaze od samog udela (a ne od vrednosti društva) naročito od njegove stvarne ili potencijalne tržišne (prometne) vrednosti. U nekim pravima se tržišna vrednost udela smatra vrednošću koje društvo mora platiti članu koji je istupio.<sup>21</sup> U Trgovačkom zakonu Jugoslavije iz 1937. godine je bilo utvrđeno da se vrednost udela izračunava po likvidacionoj metodi.<sup>22</sup>

Pri utvrđivanju vrednosti udela bitno je i u kom trenutku se ta vrednost utvrđuje. U našem zakonu je to vreme prestanka svojstva član. U uporednom pravu se obično smatra da je to trenutak u kome je izjava o istupanju stigla članovima odnosno društvu, budući da je član u tom trenutku izjavio volju da istupi iz društva, što znači i da je pristao na imovinske posledice istupanja koje proizlaze iz okolnosti u tom trenutku.

Na visinu naknade vrednosti udela ne utiče činjenica da li je do istupanja došlo iz opravdanog ili neopravdanog razloga. Visina naknade se utvrđuje objektivno. U Zakonu o privrednim društvima se, međutim, nalaze u vezi s tim dve potpuno oprečene odredbe. Prema prvoj, koja reguliše pravne posledice prestanka članstva, nezavisno da li se radi o istupanju ili isključenju člana iz društva i nezavisno da li su u pitanju opravdani ili neopravdani razlozi, »član društva s ograničenom odgovornošću kome prestane svojstvo člana društva ima pravo na naknadu tržišne vrednosti svog udela u vreme prestanka svojstva člana društva«<sup>23</sup> Ova norma je potpuno u skladu s prirodom instituta prestanka članstva. Prema drugoj odredbi, međutim, »član društva koji istupa iz društva iz opravdanih razloga ima pravo na naknadu tržišne vrednosti udela u roku utvrđenom osnivačkim aktom, odnosno ugovorom članova društva, kao i na naknadu prouzrokovane štete« iz čega bi se mogao izvući zaključak da pravo na naknadu tržišne vrednosti udela ima samo član koji istupa iz opravdanog razloga. Ova odredba je u suprotnosti kako sa prirodom instituta prestanka članstva tako i sa rešenjima u upored-

---

<sup>21</sup> Za nemačko pravo v.: Becksches Handbuch der GmbH, s 803.

<sup>22</sup> V. čl. 476 st. 3 Trgovačkog zakona iz 1937. godine.

<sup>23</sup> V. čl. 180 st. 3 ZPD.

nom pravu, zbog čega je jednostavno treba smatrati ozbiljnom redakcijskom omaškom zakonodavca.

Plaćanje naknade može biti izvršeno is sredstava rezervi društva, a ako se plaća na teret osnovnog kapitala, društvo mora sprovesti postupak smanjenja tog kapitala u skladu sa zakonom. Čest je slučaj u uporednopravnoj praksi da društvo uopšte ne angažuje sopstvana sredstva, već odmah udeo prenosi na zainteresovane članove društva, određena treća lica ili na treća lica u postupku javnog nadmetanja. Ipak, ako se na ovaj način ne ostvari potreban iznos naknade, nedostajuću razliku je dužno da naknadi društvo.<sup>24</sup>

Prema zakonu, naknada vrednosti udela člana društva s ograničenom odgovornošću kome je u skladu sa zakonom prestalo svojstvo člana, ne može se vršiti ako se time povređuju zakonske odredbe o ograničenjima plaćanja članovima društva.<sup>25</sup> Ipak, ovo ograničenje ne može biti trajnog karaktera. On važi samo dok postoje razlozi koji upućuju na primenu zakonskih pravila o ograničenju plaćanja.

*Dodatne pravne posledice u slučaju istupanja  
iz opravdanog razloga*

Član društva koji istupa iz opravdanog razloga ima i dodatno pravo na naknadu štete koju je pretrpeo zbog istupanja iz društva, odnosno zbog nastupanja osnovanih razloga za istupanje.

*Dodatne pravne posledice u slučaju istupanja  
bez opravdanog razloga*

Član društva koji istupa iz društva bez postojanja opravdanog razloga, dužan je da naknadi društvu štetu koju mu je time prouzrokovao.<sup>26</sup>

Ako član istupa iz društva bez opravdanog razloga, potraživanja društva s ograničenom odgovornošću po osnovu dugovane naknade štete člana društva, kao i po osnovu neispunjenja neke druge obaveze člana društva, prebijaju se sa potraživanjem vrednosti udela člana društva kome po osnovu istupanja prestaje svojstvo člana društva.<sup>27</sup> Ova kompenzacija se ostvaruje po samom zakonu.

---

<sup>24</sup> Upor. von Steiger, op. cit., s. 544.

<sup>25</sup> V. čl. 180 st. 7 ZPD.

<sup>26</sup> Čl. 178 st. 4 ZPD.

*Privremene sudske mere*

Da bi se obezbedila isplata potraživanja po osnovu istupanja člana društva s ograničenom odgovornošću, sud može suspendovati članska prava u društvu i odrediti druge privremene mere.<sup>28</sup>

STEVAN ŠOGOROV, LL.D.,  
Professor, Faculty of Law, Novi Sad

PROCEDURE AND LEGAL CONSEQUENCES OF WITHDRAWAL  
OF A MEMBER FROM PRIVATE COMPANY

Summary

Important issues of procedure of legal consequences of withdrawal of member from private company in the law of Republic of Serbia are subject of this paper. Starting point is legal provision according to which member has subjective right to withdraw from the private company irrespective of justification of grounds for withdrawal, coupled with assessment that procedure of withdrawal is insufficiently regulated in the 2004 Company Act. This is why important questions of this procedure are discussed and some solutions suggested which might be of practical importance. First part of the paper consists of an analysis of framework for autonomous regulation by internal company acts, general issues of procedure and specific issues necessary to assertion justification of grounds for withdrawal. Second part encompasses a discussion of consequences of withdrawal (seizure of membership, compensation of market value of share), with additional consequences due to justified grounds (right to recovery of damage), and unjustified grounds (right of company to claim damage from a member).

---

<sup>27</sup> Čl. 180 st. 6 ZPD.

<sup>28</sup> Čl. 180 st 8. ZPD.



## PRAVO AKCIONARA NA INFORMISANJE

### U V O D

Pravo na informisanje je pravo na osnovu kojeg pojedinačni akcionar ili akcionari kao kolektivitet imaju zahtev na informaciju o poslovanju društva u formi pitanja, obaveštavanja ili uvida u dokumenta.<sup>1</sup>

Normativna podrška ovako utvrđenom pojmu prava na informisanje postoji i u domaćem pravu, prema Zakonu o privrednim društvima. Pravo na postavljanje pitanja je predviđeno u čl. 275 st. 2, obaveštavanje o sazivanju skupštine u čl. 281, posebno informisanje akcionara u čl. 289, a uvid u dokumenta u čl. 343.

Pravo na informisanje je pretpostavka, ali ne i garancija, odgovarajućeg odlučivanja i kontrole od strane člana društva<sup>2</sup> i u tom smisli se određuje kao najvažnije člansko pravo.<sup>3</sup>

Ovako utvrđeno pravo akcionara na informisanje treba razlikovati od obaveze publiciteta na osnovu prava tržišta kapitala. Razlika se ogleda, pre svega, u krugu adresata koji nadilazi članove akcionarskog društva i na njih se odnosi samo posredno, kao i u pogledu cilja zaštite. Pravo akcionara na informisanje može

---

Dr Zoran Arsić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu. Rad je posvećen projektu *Pravo Srbije u evropskoj perspektivi* br. 149042 koji finansira Ministarstvo na nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

<sup>1</sup> Casper Matthias, Informationsrechte der Aktionäre u Bayer Walter, Habersack Mathias, Aktienrecht im Wandel, Tübingen 2007, str. 547.

<sup>2</sup> Schmidt Karsten, Gesellschaftsrecht, Köln 1991, str. 513.

<sup>3</sup> Wiedemann Herbert, Gesellschaftsrecht, München 1980, str. 374.

biti protivno interesu društva, s obzirom da akcionar može da poverljivu informaciju prenese trećem, ili da je koristi u sopstvenu korist.<sup>4</sup> Pravo akcionara na informisanje treba razlikovati i od objavljivanja i registracije podataka, pre svega na osnovu registarskih propisa, koja je javnopravne prirode.<sup>5</sup>

U pogledu prava akcionara na informisanje treba praviti razliku između individualnog prava na informisanje i kolektivnog prava na informisanje. Ovo razlikovanje se, pre svega, zasniva na tome ko se smatra ovlašćenikom prava na informisanje.<sup>6</sup> U pogledu međusobnog odnosa individualno prava akcionara na informisanje i kolektivnog prava na informisanje postoje različiti pristupi. Prema jednom, radi se o tome da je individualno pravo dopuna kolektivnom pravu na informisanje, odnosno da putem individualnog prava akcionar dolazi do informacija do kojih ne može doći na osnovu kolektivnog prava na informisanje. Nasuprot tome, ukazuje se da ova dva prava stoje jedno pored drugog i čine sistem mogućnosti za pribavljanje informacija u akcionarskom društvu.<sup>7</sup>

Kada je domaće pravo u pitanju treba imati u vidu da se rešenjima zakona o privrednim društvima ne uvažava spomenuta razlika između individualnog i kolektivnog prava akcionara na informisanje. Opštom odredbom čl. 43 regulišu se oba spomenuta oblika prava na informisanje, nezavisno od njihove potpuno različite prirode – individualno pravo na informisanje je deo članstva, dok je kolektivno pravo na informisanje deo unutrašnje organizacije društva i nije deo članstva.

## INDIVIDUALNO PRAVO AKCIONARA NA INFORMISANJE

U pogledu individualnog prava na informisanje ovlašćenikom se smatra svaki akcionar i to nezavisno od veličine udela, odnosno nominalne vrednosti, ili broja akcija, koje ima. Nije od značaj ni trajanje statusa akcionara, kao ni vrsta akcije koju akcionar ima. Pravo na postavljanje pitanja ima i akcionar koji je delimično uplatio akciju, kao i akcionar kome je zabranjeno vršenje prava glasa (npr. čl. 300, čl. 204 st. 3). Isto pravo ima i akcionar koji nema nameru da vrši svoje pravo glasa, ili se na to obavezao ugovorom o glasanju, kao i akcionar sa

---

<sup>4</sup> Casper M., op. cit., str. 548.

<sup>5</sup> Analogno Spindler Gerald u Schmidt Karsten, Lutter Marcus, Aktiengesetz, Köln 2008, str. 1447.

<sup>6</sup> Casper M., op. cit., str. 548.

<sup>7</sup> Schmidt K., op. cit. str. 707; Casper M., op. cit., str. 548.



prioritetnom akcijom (akcijom bez prava glasa). S obzirom da se radi o pravu akcionara, lice koje nema status akcionara ne može da postavlja pitanje, čak i onda kada mu je dopušteno da prisustvuje skupštini. Pravo pripada akcionaru, a ne skupštini. Ovo se odnosi na pravo na postavljanje pitanja, ali i na ostala individualna prava na informisanje. U literaturi se ukazuje da je pretpostavka prava postojanje prava na učestvovanje u skupštini. S tim u vezi treba imati u vidu da postoje individualna prava na informisanje koja se, na osnovu zakona, vrše van skupštine, kao što je to slučaj sa pravom na uvid u dokumenta. Treba, ipak ukazati na određene specifičnosti u pogledu ovlašćenika prava. Pravo na postavljanje pitanja je vezano za učešće u skupštini, koje se utvrđuje s obzirom na dan akcionara. Ako je u međuvremenu do održavanja skupštine došlo do otuđenja akcije, pravo na učestvovanje u skupštini i sa njime vezano pravo na postavljanje pitanja, vrši prenosilac akcije koji, u trenutku vršenja prava, nije akcionar. Isto važi i u pogledu uvida u listu akcionara pozvanih na skupštinu koja mora biti na raspolaganju svim akcionarima koji imaju pravo glasa na skupštini (čl. 286 st. 4). Za razliku od toga, kada je u pitanju pristup aktima iz čl. 343 ovlašćenik je akcionar, ili raniji akcionar za period u kojem je bio akcionar.

Dužnik obaveze je društvo. Ono je zastupano od strane zakonskog zastupnika, što je u domaćem pravu generalni direktor (čl. 323 st. 4)<sup>8</sup>, koji može biti i predsednik upravnog odbora (čl. 312 st. 4). U stanju likvidacije to je likvidacioni upravnik. Osnovni pojavni oblik individualnog prava na informisanje je pravo na postavljanje pitanja (čl. 275 st. 2). Ovoj grupi prava na informisanje pripada i pravo uvida u dokumentaciju (čl. 343). S tim u vezi ukazuje se da je individualno pravo na informisanje jedinstveno pravo, ali da je uobičajeno razlikovanje na pravo na pitanje i pravo uvida, pri čemu je sporno koje od tih prava ima veći domašaj. Ima shvatanja da ova dilema ne doprinosi mnogo, budući da se u oba slučaja potreba člana društva ne odnosi na pitanje ili uvid, nego na informaciju. Pitanje i uvid su samo različite tehnike pribavljanja informacije. Da li će član društva postaviti zahtev u pogledu jedne, ili druge, ili obe, zavisi od potrebe za informacijom.<sup>9</sup> Ovde treba ukazati da ima shvatanja da se kao odgovor na pitanje može omogućiti uvid u dokument, što se kritikuje s aspekta da se u tom slučaju gubi razlika između ova dva prava.

Pravno-dogmatski se mora razlikovati pravo na informisanje kao pravni institut od zahteva za informaciju koji se razlikuje od slučaja do slučaja. Kao institucionalna garancija opšteg članskog prava pravo na informisanje je nezavisno od volje zakonodavca. Iz njega rezultirajući zahtev za informaciju ima legitimitet, ali i ograničenje, zasnovano na potrebi člana društva za informacijom. Kada

---

<sup>8</sup> U nekim nacionalnim pravima to je upravni odbor.

<sup>9</sup> Schmidt K. op. cit., str. 516–517.

zakonodavac ne prihvata potrebu za informacijom, pravo na informisanje postoji protiv njegove volje. U slučaju da zakonodavac predviđa pravo na informisanje, ali bez ustanovljavanje potrebe za informacijom, teleološkim redukcijama se dolazi do stava da je predviđena i potreba za informacijom. Tako, u pogledu zahteva (pitanja) akcionara prosta veza sa tačkom dnevnog reda nije dovoljna (čl. 275 st. 2), već se traži neophodnost tražene informacije za ispravnu procenu od strane akcionara. Individualno pravo na informisanje postoji u sopstvenom interesu akcionara – pravilima o postavljanju pitanja utvrđuje se prednost sopstvenog članskog interesa akcionara.<sup>10</sup> S tim u vezi se ukazuje da je zato i adresat odgovora pojedinačni akcionar, a ne skupština, kao što bi to bio slučaj da se radi o pravu koje postoji u tuđem interesu.<sup>11</sup> S ekonomskog aspekta posmatrano pravo na informisanje se posmatra kao sredstvo umanjivanja informativne asimetrije koja postoji u kontekstu Principal – Agent odnosa.

Individualno pravo na informisanje se često određuje kao manjinsko pravo.<sup>12</sup> Ovo shvatanje nije prihvatljivo s obzirom da bi pravo na informisanje u tom slučaju moglo funkcionisati kao instrument manjinske zaštite kada bi moglo da se vrši samo od strane manjine. Nasuprot tome, ono je deo svakog individualnog članstva i predstavlja individualno člansko pravo.

U literaturi postoji shvatanje prema kojem je individualno pravo na informisanje pomoćno pravo.<sup>13</sup> Nezavisno od toga što se ovom stavu negira značaj,<sup>14</sup> on se može prihvatiti. Pravo na informisanje nije svrha samo sebi, već omogućava zaštitu i vršenje prava iz članstva.<sup>15</sup> Ovo se, pre svega odnosi na pravo glasa, ali ne samo na njega, već i na zaštitu putem prava na poništaj skupštinske odluke. Ono se ne spušta na nivo dela organizacione strukture društva, kada bi se moglo isključiti organizacionim pravilima – postojanje prava na informisanje akcionara nije na dispoziciji osnivačkog akta.<sup>16</sup> Pravo na informisanje se ne može isključiti osnivačkim aktom.

Individualno pravo na informisanje je deo članstva i prenosivo je a članstvom. Nije moguće pravnim poslom preneti pravo na informisanje odvojeno od članstva, što je posledica principa nedeljivosti akcije. Treba, ipak, imati u vidu da je prihvatanjem postojanja instituta dana akcionara omogućeno značajno relativizovanje ovog principa, o čemu je bilo reči.

---

<sup>10</sup> Schmidt K. op. cit., str. 516 – 517.

<sup>11</sup> Casper M., op. cit., str. 566.

<sup>12</sup> Hüffer Uwe, Aktiengesetz, München 1999, str. 623.

<sup>13</sup> Gessler E., Hefermehl W., Eckardt U., Kropf B., op. cit., str. 230.

<sup>14</sup> Schmidt Walter, Meyer – Landrut Joachim u Gadov, Aktiengesetz, Berlin 1961, str. 768.

<sup>15</sup> Schmidt K., str. 516.

<sup>16</sup> Ibidem.

S obzirom na mogući sukob interesa društva sa interesom akcionara u pogledu tražene informacije, na šta smo već ukazali, individualno pravo akcionara na informisanje je podložno određenim ograničenjima. U nekim nacionalni pravima ograničenja su utvrđena zakonom, što smatramo dobrim rešenjem. S obzirom da u domaćem pravu nije tako postupljeno, ostaje mogućnost utvrđivanja ograničenja osnivačkim aktom ili statutom («u skladu sa statutom» čl. 275 st. 2). S obzirom na zakonsku regulativu i karakter norme, kao i vezanost za tačku dnevnog reda, postavlja se pitanje da li ima prostora za nepisana ograničenja individualnog prava na informisanje. U literaturi se s tim u vezi ukazivalo na različite situacije koje se odnose prekomerno vršenje prava, odnosno zloupotrebu prava, kao i nemogućnost davanje odgovora.<sup>17</sup> Nasuprot tome postoje shvatanja da je neophodnost informacije dovoljna da spreči zloupotrebu prava. Sporan je i odnos između neophodnosti informacije i potreba za informacijom. S jedne strane, ukazuje se da potreba za informacijom obuhvaćena neophodnošću informacije. Nasuprot tome, ukazuje se da je neophodnost objektivna kategorija, koja ima u vidu prosečnog akcionara. Za razliku od toga nepisana ograničenja se ravnaju prema subjektivnom kriterijumu akcionara koji postavlja zahtev, posebno u slučaju da se odbije odgovor.<sup>18</sup>

Povreda individualnog prava akcionara na informisanje proizvodi različite pravne posledica. Akcionar, prema vladajućem mišljenju, može tužbom tražiti izvršenje obaveze. Osim toga može tražiti i naknadu štete i može pokrenuti postupak za pobijanje skupštinske odluke.

Individualno pravo akcionara na informisanje prestaje zajedno sa članstvom. Pri tome treba razlikovati situacije kada dolazi do gubitka članstva za pojedinog akcionara uz zadržavanje članskog mesta (npr. otuđenjem akcije), od situacije kada dolazi do prestanka članstva (npr. poništajem akcije).

## KOLEKTIVNO PRAVO AKCIONARA NA INFORMISANJE

Za razliku od individualnih prava na informisanje, kolektivna prava na informisanje su deo unutrašnje organizacije društva i nisu deo članstva.<sup>19</sup> Ona predstavljaju pravo zajednice ili njenog višečlanog organa na informisanje i ne rezultiraju članskim pravom na informisanje, već obavezom organa na podnošenje izveštaja zajednici ili njenom organu. Ima shvatanja, zasnovanih na

---

<sup>17</sup> Hüffer U., op. cit., str. 633.

<sup>18</sup> Prema Casper M., op. cit., str. 569.

<sup>19</sup> Schmidt K., str. 518.

rešenjima u nekim nacionalnim pravima kojima se obezbeđuje primena pravila o nalogu na udruženja, da se kolektivno pravo na informisanje zasniva na opštem zahtevu za polaganje računa koji imaju akcionari prema upravnom odboru (kao poslovnom organu).<sup>20</sup>

Obaveza upravnog odbora na podnošenje izveštaja prema skupštini kao organa je čisto kolektivno pravo na informisanje.<sup>21</sup> U ovu grupu prava na informisanje pripadaju na pr. izveštaj o poslovanju društva, finansijski izveštaj, izveštaj nadzornog odbora ako postoji (čl. 281 st. 5), izveštaj o ukidanju ili ograničavanju prava na prioritetni upis akcija (čl. 213 st. 12), izveštaj o sticanju sopstvenih akcija (čl. 289 st. 2). Treba, takođe, imati u vidu i čl. 324 gde su predviđene obaveze upravnog odbora u pogledu podnošenja izveštaja skupštini.

Za razliku od individualnog prava na informisanje, kolektivno pravo na informisanje je pravo koje postoji u tuđem interesu. To se vidi i iz toga što je adresat izveštaja skupština, a ne pojedinačni akcionar (...upravni odbor ...izveštava skupštinu... čl. 324 st. 1). U slučaju da upravni odbor ne izvrši svoju obavezu mogu nastupiti različite posledice. Skupština može naknadno postaviti zahtev za dopunsku informaciju. Ovakav zahtev može biti postavljen samo u obliku skupštinske odluke, što pretpostavlja odgovarajuću većinu. U odsustvu skupštinske odluke pojedinačni akcionar ne može postaviti kolektivni zahtev za informaciju u svoje ili tuđe ime. Ukoliko upravni odbor ne ispuni zahtev skupština može odbiti da donese odgovarajuću odluku, kao što može i da smeni upravni odbor. Kolektivno pravo na informaciju se ne može utužiti.<sup>22</sup> Pojedinačni akcionar može podići derivativnu tužbu protiv članova upravnog odbora, ali samo u slučaju da je nastupila šteta za društvo. S tim u vezi ukazujemo na čl. 289 kojim se reguliše kolektivno pravo na informisanje kroz obavezu upravnog odbora na podnošenje izveštaja skupštini o određenim pitanjima. Nezavisno od toga što se radi o kolektivnom pravu na informisanje predviđeno je pravo pojedinačnog akcionara na podnošenje tužbe. Za razliku od toga čl. 324 se zasniva na ispravnom teorijskom pristupu. Pre svega, ustanovljava se obaveza jednog organa (upravnog odbora) na podnošenje izveštaja drugom organu (skupštini), a dostavljanje izveštaja o drugim pitanjima se vrši po zahtevu skupštine, a ne pojedinačnog akcionara (čl. 324 st. 3). Imajući u vidu čl. 289, čl. 324, kao i čl. 43 smatramo da u domaćem pravu sistem mogućnosti za pribavljanje informacija nije konzistentno sproveden s obzirom na nedovoljno jasno razlikovanje individualnog prava na informisanje akcionara od kolektivnog prava na informisanje.

---

<sup>20</sup> Prema Casper M., op. cit., str. 567.

<sup>21</sup> Spindler G., op. cit., str. 1447.

<sup>22</sup> Hass Ulrich, Scholl Stefanie, Informationsansprüche im Idealverein, Festschrift für Walther Hadding, Berlin 2004, str. 373.

ZORAN ARSIĆ, LL.D.,  
Professor, Faculty of Law, Novi Sad

## SHAREHOLDERS' RIGHT TO INFORMATION

### Summary

The shareholder generally has the right to obtain on request a specific information or documents. In legal theory distinction is made among individual information right, which is the part of individual membership, and collective information right which is the part of corporate structure. The author elaborates in detail all the pertinent aspects of the topic.



## INFORMISANJE AKCIONARA PRE SEDNICE SKUPŠTINE AKCIONARSKOG DRUŠTVA

### O ZNAČAJU INFORMISANJA AKCIONARA PRE SEDNICE

U efikasnom sistemu korporativnog upravljanja akcionarima se moraju obezbediti sredstva za ostvarivanje uticaja na društvo. Taj uticaj se prevashodno ostvaruje preko skupštine akcionarskog društva.<sup>1</sup> Informisanje akcionara pre sednice skupštine je preduslov za efikasno vršenje brojnih prava akcionara koja se ostvaruju pre i za vreme sednice. Tu pre svega spadaju pravo glasa, pravo učešća u radu skupštine, pravo na postavljanje pitanja i prava u vezi sa dnevnim redom.

Informisanje akcionara ima dva aspekta: sa jedne strane ono se odnosi na informisanje o vremenu, mestu i dnevnom redu skupštine, dok se sa druge strane ono vezuje za informisanje o pitanjima o kojima će se odlučivati na skupštini.<sup>2</sup> Komunikacija između akcionara i društva pre sednice skupštine je jednosmerna<sup>3</sup>

---

Dr Vuk Radović, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

<sup>1</sup> Vidi: Izveštaj Visoke grupe eksperata za kompanijsko pravo o modernom regulatornom okviru za kompanijsko pravo u Evropi (*Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*, dalje u fusnotama: Vinterov izveštaj) od 4.11.2002. godine, str. 47-48.

<sup>2</sup> OECD Principi korporativnog upravljanja iz 2004. godine (*OECD Principles of Corporate Governance*, dalje u fusnotama: OECD Principi KU), princip II.C.1.

<sup>3</sup> Vidi: Vinterov izveštaj, str. 49.

(od društva ka akcionarima), te dužnost informisanja akcionara tereti društvo, odnosno odgovarajuća lica i organe u skladu sa zakonom.

Uticaj akcionara na informisanje pre sednice je ograničeno, ali ne i beznačajno. Ono može imati *ex ante* ili *ex post* karakter. *Ex ante* uticaj akcionara se uglavnom ostvaruje preko internih akata društva (osnivačkog akta i statuta), u kojima se u skladu sa zakonskim propisima mogu propisati posebna pravila vezana za informisanje akcionara pre sednice skupštine. Svi zakoni koji uređuju akcionarska društva sadrže odredbe o informisanju akcionara pre sednice skupštine. One su najčešće koncipirane kao relativno imperativne norme, jer omogućavaju društvima da predvide i stroža pravila. Prema tome, akcionari mogu, ako u tome pronadu svoj interes, da pooštire zakonska pravila o informisanju pre sednice, ali ne i da ih ublaže. *Ex post* uticaj se ostvaruje nakon održane sednice kao reakcija na neadekvatno informisanje. Najčešća dva prava koja akcionari u tom pogledu mogu da koriste su podnošenje tužbe za pobijanje skupštinskih odluka i pokretanje postupka za razrešenje odgovornih lica (na primer, predsednika skupštine ili članova upravnog odbora) sazivanjem vanredne skupštinske sednice.

Da bi obaveštavanje akcionara ostvarilo željeni efekat, ono mora da bude blagovremeno, potpuno i izvršeno na pouzdan način. U daljem tekstu će biti više reči o ova tri najznačajnija aspekta prethodnog informisanja akcionara.

## BLAGOVREMENO INFORMISANJE

### *Rokovi za sazivanje sednice*

Akcionari moraju biti blagovremeno informisani o zakazanoj sednici skupštine. Naime, svakom akcionaru, bez obzira na njegovo sedište, odnosno prebivalište, treba omogućiti dovoljno vremena da organizuje svoje obaveze prema tom terminu i da se pripremi za predstojeću sednicu.<sup>4</sup> Od svakog akcionara se očekuje da prouči sve tačke dnevnog reda, predloge odluka i drugu relevantnu dokumentaciju, kako bi mogao da utvrdi da li želi da koristi neko od prava koja se vezuju za sednicu skupštine, a naročito da li će i kako će glasati o svakoj pojedinoj tački dnevnog reda. Takođe, rok im omogućava da stupe u kontakt sa drugim akcionarima u cilju zauzimanja zajedničkih stavova prema određenom

---

<sup>4</sup> Uwe Hüffer, *Aktiengesetz*, 7. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2006, str. 639; Vilim Gorenc, *Trgovačko pravo društva*, IV. izmenjeno i dopunjeno izdanje, Školska knjiga, Zagreb, 2003, str. 360.



predlogu (na primer, da glasaju protiv nekog predloga upravnog odbora).<sup>5</sup> Pravo na blagovremeno informisanje je od posebnog značaja za inostrane institucionalne investitore, kojima je potrebno dosta vremena da eventualno prevedu materijale i detaljno ih analiziraju.<sup>6</sup> Zbog toga nacionalna zakonodavstva uvek propisuju minimalne krajnje rokove za sazivanje sednica skupštine akcionarskog društva. Oni variraju između sedam dana i mesec dana, pri čemu se u nekim zemljama pravi razlika između redovnih i vanrednih sednica sa idejom skraćivanja rokova za vanredne sednice.<sup>7</sup> U teoriji se postavilo pitanje opravdanosti kraćih rokova za sazivanje vanrednih sednica, imajući u vidu da je dnevni red za ove sednice nepredvidiv, te iz tog ugla posmatrano akcionarima je potrebna veća zaštita kod ovih sednica.<sup>8</sup>

U pogledu dužine trajanja rokova prisutna su dva oprečna stanovišta.<sup>9</sup> Prema prvom stanovištu, krajnje rokove za sazivanje sednice treba produžavati, jer akcionarstvo sve više poprima dimenzije prekograničnog, a to znači da se gla-

---

<sup>5</sup> Vidi: Paul L. Davies, *Gower and Davies Principles of Modern Company Law*, eighth edition, Sweet & Maxwell, 2008, str. 450.

<sup>6</sup> Često se čuju prigovori da institucionalni investitori ne dobijaju materijale na vreme. Navedeno prema: Eddy Wymeersch, »Current Company Law Reform Initiatives in the OECD Countries – Challenges and Opportunities« (February, 2001), Financial Law Institute Working Paper No. 2001–04, dostupno na adresi: <http://ssrn.com/abstract=273869>, 8.8.2010., str. 11.

<sup>7</sup> Vidi: američki *Model Business Corporation Act* (dalje u fusnotama: MBCA) iz 1984. godine, čl. 7.05(a) – 10 dana; delaverski Osnovni zakon o akcionarskim društvima (*General Corporation Law*, dalje u fusnotama: GCL) iz 1967. godine, čl. 222(b) – 10 dana; britanski Kompanijski zakon (*Companies Act*, dalje u fusnotama: CA) iz 2006. godine, čl. 307(2) – 21 dan za godišnju sednicu, a 14 dana za vanrednu sednicu; australijski Zakon o akcionarskim društvima (*Corporations Act*, dalje u fusnotama: CA) iz 2001. godine, čl. 249H, 249HA – 21 dan za nekotirana društva, a 28 dana za kotirana društva; nemački Zakon o akcijama (*Aktiengesetz*, dalje u fusnotama: AktG) iz 1965. godine (sa izmenama do 2009. godine), čl. 123 – 30 dana; austrijski Zakon o akcijama (*Aktiengesetz*, dalje u fusnotama: AktG) iz 1965. godine (sa izmenama do 2009. godine), čl. 107(1) – 28 dana za redovnu sednicu, a 21 dan za vanrednu sednicu; švajcarski Zakon o obligacijama (*Obligationenrecht*, dalje u fusnotama: OR) iz 1911. godine, čl. 700(1) – 20 dana; danski Zakon o akcionarskim društvima (*Bekendtgørelse af lov om aktieselskaber*, dalje u fusnotama: BAKS), čl. 73(1) – 8 dana; hrvatski Zakon o trgovačkim društvima (dalje u fusnotama: ZTD) iz 1993. godine, čl. 279(1) – mesec dana; slovenački Zakon o trgovačkim društvima (*Zakon o gospodarskih družbah*, dalje u fusnotama: ZGD) iz 2009. godine, čl. 297(1) – 30 dana; makedonski Zakon o trgovačkim društvima (*Zakon za trgovskite društva*, dalje u fusnotama: ZTD) iz 2009. godine, čl. 387(5) – 21 dan; crnogorski Zakon o privrednim društvima (*Službeni list RCG*, br. 6/02, *Službeni list CG*, br. 17/07, 80/08, dalje u fusnotama: ZOPD), čl. 36(6) – 30 dana.

<sup>8</sup> Vidi: Jean Nicolas Druey, »General report«, u: Theodor Baums, Eddy Wymeersch (eds.), *Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States*, Kluwer Law International, 1999, str. 368.

<sup>9</sup> Vidi: Mathias M. Siems, *Convergence in Shareholder Law*, Cambridge University Press, 2008, str. 98.

sačka i druga prava akcionara ostvaruju preko većeg broja finansijskih posrednika. U praksi se dešava da se skupština održi, a da akcionari sa sedištem ili prebivalištem u stranoj državi još uvek nisu dobili obaveštenje o tome. Takođe, istaknut je i argument prema kome se kod većih društava, kojih je sve više, postavljaju složenija pitanja koja zahtevaju više vremena za pripremu i analizu. U svakom slučaju, uporednopravno je uočljiva tendencija produžavanja rokova za sazivanje sednice skupštine.<sup>10</sup> Suprotno ovom stanovištu, prisutna su i mišljenja prema kojima rokove za sazivanje sednice treba skraćivati. Na taj način bi se omogućilo skupštini akcionarskog društva da pravovremeno reaguje na aktuelne događaje. Razvoj medija i elektronskih komunikacija pogoduje ovakvom načinu razmišljanja.

Direktiva o vršenju prava akcionara je prihvatila rešenje, po kome je krajnji rok za objavljivanje poziva za sednicu skupštine akcionarskog društva 21 dan pre dana sednice.<sup>11</sup> Ovaj rok se primenjuje na sve vrste sednica skupštine. Države članice bi mogle da naprave razliku između redovnih i vanrednih sednica, ali uz poštovanje minimalnog roka (na primer, dozvoljeno bi bilo da se propiše da je minimalan rok za redovnu sednicu 30 dana, a za vanrednu 21 dan). Ovakvo pravilo onemogućava društva da na autonomnoj osnovi skraćuju rokove za sazivanje sednice, odnosno u slučaju da je zakonom propisan rok duži od minimalnog (na primer, 30 dana) da ih skraćuju ispod 21 dana. Prema tome, akcionarima se garantuje da će u svakom slučaju imati najmanje tri nedelje za pripremu za predstojeću sednicu.

Srpski Zakon o privrednim društvima, takođe, izričito propisuje rokove za sazivanje sednice skupštine akcionarskog društva. Slično nekim uporednim zakonodavstvima, pravi se razlika između sazivanja godišnje i vanredne sednice skupštine. Kod godišnje sednice poziv se dostavlja ili javno objavljuje najkasnije 30 dana i najranije 60 dana pre dana održavanja sednice, a kod vanredne najkasnije 15 dana i najranije 30 dana pre dana održavanja sednice.<sup>12</sup> Zakonsko normiranje rokova nije smetnja za akcionarsko društvo da svojim osnivačkim aktom produži minimalan rok, odnosno da skрати maksimalan rok.<sup>13</sup> Bitno je samo da se poziv uputi ili javno objavi u vremenskim intervalima propisanim zakonom.

---

<sup>10</sup> Jean Nicolas Druey, *nav. članak*, str. 368.

<sup>11</sup> Vidi: 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, *Official Journal L 184* od 14.7.2007. godine (dalje u fusnotama: Direktiva o vršenju prava akcionara), čl. 5(1).

<sup>12</sup> Vidi: Zakon o privrednim društvima (*Službeni glasnik RS*, br. 125/2004, dalje u fusnotama: ZOPD), čl. 281.

<sup>13</sup> Zoran Arsić, »Skupština akcionarskog društva«, u: Mirko Vasiljević, Vuk Radović (urednici), *Korporativno upravljanje – zbornik radova*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2008, str. 23–24.

Unutar zakonskih pravila društva imaju slobodu da izaberu neku od sledeće četiri opcije:

– prvo, društva mogu osnivačkim aktom da ne predvide posebne rokove za sazivanje sednice, i u tom slučaju će se primenjivati zakonska pravila;

– drugo, društvima je dozvoljeno da preciziraju rok za sazivanje redovne, odnosno vanredne sednice (na primer, 45 dana za redovnu sednicu i 21 dan za vanrednu); na taj način sazivači nakon određivanja vremena održavanja sednice imaju fiksiran dan kada moraju da upute, odnosno javno objave pozive za sednicu; ovakvu praksu treba izbegavati, jer se njome ne postižu neki posebno korisni efekti, a povećava se verovatnoća neblagovremenog sazivanja sednice;

– treće, društva mogu da skrate zakonske intervale unutar kojih se mora uputiti, odnosno javno objaviti poziv (na primer, za godišnje sednice najkasnije 30 dana i najranije 45 dana pre dana održavanja sednice, a kod vanredne najkasnije 21 dan i najranije 25 dana pre dana održavanja sednice);

– četvrto, postoji i mogućnost da društva predvide jedinstven rok za sazivanje redovne i vanredne sednice, a imajući u vidu zakonska rešenja, taj rok bi mogao da iznosi 30 dana pre dana održavanja sednice (zapravo to je jedini dan u kome se zakonski rokovi za sazivanje redovne i vanredne sednice preklapaju, jer je 30 dan pre dana održavanja sednice najduži mogući rok za sazivanje vanredne i najkraći rok za sazivanje redovne sednice).

U pogledu načina računanja rokova treba primeniti opšta pravila iz Zakona o obligacionim odnosima.<sup>14</sup> U tom pogledu treba skrenuti pažnju na sledeće pojedinosti:

1) Rokovi se računaju u danima, što znači da se primenjuju pravila tzv. civilnog računanja vremena.<sup>15</sup> Bitan je samo dan, ali ne i čas i minut održavanja sednice, odnosno tačan momenat upućivanja ili javnog objavljivanja poziva, jer se u ovom slučaju ne primenjuje tzv. astronomsko računanje vremena.

2) Za razliku od Zakona o obligacionim odnosima, čija je odredba formulisana tako da se rokovi računaju unapred (tj. posle nastupanja relevantnog događaja), rokovi za sazivanje sednice skupštine se računaju unazad.<sup>16</sup> Različita vremenska perspektiva računanja rokova je bila povod da se u Nemačkoj izme-

---

<sup>14</sup> Vidi: Zakon o obligacionim odnosima (*Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85 i 45/89, dalje u fusnotama: ZOO), čl. 77. O dilemama da li u ovom slučaju treba primeniti pravila Zakona o obligacionim odnosima sa pozivom na nemačku teoriju više vidi: Zoran Arsić, *nav. članak*, str. 22.

<sup>15</sup> Nemačka je izmenama iz 2005. godine napustila rok od mesec dana u korist roka od 30 dana, kako bi omogućila primenu jedinstvenog računanja rokova u čitavom Zakonu o akcijama, jer su sada svi rokovi izraženi u danima. Uwe Hüffer, *nav. delo*, str. 639. Vidi: *Gesetz für Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG)* od 22.9.2005. godine, čl. 1(5).

<sup>16</sup> Vidi: Uwe Hüffer, *nav. delo*, str. 639; Zoran Arsić, *nav. članak*, str. 22.

nama Zakona o akcijama iz 2005. godine specifično reguliše način računanja rokova unazad i na taj način otkloni ranije prisutna neizvesnost.<sup>17</sup>

3) Shodno Zakonu o obligacionim odnosima, a imajući u vidu formulaciju Zakona o privrednim društvima, dan sednice skupštine treba tretirati događajem od kog se računa rok. Prema opštim pravilima o računanju rokova u danima, rok počinje da teče »prvog dana posle događaja od koga se rok računa«, što znači da se dan sednice skupštine ne uračunava u rok, već rok počinje da teče od kraja prvog prethodnog dana.<sup>18</sup> Prema tome, ako je sednica zakazana za 15. septembar (bez obzira na vreme), rok počinje da teče 14. septembra u 24 časa (ponoć).

4) Prema opštem pravilu, rok ističe završetkom poslednjeg dana roka. Ako se ima u vidu da se rokovi za sazivanje sednice skupštine računaju unazad, onda je poslednji dan roka početak poslednjeg dana. Primera radi, ako je sednica zakazana za 15. septembar, minimalan rok od 15 dana za vanrednu sednicu ističe 31. avgusta u 00.00 časova, što znači da se poziv mora uputiti ili javno objaviti do kraja 30. avgusta (do ponoći).<sup>19</sup> Na osnovu navedenog se može zaključiti da se u srpskom pravu, ni dan održavanja sednice skupštine ni dan upućivanja ili javnog objavljivanja poziva ne uračunavaju u rok. Ovakav zaključak je u skladu sa interesima akcionara, jer im se na taj način omogućava da imaju cele dane na raspolaganju za pripremu, a uz to i deo prvog dana koji sledi nakon dana početka roka (dan održavanja sednice), kao i deo dana koji prethodi danu isteka roka (dan kada je upućen ili javno objavljen poziv). Isto shvatanje je prihvaćeno i u britanskom pravu, a poznato je pod nazivom. »pravilo čistih dana« (engl. *clear day rule*).<sup>20</sup> Suprotno rečenom, u nemačkom pravu je izmenama precizirano da se dan sazivanja računa u rok.<sup>21</sup>

5) Ako je poslednji dan roka neradni dan, prema opštem pravilu će se kao poslednji dan roka računati sledeći radni dan. Međutim, doslovna primena pravila o sledećem radnom danu nije prihvatljiva, jer bi u tom slučaju došlo do skraćivanja rokova za sazivanje sednice.<sup>22</sup> Kako se rokovi kod sazivanja sednice skupštine računaju unazad, treba zauzeti stav prema kome rok ističe prethodnog radnog dana.<sup>23</sup> Na taj način je faktički produžen rok za sazivanje sednice. Ipak,

---

<sup>17</sup> Vidi: Uwe Hüffer, *nav. delo*, str. 639 i 643.

<sup>18</sup> Isto vidi: nemački AktG, čl. 123(4). Ovaj stav se danas tretira opštim pravilom za računanje rokova unazad u nemačkom zakonu, iako nije sistemski tako formulisan. Uwe Hüffer, *nav. delo*, str. 643. Suprotno pravilo je prihvaćeno u Škotskoj. Vidi: Geoffrey Morse, *Charlesworth & Morse Company Law*, Sweet & Maxwell, London, 1999, str. 217, fn. 19.

<sup>19</sup> Slično vidi: Zoran Arsić, *nav. članak*, str. 22.

<sup>20</sup> Vidi: britanski CA, čl. 360.

<sup>21</sup> Vidi: Uwe Hüffer, *nav. delo*, str. 643.

<sup>22</sup> Zoran Arsić, *nav. članak*, str. 23.

<sup>23</sup> Slično vidi: nemački AktG, čl. 123(4).

čini se da u slučaju sazivanja sednice skupštine nije opravdana primena pravila o produženju roka na prvi prethodni radni dan.<sup>24</sup> Ako je poziv dostavljen akcionaru dan pre državnog praznika, nema razloga koji bi opravdali produženje roka, jer se taj dan ni po čemu ne razlikuje od ostalih dana. Kada bi se prihvatio takav stav, bilo bi opravdano govoriti o potrebi produženja roka za svaki neradni dan u toku trajanja roka.

Za razliku od većine uporednopravnih zakonodavstava, koja propisuju samo minimalan rok za sazivanje sednice, u srpskom pravu postoje i maksimalni rokovi (60 dana za redovnu i 30 dana za vanrednu sednicu).<sup>25</sup> Na taj način su zakonom normirani najraniji momenti za slanje ili javno objavljivanje poziva za sednicu. Premda je smisao zakonskog određivanja maksimalnog roka sporan i nedovoljno jasan,<sup>26</sup> u teoriji se ističe da duži rok nije štetan, ali ni neophodan.<sup>27</sup> Činjenica je da rano sazivanje sednice može biti zloupotrebjeno, jer se od akcionari zahteva da u dužem periodu pamte dan održavanja sednice, što može imati za posledicu manji odziv.<sup>28</sup> Zbog toga se ističe zahtev prema kome maksimalan rok mora biti u razumnim granicama.<sup>29</sup> Srpsko pravo je zakonom odredilo te razumne granice, te u tom pogledu nema dilema. Sporno je samo da li se mogu pravdati različiti razumni rokovi za sazivanje redovne i vanredne sednice.

Nepoštovanje zakonskih pravila, kao i eventualnih pravila sadržanih u osnivačkom aktu o rokovima za sazivanje sednice skupštine predstavlja osnov za pobijanje skupštinskih odluka donetih na tako zakazanoj sednici. U srpskom pravu se odluka skupštine može pobijati ako je doneta na sednici skupštine koja nije sazvana u skladu sa zakonom i osnivačkim aktom.<sup>30</sup> Ova formulacija nesporno obuhvata neblagovremeno zakazivanje sednice.

Određbe Zakona o privrednim društvima o rokovima za sazivanje sednice skupštine nisu u potpunosti usaglašene sa rokom propisanim Direktivom o vršenju prava akcionara. Naime, minimalan rok za sazivanje vanredne sednice skupštine akcionarskog društva je 15 dana, što je za šest dana kraći rok u odnosu

---

<sup>24</sup> Jakša Barbić, *Pravo društava – društva kapitala*, četvrto izdanje, Organizator, Zagreb, 2007, str. 657.

<sup>25</sup> Maksimalne rokove poznaju: američki MBCA, čl. 7.05.(a) – 60 dana; danski BAKS, čl. 73(1) – četiri nedelje; makedonski ZTD, čl. 387(5) – 50 dana. Skandinavske zemlje takođe poznaju maksimalne rokove i oni variraju između mesec dana i dva meseca. Navedeno prema: Jean Nicolas Druey, *nav. članak*, str. 368.

<sup>26</sup> Zoran Arsić, *nav. članak*, str. 23.

<sup>27</sup> Uwe Hüffer, *nav. delo*, str. 639.

<sup>28</sup> Jakša Barbić, *nav. delo*, str. 659.

<sup>29</sup> Uwe Hüffer, *nav. delo*, str. 639.

<sup>30</sup> Vidi: ZOPD, čl. 302(1)(1).

na opšti i *de minimis* rok Direktive. U svim ostalim aspektima je naše pravo usklađeno sa komunitarnim.

### *Izuzeci*

Direktiva o vršenju prava akcionara je dozvolila skraćivanje minimalnog zakonskog roka u tri slučaja, pri čemu ni u jednom od tih slučajeva skraćivanje nije obavezno, već je državama članicama ostavljena sloboda u tom pogledu. Drugi izuzeci, van propisanih, nisu dozvoljeni.

a) Prvi potencijalan izuzetak se odnosi na primenu drugačijih pravila o roku za sazivanje sednice skupštine za vreme trajanja postupka preuzimanja. Direktiva o vršenju prava akcionara je samo dozvolila ovaj izuzetak, dok je on detaljnije uređen Direktivom o javnim ponudama za preuzimanje, i to u okviru dva različita instituta: principa neutralnosti uprave i pravila probijanja.<sup>31</sup>

(1) Prva situacija se odnosi samo na slučajeve kada skupština u toku trajanja postupka preuzimanja odlučuje o merama odbrane, odnosno kada daje saglasnost na mere odbrane koje uprava želi da implementira. Mnogi autori su uočili da će dobijanje saglasnosti od strane skupštine akcionarskog društva biti onemogućeno, jer će u najvećem broju slučajeva rok za prihvatanje ponude za preuzimanje isteći pre dana održavanja skupštinske sednice.<sup>32</sup> Jedini način da se razreši problem kratkoće roka je da se norme opšteg prava akcionarskih društava promene u pravcu skraćivanja krajnjih rokova za sazivanje sednice.<sup>33</sup> Direktiva o javnim ponudama za preuzimanje je na pomenuti problem odgovorila odredbom kojom dozvoljava državama članicama da skrate rok za sazivanje skupštine, kada ona treba da odlučuje o davanju saglasnosti, pri čemu taj period ne sme biti kraći od dve nedelje od dana upućivanja javnog poziva.<sup>34</sup> Prema tome, u odnosu na minimalni rok Direktive o vršenju prava akcionara, rok je skraćen za nedelju dana.

---

<sup>31</sup> Vidi: Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 april 2004 on takeover bids, *Official Journal L 142* od 30.4.2004. godine (dalje u fusnotama: Direktiva o preuzimanju), čl. 9(4), 11(4). Više o principu neutralnosti uprave i pravilu probijanja vidi: Vuk Radović, *Mere odbrane akcionarskog društva od preuzimanja kontrole*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Službeni glasnik, Beograd, 2008, str. 77–109, 172–192, 219–254.

<sup>32</sup> Vidi: Christian Kirchner, Richard W. Painter, »Towards a European Modified Business Judgment Rule for Takeover Law«, *European Business Organization Law Review*, br. 2/2000, str. 355–356.

<sup>33</sup> Vidi: Christian Kirchner, Richard W. Painter, »Takeover Defenses Under Delaware Law: the Proposed Thirteenth EU Directive and the New German Takeover Law: Comparison and Recommendations for Reform«, *American Journal of Comparative Law*, br. 50/2002, str. 459.

<sup>34</sup> Vidi: Direktiva o preuzimanju, čl. 9(4).

Skraćeni rok treba shvatiti kao preciziranje standarda »bez nepotrebnog odlaganja«, dok u isto vreme fiksiran rok od dve nedelje predstavlja neophodan period za valjano informisanje akcionara.<sup>35</sup> Tako je uspostavljena ravnoteža između potrebe za fleksibilnošću donošenja mera odbrane od strane skupštine na jednoj strani, i zaštite prava akcionara, na drugoj strani.<sup>36</sup>

Srpski Zakon o preuzimanju akcionarskih društava<sup>37</sup> nije propisao kraći rok za sazivanje sednice skupštine akcionarskog društva kada se glasa o davanju saglasnosti na predloženu meru odbrane upravnog odbora. Ovo se pri trenutnim zakonskim rešenjima ne može tumačiti kao nedostatak našeg prava preuzimanja, jer se poređenjem minimalnog roka koji Direktiva o preuzimanju zahteva za sazivanje skupštine akcionara (14 dana) sa minimalnim rokom za sazivanje vanredne sednice skupštine prema Zakonu o privrednim društvima (15 dana) uočava da je razlika samo u jednom danu.<sup>38</sup> Međutim, usaglašavanjem minimalnog roka za sazivanje iz našeg zakona sa Direktivom o vršenju prava akcionara, javiče se potreba za skraćivanjem roka u pravu preuzimanja.

(2) Druga situacija se odnosi na slučaj sazivanja sednice skupštine sa određenim dnevnim redom od strane preuzimaoca, nakon uspešno okončanog postupka preuzimanja. Direktiva o javnim ponudama za preuzimanje je olakšala poziciju preuzimaoca, tako što mu je dala pravo da sazove vanrednu sednicu skupštine u skraćenom roku, ali uz obavezu da od objavljivanja poziva do održavanja sednice mora proteći minimum dve nedelje.<sup>39</sup> Skraćivanje roka za sazivanje pretpostavlja ispunjenost sledećih uslova: prvo, preuzimalac mora da stekne 75% glasačkih akcija ciljnog društva; drugo, reč je o prvoj sazvanoj sednici skupštine nakon okončanja postupka preuzimanja; treće, sednicu skupštine mora sazvati preuzimalac; i četvrto, na dnevnom redu sednice mora biti ili odluka o izmeni osnivačkog akta društva ili odluka o razrešenju postojećih i izboru novih članova uprave ciljnog društva. Na tako zakazanoj sednici skupštine se privremeno stavljaju van snage neki pravni mehanizmi koji stvaraju disproporciju između rizičnog kapitala i kontrolnih prava akcionara (na primer, pluralne akcije,

---

<sup>35</sup> Vidi: Stefan Grundmann, »The Market for Corporate Control: the Legal Framework, Alternatives, and Policy Considerations«, u: Klaus J. Hopt, Eddy Wymeersch, Hideki Kanda, Harold Baum, *Corporate Governance in Context: Corporations, States, and Markets in Europe, Japan, and the US*, Oxford University Press, 2005, str. 430.

<sup>36</sup> Vidi: Jean Nicolas Druey, »General Report«, u: Theodor Baums, Eddy Wymeersch, *Shareholder Voting Rights and Practices in Europe and the United States*, Kluwer Law International, 1999, str. 369.

<sup>37</sup> Zakon o preuzimanju akcionarskih društava, *Službeni glasnik RS*, br. 46/2006.

<sup>38</sup> Vidi: Vuk Radović, *nav. delo*, str. 203.

<sup>39</sup> Vidi: Direktiva o preuzimanju, čl. 11(4).

maksimiziranje prava glasa akcionara, i sl.), što treba da omogući preuzimaocu da ostvari i faktičku kontrolu nad ciljnim društvom.

Zakon o preuzimanju akcionarskih društava je uveo u srpsko pravo pravilo probijanja, koje se primenjuje u dva vremenska okvira: u toku trajanja postupka preuzimanja i u periodu nakon njegovog okončanja.<sup>40</sup> Međutim, u oba slučaja zakonom nisu skraćeni rokovi za sazivanje sednice skupštine.

b) Drugi potencijalan izuzetak je uveden zahvaljujući mogućnostima korišćenja elektronskih komunikacija, jer njihova primena čini duge rokove za sazivanje sednice potencijalno nepraktičnim i nepotrebnim. Ovaj izuzetak pretpostavlja kumulativno ispunjenje pet uslova:

- prvo, reč je o vanrednoj sednici skupštine;
- drugo, društvo nudi akcionarima mogućnost da glasaju elektronskim sredstvima i ta sredstva su dostupna svim akcionarima;
- treće, skupština akcionarskog društva mora da donese odluku kvalifikovanom većinom (najmanje dvotrećinskom većinom svih glasova) kojom dozvoljava skraćivanje roka za sazivanje; i
- četvrto, odluka o skraćivanju roka za sazivanje važi najkasnije do naredne godišnje sednice skupštine (odluka skupštine se može odnositi na narednu vanrednu sednicu, nekoliko narednih vanrednih sednica ili na sve vanredne sednice do sledeće godišnje skupštine);
- peto, krajnji rok za objavljivanje poziva za sednicu skupštine akcionarskog društva je 14. dan pre dana sednice, što ne isključuje mogućnost skupštine da taj rok produži (na primer, ako je opšti krajnji rok za sazivanje sednice u nekoj državi 30 dana, skupština bi pod gore navedenim uslovima mogla da ga skрати na 20 dana, ali ne i na 10 dana).

Srpsko pravo ne poznaje ovaj izuzetak.

v) Treći potencijalan izuzetak omogućava državama članicama da ne primene minimalne krajnje rokove za sazivanje sednice, bez obzira da li je reč o opštem roku (najmanje 21 dan) ili o posebnim skraćenim rokovima (najmanje 14 dana). Ovaj izuzetak se primenjuje samo na tzv. ponovljene sednice skupštine akcionarskog društva. Pod ponovljenom sednicom se podrazumeva sednica skupštine koja je odložena zbog nedostatka kvoruma, a ponovo je sazvana sa istim dnevnim redom. Direktiva o vršenju prava akcionara propisuje minimalan rok koji mora da protekne od dana objave poziva za ponovljenu sednicu do dana sednice, i on iznosi 10 dana.<sup>41</sup> Smisao skraćivanja roka u slučaju ponovljenih

---

<sup>40</sup> O kritici prihvaćenog pravila probijanja u Srbiji vidi: Vuk Radović, *nav. delo*, strana 248–254.

<sup>41</sup> Vidi: Direktiva o vršenju prava akcionara, čl. 5(1), treći pasus.



sednica se ogleda u nepotrebnosti ponavljanja istovetne procedure, jer imajući u vidu da akcionari osim planiranja obaveza nemaju potrebu za dodatnom pripremom, zaštitna funkcija minimalnog roka za sazivanje ovde nema primenu.

U srpskom pravu ponovljena sednica skupštine se održava najkasnije 15 dana od dana odlaganja prvobitne sednice, pod uslovom da je odložena zbog nedostatka kvoruma i da je ponovo sazvana sa istim dnevnim redom.<sup>42</sup> Ako je sednica odložena iz drugih razloga, a ne nedostatka kvoruma (na primer, nevreme), kao i u slučaju promene dnevnog reda, onda ne može biti reči o ponovljenoj sednici, što znači da se primenjuje opšti rok za sazivanje. U odnosu na režim predviđen Direktivom o vršenju prava akcionara, Zakon o privrednim društvima se razlikuje u sledećem: Direktiva je propisala da za ponovljenu sednicu skupštine mora da protekne minimalan rok od 10 dana od dana objave poziva do dana sednice, dok se prema srpskom pravu ona održava najkasnije u roku od 15 dana, bez preciziranja minimalnog zaštitnog roka.<sup>43</sup> Neusaglašenost našeg zakona je ovde dvostruka: prvo, nije preciziran minimalan zaštitni rok u kome se ne može sazvati ponovljena sednica (teorijski bi se ponovljena sednica mogla održati i narednog dana) i drugo, rok se u srpskom pravu računa od dana odlaganja, a to je dan prvobitno neodržane sednice, dok se u komunitarnom pravu taj rok računa od dana objave ponovljenog poziva.

## POTPUNO INFORMISANJE

Akcionarima moraju biti dostupne sve relevantne informacije u vezi sa predstojećom sednicom. Pod relevantnim informacijama se podrazumevaju svi podaci koji bi prosečnom akcionaru bili potrebni za donošenje odluke o tome da li će i kako će glasati o pojedinim tačkama dnevnog reda, mogućim načinima učestvovanja na sednici (lično, preko punomoćnika, pisanim ili elektronskim putem) i uslova koje u tom pogledu moraju da ispune, kao i načinima korišćenja drugih prava koja imaju veze sa zakazanom sednicom (na primer, prava u vezi sa dnevnim redom, pravo na postavljanje pitanja, i sl.). Otuda se u pravu akcionarskih društava potpuno informisanje akcionara tretira kao preduslov za blagovremeno i osmišljeno ostvarivanje prava na sednicama skupštine ili u vezi sa njima.

---

<sup>42</sup> Vidi: ZOPD, čl. 292(2).

<sup>43</sup> U crnogorskom pravu se obaveštenje o sazivanju ponovljene sednice mora objaviti najmanje sedam dana pre sednice, a sednica se mora održati najkasnije 30 dana od dana sednice na kojoj nije bilo kvoruma. Vidi: crnogorski ZOPD, čl. 39(1).

Princip potpunog informisanja akcionara nije bez ograničenja. Opravdano je da se informacije ograniče samo na bitne tačke dnevnog reda planirane sednice. Preterano informisanje bi predstavljalo nepotrebno zatrpavanje akcionara brojnim relevantnim i nerelevantnim podacima, a ekonomski efekti bi bili disproporcionalni u odnosu na koristi.<sup>44</sup> Takođe, kompletno informisanje nekada šteti skupštini, jer dovodi do pogrešnog zaključka da će »samo ti aspekti i argumenti biti raspravljani na sednici, što može uzrokovati nefleksibilnost rada skupštine«.<sup>45</sup>

Princip potpunog informisanja akcionara ima dva pojavna oblika. Prvi se odnosi na obaveznu sadržinu poziva za sednicu skupštine, a drugi na dostupnost dokumenata, predloga odluka i drugih informacija.

1) *Sadržina poziva za sednicu skupštine.* Uporednopravno posmatrano, sadržina poziva za sednicu skupštine zavisi od velikog broja faktora, a uobičajeno se pravi razlika između godišnje i vanrednih sednica, kao i između otvorenih i zatvorenih akcionarskih društava.<sup>46</sup> Direktiva o vršenju prava akcionara ne pravi navedene razlike, već propisuje minimalnu sadržinu poziva za svaku sednicu skupštine.<sup>47</sup> Države članice imaju mogućnost da ove elemente obogate i drugim informacijama. Tako je predviđeno da poziv mora da sadrži najmanje sledeće podatke: datum, vreme i mesto održavanja sednice skupštine; predloženi dnevni red;<sup>48</sup> informacije o tome šta sve akcionari moraju da učine kako bi mogli da učestvuju i glasaju na skupštinskoj sednici (naročito ako žele da glasaju preko punomoćnika ili da glasaju pisanim ili elektronskim putem), kao i da koriste druga prava u vezi sa zakazanom sednicom (prava u vezi sa dnevnim redom i pravo na postavljanje pitanja); dan utvrđivanja akcionara uz dodatno objašnjenje da samo lica koja su akcionari na taj dan imaju pravo da učestvuju i glasaju na sednici skupštine; mesto gde akcionari mogu dobiti potpune tekstove svih dokumenata i predloga odluka; označanje Internet adrese na kojoj će biti dostupne sve informacije relevantne za skupštinsku sednicu.

Pored elemenata navedenih Direktivom, dobra praksa korporativnog upravljanja preporučuje objavljivanje i sledećih podataka: informacije o akcionarskom društvu (poslovno ime i sedište), oznaku organa ili lica koje saziva sednicu, pravni osnov za sazivanje (odgovarajući zakonski član i odredbe osnivačkog akta),

---

<sup>44</sup> Mathias M. Siems, *nav. delo*, str. 101.

<sup>45</sup> *Idem.*

<sup>46</sup> *Idem.*, str. 99.

<sup>47</sup> Vidi: Direktiva o vršenju prava akcionara, čl. 5(3).

<sup>48</sup> Kako veliki broj akcionara zna o čemu se glasa na godišnjoj sednici, dnevni red je značajniji kod vanrednih sednica. Sledstveno tome, u Delaveru se dnevni red prilaže uz poziv samo za vanrednu sednicu skupštine. Vidi: delaverski GCL, čl. 222(a).

vreme kada počinje registracija učesnika, mesto gde se registracija vrši i lice kome akcionari mogu da prijave kršenje procedure registracije.<sup>49</sup>

Zakon o privrednim društvima je na različit način utvrdio minimalnu (obaveznu) sadržinu javnog poziva za godišnju i vanrednu sednicu skupštine otvorenog akcionarskog društva.<sup>50</sup> Sadržina individualnog poziva za sednicu, koji se kao način sazivanja primenjuje na sva akcionarska društva, nije zakonom precizirana. U teoriji je ukazano da ovu pravnu prazninu treba popuniti analogijom sa sadržinom javnog poziva, što znači da individualni poziv treba da sadrži sve obavezne elemente javnog poziva.<sup>51</sup>

U odnosu na Direktivu o vršenju prava akcionara, minimalna sadržina poziva za sednicu u srpskom pravu ne obuhvata tri grupe podataka koji su obavezujući za države članice EU: prvo, informacije o uslovima za učestvovanje i glasanje na sednici, pravima akcionara u vezi sa sednicom i načinima njihovog ostvarivanja; drugo, informacije o danu utvrđivanja akcionara koji imaju pravo da učestvuju u radu skupštine; i treće, označenje Internet adrese na kojoj se nalazi sva relevantna dokumentacija u vezi sa predstojećom sednicom. Srpska društva treba podsticati da na autonomnoj osnovi ove informacije tretiraju delom obavezne sadržine individualnog i javnog poziva za skupštinsku sednicu.

2) *Dostupnost dokumenata, predloga odluka i drugih informacija.* Pored propisivanja minimalne sadržine poziva za sednicu skupštine, nacionalna zakonodavstva na različite načine i u različitom obimu dostavljaju ili čine dostupnim akcionarima materijale vezane za skupštinsku sednicu. Tu se pre svega misli na predloge odluka (na primer, o raspodeli dobiti, izboru članova upravnog odbora, pokretanju postupka likvidacije, promeni osnivačkog akta, i sl.), izveštaje (na primer, finansijski izveštaji, izveštaj o poslovanju, izveštaj stručnog poverenika, revizora, internog organa nadzora, i sl.) i ugovore i druge pravne poslove na koje skupština daje saglasnost (na primer, ugovori sa članovima upravnog odbora, pravni posao u kome postoji lični interes svih ili većine članova upravnog odbora, ugovor o posebnim odnosima kontrolnog i podređenog društva, i sl.). U skladu sa principima potpunosti informisanja akcionara, svi dokumenti, izveštaji, odluke, i sl. u celosti moraju biti dostupni svakom akcionaru pod jednakim uslovima.

---

<sup>49</sup> Vidi: Vuk Radović (adaptacija), *Korporativno upravljanje – priručnik (prošireno izdanje)*, International Finance Corporation, Beograd, 2008, str. 235.

<sup>50</sup> Vidi: ZOPD, čl. 281(5–6). Odnos između minimalne sadržine javnog poziva godišnje i vanredne sednice nije dovoljno jasno postavljen, a razlike koje postoje nisu odraz specifičnosti ove dve vrste sednica.

<sup>51</sup> Vidi: Zoran Arsić, *nav. članak*, str. 27.

## POUZDANOST INFORMISANJA

Pouzdanost informisanja se ostvaruje raznovrsnim sredstvima (načinima) informisanja. Društvo može da informiše akcionare korišćenjem dva suprotstavljena teorijska modela: tzv. »pull« i »push« metod.<sup>52</sup>

a) Prema prvom metodu (»pull« metod) društvo je u obavezi da informacije učini dostupnim akcionarima, u određeno vreme i na određenom mestu. Ovaj metod pretpostavlja aktivnost akcionara, jer oni treba sami da pribave, tj. pristupe informacijama koje je društvo na unapred utvrđen način obznanilo.

b) Prema drugom metodu (»push« metod) društvo je u obavezi da dostavi informacije svakom akcionaru.

Oba teorijska modela imaju veliki broj varijanti, a moguće su i brojne međuvarijante, kojima se kombinuju karakteristike oba modela. Svaka država, imajući u vidu prednosti i nedostatke svakog modela, prihvata neku kombinaciju »push-pull« načina informisanja akcionara.

Način informisanja akcionara se razlikuje zavisno od toga da li se odnosi na poziv za sednicu skupštine (informisanje o zakazanoj sednici) ili na relevantne informacije o svakoj pojedinoj tački dnevnog reda.

### *Način pozivanja na sednicu*

U pogledu načina informisanja akcionara o predstojećoj sednici uporednopravno ne postoje uniformna rešenja, ali se mogu uočiti određene pravilnosti i tendencije. Tradicionalno se načini obaveštavanja akcionara o zakazanoj sednici razlikuju zavisno od toga da li je akcionarsko društvo izdalo akcije na ime ili akcije na donosioca.<sup>53</sup>

1. Akcije na ime pretpostavljaju da je akcionarskom društvu poznat identitet akcionara, zbog čega je pravilo da se ovi akcionari individualno obaveštavaju. Obaveštavanje se vrši putem pošte, a u novije vreme su sve aktuelnija obaveštavanja akcionara preko elektronske pošte (kumulativno ili alternativno). Kod ovih

---

<sup>52</sup> Vidi: Dirk Zetzsche, »Shareholder Passivity, Cross-Border Voting and the Shareholder Rights Directive«, *Journal of Corporate Law Studies*, br. 8(2)/2008, dostupno na adresi: <http://ssrn.com/abstract=1120915>, 10.8.2010., str. 38–42; Ulrich Noack, »Die Aktionärsrechte-Richtlinie«, *Festschrift für H. P. Westermann*, 2008, CBC-RPS No. 0034, dostupno na adresi: <http://ssrn.com/abstract=1138735>, 8.8.2010., str. 7.

<sup>53</sup> Vidi: Stefan Grundmann, *nav. delo*, str. 249; Mathias M. Siems, *nav. delo*, str. 96; Dijana Marković-Bajalović, *Privredne organizacije – u pravu Republike Srpske i uporednom zakonodavstvu*, Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Istočno Sarajevo, 2005, str. 205.

akcionarskih društava javni poziv za sednicu skupštine nije neophodan.<sup>54</sup> Kako danas u svetu dominiraju akcije na ime, individualno pozivanje je pravilo. Međutim, prevladajuća praksa upisa finansijskih posrednika u registar akcionara otežava postupak identifikacije stvarnih akcionara.<sup>55</sup>

2. Akcije na donosioca po prirodi stvari kriju indentitet akcionara, te je individualno obaveštavanje kod njih nemoguće.<sup>56</sup> Zbog toga je kod akcionarskih društava sa akcijama na donosioca javni poziv za sednicu iznuđeno rešenje.<sup>57</sup> Javni poziv se objavljuje u nacionalnom službenom glasniku ili dnevnim novinama, a u nekim državama i u novinama društva. Za javna društva se preporučuje i objavljivanje poziva na Internet stranici društva.<sup>58</sup>

U nekim zemljama (na primer, u Nemačkoj) se mogućnost individualnog pozivanja ne vezuje za vrstu akcija ili neke karakteristike društva, već za znanje lica koja sazivaju sednicu skupštine o imenima i adresama svakog akcionara.<sup>59</sup> Prema tome, postojanje akcija na ime samo po sebi ne znači da je sazivačima poznat identitet svakog akcionara (na primer, moguće je da određena depozitna banka upisana u registar kao lice ovlašćeno na vršenje prava iz akcija),<sup>60</sup> kao što ni postojanje akcija na donosioca ne isključuje mogućnost da sazivači znaju identitet i adresu svakog akcionara društva.<sup>61</sup>

Direktiva o vršenju prava akcionara u svojoj konačnoj verziji ne propisuje način informisanja akcionara, što je posledica primene različitih sistema u državama članicama.<sup>62</sup> Javni poziv i individualno obaveštavanje se pominju kao dva načina informisanja akcionara o zakazanoj sednici.<sup>63</sup> Direktiva polazi od

---

<sup>54</sup> Danas je to dominantna korporativna praksa u Velikoj Britaniji, Francuskoj, Belgiji i Holandiji. U Nemačkoj društvo može osnivačkim aktom da zameni individualno obaveštavanje javnim pozivom. Izuzetak predstavlja Italija, gde se javno obaveštavanje zahteva za javna društva, čak i ako imaju samo akcije na ime. Vidi: Stefan Grundmann, *nav. delo*, str. 249.

<sup>55</sup> Slično vidi: Vinterov izveštaj, str. 49.

<sup>56</sup> Vidi: Bernhard Rieder, Daniela Huemer, *Gesellschaftsrecht*, Facultas Verlags- und Buchhandels AG, 2009, str. 318.

<sup>57</sup> Vidi: danski BAKS, čl. 73(2).

<sup>58</sup> Vidi: Mathias M. Siems, *nav. delo*, str. 97.

<sup>59</sup> Vidi: Uwe Hüffer, *nav. delo*, str. 626.

<sup>60</sup> U nekim zemljama kastodi banka (depozitar) ima zakonsku obavezu prosljeđivanja svih informacija svojim deponentima, a to obuhvata i informacije sadržane u pozivu za sazivanje sednice. Reč je o zakonskoj obavezi imperativnog karaktera, a ne o obavezi iz ugovora o deponovanju hartija od vrednosti. Vidi: Vilim Gorenc, *nav. delo*, str. 361.

<sup>61</sup> Više vidi: Uwe Hüffer, *nav. delo*, str. 627.

<sup>62</sup> Predlog ove direktive je predviđao da se poziv šalje svakom akcionaru 30 dana pre sednice, što znači da je bio prihvaćen »push« metod. On je izazvao veliki otpor u Nemačkoj, zbog čega je sistem u konačnoj verziji promenjen. Vidi: Ulrich Noack, *nav. članak*, str. 7.

<sup>63</sup> Vidi: Direktiva o vršenju prava akcionara, čl. 5(2).

principa javnog obaveštavanja, ali se ne opredeljuje u pogledu načina na koji se ono sprovodi. Zbog blage favorizacije javnog pozivanja neki autori smatraju da je na ovaj način prihvaćen osoben »pull« metod.<sup>64</sup> Direktivom su propisana samo tri principa koja treba da se primenjuju na javno objavljivanje poziva za sednicu: prvo, način objavljivanja treba da bude takav da obezbeđuje brz pristup i da ne diskriminiše nijednog akcionara; drugo, sredstvo informisanja preko koga se vrši objavljivanje treba da bude pogodan za efikasnu raspodelu informacija javnosti širom EU; i treće, državama članicama se zabranjuje da obavežu društva na objavljivanje informacija preko pružaoca usluga koji se nalazi na njihovoj teritoriji.

Direktiva je omogućila državama članicama i alternativan način informisanja akcionara o zakazanoj sednici – individualno obaveštavanje svakog registrovanog akcionara. Uslov za njegovu primenu je mogućnost društva da na osnovu registra akcionara identifikuje imena i adrese svojih akcionara. Prema tome, država članica ima tri mogućnosti: da predvidi javni poziv kao isključivi način informisanja akcionara, da predvidi individualno obaveštavanje kao isključivi način informisanja akcionara ili da omogući društvima da optiraju za jedan od dva navedena načina.

Srpsko pravo propisuje individualno pozivanje svakog akcionara na sednicu skupštine kao pravilo (»push« metod), što je logična posledica koncepcije po kojoj su akcije u Srbiji hartije od vrednosti na ime.<sup>65</sup> Poziv se dostavlja poštom, a ako je akcionar dao pismenu saglasnost onda se dostavljanje može izvršiti i elektronskom poštom. Ovakvim pravilom se sa jedne strane štite kompjuterski neuki akcionari, tj. oni koji nemaju mogućnost da primaju poštu elektronskim putem, a sa druge omogućava za one koji to žele najjednostavniji, najbrži i najjeftiniji način obaveštavanja. Dostavljanje elektronskom poštom je zakonom postavljeno kao alternativa dostavljanju poštom, što ne isključuje mogućnost društava da ih primenjuju kumulativno.

U slučaju da akcija ima više vlasnika (suvlasništvo nad akcijama), individualno pozivanje se vrši slanjem obaveštenja zajedničkom punomoćniku. Ako suvlasnici nisu odredili zajedničkog punomoćnika ili o tome nisu obavestili društvo, društvo može odgovoriti svojoj obavezi informisanja akcionara slanjem poziva bilo kom suvlasniku, jer se obaveštenje dato jednom suvlasniku smatra kao dato svim suvlasnicima.<sup>66</sup>

<sup>64</sup> Vidi: Ulrich Noack, *nav. članak*, str. 7–8.

<sup>65</sup> Vidi: ZOPD, čl. 281(1). U crnogorskom pravu individualno pozivanje je obavezno za društva koja imaju manje od 100 akcionara. Vidi: Dragan Radonjić, *Pravo privrednih društava*, Pobjeda, Podgorica, 2008, str. 288.

<sup>66</sup> Vidi: ZOPD, čl. 214.

Kod individualnog obaveštavanja se kao osnovno postavlja pitanje trenutka od kog teku rokovi za sazivanje sednice skupštine, jer se trenutak odašiljanja razlikuje od trenutka prijema. Prema Zakonu o privrednim društvima danom dostavljanja poziva se smatra dan slanja poštom preporučenom pošiljkom ili elektronskom poštom.<sup>67</sup> Prema tome, pomenuta dilema je razrešena u korist teorije odašiljanja. Ovakvo rešenje je »izraz praktičnih potreba, posebno u akcionarskim društvima sa velikim brojem akcionara, kada je teško dokazivati dan dostavljanja svakom akcionaru pojedinačno.«<sup>68</sup> Smatra da je dostavljanje izvršeno predajom poziva pošti.<sup>69</sup> Preporučena pošiljka treba da bude pisana, ali ne nužno i potpisana, mada se potpisivanje preporučuje.<sup>70</sup> Za ispravno otposlanje nije nužna povratnica, premda nema smatnji da se i ona zahteva.<sup>71</sup> U slučaju da se akcionaru pošalje više poziva, merodavan je trenutak predaje pošti poslednjeg poziva.<sup>72</sup>

Uvođenje ovakvog pravila ne znači da se akcionar ne može pozvati običnom poštom (nepreporučeno), već da u tom slučaju ne važi pomenuta pretpostavka. Tada će se primenom opšteg pravila danom dostavljanja smatrati dan prijema pošte, što je za društvo neuporedivo teže za dokazivanje u slučaju eventualnog pokretanja postupka pobijanja skupštinske odluke.<sup>73</sup>

Otvorena akcionarska društva imaju mogućnost da individualno pozivanje supstituišu javnim pozivom (»pull« metod), ali pod uslovom da je tako određeno osnivačkim aktom. Javni poziv se objavljuje na Internet stranici društva i u najmanje jednom dnevnom listu koji se distribuira na teritoriji Republike Srbije u tiražu od najmanje 100.000 primeraka.<sup>74</sup> Ova dva zahteva moraju da budu ispunjena kumulativno.<sup>75</sup> Objavljivanje na Internet strani mora da bude bez prekida

---

<sup>67</sup> Vidi: ZOPD, čl. 281(3). Slično vidi: nemački AktG, čl. 121(4); hrvatski ZTD, čl. 277(5).

<sup>68</sup> Mirko Vasiljević, *Kompanijsko pravo – pravo privrednih društava*, četvrto izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009, str. 377–378.

<sup>69</sup> Vidi: Uwe Hüffer, *nav. delo*, str. 628; Zoran Arsić, *nav. članak*, str. 25.

<sup>70</sup> Vidi: Uwe Hüffer, *nav. delo*, str. 628.

<sup>71</sup> Vidi: Uwe Hüffer, *nav. delo*, str. 628; Jakša Barbić, *nav. delo*, str. 659; Zoran Arsić, *nav. članak*, str. 25. U crnogorskom pravu se dostavljanje poziva vrši preko pošte, i to upućivanjem običnog, preporučenog pisma ili pisma sa povratnicom. Vidi: Dragan Radonjić, *nav. delo*, str. 288.

<sup>72</sup> Vidi: Uwe Hüffer, *nav. delo*, str. 628; Zoran Arsić, *nav. članak*, str. 25.

<sup>73</sup> U našoj teoriji je prisutno i stanovište prema kome u slučaju slanja običnom poštom društvo snosi rizik da je poziv i stvarno upućen. Prema tome, i dalje bi se primenjivala teorija odašiljanja, ali bez navedene pretpostavke. Vidi: Zoran Arsić, *nav. članak*, str. 25.

<sup>74</sup> Vidi: ZOPD, čl. 281(4). U crnogorskom pravu se poziv za sednicu obavezno objavljuje dva puta u najmanje jednom dnevnom štampanom mediju koji se izdaje u Crnoj Gori. Vidi: crnogorski ZOPD, čl. 36(6).

<sup>75</sup> Vidi: Mirko Vasiljević, *nav. delo*, str. 378.

za vreme čitavog trajanja roka, dok objavljivanje u dnevnom listu mora biti učinjeno u vremenskom intervalu koji je propisan zakonom. Ako je objavljivanje izvršeno u nekoliko dnevnih listova, rokovi se računaju od izdavanja poslednjeg lista.<sup>76</sup> Na taj način se štite akcionari koji su pročitali poziv za sednicu u listu koji je poslednji izašao, jer se i tim licima mora omogućiti zakonski rok za pripremu.<sup>77</sup> Dnevni list se smatra objavljenim onog dana koji je naznačen na listu kao dan izlaska. Ovo pravilo treba u potpunosti prihvatiti u slučaju da se glasilo pojavilo na tržištu pre datuma koji je utisnut na glasilu.<sup>78</sup> Međutim, neki autori ovo pravilo proširuju, pa zaključuju da je bez značaja vreme kada je glasilo stvarno bilo dostupno čitaocima (pre ili posle utisnutog datuma), jer bi mogućnost dokazivanja suprotnog stvorila pravnu nesigurnost.<sup>79</sup> Izuzetak od ovog pravila bi bio u slučaju drastičnog zakašnjenja u izlasku glasila. Ovakvo stanovište nije u potpunosti prihvatljivo za srpsko pravo, jer pojam objavljivanja u dnevnom listu podrazumeva ne samo štampanje, već i njegovu dostupnost trećim licima. Pretpostavka po kojoj je dan objavljivanja glasila dan koji je na njemu naznačen kao dan izlaska je prihvatljiva. Nju treba prihvatiti kao neoborivu za slučaj ranijeg objavljivanja glasila, jer je takvo tumačenje u skladu sa interesima akcionara. Međutim, u slučaju pojavljivanja glasila na tržištu nakon odštampanog datuma, kao relevantan se ima uzeti datum stvarnog pojavljivanja, uz oborivu pretpostavku da je to odštampani datum. Drugim rečima, zainteresovano lice može da dokazuje da se glasilo pojavilo kasnije u odnosu na odštampani datum.

Nije dovoljno jasno zbog čega naš zakonodavac mogućnost zamene individualnog pozivanja javnim pozivom nije učinio dostupnim i zatvorenim akcionarskim društvima, ako ona u tome pronadu svoj interes. Tačno je da će javno pozivanje kod ovih društava biti ređe, ali to ne znači da u određenim slučajevima to neće biti i korisno.

Prihvaćen način pozivanja akcionara na sednicu skupštine u Srbiji nije koncipiran na konzistentan i celovit način, ali su njegova rešenja u skladu sa Direktivom o vršenju prava akcionara. Čak ni odredba po kojoj se javno objavljivanje vrši u dnevnom listu koji se u odgovarajućem broju primeraka distribuiraju na teritoriji Republike Srbije nije protivna komunitarnom pravu, jer ono samo zahteva od država da ne obavezuju društva na objavljivanje informacija preko pružaoca usluga koji se nalazi na njihovoj teritoriji. Distribucija nije nužno povezana sa sedištem.

<sup>76</sup> Vidi: Uwe Hüffer, *nav. delo*, str. 626; Jakša Barbić, *nav. delo*, str. 659; Vilim Gorenc, *nav. delo*, str. 360.

<sup>77</sup> Jakša Barbić, *nav. delo*, str. 659.

<sup>78</sup> Vidi: Vilim Gorenc, *nav. delo*, str. 360.

<sup>79</sup> Vidi: Jakša Barbić, *nav. delo*, str. 659.



### *Način dostavljanja relevantnih informacija*

Sve relevantne informacije, osim poziva za sednicu, mogu se učiniti dostupnim akcionarima na tri načina: individualnim dostavljanjem, javnim objavljivanjem i obezbeđivanjem dovoljnog broja primeraka.

– *Individualno dostavljanje.* – Individualno dostavljanje podrazumeva dostavljanje materijala za sednicu svakom pojedinom akcionaru. Dva su modaliteta ovog načina dostavljanja: dostavljanje u papirnoj i elektronskoj formi. Dostavljanje u papirnoj formi je izrazito skupo, a naročito ako društvo ima veliki broj akcionara. Zbog toga se za otvorena akcionarska društva ovaj način nikada ne preporučuje.<sup>80</sup> Suprotno tome, dostavljanje materijala u elektronskoj formi svakom akcionaru je za društvo takoreći besplatno, a ostvaruju se istovetni efekti. Elektronsko dostavljanje pokazuje posebne prednosti u odnosu na inostrane ulagače, koji će na taj način biti zaštićeni, jer će na vreme dobiti sve relevantne informacije o zakazanoj sednici.<sup>81</sup>

– *Objavljivanje.* – Objavljivanje materijala za sednicu ima tri modaliteta: objavljivanje u dnevnim listovima, objavljivanje u novinama društva i objavljivanje na Internet stranici društva. Danas se objavljivanje materijala za sednicu na Internet stranici društva, zbog efikasnosti i niskih troškova, preporučuje kao najbolja praksa korporativnog upravljanja,<sup>82</sup> a objavljivanje u novinama društva kao dobra praksa.<sup>83</sup> Objavljivanje u dnevnim listovima je zbog obima materijala neisplativo.

– *Obezbeđivanje dovoljnog broja primeraka.* – Treći modalitet informisanja akcionara o materijalima za sednicu ima dva pojavna oblika: prvi se sastoji u obezbeđivanju dovoljnog broja besplatnih primeraka za svakog akcionara koji ih zahteva, a drugi u činjenju dostupnim ovih materijala uz pravo akcionara da o sopstvenom trošku zahteva njihovu kopiju. Najčešće se primerci čine dostupnim u sedištu društva, i to za vreme trajanja radnog vremena. U slučaju da društvo obavlja delatnost u više mesta preporučljivo je da se materijali učine dostupnim i u drugim mestima gde društvo obavlja svoju delatnost<sup>84</sup> ili gde živi znatan broj akcionara.<sup>85</sup> Preduslov za ovaj način dostavljanja je obaveštavanje akcionara u

---

<sup>80</sup> Vidi: Vinterov izveštaj, str. 50–51.

<sup>81</sup> Ulrich Noack, nav. članak, str. 9.

<sup>82</sup> Vidi: Vinterov izveštaj, str. 49; Vuk Radović, *Korporativno upravljanje – priručnik (prošireno izdanje)*, str. 237.

<sup>83</sup> Prema novim tendencijama, glasilo društva se može publikovati i u elektronskoj formi. Vidi: Dijana Marković-Bajalović, nav. delo, str. 206.

<sup>84</sup> Vidi: crnogorski ZOPD, čl. 36(8).

<sup>85</sup> Vuk Radović, *Korporativno upravljanje – priručnik (prošireno izdanje)*, str. 237.

pozivu gde i kada materijali mogu biti preuzeti, odnosno gde se može ostvariti pravo uvida.

Zakon o privrednim društvima je pravilo individualnog dostavljanja poziva proširio i na dostavljanje svih drugih relevantnih materijala za sednicu, tako da se akcionarima uz poziv dostavljaju i druge informacije.<sup>86</sup> Prema tome, prihvaćen je finansijski najzahtevniji modalitet dostavljanja materijala. Kodeks korporativnog upravljanja je precizirao da se uz poziv akcionarima dostavljaju prilozi potrebni »za donošenje odluke na osnovu dovoljne obaveštenosti«.<sup>87</sup> Takođe, predviđeno je i da se uz dnevni red prilaže i obrazloženje pojedinih tačaka dnevnog reda.<sup>88</sup>

U slučaju da društvo individualno pozivanje supstituiše javnim pozivom (u dnevnom listu i na Internetu), u pozivu se obavezno navodi da društvo svakom akcionaru koji to zahteva u radno vreme dostavlja kopiju materijala za sednicu.<sup>89</sup> Reč je o jeftinijem i za društvo manje opterećujućem načinu dostavljanja materijala, zbog čega javno pozivanje za otvorena akcionarska društva treba da bude pravilo.

Direktiva o vršenju prava akcionara je uredila samo jedan aspekt ovog pitanja – obavezu objavljivanja informacija na Internet stranici društva.<sup>90</sup> Tako su društva dužna da na svojoj Internet stranici obezbede kontinuirano objavljivanje brojnih informacija, i to najmanje u neprekidom periodu od tri nedelje pre dana sednice zaključno sa danom sednice.<sup>91</sup> Akcionarima se kao minimum moraju na Internet stranici učiniti dostupnim sledeći dokumenti i informacije:<sup>92</sup> poziv na sednicu; ukupan broj akcija i glasačkih prava na dan sazivanja, a u slučaju da društvo ima više klasa akcija, ovi podaci se navode za svaku klasu; dokumenti koji će biti podneti na sednici skupštine (na primer, godišnji finansijski izveštaji, izveštaj internog organa nadzora, revizora ili stručnog poverenika, i sl.); nacrt odluke o kojoj se glasa, a u slučaju da se ne predlaže usvajanje neke odluke za svaku tačku dnevnog reda nadležni organ u društvu je u obavezi da dâ obrazloženje; i formulari koji se mogu koristiti za određivanje punomoćnika ili glasanje pisa-

---

<sup>86</sup> Vidi: ZOPD, čl. 281(2). Iz zakonske formulacije nedovoljno je jasno da li se dostavljaju samo izričito pomenuti dokumenti ili se dostavljaju svi materijali relevantni za sednicu (na primer, zapisnik sa prethodne sednice). Čini se da u tom pogledu treba zauzeti restriktivniji stav.

<sup>87</sup> Kodeks korporativnog upravljanja Privredne komore Srbije (*Službeni glasnik RS*, br. 1/2006, dalje u fusnotama: Kodeks KU PKS), čl. 21.

<sup>88</sup> Kodeks KU PKS, čl. 22.

<sup>89</sup> Vidi: ZOPD, čl. 281(5).

<sup>90</sup> Direktiva pretpostavlja da sva kotirana društva već imaju Internet stranicu. Vidi: Direktiva o vršenju prava akcionara, recital (6).

<sup>91</sup> U dopuštenim izuzecima od opšteg roka za sazivanje sednice treba shodno skratiti rok za kontinuirano objavljivanje na Internet stranici.

<sup>92</sup> Vidi: Direktiva o vršenju prava akcionara, čl. 5(4).

nim putem, osim ukoliko oni već nisu poslali svakom akcionararu. Ako se ovi formulari ne mogu iz tehničkih razloga učiniti dostupnim akcionarima preko Interneta, društvo je u obavezi da na svojoj Internet stranici naznači kako se ovi formulari mogu dobiti u papirnoj formi. Svakom akcionararu koji to zahteva društvo će poštom poslati formulare, o svom trošku.

Zakon o privrednim društvima je predvideo obavezu kontinuiranog objavljivanja informacija na Internet stranici društva, ali samo kod otvorenih akcionarskih društava kod kojih se poziv za sednicu ne upućuje individualno, već javnim putem.<sup>93</sup> U poređenju sa Direktivom, srpsko pravo zahteva objavljivanje manje informacija na Internet stranici. Posebno je u tom pogledu aktuelno neobjavljivanje dokumenata koji će biti podneti na sednici skupštine, kao i nacrti odluka o kojima se glasa.

Zakonsku regulativu je u ovom smislu u značajnoj meri dopunio i poboljšao Kodeks korporativnog upravljanja Privredne komore Srbije, koji je standard našeg prava približio komunitarnim standardima. Ovde posebno treba ukazati na četiri pravila, koja spadaju u kategoriju »primeni ili objasni« pravila: prvo, društvo je u obavezi da na svojoj Internet stranici vidljivo istakne (odvojeno od poslovnih informacija) objašnjenje o pravima akcionara i načinu njihovog vršenja, kao i sve druge informacije od interesa za akcionare, a u vezi sa radom skupštine; drugo, uvedena je i obaveza da se na Internet stranici društva objave i dopune dnevnog reda, naknadni prilozi i blagovremeno dati predlozi; treće, društvo treba na svojoj Internet stranici da pruži akcionarima sve relevantne informacije i uputstva o načinu glasanja preko punomoćnika, kao i glasanja i učestvovanja u radu skupštine pisanim i elektronskim putem; i četvrto, svi podaci treba da budu objavljeni na Internet stranici društva najkasnije tri dana posle upućivanja poziva za sednicu.<sup>94</sup>

## ODUSTANAK AKCIONARA OD OBAVEŠTAVANJA

U srpskom pravu je, pod očiglednim uticajem američkog prava, propisana i mogućnost akcionara da odustane od individualnog informisanja pre sednice skupštine.<sup>95</sup> Da bi odustanak bio punovažan, potrebno je da se ispune dva uslova:

1) *Obavezno pisano obaveštavanje akcionara.* – Prema prvom uslovu potrebno je da je individualno obaveštavanje akcionara propisano zakonom, osni-

---

<sup>93</sup> Vidi: ZOPD, čl. 271(4–6).

<sup>94</sup> Vidi: Kodeks KU PKS, čl. 18, 23, 24, 46, 49 i 54.

<sup>95</sup> Uporedi: ZOPD, čl. 282 i američki MBCA, čl. 7.06.(a).

vačkim aktom ili statutom društva. Zapravo ovde je reč o preduslovu za korišćenje prava na odustanak, jer da bi se odustalo od nekog prava, potrebno je to pravo imati. Kako je individualno obaveštavanje zakonska pretpostavka, koja se osnivačkim aktom kod otvorenih akcionarskih društava može zameniti objavljivanjem, očito je da se akcionar odriče prava koje mu je dato zakonom. Međutim, imajući u vidu da se osnivačkim aktom i statutom ovo pravo može proširiti, jasno je zašto zakonodavac pominje i ova dva interna akta. Odustanak se odnosi na obaveštavanje kako poštom, tako i elektronskom poštom. U slučaju da je društvo supstituisalo individualno obaveštavanje javnim pozivom, akcionar nema od čega da odustane, te prvi uslov za punovažan odustanak ne bi bio ispunjen. Po prirodi stvari, akcionar ne može da odustane od javnog poziva, jer je on kao takav upućen javnosti, a ne njemu individualno.

2) *Pisani odustanak* – drugi uslov za odustanak je da akcionar to učini pisanim putem. Iako to nije izričito propisano u našem zakonu, pisani odustanak mora biti potpisan od strane akcionara koji ima pravo na individualno obaveštavanje i poslat društvu.<sup>96</sup> Za društva je preporučljivo da vode posebnu evidenciju (na primer, knjigu odustanka) u koju će se unositi imena akcionara koji su odustali od individualnog obaveštavanja, kao i datum kada je to učinjeno, tj. kada je društvo primilo pisani odustanak.

Dve su osnovne posledice punovažnog odustanka akcionara od individualnog obaveštavanja: prva, društvo više nema obavezu prema tom akcionaru da ga individualno informiše pre sednice skupštine; i druga, individualno neobaveštavanje akcionara ne može biti osnov za pobijanje skupštinskih odluka, jer je sednica sazvana u skladu sa zakonom. Imajući u vidu da Zakon o privrednim društvima propisuje da odustankom akcionara javni poziv »ima pravno dejstvo poslatog pisanog poziva«, u našoj teoriji se postavilo pitanje da li u toj situaciji postoji obaveza upućivanja javnog poziva. Sa pravom je zauzet stav po kome se ovde ne radi o alternativnoj obligaciji sa pravom izbora na strani poverioca (akcionara), jer se odustankom od prava ne može društvu nametati nova obaveza.<sup>97</sup>

Pravo na odustanak je individualno pravo svakog akcionara. Ono se ne veže za akcije, već za ličnost akcionara. To znači da prenosom akcija novi akcionar stiče pravo na individualno obaveštavanje.

Jednom data pisana izjava o odustanku se u svako doba može opozvati. Opoziv se mora izvršiti na isti način na koji je izvršen odustanak.

---

<sup>96</sup> Vidi: američki MBCA, čl. 7.06.(a).

<sup>97</sup> Vidi: Zoran Arsić, *nav. članak*, str. 26.

## PRETPOSTAVKA UREDNOG INFORMISANJA

Zakonom o privrednim društvima je uvedena pretpostavka, po kojoj akcionar koji prisustvuje sednici skupštine, a nije bio pozvan ili je bio pozvan ali ne u skladu sa zakonom, osnivačkim aktom i statutom ili mu nisu bili dostavljeni svi materijali, nema pravo da se poziva na nedostatke u sazivanju.<sup>98</sup> Drugim rečima, neoboriva je pretpostavka da su prisutni akcionari uredno pozvani. Tako, primera radi, akcionar koji nije bio pozvan na sednicu, ali je istoj prisustvovao, ne može da pobija skupštinske odluke donete na toj sednici sa pozivom na nesazivanje u skladu sa zakonom, osnivačkim aktom ili statutom. Lice koje nije propisno pozvano na sednicu je aktivno legitimisano za podnošenje tužbe za pobijanje skupštinske odluke, osim u slučaju da se primenjuje pretpostavka urednog informisanja. Dolaskom na sednicu akcionar pristaje da se ne poziva na neuredno informisanje pre sednice skupštine.<sup>99</sup> Izjava o pristanku je data konkludentnom radnjom, tj. samim prisustvom.<sup>100</sup> Može se postaviti pitanje da li ova pretpostavka deluje samo prema tom akcionaru ili *erga omnes*. Iz zakonske formulacije se može izvući zaključak po kome se pretpostavka odnosi samo na tog akcionara (»akcionar... nema pravo«), a ne i na druga lica. Tako bi neki drugi akcionar (na primer, koji je glasao protiv usvajanja određene odluke) mogao da se poziva na nepozivanje akcionara koji je prisustvom na sednici kreirao pretpostavku urednosti obaveštavanja.

Izuzetak je predviđen u slučaju da akcionar na sednici uloži prigovor.<sup>101</sup> Prigovor u suštini predstavlja povlačenje saglasnosti date izjavom o pristanku, odnosno prisustvom na sednici. Ulaganjem prigovora akcionar i pored prisustva sednici zadržava prava po osnovu neurednog informisanja. Prigovor prema Zakonu o privrednim društvima mora da bude obrazložen, sačinjen u pisanoj formi i dat na početku sednice. Pored toga, naš zakon pominje i mogućnost ulaganja prigovora preduzimanjem neke radnje na sednici zato što pripisno obaveštenje nije dato. Ovi, na prvi pogled kontradiktorni načini ulaganja prigovora, mogu se razumeti samo ako se shvate kao dva odvojena režima: jedan koji se primenjuje na situacije kada akcionar nije bio pozvan na sednicu ili nije pozvan na način propisan zakonom, osnivačkim aktom ili statutom, a drugi kada akcionaru nisu dostavljeni relevantni materijali (prilozi).

---

<sup>98</sup> Vidi: ZOPD, čl. 283(1).

<sup>99</sup> Svojim prisustvom akcionar ekskulpira društvo. Mirko Vasiljević, *nav. delo*, str. 378.

<sup>100</sup> Vidi: Zoran Arsić, *nav. članak*, str. 26.

<sup>101</sup> Vidi: ZOPD, čl. 283(2).

1) U slučaju neadekvatnog pozivanja akcionar je u obavezi da na početku sednice uloži obrazloženi pisani prigovor. Nejasno je zbog čega zakonodavac zahteva da prigovor bude obrazložen i pisan. Dovoljno je bilo da se predvidi samo pravo akcionara da na početku sednice uloži prigovor, što znači da bi u perspektivi trebalo dozvoliti usmeni i neobrazložen prigovor.

2) Nedostavljanje materijala se ne može posmatrati načelno, već konkretno u vezi sa svakom pojedinom tačkom dnevnog reda. Otuda bi akcionar imao pravo da pred svaku tačku dnevnog reda u odnosu na koju nije dobio relevantne informacije uloži prigovor. Prema tome, ovaj prigovor se ulaže za vreme trajanja skupštinske sednice, pre početka rasprave o svakoj pojedinoj tački dnevnog reda. Ako akcionar ne prigovori pre početka rasprave o nekom pitanju, ne može se kasnije pozivati na nedostavljanje materijala. Odredba Zakona o privrednim društvima bi se mogla tumačiti na način da se u ovom slučaju ne zahteva donošenje obrazloženog i pisanog prigovora, već je dovoljno da akcionar na sednici usmeno prigovori bez posebnog obrazloženja.

Iz navedenog se može zaključiti koji je smisao prigovora akcionara. Naime, akcionar u prvom slučaju prigovara održavanju sednice skupštine i donošenju bilo koje odluke, a u drugom prigovara raspravljanju i donošenju odluke o određenoj tački dnevnog reda. Prema zakonu skupština odlučuje o prigovoru na način određen statutom i poslovníkom skupštine.<sup>102</sup> Naime, skupština može da odluči da se sednica ne održi, jer svi akcionari nisu propisno pozvani, ili da se ne donosi odluka o određenoj tački dnevnog reda, jer svi akcionari nisu dobili sve relevantne informacije. Tako bi skupština vodila računa o zakonitosti svojih odluka, što bi onemogućilo kasnije pobijanje skupštinskih odluka zbog nedostataka u sazivanju.

Zakonom je pravo na prigovor vezano samo za nedostatke prilikom javnog sazivanja sednice. Međutim, iako to zakon ne kaže, ne bi trebalo da bude sporno da se ova norma odnosi i na nedostatke u individualnom pozivanju i dostavljanju materijala, jer drugačije tumačenje ne bi imalo smisla.<sup>103</sup>

#### NEZAKONITOST PRAVILA POSLOVANJA CENTRALNOG REGISTRA U VEZI SA INFORMISANJEM O SAZIVANJU SEDNICE

Pravila poslovanja Centralnog registra, depoa i kliringa hartija od vrednosti iz 2006. godine nabrajaju korporativne radnje koje vrši Centralni registar na zah-

---

<sup>102</sup> Vidi: ZOPD, čl. 283(3).

<sup>103</sup> Vidi: Mirko Vasiljević, *nav. delo*, str. 378.

tev izdavaoca (*i.e.* akcionarskog društva), a preko člana Centralnog registra.<sup>104</sup> Među nabrojanim radnjama izričito je pomenuto i obaveštavanje zakonitih imalaca akcija o održavanju sednice skupštine.<sup>105</sup> Akcionarsko društvo preko člana Centralnom registru dostavlja zahtev i odluku o sazivanju sednice skupštine, a po njihovom prijemu Centralni registar objavljuje na svojoj Internet stranici obaveštenje i odluku o održavanju sednice.<sup>106</sup> Očigledno je ideja ovakvih rešenja u Pravilima poslovanja bila da Centralni registar prigrabi za sebe značajna ovlašćenja u materiji vršenja korporativnih radnji. Štaviše, u Pravilima poslovanja eksplicitno stoji da sve korporativne radnje koje nisu spomenute izdavalac može samostalno sprovesti. Kako je obaveštavanje o sazivanju sednice skupštine izričito pomenuto, može se zaključiti da se ova korporativna radnja sprovodi isključivo preko Centralnog registra.

Najmanje dva razloga navode na zaključak da su nezakonite odredbe Pravila poslovanja kojima je propisana obaveza obaveštavanja akcionara o sazvanoj sednici preko Centralnog registra:

– prvo, Zakon o privrednim društvima ni u jednoj svojoj odredbi ne pominje obavezu sazivanja sednice skupštine preko Centralnog registra i

– drugo, čak i kada bi se prihvatila zakonitost obaveze informisanja akcionara preko Centralnog registra, način obaveštavanja propisan Pravilima poslovanja nije u skladu sa načinom informisanja akcionara prema Zakonu o privrednim društvima. Zakon pominje mogućnost objavljivanja poziva na Internet stranici društva, što se ne može poistovetiti sa Internet stranicom Centralnog registra. Takođe, ovaj način objavljivanja se prema zakonu kumulativno primenjuje sa objavljivanjem u dnevnom listu, a moguć je samo kod otvorenih akcionarskih društava.

Odredbu Pravila poslovanja Centralnog registra treba razumeti na sledeći način: ona ne obavezuje akcionarska društva da pozivaju akcionare na sednicu skupštine preko Centralnog registra, već im samo omogućava da koriste još jedan kanal obaveštavanja. Ovim se ni na koji način ne dira u načine obaveštavanja akcionara propisane Zakonom o privrednim društvima, a potencijalno omogućava

---

<sup>104</sup> Pravila poslovanja Centralnog registra, depoa i kliringa hartija od vrednosti (*Službeni glasnik RS*, br. 113/2006, 24/2008, 38/2008, 70/2008 i 17/2009; dalje u fusnotama: Pravila poslovanja), pravilo br. 111. Pravni osnov za vršenje korporativnih radnji se nalazi u članu 187(2)(13) Zakona o tržištu hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata (*Službeni glasnik RS*, br. 47/2006), u kome se kaže da Centralni registar obavlja i poslove u vezi sa korporativnim radnjama.

<sup>105</sup> Pod obaveštavanjem akcionara u smislu Pravila poslovanja treba podrazumevati samo dostavljanje poziva za sednicu.

<sup>106</sup> Vidi: Pravila poslovanja, pravilo br. 114.

bolje informisanje akcionara. Prema tome, reč je o jednoj usluzi koju akcionarskim društvima nudi Centralni registar.

## POGLED U BUDUĆNOST

Adekvatno informisanje akcionara pre sednice skupštine osnovni je preduslov za vršenje brojnih akcionarskih prava. Bez blagovremenog i potpunog upoznavanja sa dnevnim redom, predlozima odluka, izveštajima i sl. ne može se očekivati od akcionara da se aktivno i konstruktivno uključe u tokove upravljanja društvom. Zbog toga većina nacionalnih zakonodavstava u većoj ili manjoj meri uređuje pitanja vremena i načina informisanja, kao i sadržinsko definisanje informacija koje se dostavljaju. I pored nekih konvergentnih stremljenja, u ovoj materiji se ne može govoriti o unifikaciji nacionalnih rešenja. Čak ni Direktiva o vršenju prava akcionara nije uspeła da ovo pitanje harmonizuje među državama članicama EU, jer su njena pravila u značajnoj meri koncipirana kao minimalna i principijelna, što ostavlja veliki manevarski prostor za nacionalnu regulativu.

Postojeća srpska regulativa informisanja akcionara pre sednice skupštine nije do kraja dorečena i dosledna, a neka rešenja su zreła za suštinsko preispitivanje. Imajući u vidu uočene nedostatke, moderna stremljenja u ovoj oblasti i potrebu za usaglašavanjem sa komunitarnim pravom, mogu se predložiti sledeći načini unapređenja rešenja sadržanih u Zakonu o privrednim društvima:

- prvo, minimalan rok za sazivanje sednice skupštine akcionarskog društva treba da iznosi najmanje 21 dan, pri čemu se rok od 30 dana čini kao uporednopravno najprihvaćenije rešenje;

- drugo, u skladu sa modernim tendencijama opravdano je ukidanje maksimalnog roka za sazivanje sednice skupštine ili propisivanje jedinstvenog roka za redovnu i vanrednu sednicu;

- treće, radi otklanjanja pravne neizvesnosti potrebno je zakonski urediti način računanja rokova unazad;

- četvrto, minimalan rok za sazivanje sednice treba skratiti u slučaju da skupština u toku trajanja postupka preuzimanja odlučuje o merama odbrane, odnosno kada daje saglasnost na mere odbrane koje uprava želi da implementira, pri čemu taj period ne sme biti kraći od 14 dana;

- peto, ako je sednica odložena zbog nedostatka kvoruma i ponovo je sazvana sa istim dnevnim redom, rok za sazivanje treba skratiti, ali tako da od dana objave poziva do dana sednice mora da protekne najmanje 10 dana;

- šesto, sadržinu poziva za sednicu treba proširiti u skladu sa zahtevima Direktive o vršenju prava akcionara i dobrom praksom korporativnog upravljanja;



- sedmo, zatvorenim akcionarskim društvima treba omogućiti sazivanje sednice objavljivanjem javnog poziva;
- osmo, postojeći sistem individualnog dostavljanja materijala za sednicu akcionarima treba zameniti nekim ekonomičnijim načinom;
- deveto, otvorenim akcionarskim društvima treba nametnuti obavezu objavljivanja poziva i svih materijala vezanih za sednicu na Internet stranici društva; i
- deseto, potrebno je jezički precizirati i pojasniti primenu instituta odustanka akcionara od individualnog obaveštavanja i pretpostavke urednog informisanja kao posledice prisustva akcionara na sednici.

VUK RADOVIĆ, Ph.D.,  
Assistant Professor, Faculty of Law,  
University of Belgrade

## PRE-MEETING COMMUNICATION TO SHAREHOLDERS

### Summary

Adequate information to shareholders prior to general meeting is a major precondition for using a number of shareholders rights. Without timely and complete information about agenda, draft resolutions, reports and other documents that will be submitted to the meeting, it cannot be expected from shareholders to actively and constructively exercise influence over the company. Therefore, most of the national legislatures regulate in detail time, manner and content of information that are supposed to be submitted to all shareholders. Apart from some convergent tendencies, this area is not unified. Even Directive on shareholders rights has not succeeded in harmonizing this question among EU member states, because those rules are formulated as principles and minimal requirements, leaving a lot of space for national legislature.

Current Serbian regulation of pre-meeting information is not without loopholes, and certain aspects are not well understood. Taking into consideration flaws in regulatory approach, modern tendencies in this area and a need to harmonize with *acqui communautaire*, following suggestions can be made in order to improve solutions contained in Serbian Law on business organizations:

- first, convocation of the general meeting has to be issued not later than on the 21st day before the day of the meeting (30 days before the meeting for issuing convocation is comparatively the most common approach);
- second, in line with modern tendencies it is justifiable to erase the maximum term for issuing convocations for the general meeting or to regulate it equally for annual and other meetings;

- third, in order to resolve problems of legal uncertainty it is necessary to regulate the procedure for backward computing minimum periods for issuing convocations;
- fourth, minimum period for convocation of the general meeting has to be shortened when the general meeting during the takeover procedure is deciding about takeover defenses, and that period cannot be shorter than 14 days;
- fifth, if the meeting is postponed for lack of quorum and no new item is put on the agenda, convocation period can be shortened but at least 10 days must elapse between the final convocation and the date of the general meeting;
- sixth, content of the convocation has to be embrodened in line with Directive on shareholder rights and good corporate governance practice;
- seventh, closed corporations should be enabled to publicly issue convocation for the general meeting;
- eighth, current system of individual dissemination of materials for the meeting has to be substituted with more economic means of dissemination;
- ninth, open corporations have to be obliged to make convocation and other materials and information available to its shareholders on its web site and
- tenth, shareholders' waiver of notice right, as well as the assumption connected with shareholder's attendance at the meeting need further clarification.

MIROSLAV VITEZ

## ODLUČIVANJE ČLANOVA DRUŠTVA S OGRANIČENOM ODGOVORNOŠĆU VAN SKUPŠTINE DRUŠTVA

### U V O D

Mnoga otvorena pitanja pravnog položaja društva s ograničenom odgovornošću, na koja, i uprkos brojnim raspravama, pravna teorija nije formulisala zadovoljavajuće odgovore, moraće da reši zakonodavac uzimajući u obzir staništa sudske prakse ali i zahteve i potrebe poslovne prakse. Među ta pitanja, svakako, spada i problematika odlučivanja članova ovog društva van skupštine društva. Iako ovo pitanje spada u sferu autonomnog odlučivanja članova, ipak granice toj autonomiji postavlja objektivno pravo. To je neophodno, kako bi se sa jedne strane ostvarili interesi članova društva a sa druge strane zaštitili javnopravni interesi tj. obezbedila pravna sigurnost.

*Skupština članova društva s ograničenom odgovornošću  
i načini odlučivanja članova*

Osnovno, prethodno pitanje koje se postavlja u vezi sa ovom problematikom odnosi se na utvrđivanje prirode pravnog položaja skupštine – da li je ona *organ* društva s ograničenom odgovornošću kao pravnog lica ili je *skup članova* društva s ograničenom odgovornošću?

---

Dr Miroslav Vitez, profesor Ekonomskog fakulteta u Subotici.

Nedvosmisleni odgovor na ovo pitanje u našem Zakonu o privrednim društvima iz 2004.<sup>1</sup> (dalje: ZPD) ne nalazimo, jer se u njemu (čl. 136–153.) skupština ne označava kao *organ društva* ili kao *najviši organ društva*, kako se to određuje u nekim nacionalnim pravima<sup>2</sup>, već se naziva *skupština članova*.

Već u članu 136. stavu 1. ZPD određuje se da »članovi društva s ograničenom odgovornošću čine skupštinu«, što jasno ukazuje da oni svoju volju u društvu ostvaruju putem skupštine. Istovremeno, ovo pravilo naglašava ličnopravnu povezanost članova, iako je nejasno da li nekih ili svih članova, i institucionalizovanost njihove ukupnosti u obliku »skupa« pod nazivom »skupština«. Ono ne profilira pravni položaj skupštine u obliku organa društva, jer je ni jednom ne označava formulacijom »skupština društva«.

Ova nejasnoća se produbljuje i kod jednopersonalnog društva s ograničenom odgovornošću, gde se u članu 136. st. 2. ZPD određuje da ovlašćenja »skupštine članova« vrši taj član ili ovlašćeno lice, što je kontradiktorno, jer jedini član ne može da vrši ovlašćenja ni »skupštine članova« a ni »skupštine člana« jer mu nedostaje pluralni kriterijum (više članova, da bi predstavljali »skup« odnosno »skupštinu« članova), već može da vrši ovlašćenja »skupštine društva« kao organa društva, što predstavlja fikciju kada ima samo jednog člana.

Na osnovu iznetog moglo bi se zaključiti da je usvojeno načelo da su članovi društva primarni i najviši nivo odlučivanja u društvu, te da zakon nema u prvom planu posebni organ društva pod nazivom *skupština* već samo celinu članova društva.

Međutim u čl. 144. st. 1. ZPD kod uređivanja odlučivanja skupštine ovo načelo ipak nije dosledno sprovedeno, jer se za održavanje skupštine zahteva najmanje većina od ukupnog broja glasova članova a za donošenje njene odluke u smislu čl. 146. st. 1. ZPD prosta većina glasova prisutnih članova, ako osnivačkim aktom ili ugovorom članova društva nije drukčije određeno, što ukazuje na skupštinu kao organ društva.

Ipak ostaje nejasno, da li se zakonodavac u pogledu organizovanja pravnog položaja skupštine društva priklonio konceptu društva lica ili društva kapitala, odnosno, da li je prihvatio ili ne – tzv. organsku teoriju kao podvarijantu teorije o realnosti pravnog lica.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Zakon o privrednim društvima iz 2004. (Sl. glasnik RS, br. 125/2004).

<sup>2</sup> Član 135. stav 1. Trgovskog zakona Bugarske iz 1991; par. 125 stav 1 Trgovskog zakonika Slovačke i Češke iz 1991. g.

<sup>3</sup> Više *Finžgar, A.*, Pravno lice, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, tom II., Službeni list SFRJ, Beograd, 1978, s. 1090; *Gierke, O.*, Das deutsche Genossenschaftsrecht, knj. 3 i Deutsche Privatrecht, t. I., 1895, str. 456 i dalje; in: *Jovanović, V.*, Organizacija udruženog rada, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, tom II., Službeni list SFRJ, Beograd, 1978, s. 605; Tzv. organska teorija nije usvojena u nemačkom i austrijskom

Mišljenja smo da nedorečenost navedenih pravila ZPD zapravo odražava »rat« elemenata društva lica i društva kapitala u formalnoj strukturi ovog društva, pa se čini da je, uprkos suprotnom većinskom mišljenju, ispravnije shvaćanje, koje ovo društvo svrstava u društva sa ograničenim rizikom mešovitog karaktera tj. među društva lica i kapitala.<sup>4</sup>

O ovom pitanju ne postoji jedinstvo u komparativnom pravu i komparativnopravnoj teoriji, čak ni kod pojedinih pravnih pisaca. Tako npr. organska teorija je usvojena u slovačkom, češkom, bugarskom, slovenačkom, hrvatskom pravu, dok se starija nacionalna prava više priklanjaju protivnicima ove teorije (nemačko, austrijsko pravo).

Tako Stražnický komentarišući austrijski Zakon o društvima sa ograničenim jemstvom iz 1906. ističe da su nužni organi društva s ograničenom odgovornošću, koje svrstava među asocijacije kapitala, poslovođe, skupština a ponekad i nadzorni odbor. Skupštinu naziva »glavna skupština« i po njemu ona je istovremeno i organ volje članova, ali članovi mogu izuzetno svoju volju izražavati i pismeno, kada o tome odluče na osnovu konsenzusa<sup>5</sup>.

Iz ugla istog zakona Malovsky-Wenig među organe društva svrstava i skup (zbor) članova, koji je po njemu najviši organ društva i čije se odluke donose dvojako: na glavnoj skupštini ili pismenim glasanjem.<sup>6</sup>

U pravnoj teoriji postoji shvaćanje po kome su rasprave, da li su viša instanca članovi ili skupština kao organ, u kome oni ostvaruju svoja prava, više akademskog karaktera.<sup>7</sup> Skupština ne može da postoji bez članova koji putem nje izražavaju svoju volju, dok članovi svoju volju mogu izražavati i bez skupštine, na razne načine, ali ne isključivo i neograničeno. Isključivo neskupštinsko izražavanje volje članova u krajnjoj liniji ugrozilo bi ostvarivanje njihovih prava u društvu, jer bi vodilo kršenju osnovnih načela ostvarivanja njihovog prava od-

---

pravu. Vidi par. 47 st. 1 i par. 48 st. 2 nemačkog Zakona o društvima s ograničenom odgovornošću iz 1892. i par. 34 i par. 39 st. 1 austrijskog Zakona o društvima s ograničenom odgovornošću iz 1906. u kojima se u donošenju odluke na skupštini polazi od ukupnog broja glasova svih članova. Organska teorija usvojena je u Trgovinskom zakoniku Češke i Slovačke iz 1991. (vidi par. 125 st. 1, par. 127 st. 1 i st. 3) i Trgovskom zakonu Bugarske iz 1991. (vidi član 135. st. 1).

<sup>4</sup> Vasiljević, M., Kompanijsko pravo, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2005, s. 159 – 201; Bartošiková, M., Štenglová, I., Společnost s ručením omezeným, 2. vydání, C. H. Beck, Praha, 2006, s. 210.

<sup>5</sup> Uopredi Stražnický, M., Predavanja iz Trgovačkog prava, II. prerađeno i popunjeno izdanje, Bibliografski zavod, Zagreb, 1926, s. 172 – 173.

<sup>6</sup> Malovsky-Wenig, A., Průručka obchodního práva, Československý kompas v Praze, Praha, 1947, s. 470–475.

<sup>7</sup> Više o tome Barbić, J., Pravo društava, knjiga druga, društva kapitala, Organizator, Zagreb, 2001, s. 971.

lučivanja (načela ravnopravnosti, obaveštenosti, prisutnosti, javnosti, dr.), bilo bi u suprotnosti sa pravnim karakterom ovog društva kao društva kapitala.

Nesumnjivo, rešavanje pitanja prirode pravnog položaja skupštine ima dalekosežne pravne posledice (sastav, uslovi, način odlučivanja, pravna priroda njenih odluka i dr.) i zadatak zakonodavca je da se nedvosmisleno opredeli za određenu koncepciju.

Na osnovu analize pravila o skupštini iz čl. 136.–152. ZPD može se utvrditi da postoje sledeći načini odlučivanja članova društva s ograničenom odgovornošću (dalje: društvo):

a) *sednično odlučivanje* na skupštini (čl. 144–147. st. 1. ZPD) tj. odlučivanje na sednici skupštine članova društva s ograničenom odgovornošću (dalje: skupština) na osnovu neposredne (fizičke) ili posredne prisutnosti članova na sednici (putem korišćenja određene audiovizuelne komunikacije, ako društvo nema više od 10 članova), koje može da bude odlučivanje: po principu većinskog odlučivanja; po principu konsenzusa (jednoglasnosti) članova (izuzetno i ograničeno), kao i po principu kvalifikovanog konsenzusa u slučaju umanjivanja prava člana ili članova, kada se zahteva njihov konsenzus i izražena volja članova o čijim se pravima ne radi, koja ne bi trebalo da bude prosta većinska (čl. 146. st. 3. ZPD);

b) *mešovito odlučivanje* o ograničenom ili neograničenom krugu pitanja po osnovu pojedinačnog vasedničnog odlučivanja od strane člana društva koji glasa »pisanim putem ili drugim načinom isporuke dokumenata« zajedno sa sedničnim odlučivanjem (čl. 147. st. 2. ZPD);

c) *vasednično odlučivanje* pismenim izjašnjavanjem (*per rollam*) na osnovu jednoglasnosti svih članova (*per capita*), koji imaju pravo glasa o tom pitanju (čl. 147. st. 3. ZPD);

d) *apsolutno vasednično odlučivanje* jedinog člana kod jednopersonalnog društva (čl. 136. st. 2. ZPD);

### *Odlučivanje članova društva van sednice skupštine*

Na osnovu člana 147. st. 3. ZPD, granični kriterijum koji odvaja odlučivanje članova na sednici skupštine od njihovog odlučivanja izvan njene sednice jeste njihova mogućnost da svojom voljom odrede u osnivačkom aktu ili drugom ugovoru između članova da se odluke skupštine članova mogu donositi samo na sednici skupštine. U tom slučaju nije moguće doneti odluku skupštine van njene sednice. Time se članovi dobrovoljno odriču prava odlučivanja van sednice skupštine, čime jača tzv. *organski element* u pravnom položaju skupštine.

Ako se u ovim aktima u vezi sa ovim načinom odlučivanja ništa ne odredi, važi zakonsko dispozitivno pravilo iz stava 3. ovog člana, da... »svaka odluka može se doneti i van sednice, ukoliko je potpišu svi članovi društva sa pravom glasa o tom pitanju«.

Mišljenja smo da se primenom ovog pravila generalno ne ukida mogućnost odlučivanja na skupštini, već se samo dopušta mogućnost, da se na osnovu volje članova odlučuje i van njene sednice, radi veće operativnosti odlučivanja u društvu u određenim slučajevima. S druge strane, ovaj način odlučivanja ipak ne sme da se pretvori u opšti način donošenja odluka članova, koji bi učinio izlišnim samo postojanje skupštine.

Ako članovi društva po principu »jednoglasnosti« van skupštine donesu odluku pisanim putem, onda su realizovali svoje pravo odlučivanja u društvu uz dobrovoljno isključenje prava na učešće u radu skupštine, prava na predloge, prava na raspravu i prava odlučivanja u njoj uključujući i pluralno pravo glasa.

Vansednični način odlučivanja članova društva pisanim putem naziva se i odlučivanje *per rollam*. U pitanju je izuzetan, vanredni način odlučivanja članova u društvu, kome se pribegava iz razloga efikasnosti u odlučivanju.

Ovaj metod odlučivanja je jednakovredan način odlučivanja kao i odlučivanje na sednici skupštine, osim što iz razloga praktičnosti, efikasnosti ne pretpostavlja pravo člana da učestvuje na sednici skupštine, pravo da na njoj učestvuje u raspravi i pravo da na njoj podnosi predloge. To znači, da se u ovom slučaju pravo glasa člana, koje je usko vezano za sednicu skupštine »ugasilo« realizacijom prava odlučivanja člana u vidu usvajanja njene odluke putem njenog potpisa ili njenog odbijanja uskraćivanjem potpisa – ali jednoglasnošću svih članova društva.

To je istovremeno i odlučivanje *per capita* a ne po veličini udela. Predstavlja element odlučivanja društva lica, kada oni istupaju sa pozicije ugovornih strana u skladu sa principom ravnopravnosti ugovornih strana. Ovaj način odlučivanja nije u skladu sa karakterom ovog društva kao društva kapitala, gde važi pravilo da se glasovi članova određuju prema veličini njihovog udela u društvu.

Prema dikciji člana 147. stava 3. ZPD i odluka doneta van njene sednice smatra se za njenu odluku iako se ne usvaja glasanjem na sednici skupštine, već se donosi »... ukoliko je potpišu svi članovi društva sa pravom glasa o tom pitanju.« Na to navodi i pravilo iz člana 136. stava 1. ZPD prema kome članovi društva čine skupštinu. Iako se izričito ne navodi da *svi članovi* čine skupštinu, to se može zaključiti.

Da li, onda, ima razlike između odluke skupštine donete na njenoj sednici i odluke skupštine donete van njene sednice – ukoliko je potpišu svi članovi sa pravom glasa o tom pitanju, kako se to navodi u čl. 147. st. 3. ZPD?

Po jednom mišljenju, sednična odluka skupštine je izraz volje članova kao *organa*, koja se donosi glasanjem, ali ne nužno svih članova, već onih koji su se u okviru kvoruma za nju izjasnili i obavezuje sve članove društva.<sup>8</sup> U prilog ove tvrdnje ističemo i *organski pristup* u pravilima o većinskom kriterijumu u pogledu kvoruma, načinu rada, odlučivanja skupštine iz čl. 144. – 146. ZPD, koja naznačuju da je skupština organ društva. Smatramo, da odluka usvojena na osnovu pisane saglasnosti svih članova društva van sednice skupštine, nije odluka skupštine, već odluka svih članova društva u istoj ravni kao i ugovor članova društva i predstavlja element društva lica u pravnom položaju ovog društva.<sup>9</sup>

U ZPD se kao pravilo propisuje da se odlučuje na skupštini. Izuzetak je pravilo iz pomenutog čl. 147. st. 3. Osnivačkim aktom moglo bi se ovo odlučivanje u oba ova slučaja i otežati i olakšati, nikako isključiti.

U ZPD se ne određuju slučajevi u kojima svi članovi svojim potpisima donose odluku, niti ostala pitanja s tim u vezi (pokretanje postupka, podnošenje predloga odluke, članovi koji su ovlašćeni da odlučuju pisanim putem, način i forma izražavanja volje članova, adresat kome se izjave volje upućuju, forma odluke, mesto, vreme donošenja odluke, objavljivanje odluke i dr.).

Neka pitanja su u ZPD uopšteno uređena, iako u skladu sa najnovijim tendencijama, npr. u pogledu »nosača« izjave volje u vezi sa načinom glasanja (»pisanim putem ili drugim načinom isporuke dokumenata,«<sup>10</sup> što pretpostavlja kako materijalni tako i elektronski način glasanja), zatim pravilo o članovima, koji imaju pravo glasa o pitanjima o kojima se odlučuje vasednično i pisanim putem i članovima koji to pravo nemaju, što pretpostavlja, da bi ovi drugi mogli da učestvuju u eventualnoj pripremi tog pitanja za odlučivanje, kao i u pisanom donošenju saglasne odluke, da se o konkretnom pitanju odluči na osnovu pisanog glasanja (na osnovu većinskog kriterijuma a ne konsenzusom).

Na sva ova pitanja korisno bi bilo primeniti proverena pravila iz uporednog prava naročito onih nacionalnih prava, koja su nam po mnogim tačkama tradicionalno najbliža, a pošto se mnoga odnose na voljne manifestacije i inicijative članova – i pravila građanskog (obligacionog) prava.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> *Ivanjko, Š.* u okviru *Prelič, S., Zabel, B., Ivanjko, Š., Podgorelec, P., Kobal, A., Družba z omejeno odgovornostjo, GV Založba, Ljubljana, 2009, s. 331.*

<sup>9</sup> *Kübler* ističe da članovi u tim slučajevima predstavljaju »skup, ukupnost članova« a ne skupštinu društva kao najvažniji organ društva. *Kübler, F., Gesellschaftsrecht, 5. Auflage, C. F. Müller Verlag, Hüthig GmbH, Heidelberg, 1999, s. 244.*

<sup>10</sup> Vidi čl. 147. st. 2. ZPD, koje se, po našem mišljenju, odnosi i na slučaj vasedničnog odlučivanja članova iz st. 3. istog člana.

<sup>11</sup> Kod nas se treba pozivati na odredbe Zakona o obligacionim odnosima iz 1978; O tome više *Barbić, J.*, op. cit., s. 974–977; *Lutter/Hommelhoff, GmbH–Gesetz, Kommentar, 16. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2004, s. 917–918; Kübler, F., op. cit., s. 244.*



Smatramo da mnoga od ovih pitanja treba razraditi u osnivačkom aktu a naročito urediti slučajeve, inače poznate u uporednom pravu, kada se odlučuje pisanim načinom: *prvi*, donošenje odluke na osnovu pisane izjave svih članova da su sa odlukom saglasni i *drugi*, da su saglasni da se ona donese na osnovu pisanog glasanja.

Pravo odlučivanja člana van skupštine društva s ograničenom odgovornošću uređuje se u paragrafu 48 stavu 2 nemačkog Zakona o društvima s ograničenom odgovornošću iz 1892 na sledeći način:

»Održavanje skupštine nije potrebno, ukoliko svi drugari pismeno izjave, da su saglasni sa odlukom, koja treba da bude doneta, ili da su saglasni sa glasanjem u pismenoj formi.«

Slična formulacija sadržana je i u paragrafu 34 stavu 1 austrijskog Zakona o društvima s ograničenom odgovornošću iz 1906. Dakle, u ovim pravima odluke van sednice skupštine mogu se doneti u dva slučaja ukoliko: o odluci, koja treba da se donese, svi drugari postignu konsenzus u pismenoj formi, ili svi drugari postignu konsenzus u pismenoj formi o tome, da se glasa u pismenoj formi.

U ovom poslednjem slučaju, na njihovo odlučivanje konsenzusom u formi *per rollam* o načinu kasnijeg glasanja, nadovezuje se njihovo konkretno izjašnjavanje *per rollam* (pismeno glasanje), ali koje se ostvaruje po principu većinskog odlučivanja – a ne po osnovu konsenzusa.

U ovim zakonima u pogledu odlučivanja van skupštine u formi *per rollam* usvojena je mešovita koncepcija, koja kombinuje elemente odlučivanja društva lica (odlučivanje konsenzusom članova, kada istupaju sa pozicije ugovornih strana i jednakosti) i elemente odlučivanja društva kapitala (princip većinskog odlučivanja – prema veličini udela). Međutim, primena principa većinskog odlučivanja je iz razloga ekonomičnosti odlučivanja, uslovljena prethodnom saglasnošću članova o takvom načinu odlučivanja.

Odlučivanje članova van skupštine pismenim putem uređeno je i u čl. 139. st. 2 Trgovskog zakona Bugarske iz 1991. koji glasi:

»Odluka skupštine može da se donese i bez prisustva članova, ako svi članovi izraze pismenu saglasnost sa tom odlukom.«

U tom smislu, u bugarskom pravu je usvojeno pravilo o pismenom vansedničnom odlučivanju članova društva *per rollam* po principu saglasnosti svih članova, ali samo u slučaju, koji se odnosi na odlučivanje o meritumu stvari.

Odlučivanje *per rollam*, ali prema pravilima odlučivanja na osnovu veličine udela u društvu, a ne na osnovu konsenzusa svih članova, uređuje se u paragrafu 130 Trgovskog zakonika Češke i Slovačke iz 1991, koji glasi:

»Drugari mogu da donose odluke i izvan skupštine. Predlog odluke podnosi drugarima na izjašnjavanje poslovođa ili drugar, ili drugari čiji ulozi dostižu 10% osnovnog kapitala, ili nadzorni odbor, ako je obrazovan, zajedno sa obaveštenjem

o roku za pismeno izjašnjavanje, u kome će ga drugari poslati na adresu sedišta društva. Društveni ugovor može da odredi da ovo pravo ima i drugar, čiji ulog je ispod 10% od osnovnog kapitala. Ako se drugar ne izjasni u roku, smatra se da nije saglasan. Poslovođe zatim će da saopšte rezultate glasanja pojedinim drugarima. Većina se računa od ukupnog broja glasova koji pripadaju svim drugarima.«

Evidentno je, da se ovaj način odlučivanja, koji se naziva i *pismeno glasanje* organizuje na isti način kao i glasanje na sednici skupštine. Dakle, u pogledu odlučivanja van skupštine pismenim putem, prevagnuli su elementi koncepta društva kapitala, tj. odlučivanje prema veličini udela, a ne primenom konsenzusa svih članova.

Analiza navedenih nacionalnih prava ukazuje da prevladaju pravila, po kojima se pravo odlučivanja članova u društvu van skupštine ostvaruje pismenim izjavama volje članova društva. Odluke se donose na dva načina: pismenim izjavama o saglasnosti sa predlogom odluke od strane svih članova (konsenzusom), ili glasanjem u pismenoj formi uz ili bez prethodnog pismenog konsenzusa o takvom načinu glasanja.

Zajednički imenitelj za oba metoda odlučivanja člana u društvu – za odlučivanje *per rollam* (tzv. pismeno odlučivanje van sednice skupštine, koje može da ima dva vida – odlučivanje u vidu pismenog konsenzusa ili pismeno većinsko glasanje), kao i za odlučivanje na osnovu prava glasa na sednici skupštine koje može da se instrumentalizuje na razne načine, je da se radi o oblicima izražavanja volje člana, koji po svojoj pravnoj prirodi, jesu jednostrane izjave volje a čiji temelj je udeo člana u društvu kao osnovni kriterijum za uređivanje njegovih članskih prava i dužnosti.

### *Mešovito odlučivanje članova društva*

Prijatno iznenađenje u našoj pravnoj literaturi predstavlja pravilo iz čl. 147. st. 2. ZPD. Naime, u njemu se propisuje da član društva može glasati i pisanim putem ili drugim načinom isporuke dokumenata, ako osnivačkim aktom ili ugovorom članova društva nije drukčije određeno.

Njime je dat pozitivan odgovor na pitanje, da li se može doneti odluka na sednici skupštine na kombinovan način tj. tako, da neki članovi, koji ne učestvuju na sednici glasaju pisanim putem glasaju ili drugim načinom isporuke dokumenata.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> U nemačkom, austrijskom, slovačkom, češkom, bugarskom pravu ne postoje pravila o mešovitom odlučivanju članova društva sa ograničenom odgovornošću. Međutim, na osnovu stanožišta sudske prakse, shvatanja pravne teorije mogućnost takvog glasanja se dopušta.

Ovo pravilo zaslužuje analizu:

1. Mišljenja smo, da se ovo pravilo odnosi na manja društva, na što upućuje i njegovo situiranje u pomenutom članu iza stava 1. u kome se za ova društva (ne više od 10 članova) utvrđuje mogućnost održavanja sednica skupštine korišćenjem savremenih sredstava audio-vizuelne komunikacije;

Na to upućuje i »nezgodan« početak formulacije stava 2. čl. 147. ZPD u kome se određuje da se ovim načinom glasanja može koristiti »član društva«, što verovatno ukazuje da je zakonodavac mislio na društva sa manjim brojem članova a ne na jednog člana.<sup>13</sup> U velikim društvima kombinovano odlučivanje bi proizvelo brojne organizacione i druge poteškoće a moglo bi biti izvor mogućih zloupotreba.

3. Mogućnost da se glasa na ovaj način se neposredno pretpostavlja u ZPD a osnivačkim aktom ili ugovorom članova se može samo drukčije odrediti (isključiti). Suprotne stavove sadrže neka druga nacionalna prava,<sup>14</sup> koja ovaj način odlučivanja ne uređuju i u kojima se, prema stanovištima sudske prakse i pravne teorije, ovaj metod odlučivanja, da bi bio dopušten, mora predvideti i razraditi u ugovoru o osnivanju; u protivnom tako doneta odluka bila bi nepunovažna.<sup>15</sup>

Osnivačkim aktom ili ugovorom članova može se ovaj način odlučivanja dalje razraditi tj. doneti detaljna pravila za takvo glasanje, pravila o krugu pitanja o kojima se na ovaj način može glasati, naravno i otežati ili olakšati ovakvo glasanje u skladu sa ZPD;

3. Pravo glasa član ostvaruje izražavanjem svoje volje u pisanom obliku (materijalizovanom ili dematerijalizovanom, npr. pismom, faksom, SMS-porukom, internet-vezom i dr.) ili drugim načinom isporuke dokumenata (što takođe može biti u materijalizovanoj i dematerijalizovanoj formi), ako osnivačkim aktom ili ugovorom članova društva nije drukčije određeno. Ovi oblici manifestovanja volje člana predstavljaju njegove izjave volje i u pogledu njih treba primeniti pravila građanskog (obligacionog) prava.

4. U čl. 147. st. 2. ZPD se ne propisuju uslovi za punovažno odlučivanje na mešoviti način, niti uređuju druga pitanja proceduralnog karaktera. S obzirom da je u pitanju odlučivanje članova zasnovano na kombinovanju sedničkog odlučivanja *na skupštini* sa vasedničnim odlučivanjem putem *pisanog izjašnjavanja*, ovako donete odluke smatrale bi se važećim, ako bi bili ispunjeni uslovi propisani u zakonu, osnivačkom aktu ili ugovoru članova društva za donošenje

---

<sup>13</sup> Uporedi *Lutter/Hommelhoff*, op. cit., s. 918–919.

<sup>14</sup> Nemačko, austrijsko, slovačko, češko, bugarsko pravo.

<sup>15</sup> *Barbić, J.*, op. cit., s. 977.

odluke na sednici a istovremeno ispunjeni i uslovi za donošenje odluke izvan sednice skupštine na osnovu pisanog izjašnjavanja.

## ZAKLJUČAK

Pravo odlučivanja članova u društvu s ograničenom odgovornošću ostvaruje se njihovim izjašnjavanjem na osnovu prava glasa na sednici skupštine ili pisanim izjašnjavanjem van sednice skupštine ili na mešoviti način, kada neki članovi, koji ne učestvuju na sednici glasaju pisanim putem ili drugim načinom isporuke dokumenata. Materijalizuje se izjavama volje članova, koje su izraz njihove autonomije volje i koje se u postupku odlučivanja pretvaraju u odluke skupštine članova odnosno odluke društva. U ZPD, za razliku od sedničkog skupštinskog odlučivanja, oblici odlučivanja van sednice skupštine, kao i tzv. mešovitog odlučivanja su nedovoljno uređeni, što predstavlja izvor nastanka brojnih otvorenih pitanja, na koja je potrebno brzo dati odgovore. U tom smislu neophodno je da zakonodavac jasnije utvrdi okvire njihovog regulisanja, kako bi se njihovim autonomnim uređivanjem omogućilo što potpunije, efikasnije ostvarivanje interesa članova društva i obezbedila pravna sigurnost.

MIROSLAV VITEZ, LL.D.,  
Professor, Faculty of Economics, Subotica

## DECIDING OF MEMBER'S OF PRIVATE LIMITED COMPANY OUT OF COMPANY'S ASSEMBLY

### Summary

Company member's deciding right is being realized on the voting right basis at the assembly meeting (according to majority deciding principle, exceptionally by members unanimous decision), or by written statement out of the assembly meeting – by achieving the agreement, or by the majority deciding principle, or with mixed deciding in written form and at assembly meeting. This right is being materialized by member's will declaration which is an expression of the member's will autonomy, and it represents unilateral legal business sui generis – which, in the process of achieving the agreement (that can be of majority or complete) with the other members will declarations, is being transformed to assembly, that is company decision.

TATJANA JEVREMOVIĆ-PETROVIĆ

## DRŽAVNA PRIPADNOST, *LEX SOCIETATIS* I SEDIŠTE PRIVREDNOG DRUŠTVA

### POJMOVI

Privredno društvo je subjekt prava i, slično fizičkim licima, ima određene elemente identiteta, kao što su ime, sedište i državna pripadnost. Dok se na prvom elementu nećemo zadržati, pokušaćemo da razmotrimo druga dva elementa privrednih društava, kako su ona danas regulisana u našem pravu. Osim njih, predmet analize naročito će biti tzv. *lex societatis*, odnosno pravo koje je merodavno za statusna pitanja društva. Svrha njihove analize je ukazivanje na pozitivnopravna rešenja, njihovu delimičnu nedoslednost i probleme koji mogu da se jave u njihovoj primeni, uz eventualne predloge kako bi oni mogli da se otklone.

Već na samom početku treba jasno razdvojiti institut *državne pripadnosti društva od merodavnog prava za statusna pitanja društva – lex societatis*.<sup>1</sup>

Institut državne pripadnosti društva ima svrhu da »veže« društvo sa pravnim poretком jedne zemlje, i prevashodno predstavlja političku vezu, koju svaka država suvereno određuje, tako što predviđa ko će se smatrati njenim državlja-

---

Dr Tatjana Jevremović-Petrović, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

<sup>1</sup> O detaljnoj analizi razlike između državne pripadnosti i merodavnog prava, kao i o kriterijumima za njihovo određivanje u uporednom pravu vidi više u: T. Jevremović, *Prekogranična promena sedišta društava u komunitarnom pravu*, Zadužbina Andrejević, Beograd, maj 2003, str. 15 i dalje. Takođe vidi: Klasiček, D. »Prijedlog kriterija za određivanje državne pripadnosti trgovačkog društva u hrvatskom međunarodnom privatnom pravu«, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 19, br. 2, 1998, str. 1083–1106.

nom. Na taj način državnom pripadnošću se stvara veza između društva i države na osnovu koje društvo stiče određena prava i obaveze.<sup>2</sup> Svaka država suvereno i unilateralno određuje ko se smatra njenim državnim pripadnikom, i to radi regulisanja određenih prava i obaveza (kao što je pružanje diplomatske zaštite, primena odredbi međunarodnih ugovora, pravo na preduzimanje određenih aktivnosti koje su rezervisane samo za domaće subjekte, plaćanje poreza (iako u pogledu tog pitanja često postoje odstupanja u primeni kriterijuma na osnovu kog se neko društvo smatra poreskim obveznikom) i slično). Ona to čini, uzimajući u obzir svoje političke i ekonomske interese, na osnovu različitih kriterijuma, o kojima će kasnije biti reči.

Institut *lex societatis* – merodavno pravo za statusna pitanja društva predstavlja vezu privrednog društva sa jednim pravnim sistemom, i određuje koje će se pravo primeniti na statusna pitanja društva, između ostalog da li društvo postoji, na osnovu kojih pravila, kako funkcioniše i pod kojim uslovima prestaje da postoji.<sup>3</sup> Generalno se merodavno pravo, koje određuje koje će se pravo primeniti na statusna pitanja društva, kao što su njegov nastanak, rad i prestanak, može odrediti direktno ili indirektno. Direktno određivanje podrazumeva da na osnovu nekog kriterijuma zakon odredi koje je merodavno pravo za statusna pitanja društva. Moguće je i da se merodavno pravo određuje indirektno, tako što će to biti pravo državne pripadnosti privrednog društva, koje je neposredno definisano u zakonu. To je pristup našeg prava, koje govori o načinu određivanju državne pripadnosti pravnih lica, putem koje se određuje merodavno pravo.<sup>4</sup> To je bio osnovni razlog zbog koga se u teoriji ređe pravi razlika između merodavnog prava i državne pripadnosti. Osim toga, često su kriterijumi za određivanje tih pojmova istovetni, tako da je razumljivo da nije postojala ni potreba izričitog njihovog odvajanja.

## ODREĐIVANJE MERODAVNOG PRAVA ZA DRUŠTVA: PRIHVACENI SISTEMI

Generalno se može reći da se u uporednom pravu merodavno pravo za društva određuje (posredno putem određivanja državne pripadnosti ili neposred-

---

<sup>2</sup> Vidi: T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, V. Pavić, *Međunarodno privatno pravo*, deveto izdanje, Službeni glasnik, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2007, str. 278.

<sup>3</sup> Treba napomenuti da *lex societatis* ne određuje pravila koja se primenjuju u slučaju prekograničnog stečaja, za koji važe druga pravila sa drugim kriterijumima – tzv. *lex concursus*.

<sup>4</sup> Više o uporednopravnoj praksi u pogledu direktnog i indirektnog određivanja merodavnog prava vidi u: T. Jevremović, *Prekogranična promena sedišta društava u komunitarnom pravu*, op. cit., str. 28 i dalje.

no) putem dva osnovna kriterijuma: teorijom inkorporacije, odnosno osnivanja ili registracije i teorijom sedišta. Osim tih osnovnih kriterijuma moguće je da se primeni i neki drugi, poput centra eksploatacije ili kontrole (mesto iz koga se kontroliše društvom, kao prilično širok pojam koji može da znači mesto stvarne uprave, ali se najčešće tumači kroz državljanstvo lica koja vrše kontrolu nad društvom, što je i dalje neprecizan pojam – kontrola u smislu upravljanja, kontrola u smislu vlasništva, koja je različita zavisno od forme društva i srazmere ostalih učešća). U teoriji se susreću i razne kombinacije kriterijuma, od kojih je najpoznatija teorija preklapanja (prema kojoj je merodavno pravo osnivanja, ali se u određenim slučajevima može »preklopiti« imperativnim pravilima zemlje sedišta društva) ili teorija diferencijacije (različita primena prava za unutrašnje i spoljašnje odnose društva). Za razliku od inkorporacije i sedišta, kao široko prihvaćenih u teoriji i naročito nacionalnim zakonima, drugi kriterijumi su ređe primenljivi, i najčešće se koriste kao dopunsko pravilo ili izuzetak, a često su se koristili i u specifičnim slučajevima (poput primene kriterijuma kontrole u vreme ratova).<sup>5</sup> Stoga ćemo se zadržati na osnovnim kriterijumima u određivanju merodavnog prava – mestu inkorporacije i stvarnom sedištu društva.

Ukratko, teorija inkorporacije (ili osnivanja ili registracije) prihvaćena je u sve većem broju zemalja, kako u svetu, tako i u Evropi. Njen smisao je u tome da se merodavno pravo određuje na osnovu mesta u kome je društvo osnovano (u najširem smislu reči). Neka prava stoga najčešće koriste termin osnivanja ili inkorporacije, dok druga govore o teoriji registracije (što je mesto gde je društvo registrovano – upisano u registar privrednih društava), uzimajući u obzir da po pravilu samom registracijom društva stiču svoj pravni subjektivitet. S obzirom da u pogledu pravnog subjektiviteta ne postoji ujednačen sistem, pa neka nacionalna prava prihvataju subjektivitet svih privrednih društava (kao što to čini, na primer, francusko, pa i srpsko pravo), dotle drugi broj zemalja pravni subjektivitet vezuje samo za neke forme društava (po pravilu društva kapitala), te je naročito u odnosu na takve zemlje praktičnije govoriti o osnivanju u širem smislu reči, u odnosu na mesto registracije, jer je moguće da pojedina društva budu osnovana iako nisu registrovana (što je, na primer, slučaj nemačkog prava i pojedinih formi društava). Kako god da se odredi osnivanje, suštinsku prednost teorije inkorporacije predstavljaju pravna sigurnost, jednostavnost i izvesnost. Naime, društvo će biti regulisano onim pravom po kome je osnovano, i u odnosu na činjenicu primene prava nema značaj mesto *faktičkog obavljanja delatnosti* društva, odnosno mesta odakle društvo zaista, stvarno posluje.

---

<sup>5</sup> O kriterijumima i različitim teorijama vidi više u: T. Jevremović, *Prekogranična promena sedišta društava u komunitarnom pravu*, op. cit., str. 17–19 i 29–30.

Druga, do nedavno široko zastupljena teorija u određivanju merodavnog prava – teorija sedišta, predviđa da će društvo biti regulisano onim pravom u kome ono zaista posluje, odnosno prema mestu gde ono ima svoje stvarno sedište. U teoriji i sudskoj praksi pod tim se najčešće smatra mesto iz koga društvo obavlja svoje svakodnevne poslove ili odakle se donose svakodnevne odluke o poslovanju, što će po pravilu biti mesto gde se nalazi glavna uprava društva. To mesto je faktičko pitanje, i utvrđuje se, ponekad sa teškoćama, u svakom konkretnom slučaju. No, njegova suština je da pravo pokušava da kriterijumom stvarnog sedišta onemogućiti tzv. izigravanje zakona, odnosno situaciju u kojoj je društvo osnovano u jednoj zemlji, a faktički obavlja svoje (celokupno) poslovanje u nekoj drugoj. Time je onemogućeno da sami osnivači izaberu pravo koje će se primeniti na društvo. Radi se o pojavi koja se poslednjih godina javlja u Evropi, a već decenijama postoji u Sjedinjenim Američkim Državama, i koja se često naziva *Delaver efektom* (po američkoj državi Delaver u kojoj je osnovan izuzetno veliki broj društava, i to naročito onih većih, koja se kotiraju na berzi).<sup>6</sup> Teorija sedišta ima cilj da onemogućiti takvu zloupotrebu i izjednači pravno sa faktičkim stanjem. Osnovna svrha primene teorije sedišta po pravilu je zaštita interesa trećih lica, pre svega poverilaca, zaposlenih i drugih koji posluju sa društvom u domaćoj zemlji, i potreba da se u odnosu na društvo primene domaća pravila, poznata ovim, trećim licima. Zbog toga je teorija sedišta imala primat u zemljama koje su svojim pravilima (o manjinskim akcionarima, zaposlenima, zaštiti poverilaca, naročito kod velikih – otvorenih akcionarskih društava) pokušale da zaštite vrednosti koje su smatrale značajnim, za razliku od teorije inkorporacije, koju su izvorno usvajale zemlje sa izraženim stavom o autonomiji ugovornih strana u pitanjima kompanijskog prava.<sup>7</sup>

Međutim, praksa poslovanja privrednih društava u Evropi, naročito u okviru pravnog sistema EU, pre svega korišćenjem prava i sloboda garantovanih Osnivačkim ugovorom ove Zajednice poslednjih godina dovela je do pojačanog izigravanja zakona i tzv. takmičenja zakonodavaca u pogledu regulisanja privrednih društava.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Vidi više u: T. Jevremović-Petrović, »Konkurencija zakonodavca i problem izigravanja zakona u kompanijskom pravu Evropske unije«, Pravo i privreda, br. 1–4, Udruženje pravnika u privredi, Beograd, 2009, str. 200–211.

<sup>7</sup> W. Ebke, »The European Conflict-of-Corporate-Laws Revolution: Überseering, Inspire Artand Beyond«, *EBLR*, 2005, str. 14.

<sup>8</sup> Privredna društva iz članica EU imaju specifičan položaj u odnosu na tu zajednicu. Naime, za privredna društva koja imaju državnu pripadnost neke od zemalja članica EU automatski nije predviđeno da imaju i državnu pripadnost EU, što važi za fizička lica, koja se smatraju državljanima svojih zemalja članica, ali i neposredno državljanima EU, i na osnovu kojih imaju određena prava direktno i neposredno prema EU. Pravni sistem EU definisao je vezu privrednih



Takvi događaji su posledica nekoliko odluka Suda EU, koji je faktički otvorio mogućnost da društva budu osnovana u jednoj od država članica, a da pritom nesmetano posluju u svim drugim članicama, i to čak ukoliko sa zemljom osnivanja nemaju nikakve stvarne veze, niti u njima obavljaju svoju delatnost.<sup>9</sup>

Ostavlajući detalje takvog postupanja sa strane, posledica koja je usledila u velikom broju evropskih zemalja bila je preispitivanje odredbi koje regulišu merodavno pravo za društva, i pokušaj njihovog usklađivanja sa pravnim sistemom EU. Teorija sedišta pokazala se delom neprimenljivom u odnosu na važeće odredbe o pravu nastanjivanja, te je u tom pogledu usledila i značajna zakonodavna reakcija u mnogim zemljama koje su bile do tada najveće pristalice teorije sedišta, uključujući i Nemačku.

U svetlu tih događaja postavlja se pitanje regulisanja merodavnog prava u srpskom pravu, i potreba da se domaćim propisima jasno definiše merodavno pravo, uzimajući u obzir i propise o sedištu društva, koji su sa pitanjem merodavnog prava tesno povezani.

## ODREĐIVANJE SEDIŠTA U DOMAĆEM PRAVU

Mesto koje se smatra sedištem privrednog društva određeno je Zakonom o privrednim društvima.<sup>10</sup> Taj Zakon predviđa sledeće: *Sedište privrednog društva je mesto iz koga se upravlja poslovima društva. Sedište privrednog društva određuje se osnivačkim aktom i registruje se u skladu sa zakonom kojim se uređuje registracija privrednih subjekata.*<sup>11</sup>

Već na prvi pogled (tumačenjem prvog stava) jasno je da Zakon o privrednim društvima želi da sediše definiše putem kriterijuma tzv. stvarnog sedišta, što

---

društava sa pravom zemlje članice u okviru prava na nastanjivanje, i definisao tu vezu upućujući na neki od kriterijuma za određivanje državne pripadnosti privrednih društava zemalja članica (društva koja su osnovana u skladu sa propisima jedne države članice i koja imaju svoje registrovano sedište, svoju glavnu upravu ili glavno mesto poslovanja unutar Zajednice). Vidi članove 54 i 49 Ugovora o funkcionisanju EU (raniji članovi 48 i 43 Ugovora o osnivanju EZ). O tome više: T. Jevremović-Petrović, *Prekogranična spajanja društava u pravu EU*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2010, u štampi.

<sup>9</sup> O fenomenu takmičenja zakonodavaca kao posledici praske Suda EU i slučajevima na osnovu kojih su nastali vidi u: T. Jevremović-Petrović, *Prekogranična spajanja društava u pravu EU*, op. cit., u štampi.

<sup>10</sup> Zakon o privrednim društvima, Službeni glasnik RS, br. 125/2004 (u daljem tekstu ZPD).

<sup>11</sup> Član 16 ZPD.

je mesto iz koga se upravlja poslovima društva. Međutim, već sledeći stav predviđa pretpostavku mesta koje se smatra stvarnim sedištem društva, što je tzv. statutarno i registrovano sedište – odnosno mesto koje je kao sedište određeno statutom društva i kao takvo registrovano. Na taj način Zakon o privrednim društvima je pretpostavio da su stvarno, statutarno i registrovano sedište isti. Po pravilu, to jeste slučaj sa statutarnim sedištem i registrovanim sedištem, odnosno, najčešće će u osnivačkom aktu biti definisano ono sedište koje se registruje u jedinstvenom Registru privrednih subjekata za celu teritoriju Srbije. Dok su ranije nadležnost registracije imali sudovi, pa se moglo postaviti eventualno pitanje razlike između sedišta navedenog u osnivačkom aktu i mesta gde je društvo zaista osnovano (što i dalje može da ima značaja u odnosima sa elementom inostranosti), dotle jedinstvenim registrom takva razlika nije moguća, osim u pogledu mesta koje je kao sedište registrovano u jedinstvenom Registru i eventualno se razlikuje od sedišta koje je navedeno u osnivačkom aktu društva. No, takva situacija bi bila pre teorijska, tako da se može pretpostaviti da eventualno neslaganje statutarnog i registrovanog sedišta praktično ne dolazi u obzir. Međutim, takav slučaj ne važi i u odnosu na stvarno sedište, koje je Zakonom predviđeno kao primarni kriterijum u određivanju sedišta. Naime, moguće je da privredno društvo ima (statutarno) i registrovano sedište u jednom mestu, a da ima svoje stvarno sedište u nekom drugom mestu, s tim da je važno da li je to drugo mesto unutar ili van teritorije Srbije, naročito u odnosu na pitanje primene merodavnog prava i pravila koja će važiti za društvo. Takođe može da bude relevantno da li se stvarno sedište nalazi na nekom drugom mestu u odnosu na registrovano još od samog nastanka društva, ili je do neslaganja došlo faktičkom promenom stvarnog sedišta iz jednog mesta u drugo (koje može da bude u istoj ili drugoj zemlji).

U pogledu situacije koja podrazumeva neslaganje registrovanog i stvarnog sedišta, a oba su u Srbiji (od početka ili tek kasnije nastala razlika) odredba Zakona o privrednim društvima ima svoju logiku u cilju zaštite trećih lica. Naime, smatramo da je u pojedinim slučajevima reč o oborivoj pretpostavci da društvo ima jednako stvarno i registrovano sedište. Jer, moglo bi se desiti da treća lica žele da se pozivaju na stvarno sedište, koje je različito od registrovanog sedišta, te se smatra da je sedište ono koje je registrovano, sve dok se ne dokaže da se stvarno sedište ne nalazi na nekom drugom mestu. Nasuprot tome, ukoliko bi druga strana bila savesna i pozivala se na registrovano sedište, ta pretpostavka bi bila neoboriva, pa se ne bi moglo isticati da društvo ima stvarno sedište u nekom drugom mestu, jer za savesna lica važe podaci iz Registra.<sup>12</sup> Na taj način se od-

---

<sup>12</sup> Vidi član 3, stav 1, tačka 2 Zakona o registraciji privrednih subjekata, Službeni glasnik RS, br. 55 od 21. maja 2004. i br. 61 od 18. jula 2005. (u daljem tekstu Zakon o registraciji).

redba može smatrati u interesu trećih lica, ali samo ukoliko bi se u njihovom interesu dozvolilo pozivanje na stvarno sedišta društva kao primarno. No, to važi samo u slučaju kada govorimo o čisto unutrašnjim odnosima. Međutim, čini nam se spornim praktična primena norme o razlici stvarnog i registrovanog aspekta u odnosu na druge posledice koje mogu da proizađu (naročito u situaciji u kojoj je stvarno sedišta van Srbije, o čemu će kasnije biti reči). To takođe važi i za slučaj da se na nesklad faktičkog stanja ne poziva treće lica koje je u pravnom odnosu sa društvom, već sama država koja društvu daje subjektivitet. Po strani, naravno, ostaje eventualna odgovornost osnivača prema kaznenim odredbama Zakona o registraciji, koja nije predmet našeg razmatranja.<sup>13</sup>

Dakle, da li bi, i sa kojim posledicama na nesklad stvarnog i registrovanog sedišta mogla da reaguje, na primer Agencija za privredne registre (zahtev da privredno društvo uskladi svoje stvarno i registrovano sedišta, brisanje subjekta iz Registra i slično). No, pitanje je, ukoliko bi Registar imao takva prava, da li postoji potreba da se faktičko stanje usaglasi sa pravnim (stvano sedišta sa registrovanim), ili je, naprotiv, važniji interes pravne sigurnosti i zaštite interesa trećih lica, te privredno društvo nastavlja da posluje iako ima svoje stvarno sedišta van onog označenog u Registru. Smatramo da bi osim opšteg pravila o registrovanom sedištu mogućnost pozivanja na stvarno sedišta trebalo da bude samo u interesu zaštite savesnih trećih lica.

Iako logika domaće norme nije pogrešna, barem u odnosu prema trećim licima, i u cilju njihove zaštite, čini se da je bila moguća njena drugačija formulacija, kojom bi postojeća norma bila elegantnija i razumljivija. U tom cilju je korisno poređenje sa francuskim pravom, koje predviđa da se treća lica mogu pozvati u statutarno sedišta, ali da društvo ne može da ističe to mesto prema trećima, ukoliko ima svoje stvarno sedišta u nekom drugom mestu.<sup>14</sup> Na osnovu toga moguće je predložiti da i domaće pravo definiše sedišta kao registrovano sedišta, odnosno mesto koje je kao sedišta društva navedeno u Registru (i statutu društva). Eventualno, ukoliko se stvarno sedišta nalazi na nekom drugom mestu, bilo bi dobro dati mogućnost trećim licima da mogu da se pozovu na stvarno sedišta društva, a pritom društvo ne bi moglo prema njima samo da ističe svoje registrovano (statutarno) sedišta.

---

<sup>13</sup> Vidi član 3, stav 1, tačka 2 Zakona o registraciji privrednih subjekata, Službeni glasnik RS, br. 55 od 21. maja 2004. i br. 61 od 18. jula 2005. (u daljem tekstu Zakon o registraciji).

<sup>14</sup> Vidi član 1837, stav 2 francuskog Građanskog zakonika (Code civile, Art. 1837, *Loi no. 78-9 du 4 janv. 1978*).

PRIPADNOST I ODREĐIVANJE MERODAVNOG PRAVA  
U DOMAĆEM PRAVU

Državna pripadnost privrednih društava regulisana je Zakonom o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja.<sup>15</sup> Kao osnovno pravilo predviđeno je da se: *Pripadnost pravnog lica određuje po pravu države po kome je ono osnovano. Ako pravno lice ima stvarno sedište u drugoj državi, a ne u onoj u kojoj je osnovano i po pravu te druge države ima njenu pripadnost, smatraće se pravnim licem te države.*<sup>16</sup>

Domaće pravo na ovaj način je odredilo državnu pripadnost privrednog društva (iako Zakon govori o pravnim licima, u ovom radu ćemo se ograničiti samo na privredna društva), i to u okviru dela koji govori o merodavnom pravu. Vraćajući se na sam početak naše analize, to je indirektan način određivanja merodavnog prava, koje u suštini znači određivanje državne pripadnosti putem koje se određuje merodavno pravo (s tim da bismo mogli da postavimo pitanje da li postoji jednakost u kriterijumima za njihovo određivanje, o čemu će biti reči u izlaganju koje sledi).

Inače, ovakva odredba podseća na odredbu švajcarskog prava, koje takođe ima stepenasti sistem, pa predviđa kao osnovnu primenu kriterijuma mesta organizovanja (ukoliko društvo ispunjava uslove objavljivanja ili registracije tog prava), a ukoliko se taj kriterijum ne može primeniti – mesto faktičkog upravljanja.<sup>17</sup> Takva odredba ima zaštitni karakter u slučaju da društvo nije ispunilo uslove organizovanja, a priznato je u mestu iz koga se njime faktički upravlja (što je u suštini mesto stvarnog sedišta). Ovde se, naime, radi o faktičkom društvu, za koje je predviđeno merodavno pravo stvarnog sedišta i u interesu je zaštite trećih lica. Nacionalno pravo koje, slično domaćem, usvaja dopunske kriterijume je i mađarsko pravo, koje određuje primarni kriterijum inkorporacije, sekundarni na osnovu statutarnog sedišta i krajnji na osnovu stvarnog sedišta, s tim da se ovi dopunski kriterijumi primenjuju samo kada prethodni ne mogu da se primene.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja (u daljem tekstu ZMPP), Službeni list SFRJ, br. 43/1982, 72/1982 i Službeni list SRJ br. 46/1996. Službeni glasnik RS br. 46/2006.

<sup>16</sup> Član 17 ZMPP.

<sup>17</sup> Član 154 švajcarskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu (Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP), RS 291, 18 décembre 1987, RO 1988 1776), dostupno na: <http://www.admin.ch/ch/f/rs/c291.html> (25.8.2010).

<sup>18</sup> Više o švajcarskom i mađarskom pravu vidi u: T. Jevremović, *Prekogranična promena sedišta društava u komunitarnom pravu*, op. cit., str. 32–33. Odredbe mađarskog prava do nedavno su bile vrlo slične odredbama našeg prava, jer odredba iz Zakona o međunarodnom privatnom pra-

Iako na prvi pogled ne postoji problem u odredbi domaćeg prava koja usvaja osnovni kriterijum inkorporacije, i dopunski kriterijum stvarnog sedišta, moguće je različito tumačenje njenog smisla sa jedne strane, i niz neočekivanih posledica u njenoj primeni, sa druge strane.<sup>19</sup> Naime, vraćajući se na izlaganje o regulisanju sedišta u domaćem pravu, pretpostavili smo situaciju u kojoj se ne podudaraju stvarno i registrovano sedište, ali u unutrašnjim odnosima, kada nema značajnijih problema, barem ne u odnosu na primenu prava. Kada, međutim, postoji slučaj da se stvarno sedište društva koje je kod nas registrovano nalazi van teritorije Srbije, postavlja se pitanje primene merodavnog prava, i to kako u odnosu na slučaj kada stvarno sedište od osnivanja nije u Srbiji, tako i u situaciji da do te promene dođe tokom poslovanja društva. Pre svega, prema opštem pravilu inkorporacije usvojenom u našem pravu, na društvo bi se primenjivale odredbe merodavnog prava prema mestu osnivanja (primarno), što bi značilo primenu domaćeg prava, čak iako društvo ima svoje stvarno sedište u nekoj drugoj zemlji. Međutim, na osnovu pomoćnog kriterijuma u određivanju merodavnog prava iz člana 17 ZMPP, može se primeniti se pravo stvarnog sedišta društva, ukoliko je različito od mesta osnivanja, ali samo *ako pravo u kome društvo ima svoje stvarno sedište priznaje društvo za svoje*. U pogledu te odredbe smisao i svrha njenog formulisanja svode se na želju zakonodavca da onemogući izigravanje zakona u slučaju da postoji nesaglasje između države osnivanja i države stvarnog sedišta, i da time realnije veže društvo za pravo koje bi trebalo da ga uredi. Međutim, upotreba takvog kriterijuma je, čini se, praktično vrlo teško ostvariva, a pritom i nepraktična.

Naime, zemlje koje primenjuju teoriju stvarnog sedišta zaista za ovaj kriterijum vezuju određivanje merodavnog prava. Međutim, najčešće se prema pravu zemalja koje usvajaju teoriju stvarnog sedišta zahteva da društvo bude ne samo sa stvarnim sedištem u toj zemlji, već i osnovano u njoj, da bi se smatralo državnim pripadnikom te zemlje i da bi se na njega primenile odredbe tog nacionalnog prava.

---

vu usvaja teoriju inkorporacije, a Zakoni o privrednim društvima i registraciji definisali su sedište kao stvarno (i statutarno), izmenjeno kasnijim odredbama u prilog isključivo statutarnog sedišta. Međutim, analizom mogućih opcija u praksi u slučaju neslaganja faktičkog i stvarnog sedišta i mesta osnivanja autori su došli do sličnih zaključaka koji se mogu izvesti iz analize domaćeg prava. Vidi više: V. Korom, P. Metzinger, »Freedom of Establishment for Companies: the European Court of Justice confirms and refines its *Daily Mail* Decision in the *Cartesien Case C-210/06*«, ECFR, 1/2009, str. 143, naročito fusnota 52.

<sup>19</sup> Vidi više, na primer, u: T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, V. Pavić, *Međunarodno privatno pravo*, op. cit., str. 281–282; M. Stanivuković, M. Živković, *Međunarodno privatno pravo: Opšti deo*, Treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2007, str. 122–123.

Konkretno, pravo Nemačke zahteva da društvo ima svoje stvarno sedište i bude osnovano u Nemačkoj da bi bilo nemačko društvo, jer, u suprotnom, to društvo neće moći da se smatra valjano osnovanim, već će se smatrati eventualno faktičkim društvom (na primer društvom lica za koja nije potrebna registracija) ili društvom kapitala u osnivanju, što može da bude izrazito nepovoljno, kako za svako društvo koje faktički ima svoje stvarno sedište u Nemačkoj, tako i za treća lica.<sup>20</sup> Cilj takvog pristupa je zaštita domaćih poverilaca i trećih lica, kao i domaćeg prava od uticaja stranog prava kroz društva koja su faktički domaća, a formalno strana. Izuzetno, moguće je da neko pravo dozvoljava da društvo ima samo stvarno sedište, a smatra se njenim pripadnikom, kao što je to činilo ranije belgijsko pravo, ali je broj takvih prava zaista vrlo mali da bi odredba srpskog prava imala praktično značajnu primenu.<sup>21</sup> Naravno, cilj nacionalnih prava koja osim stvarnog sedišta suštinski zahtevaju osnivanje u toj zemlji je već pomenuta zaštita trećih lica, i to naročito u odnosu na eventualne promene sedišta društva, pre svega stvarnog, koje su do skora bile potpuno onemogućene u većini nacionalnih prava, a i dalje su prilično ograničene i nakon odluka Suda EU.<sup>22</sup> Francusko pravo predstavlja tipičnog predstavnika teorije sedišta, te se smatra da je društvo podvrgnuto pod francusko pravo ukoliko na teritoriji te zemlje ima svoje sedište.<sup>23</sup> Eventualno bi u slučaju da društvo ima sedište u Francuskoj mogla da se primeni odredba domaćeg prava o stvarnom sedištu koje se nalazi u stranoj zemlji, a ona priznaje primenu svog prava. Međutim, francuska teorija smatra da se u tom slučaju samo radi o primeni merodavnog prava, ali ne i pripadnosti, za koju se, da bi se radilo o francuskim pripadnicima, pored sedišta zahteva i da

<sup>20</sup> Pravilo nije definisano u zakonima, ali je opšteprihvaćeno u sudskoj praksi i doskorašnjoj teoriji. Vidi, na primer: Roth, W-H. »Recognition of Foreign Companies in Siège Réel Countries: A German Perspective« u: Wouters, J., Schneider, H. (eds.) *Current Issues of Cross-Border Establishment of Companies in the European Union*, Maklu, Nomos, Bruylant, Juridik&Samhülle, 1995, str. 30 i dalje.

<sup>21</sup> Za belgijsko pravo vidi član 56 Trgovačkog zakona iz 1999, koji je predviđao da su sva društva čije je mesto glavnog nastanjenja u Belgiji podvrgnuta pod belgijsko pravo, iako je njihovo osnivanje izvršeno u inostranstvu. Međutim, ta odredba prestala je da važi nakon usvajanja novog Zakona o međunarodnom privatnom pravu, koji predviđa da će se kao merodavno pravo smatrati ono u kome se nalazi mesto glavnog nastanjenja nakon njegovog osnivanja. Vidi član 109 Zakona o međunarodnom privatnom pravu Belgije (Loi portant le Code de droit international privé, 16 Juillet 2004, nr. 31), dostupno na: [http://193.191.208.6/cgi\\_loi/loi\\_a.pl](http://193.191.208.6/cgi_loi/loi_a.pl) (25.8.2010).

<sup>22</sup> O promeni sedišta vidi više u: T. Jevremović-Petrović »Korak nazad u mogućnosti prekogranične promene sedišta društva«, *Evropsko zakonodavstvo* br. 29–30, Institut za međunarodnu politiku i privedu, Beograd, 2009, str. 187–196.

<sup>23</sup> O francuskom pravu i ranijim pravilima nemačkog prava vidi više: T. Jevremović, *Prekogranična promena sedišta društava u komunitarnom pravu*, op. cit., str. 28–29.

društvo bude u toj zemlji osnovano.<sup>24</sup> Treba podvući da je, međutim, i sama odredba o primeni francuskog prava na osnovu njegovog sedišta (*siège social*) nejasna kako u praksi, tako i u teoriji, pa se često ističe da se ne može dosledno braniti stav o primeni merodavnog prava na osnovu primene stvarnog sedišta, već pre statutarog sedišta društva, osim kada se radi o slučajevima *fraus legis*.<sup>25</sup>

U našoj teoriji postoji mišljenje (a čini se da nema suprotnih) da ukoliko domaće pravo upućuje na mesto stvarnog sedišta, a po pravu te zemlje pravno lice ne može da se smatra društvom te zemlje, sledi ponovo primena teorije inkorporacije.<sup>26</sup> To znači da je primena domaće odredbe kojom se upućuje na strano pravo najčešće neprimenljiva, jer u većini zemalja koje usvajaju teoriju sedišta postoje dodatni zahtevi, koji se odnose ili na kumulativno osnivanje uz stvarno sedište, ili pod sedištem podrazumevaju registrovano ili statutarno, a ne stvarno sedište.<sup>27</sup> Dakle, smisao predviđenog dopunskog kriterijuma očigledno nije da se na društva koja su kod nas osnovana, a imaju svoje sedište u drugoj zemlji primeni strano pravo, a i ako jeste, onda ona prilično opterećuje u tumačenju stranog prava, koje će često biti na kraju neprimenljivo.

Suprotno, možda je smisao takve odredbe (trebalo da bude) primena domaćeg prava na društvo koje je osnovano u stranoj zemlji, ali kod nas ima svoje stvarno sedište. Neki autori sa pravom podsećaju na vreme u kome je kriterijum sedišta kao dodatni kriterijum definisan u odredbi domaćeg prava.<sup>28</sup> Međutim, kada bi društvo imalo stvarno sedište u Srbiji, a osnovano je u nekoj drugoj zemlji trebalo bi uzeti u obzir i odredbe Zakona o privrednim društvima. Na osnovu njih, za sticanje svojstva pravnog lica zahteva se registracija tog društva u Registru privrednih subjekata u domaćoj zemlji, što bi ukazivalo da nije moguće smatrati domaćim ona privredna društva koja *nisu osnovana u skladu sa odredbama Zakona o privrednim društvima* (i Zakona o registraciji).<sup>29</sup> Definitivno se, do-

---

<sup>24</sup> Vidi, na primer, B. Goldman, A. Lyon-Caen, L. Vogel, *Droit commercial européen*, 5e édition, Dalloz, Paris, 1994, str. 91–92; kao i: F. Rigaux, *Droit international privé: Tome I Théorie générale*, Deuxième édition refondue, Maison Larcier, S.A., Bruxelles, 1987, str. 96–7

<sup>25</sup> M. Menjucq, *La mobilité des sociétés dans l'espace européen*, LGDJ, Paris, 1997, str. 129 i dalje.

<sup>26</sup> T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, V. Pavić, *Međunarodno privatno pravo*, op. cit., str. 282; M. Dika, G. Knežević, S. Stojanović, *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Nomos, Beograd, 1991, komentar uz član 17, str. 64.

<sup>27</sup> Više o drugim kontinentalno-evropskim pravima vidi u: T. Jevremović, *Prekogrančna promena sedišta društava u komunitarnom pravu*, op. cit., str. 25 i dalje.

<sup>28</sup> Vidi: M. Stanivuković, »Tačke vezivanja za komercijalna pravna lica u međunarodnom privatnom pravu«, *Pravni život*, br. 12/2003, str. 450.

<sup>29</sup> Član 8 ZPD.

duše, takav stav ne može zasnovati na pozitivnom pravu, jer domaće pravo ipak nije definisalo ko se smatra domaćim privrednim subjektom.<sup>30</sup> Smatramo da bi bilo najrazumnije uzeti da se u tom slučaju radi o stranom društvu, i da se na nje-ga primenjuje pravo prema mestu osnivanja tog društva.<sup>31</sup> To bi značilo prihvata-nje kriterijuma inkorporacije, kao osnovnog kriterijuma Zakona o sukobu zakona, i dovelo bi u pitanje smisao i potrebu postojanja usvojenog pomoćnog kriterijuma.

Odredbе Zakona o privrednim društvima dodatno prave zabunu u situaciji o kojoj je bilo reči, jer primarno upućuju na kriterijum stvarnog sedišta, ali prak-tično imaju smisao da je sedišta u stvari registrovano sedišta. No, ostavivši po strani teorijske opcije, u situaciji u kojoj bi društvo od samog početka imalo fak-tičko sedišta van teritorije Srbije, u praksi Registar ne bi odbio registraciju, jer on ne vrši proveru činjenica koje se navode u registracionoj prijavi. Na taj način bi bilo moguće i zamislivo da društvo koje u startu nema nikakvu stvarnu vezu, pa ni stvarno sedišta, bude registrovano u Srbiji. To takođe važi i za slučaj da društvo promeni stvarno sedišta van Srbije, a ostane regulisano domaćim pra-vom. I u takvoj situaciji je pitanje da li bi društvo moglo da se smatra i dalje do-maćim, iako smo više naklonjeni stavu da bi moglo, i to na osnovu odredbi materijalnog kompanijskog prava o sticanju i prestanku pravnog subjektiviteta (registracija u Registru privrednih subjekata), uprkos mogućoj primeni dopuns-kog kriterijuma iz Zakona o rešavanju sukoba zakona, ili eventualnim pravima koja bi imala Agencija za privredne registre.<sup>32</sup>

Dakle, pitanje je da li je uopšte neophodno da osim kriterijuma inkorpora-cije u srpskom pravu postoji dodatni kriterijum, u cilju zaštite domaćih poverila-ca i trećih lica, odnosno u cilju zaštite pravne sigurnosti i onemogućavanja izigravanja zakona. U prilog toj tezi smatramo da ima dovoljno argumenata.

## KRITIKA PRIMENE KRITERIJUMA SEDIŠTA

Kao osnovne nedostatke primene kriterijuma stvarnog sedišta možemo da istaknemo nekoliko:

---

<sup>30</sup> Vidi: M. Stanivuković, M. Živković, *Međunarodno privatno pravo: Opšti deo*, op. cit., str. 123.

<sup>31</sup> Suprotno shvatanje vidi kod O. Stanković, V. Vodinelić, »Uvod u građansko pravo«, Nomos, Beograd, 1992, str. 118.

<sup>32</sup> Slične nedoumice vidi kod: M. Stanivuković, »Tačke vezivanja za komercijalna pravna lica u međunarodnom privatnom pravu«, op. cit., str. 440.



*Teškoće u primeni kriterijuma sedišta i pravna sigurnost*

Pre svega, sedišta, kao faktički pojam, teško je utvrditi u svakom konkretnom slučaju. Naročito se u novije vreme poslovanje privrednog društva često obavlja u više mesta, od kojih neka mogu da budu i u više zemalja. Pored toga, savremeni razvoj kompanijskog prava dodatno otežava utvrđivanje stvarnog sedišta, jer omogućava upotrebu savremenih sredstava komunikacije, te postaje potpuno nevažno gde se zaista nalazi stvarno sedišta društva. Ukoliko se, na primer, pogledaju odredbe koje regulišu upravljanje u privrednom društvu, jasno je da prema našem pozitivnom pravu upravni odbor može da održi svoje sednice »korišćenjem konferencijske veze ili korišćenjem druge audio i vizuelne komunikacijske opreme... Smatra se da su lica koja na ovaj način učestvuju na sednici, prisutna sednici.«<sup>33</sup> Dakle, ako zamislimo društvo koje se bavi pružanjem usluga i koje može da ima zaposlene na različitim mestima, pa čak i u različitim zemljama, a uprava donosi odluke video konferencijskim sastancima, očigledno je da kriterijum stvarnog sedišta nikako nije primenljiv, a pritom je i nevažan. To takođe važi i za mesto glavnog poslovanja, kao jednako nepredvidljiv kriterijum, naročito ukoliko društva obavljaju uslužne delatnosti, delatnosti na više mesta, ili je obavljanje delatnosti u nekom mestu vremenski ograničeno ili promenljivo.

Sada se već tradicionalno ističe da teorija inkorporacije jeste najpraktičnija u zaštiti interesa svih, jer je jasno pod koje je pravo društvo podvrgnuto, bez obzira gde se faktički društvo nalazi. Zaštita poverilaca, kao jedan od osnovnih razloga u prihvatanju teorije sedišta znači da društvo treba regulisati prema onom pravu u kome ono stvarno obavlja svoje delatnosti, i u kome, između ostalog preuzima obaveze prema poveriocima. Međutim, za odnose poverilaca i dužnika primenjuju se druge odredbe međunarodnog privatnog prava u pitanjima vezanim za obligacione odnose. Za poverioce pitanje merodavnog prava za društvo je značajno samo u pogledu onih pitanja koja su vezana za statusna pitanja društva, pa je, na primer, značajno da li je društvo u formi za koju su predviđena pravila o ograničenoj ili neograničenoj odgovornosti, koje organe društvo ima i koja su pravila o njihovoj odgovornosti i slično. Za ta pitanja treća lica po pravilu očekuju da će odgovor naći u pravu njegovog osnivanja, te je zarad pravne sigurnosti uvek jednostavnije i izvesnije saznati gde je, i po kom pravu društvo osnovano, te koje će pravo nadalje regulisati sva relevantna pitanja u vezi sa njegovim statusom. Međutim, većina predstavnika teorije sedišta kroz zaštitu poverilaca ističe primenu značajnih materijalnih imperativnih pravila kompanijskog prava, kao što

---

<sup>33</sup> Vidi član 316 ZPD.

su pravila o minimumu kapitala društva i odgovornosti direktora. Ostavljajući diskusiju o potrebi i granicama zaštite poverilaca u kompanijskom pravu po strani, uz napomenu da se javljaju prilično suprotstavljena mišljenja, nakon odluka Suda EU u nekoliko slučajeva stoji da takva pravila kompanijskog prava (koja imaju cilj zaštite domaćih interesa) ne mogu da se primene na društva koja faktički obavljaju delatnosti u drugoj zemlji, jer bi to moglo da povredi pravo na nastanjivanje u okviru pravnog sistema EU (o čemu će biti reči niže). Time se dodatno naglašava da poverioci mogu da se štite, i čini se da to najbolje čine, svestranim informisanjem o društvu. Naime, ukoliko su poverioci i treća lica upoznati sa podacima koji se odnose na društvo, pa i o činjenici gde je društvo osnovano, najjednostavnije će biti zaštićeni putem sigurnosti u pogledu prava koje reguliše društvo i koje će urediti sva značajna pitanja u vezi sa njim. Ta sigurnost nije poremećena faktičkim promenama koje mogu da uslede i bez ikakvog znanja trećih lica, a da, pritom, nastavi da se primenjuje ranije pravo. Posledice teorije sedišta, naročito u odnosu na nepriznavanje društva, i njegovo tretiranje kao faktičkog samo mogu negativno da utiču u odnosu na zaštitu poverilaca i pravnu sigurnost. Stoga je naše mišljenje da kriterijum sedišta (stvarnog sedišta, mesta glavne uprave i sličnih faktičkih kriterijuma, kao što je mesto obavljanja delatnosti) predstavlja kategoriju koja je prevaziđena, i koja u savremenim uslovima prekograničnog poslovanja postaje suvišno opterećenje u određivanju merodavnog prava.

*Razvoj nacionalnih kompanijskih prava  
i harmonizacija sa pravom EU*

Najznačajnije ograničenje u primeni teorije sedišta odnosi se na cilj primene tog kriterijuma. Naime, u vreme kada je većina kontinentalno evropskih zemalja usvajala kriterijum sedišta kompanijska nacionalna prava bila su značajno različita i od izuzetnog značaja za svaku zemlju je bila primena domaćeg prava na »domaća društva«. To je značilo onemogućavanje izigravanja domaćeg prava radi zaštite trećih lica koja se nalaze u različitim odnosima sa društvom, o čemu je bilo reči.

Međutim, situacija od pre nekoliko desetina godina danas je potpuno izmenjena. Pre svega u određivanju merodavnog prava za statusna pitanja društva treba pronaći cilj, odnosno svrhu primene određenog materijalnog kompanijskog prava, i u tom pitanju leži odgovor o potrebi usvajanja teorije koja će praktično odrediti odgovarajuće materijalno kompanijsko pravo. Naime, današnje doba od-

likuje sve češće shvatanje kompanijskog prava u funkciji ekonomske efikasnosti i pospešivanja konkurentnosti privrednih društava.<sup>34</sup> Kompanijsko pravo je (ili bi trebalo da bude) okvir koji obezbeđuje društvima da što funkcionalnije posluju, namećući ograničenja samo utoliko ukoliko postoji jasna potreba zaštite širih društvenih interesa. Kompanijska nacionalna prava sve manje imaju zaštitnu funkciju, ukoliko je sama sebi cilj, ili u svakom slučaju donosi manje koristi od liberalizma u uređenju određenih pravnih odnosa.

Tako, na primer, postoji značajna tendencija napuštanja pravila o minimumu kapitala za društva koja se osnivaju sa ograničenom odgovornošću ili o obaveznom učestvovanju zaposlenih u svim formama društava. Takav trend je posledica više faktora, među kojima, osim efikasnosti kao nužnog pokretača u razvoju prava, značajnu ulogu ima i nekoliko procesa koji su direktno uticali na nacionalna prava. Pre svega se radi o izuzetno značajnom uticaju Evropske unije, koji je primetan ne samo u odnosu na njene članice, već i daleko van njenih granica. Nacionalna kompanijska prava su tokom godina izgradila niz mehanizama koji je bio usmeren ka otklanjanju nacionalnih osobenosti i razlika. Iako mnogi spore do sada ostvarene rezultate u okviru harmonizacije kompanijskog prava, nesumnjiv je uticaj nekih pravila koja su postala uobičajeni standard ne samo u zemljama članicama EU, već i zemljama širom sveta, naročito u Evropi.<sup>35</sup>

Tako, na primer, pravila Direktive kompanijskog prava o objavljivanju (ranija Prva direktiva kompanijskog prava) uvode sistem registracije i objavljivanja podataka o društvima u svim zemljama članicama poštujući određena pravila i procedure, što je od najvećeg značaja za sve učesnike u privrednim aktivnostima.<sup>36</sup> Ukoliko poverioci imaju mogućnost da se obaveste o osnovnim podacima,

---

<sup>34</sup> U tom smislu idu moderne tendencije reforme kompanijskog prava i u EU. Vidi, na primer, 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, Commission of the European Communities, Brussels, 21.5.2003., COM (2003) 284 final. Izvor: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/modern/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/company/modern/index_en.htm) (4.5.2010), str. 8 i dalje.

<sup>35</sup> Kritiku dosadašnje harmonizacije kompanijskog prava vidi, na primer, kod: H. Halbhuer »National doctrinal structures and european company law«, *Common Market Law Review*, vol. 38, 2001, 1411 i dalje; J. Andersson »The High Level Group and the Issue of European Company Law Harmonization – Europe Stumbles Along?«, M. Neville, K.E. Sørensen (eds.) *The Regulation of Companies*, Forlaget Thomson, Copenhagen 2003, 188 i dalje.

<sup>36</sup> Vidi: Directive 2009/101/EC of the European Parliament and of the Council of 16 September 2009 on coordination of safeguards which, for the protection of the interests of members and third parties, are required by Member States of companies within the meaning of the second paragraph of Article 48 of the Treaty, with a view to making such safeguards equivalent, *OJ L* 258, 1.10.2009.

značajnim za društvo, nebitno postaje koje će pravo regulisati društvo.<sup>37</sup> Iz samog imena društva (forma prema nacionalnom pravu, poput GmbH nemačkog prava, ili SA francuskog prava uz naznaku *registrovanog sedišta*) jasno je kom pravu društvo pripada, i koja se pravila na njega odnose.

Pošto govorimo o statusnim pitanjima društava, dakle činjenicama da li je društvo osnovano, u kom obliku posluje, koji su organi tog društva, kada prestaje i slično, možemo da primetimo da savremena kompanijska prava nemaju toliko konceptijskih razlika u pogledu ovih pitanja. Značajne razlike i dalje postoje, ali su deo celokupnog pravnog nacionalnog sistema svake zemlje. Čak i fine razlike nacionalnih prava počinju da nestaju procesom takmičenja zakonodavca, čime se ujedno otklanja potreba izigravanja zakona kao suštinskog razloga u prihvatanju teorije sedišta. Ako ne postoje razlike u materijalnom kompanijskom pravu svake od zemalja, koja je dovoljna da društvo samo bude *pro forma* registrovano u jednoj zemlji, otpada i potreba uvođenja kriterijuma sedišta u odnosu na uređenje statusnih pitanja društava. Sa druge strane, takmičenje zakonodavaca, koje bi trebalo da podstakne države članice u pravnom uređenju društava, i učini tu materiju efikasnijom i međusobno sličnijom pretpostavlja potpunu slobodu u promeni sedišta društva, i suštinski, prihvatanje kriterijuma inkorporacije.<sup>38</sup>

Osim pomaka u približavanju materijalnih odredbi kompanijskog prava u modernim savremenim pravilima sve više je prisutan i kriterijum inkorporacije. To se odnosi čak i na nemačko pravo, koje je u svom kompanijskom pravu već izvršilo izmene u pogledu definisanja sedišta (prihvaćeno je samo statutarno sedište), a najavljeno je usvajanje zakona kojim će izričito biti usvojena teorija registracije (odnosno mesto faktičkog organizovanja za društva koja nisu registrovana).<sup>39</sup> Slične promene usledile su i u nekim drugim zemljama, te je, na

<sup>37</sup> Naime, Sud EU je u slučaju *Centros* našao da u situaciji da strano društvo obavlja sve svoje aktivnosti u domaćoj zemlji prava i interesi trećih lica nisu ugroženi, kao ni interes zaštite pravne sigurnosti jer ta lica nisu u zabludi u pogledu prava koje se primenjuje na društvo (pravo gde je društvo registrovano) i ne postoji opravdana potreba njihove posebne zaštite koja bi značila nepriznavanje nekih drugih prava, garantovanih Ugovorom o funkcionisanju EU (pravo na nastanjivanje iz člana 49 i 54). Vidi par. 32–33 i 35–37 Presude u slučaju *Case C–212/97 Centros Ltd v Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, Judgment of the Court of 9 March 1999.

<sup>38</sup> D. Babić, »Sloboda kretanja trgovačkih društava u EU«, Z. Parać et al. (urednici) *Liber Amicorum Jakša Barbić*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2006, str. 211.

<sup>39</sup> Vidi član 10, stav 1 Predloga Zakona o međunarodnom privatnom pravu privrednih društava, udruženja i pravnih lica, dostupno na: <http://www.bmj.de/files/-/2751/RefE%20Gesetz%20zum%20Internationalen%20Privatrecht%20der%20Gesellschaften,%20Vereine%20und%20juristischen%20Personen.pdf>, (25.8.2010). U pogledu sedišta, izmene se odnose na činjenicu da su dosadašnji Zakon o društvima sa ograničenom odgovornošću i Zakon o akcionarskim društvima predviđali da statutarno sedište mora da bude na mestu gde društvo obavlja svoje poslovanje ili iz koga se vode poslovi društva, odnosno mesto gde se nalazi glavna uprava. Sada više

primer, Mađarska izmenama Zakona o registraciji uklonila zahtev da se stvarno i statutarno sedište podudaraju, zadržavajući teoriju inkorporacije, i izričito dozvoljavajući da stvarno sedište bude (ili se izmeni) u drugoj zemlji.<sup>40</sup>

### Odluke Suda EU

Sledeći razlog blisko je povezan sa prethodnim i odnosi se na činjenicu da su se mnoge zemlje članice EU poslednjih godina suočile sa praksom Suda EU, koja je svojim dalekosežnim odlukama ustanovila da je teorija sedišta u nekim svojim aspektima neprimenljiva u pravom sistemu EU. Naime, ukoliko je društvo valjano osnovano u nekoj od zemalja članica Unije, druge zemlje članice ne mogu da odbiju postojanje tog društva prema mestu osnivanja, čak i ako primenjuju teoriju sedišta.<sup>41</sup> To znači da je osnov međusobnog priznanja stranih društava dat Ugovorom o funkcionisanju EU, i ne može da bude uslovljen prihvaćenom teorijom u određivanju državne pripadnosti ili merodavnog prava za društva. Doduše, obaveza priznanja ne znači i obaveznu primenu merodavnog prava prema mestu osnivanja.<sup>42</sup> Rezultat takvog stava bila je značajna zakonodavna reforma koja je usledila u brojnim zemljama članicama. Ona se svodila, pre svega, na modernizaciju kompanijskih prava, koja znači spremnost zemalja članica da uklone ograničenja koja dovode do odliva domaćih društava u strana prava, i otklanjanju postojanja *pro forma* stranih društava. Sa druge strane, nakon tako izvršenih reformi druga značajna promena odnosi se i na sve šire prihvatanje kriterijuma inkorporacije u zemljama koje su do skora tradicionalno bile pripad-

---

takvo ograničenje ne postoji. Vidi: W. Müller, N. Winkeljohann (Hrsg.) *Beck'sches Handbuch der GmbH: Gesellschaftsrecht, Steuerrecht*, 4, vollständig Überarbeitete und erweiterte Auflage, Verlag C.H. Beck München, 2009, str. 1007.

<sup>40</sup> Vidi više: V. Korom, P. Metzinger, »Freedom of Establishment for Companies: the European Court of Justice confirms and refines its *Daily Mail* Decision in the Cartesio Case C-210/06«, op. cit., str. 158.

<sup>41</sup> Vidi par. 29, 30, 38, 39 Presude u slučaju Case C-212/97 *Centros Ltd v Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, Judgment of the Court of 9 March 1999. i par. 78–82 Presude u slučaju Case C-208/00 *Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*, Judgment of the Court of 5 November 2002, Conclusion de l'avocat général M. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, présentées le 4 décembre 2001. Više o tome: T. Jevremović Petrović, »Prekogranina promena sedišta društva nakon novih odluka Evropskog suda pravde«, *Strani pravni život*, br. 1–3, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2006, str. 171–191.

<sup>42</sup> V. Bouček, »Osobni statut trgovačkog društva i specifičnih evropskih trgovačkih društava u evropskom međunarodnom privatnom pravu«, Z. Parać et al. (urednici) *Liber Amicorum Jakša Barbić*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2006, str. 143.

nici teorije sedišta i to u njenom najstrožijem vidu. Jedan autor poetično zaključuje da je »... s aspekta evropskog međunarodnog privatnog prava teorija stvarnog sedišta trgovačkih društava danas ... samo reliquiae reliquiarum.«<sup>43</sup>

ZAKLJUČAK:  
REGISTROVANO SEDIŠTE I ODREĐIVANJE  
MERODAVNOG PRAVA NA OSNOVU KRITERIJUMA  
INKORPORACIJE

Iz napred navedenih nedostataka vidi se da je ranije postojala potreba primene kriterijuma sedišta, ali da savremeni razvoj prava ukazuje na potrebu usvajanja sigurnog i pouzdanog kriterijuma u određivanju merodavnog prava. Ne bi trebalo da treća lica snose negativne posledice primene kriterijuma, a to se može desiti ukoliko je neizvesno gde će se nalaziti stvarno sedište nekog društva u trenutku kada se postavi to pitanje, a pritom može da se desi da pravni sistem u kome se društvo nalazi uopšte ne prizna društvo za svoje.

Isti argumenti važe i za domaće pravo. Ukoliko se zapitamo da li ima potrebe da pored kriterijuma inkorporacije domaće pravo štiti svoj pravni sistem dopunskim kriterijumima, nalazimo malo razloga u prilog takvom stavu.<sup>44</sup> Jer je osnovna polazna osnova da odredimo koja je svrha usvajanja teorije sedišta, odnosno inkorporacije – da li je to zaštita sa jedne strane (sa rezervom koliko teorija sedišta zaista štiti, a koliko može da dovede do pravne nesigurnosti), ili pravna sigurnost i efikasnost, sa druge strane. Situacija u pogledu (ne)specifičnosti modernog kompanijskog prava Srbije je takva da danas ne postoje takve osobenosti u toj materiji koje bi opravdavale potrebu zaštite domaćih interesa putem primene kriterijuma sedišta. Tim pre što savremeno domaće pravo ne samo da je u skladu sa nacionalnim evropskim pravima, već ima i takve norme koje uvode moderna sredstva komunikacije u svoje odredbe, čime još više potiskuju značaj stvarnog sedišta.

Iako smatramo da bi u pogledu određivanja merodavnog prava bilo dovoljno predvideti samo pravilo o inkorporaciji društva, prema kome se na društvo primenjuju odredbe onog prava u kome je društvo nastalo, i koje je društvu dalo

---

<sup>43</sup> V. Bouček, »Osobni statut trgovačkog društva i specifičnih evropskih trgovačkih društava u evropskom međunarodnom privatnom pravu«, op. cit., str. 141.

<sup>44</sup> Stav da merodavno pravo treba da se određuje prema kriterijumu osnivanja (eventualno kumulativno uz neki drugi kriterijum, ali ne alternativno ili samostalno) vidi kod: Klasiček, D. »Prijedlog kriterija za određivanje državne pripadnosti trgovačkog društva u hrvatskom međunarodnom privatnom pravu«, op. cit., str. 1092.

pravni subjektivitet, to ne znači da bi bila otvorena mogućnost zloupotreba domaćeg prava. Naime, eventualni slučajevi izigravanja domaćeg prava bi mogli da se koriguju opštim institutima koji imaju tu svrhu, tipa ustanove izigravanja zakona međunarodnog privatnog prava. Sa druge strane, u slučaju da se izigrava strano pravo registrovanjem u našoj zemlji, ne vidimo neki naročito značajan razlog koji bi opravdao uvođenje dodatnih kriterijuma, niti vidimo domaću sredinu dovoljno privlačnom stranim društvima, da bi u njoj našla dovoljno razloga za samo formalnu registraciju.<sup>45</sup> Naravno, u odnosu na druge zakone, koji su *lex specialis*, a i inače imaju primat u primeni nad Zakonom o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja,<sup>46</sup> moguće je predvideti drugačija pravila u pogledu državne pripadnosti i primene prava. To se pre svega odnosi na zakone koji uređuju pitanje naplate poreza i rezidenata iz ugla poreskog prava. Isto važi, na primer, i za strana ulaganja, radiodifuziju, javno informisanje ili posebne oblasti poslovanja, za koje je opravdano uvesti dodatne kriterijume, među kojima je moguće i kriterijum sedišta ili mesta poslovanja, ili neki specifičniji, kao što je to kontrola (koja bi, pritom, morala precizno da se definiše šta podrazumeva) radi zaštite domaćih interesa.

U odnosu na sedišta društva smatramo da bi bilo dobro pod njim smatrati ono mesto u kome je društvo upisano u registar, i kao takvo je u njemu navedeno. U pogledu unutrašnjeg neslaganja stvarnog sa registrovanim sedištem moguće bi bilo predvideti pravo trećeg lica da se poziva na stvarno sedišta, jer bi na taj način mogli da se zaštite domaći poverioci u pogledu određenih prava u kojima im je značajno mesto nalaženja svog dužnika (na primer, u pitanju određivanja mesne nadležnosti suda), ali razlika stvarnog sedišta u odnosu na registrovano ne bi trebalo da ima posledice koje dovode u pitanje sigurnost u pravnom prometu.

Iako primena teorije sedišta ima značajne nedostatke, čini se da je ona radije bila do sada primenjena u praksi domaćih sudova, a čest je kriterijum i u dvostranim ugovorima koje je zaključila Srbija.<sup>47</sup> No, radi se o ugovorima koji su zaključeni još u vreme Kraljevine SHS ili SFRJ, a čini se da moderno vreme nosi značajne promene u odnosu na kriterijume koji se primenjuju u današnjim pravima kontinentalno-evropskih zemalja, i to drastično u smislu okretanja ka kriterijumu inkorporacije.

---

<sup>45</sup> Vidi član 5 ZMPP.

<sup>46</sup> Vidi član 3 ZMPP.

<sup>47</sup> Za praksu sudova vidi, na primer, Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž 11323/2005 od 13.12.2005, baza Paragraf.net. Vidi i: M. Stanivuković, M. Živković, *Međunarodno privatno pravo: Opšti deo*, op. cit., str. 125–126, naročito u odnosu na dvostrane ugovore.

Iako se zalažemo za pojednostavljenje postojećih pravila u pogledu određivanja merodavnog prava, sa druge strane smatramo da bi moglo da bude korisno definisanje dodatnih pravila međunarodnog privatnog prava u pogledu statusnih pitanja koja se odnose na društvo, a koja do sada uopšte nisu bila regulisana. Pre svega, jasno definisanje ko se smatra domaćim društvom, što je pre pitanje koje treba urediti Zakonom o privrednim društvima, ili, eventualno ZMPP uz jasan kriterijum osnivanja kao najjednostavniji i najpouzdaniji. Osim toga, poželjno je definisati na koja pitanja se merodavno pravo odnosi. Najznačajnije bi bilo uvođenje odredbi kojima se jasno omogućava i definiše postupak prekograničnih spajanja ili promene sedišta, čime bi se otklonile nedoumice u pogledu tumačenja postojećih pravila o sedištu i posledicama njegove eventualne promene, naročito u svetlu kompanijskog prava.<sup>48</sup> Ne treba posebno podvući koliko bi problema pokrenula promena registrovanog (pa i stvarnog) sedišta u drugu zemlju, koja povlači sa sobom promenu merodavnog prava. Sa druge strane, regulisanje tih pitanja bi značilo delimično prihvatanje modernih nastojanja omogućavanja prekograničnih kretanja, koja su Srbiji značajna ne samo u cilju približavanja pravu EU i harmonizaciji sa njim. Osim toga, naročito bi to bilo značajno u regionalnoj saradnji i omogućavanju regionalne pokretljivosti, jer je izvesno zamisliti da postoji potreba da se domaća društva »kreću« po regionu, i shodno njihovim potrebama i ekonomskoj logici prilagođavaju bez pravnih ograničenja.

I na kraju, treba istaći da je izloženi predlog u pogledu usvajanja kriterijuma inkorporacije kao osnovnog i jedinog kriterijuma važi samo u odnosu na određivanje merodavnog prava za statusna pitanja društva, što znači koje će materijalno kompanijsko pravo urediti nastanak, rad i uslove za prestanak društva. Međutim, u odnosu na druga pitanja, kao što su prava stranaca, a naročito utvrđivanje međunarodne nadležnosti opravdano je razmišljati o postojanju kriterijuma sedišta.<sup>49</sup> To odgovara i evropskim propisima u pogledu odre-

---

<sup>48</sup> Detaljna pravila o statusnim pitanjima društva, naročito u odnosu na prekogranična spajanja i promenu sedišta predvidelo je, na primer, švajcarsko pravo, koje uvodi osnovna pravila u određivanju merodavnog prava za statusna pitanja društava sa značajnom primenom pravila *lex fori*, i nizom specijalnih pravila za postupke prekograničnih spajanja i promene sedišta koja dovodi do promene merodavnog prava, predviđajući niz značajnih pravila koja ne samo da omogućavaju izvođenje tih postupaka, već su pre svega u interesu zaštite interesa vlasnika, poverilaca, zaposlenih i trećih lica.

<sup>49</sup> Isto smatraju neki autori, koji ističu da je u odnosu na određivanje državne pripadnosti moguće primeniti drugačiji kriterijum u odnosu na merodavno pravo za statusna pitanja društava, u čemu ukazuju na moguće prihvatanje kriterijuma stvarnog sedišta kroz koji se ostvaruje poštovanje principa najtešnje veze iz međunarodnog privatnog prava. Vidi: Klasiček, D. »Prijedlog kriterija za određivanje državne pripadnosti trgovačkog društva u hrvatskom međunarodnom privatnom pravu«, op. cit., str. 1095.



divanja nadležnosti.<sup>50</sup> Naime, razlog određivanja nadležnosti putem kriterijuma sedišta ima cilj zaštite domaćih interesa, odnosno trećih lica koja dolaze u dodir sa stranim društvima. Tako bi zaštita bila efikasnija ukoliko bi za društva koja posluju kod nas, ili u našoj zemlji imaju svoje stvarno sedišta mogla da se zasnuje nadležnost domaćih sudova. Time bi imalo potrebe za razrađenijim pravilima koja uređuju privredna društva, i koja primenjuju više kriterijuma u odnosu na pitanje koje uređuju. To do sada nije bio slučaj, jer je i dalje važeći zakon predviđeo jedinstveni kriterijum osnivanja modifikovan kriterijumom stvarnog sedišta, koji se primenjuje i na pitanje stranačke sposobnosti stranog pravnog lica.<sup>51</sup>

TATJANA JEVREMOVIĆ-PETROVIĆ, LL.D.,  
Assistant Professor, Faculty of Law,  
Belgrade

## NATIONALITY, LEX SOCIETATIS AND THE COMPANY SEAT

### Summary

The author deals with the issue of nationality of companies, applicable law and company seat. She tries to analyze the link between positive regulations of incorporation theory, modified with real seat criteria from Private International Law with relevant provisions from the Companies Act, dealing with the company seat. Modern company laws, as well as private international law

---

<sup>50</sup> Vidi odredbu prema kojoj se u pitanjima valjanosti osnivanja, ništavosti ili prestanka društva, ili valjanost odluka organa društva predviđa isključiva nadležnost prema sedištu društva (definisanom prema odredbama međunarodnog privatnog prava svake zemlje članice EU). Član 22, stav 2 Uredbe o sudskoj nadležnosti, priznanju i izvršenju odluka u građanskim i trgovinskim stvarima, (Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, (Brussel I) OJ L 12, 16.1. 2001. sa poslednjim izmenama i dopunama 2009. godine. Izvor: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2001R0044:20090408:EN:PDF>, (25.8.2010).

<sup>51</sup> Vidi član 79 ZMPP.

rules dealing with company issues, determine the applicable law in accordance with the theory of incorporation, which is more in line with creditor's protection, cross border activities and modern communication methods. Therefore, it is suggested that applicable law should be the law of the state of company incorporation, and that a company seat should be determined through registration data, about which creditors, as well as other interested parties could be informed easily.

Real seat criterion should be avoided, unless necessary for domestic company law cases, where creditors could use this place if it is different from the registered seat. Incorporation criterion should be accepted in private international law without additional criterion, and public interest in the case of circumvention of laws could be protected by public order rules.

**NEOPHODNOST I CILJEVI POSEBNOG  
PRAVNOG UREĐENJA SUKOBIA INTERESA  
NA TRŽIŠTU KAPITALA**

U V O D

Profesionalne pružaocice investicionih usluga po pravilu tereti dužnost postupanja u interesu klijenata (tzv. dužnost lojalnosti).<sup>1</sup> Pored toga, iz njihovih ugovornih odnosa često proizlazi sloboda odlučivanja o postupanju koje je u najboljem interesu klijenta kao saugovarača. Otuda, profesionalni pružaocice investicionih usluga dolaze u situaciju sukoba interesa, uvek kada se prilikom donošenja odluke o postupanju u interesu klijenta uredno ispunjenje dužnosti lojalnosti prema tom licu kosi sa njihovim ličnim interesom ili sa dužnošću postupanja u interesu nekog drugog klijenta.<sup>2</sup> Imajući u vidu savremenu tendenciju

---

Mr Mirjana Radović, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad se nadovezuje na članak objavljen pod nazivom: Mirjana Marković, »Problem sukoba interesa između brokersko-dilerskog društva i njegovih klijenata«, *Pravo i privreda*, br. 5–8/2009, str. 557–578.

<sup>1</sup> Jill I. Gross, »Securities Analysts' Undisclosed Conflicts of Interest: Unfair Dealing or Securities Fraud?«, *Columbia Business Law Review*, Vol. 2002, No. 3, 2002, str. 636.

<sup>2</sup> Uporedi: Christopher M. Gorman, »Are Chinese Walls the Best Solution to the Problems of Insider Trading and Conflicts of Interest in Broker-Dealers?«, *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, Vol. 9, 2004, str. 480; Marc Kruithof, *Conflicts of Interest in Institutional Asset Management: Is the EU Regulatory Approach Adequate?*, Financial Law Institute, Working Paper Series, 2005–07, 2005, dostupno na adresi: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=871178](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=871178), 24.3.2009., str. 2; Christoph Kumpan, Patrick C. Leyens, »Conflicts of Interest

stvaranja finansijskih konglomerata, koji obavljaju brojne, raznovrsne funkcije na tržištu kapitala,<sup>3</sup> jasno je da sukobi višestrukih interesa koji odatle proizlaze predstavljaju neizbežnu prateću pojavu obavljanja investicione delatnosti na današnjim tržištima kapitala.<sup>4</sup>

Iako sukobe interesa treba posmatrati kao uobičajenu i normalnu posledicu pružanja usluga sa obavezom postupanja u interesu klijenta, njihova rasprostranjenost na tržištu kapitala izaziva ozbiljne probleme. Ovi problemi prvenstveno proističu iz informacione asimetrije između profesionalnog pružaoca investicionih usluga i njegovih klijenata,<sup>5</sup> kako *ex ante*, u pogledu postojanja situacije sukoba interesa, tako i *ex post*, u pogledu njene zloupotrebe na štetu klijenta.<sup>6</sup> Navedena problematika ugrožava poverenje investitora ne samo u pojedinog pružaoca usluga, već i u funkcionisanje čitavog tržišta.<sup>7</sup> Sledstveno tome, nerešavanje problema sukoba interesa u krajnjem ishodu može da izazove negativne posledice po efikasnost i integritet tržišta kapitala jedne zemlje.<sup>8</sup> Upravo iz tih razloga se zakonodavci u svim pravnim sistemima suočavaju sa pitanjima da li, u

---

of Financial Intermediaries – Towards a Global Common Core in Conflicts of Interest Regulation», *European Company and Financial Law Review*, Vol. 1, 2008, str. 84; Norman S. Poser, »Chinese Wall or Emperor's New Clothes? Regulating Conflicts of Interest of Securities Firms in the U.S. and the U.K.«, *Michigan Yearbook of International Legal Studies*, Vol. 9, 1988, str. 94; Nebojša Jovanović, Berzansko pravo, Beograd, 2009, str. 136.

<sup>3</sup> C. Kumpan, P. C. Leyens, nav. članak, str. 80; C. M. Gorman, nav. članak, str. 481; M. Kruithof, nav. rad, str. 14; N. S. Poser, nav. članak, str. 94; Vladimir Vračarić, »Sukob interesa u investicionom bankarstvu i njegovo regulisanje«, *Pravo i privreda*, br. 5–8/2008, str. 818 fn. 5.

<sup>4</sup> Ingo Walter, *Conflicts of Interest and Market Discipline Among Financial Services Firms*, 2003, dostupno na adresi: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1297774](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1297774), 24.3.2009., str. 1.

<sup>5</sup> M. Kruithof, nav. rad, str. 7; C. Kumpan, P. C. Leyens, nav. članak, str. 80; o problemu informacione asimetrije u kontekstu sukoba interesa v.: Joo A. C. Santos, *Commercial Banks in the Securities Business: A Review*, Bank for International Settlements, Working Papers No. 56, Basle, 1998, dostupno na adresi: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=8029](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=8029), 24.3.2009., str. 10.

<sup>6</sup> Uporedi: Andrew Crockett, Trevor Harris, Frederic S. Mishkin, Eugene N. White, *Conflicts of Interest in the Financial Services Industry: What Should We Do About Them?*, Geneva Reports on the World Economy 5, International Center for Monetary and Banking Studies, Centre for Economic Policy Research, 2003, str. 5.

<sup>7</sup> M. Kruithof, nav. rad, str. 9; Luca Enriques, *Conflicts of Interest in Investment Services: The Price and Uncertain Impact of MiFID's Regulatory Framework*, 2005, dostupno na adresi: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=782828](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=782828), 24.3.2009., str. 4; Harry McVea, »Financial Conglomerates and Conflicts of Interest: Resolving a Regulatory Dilemma«, *Northern Ireland Legal Quarterly*, Vol. 47, No. 3, 1996, str. 250.

<sup>8</sup> A. Crockett, T. Harris, F. S. Mishkin, E. N. White, nav. delo, str. xix i 2; H. McVea, nav. članak, str. 241; M. Kruithof, nav. rad, str. 21 i 22.

kojoj meri i na koji način treba usvojiti posebno pravno uređenje sukoba interesa na tržištu kapitala.

S obzirom na činjenicu da brokersko-dilersko društvo predstavlja karakterističnog profesionalnog pružaoca investicionih usluga, koji može da obavlja najširi broj funkcija na tržištu, kao i činjenicu da u srpskom pravu posebno pravno uređenje sukoba interesa postoji samo za brokersko-dilerska društva, a ne i za ostale pružaoce usluga, u ovom radu će se izraz »brokersko-dilersko društvo« koristiti tako da označava bilo kog profesionalnog pružaoca investicionih usluga.

### NEADEKVATNOST TRŽIŠNIH MEHANIZAMA ZA REŠAVANJE PROBLEMA SUKOBA INTERESA

U prošlosti se smatralo da tržišni mehanizmi mogu da reše problem sukoba interesa, bez potrebe za posebnom zakonodavnom intervencijom.<sup>9</sup> Ovo uverenje je počivalo na klasičnom shvatanju problema sukoba interesa, na osnovu koga bi klijenti »sankcionisali« nelojalno brokersko-dilersko društvo tako što bi odlazili kod drugog pružaoca investicionih usluga koji poštuje dužnost postupanja u njihovom interesu.<sup>10</sup> Neophodan uslov za funkcionisanje opisanog tržišnog mehanizma za rešavanje problema sukoba interesa se ogleda u postojanju konkurencije na tržištu profesionalnih pružalaca investicionih usluga.<sup>11</sup> Takav uslov je sasvim logičan, budući da klijenti mogu da napuste nelojalno brokersko-dilersko društvo odlazeći kod drugog, lojalnog društva, samo pod pretpostavkom da na tržištu posluje više pružalaca usluga između kojih klijenti mogu slobodno da biraju.<sup>12</sup>

---

<sup>9</sup> Luc Thévenoz, Rashid Bahar (eds.), *Conflicts of Interest: Corporate Governance and Financial Market*, Kluwer Law International BV, 2006, str. 12; H. McVea, nav. članak, str. 249; M. Kruithof, nav. rad, str. 6 i 7.

<sup>10</sup> Tržište može da kontroliše sukobe interesa, zbog velikog značaja reputacije finansijskih firmi. V.: A. Crockett, T. Harris, F. S. Mishkin, E. N. White, nav. delo, str. xix; M. Kruithof, nav. rad, str. 6.

<sup>11</sup> L. Thévenoz, R. Bahar (eds.), nav. delo, str. 13 i 14; uporedi: H. McVea, nav. članak, str. 249.

<sup>12</sup> Postoji i suprotno mišljenje, po kome odnos između agenta (brokersko-dilerskog društva) i principala (klijenta) funkcioniše po principu »jednom zauvek« (engl. *once-and-for-all contract*). Prema tome, klijent se teško odlučuje na promenu pružaoca usluga, zbog čega konkurencija na tržištu ima vrlo ograničen značaj. V.: M. Kruithof, nav. rad, str. 9.

Shvatanje o adekvatnosti tržišnih mehanizama u borbi protiv sukoba interesa je prisutno i u današnjoj teoriji. Međutim, savremeni autori realnije posmatraju problem sukoba interesa, pa konkurenciji na tržištu kao dovoljnom uslovu za rešavanje ovog problema pridaju ograničen značaj. Otuda, pojedini autori veruju da konkurencija između pružalaca usluga može da bude adekvatno polazište za rešavanje samo nekih slučajeva sukoba interesa.<sup>13</sup> Primera radi, praksa kod koje brokersko-dilersko društvo učestalo obavlja transakcije za račun klijenta isključivo u cilju naplate provizije (engl. *churning*) izaziva dodatne troškove za klijenta, zbog čega je on podstaknut da napusti ovo društvo i ode kod drugog pružaoca usluga, koji ne postupa na opisani način i stoga jeftinije pruža usluge.<sup>14</sup>

Izvan eventualnih pojedinih slučajeva sukoba interesa, kod kojih je konkurencija između profesionalnih pružalaca investicionih usluga dovoljna da reši problem, tržišni mehanizmi najčešće nisu adekvatni da sami regulišu situacije sukoba interesa. Razlog za ovakav zaključak se sastoji u činjenici da tržišni mehanizmi u slučaju sukoba interesa ne funkcionišu pravilno zbog asimetričnih informacija koje postoje između brokersko-dilerskog društva i njegovih klijenata.<sup>15</sup> Prema tome, učesnici na tržištu kapitala se u situaciji sukoba interesa ne ponašaju u potpunosti u skladu sa ekonomskim očekivanjima, budući da ne poseduju potpune informacije od značaja za donošenje odluka.<sup>16</sup> Iz istih razloga se ne može očekivati ni da će brokersko-dilersko društvo poštovati dužnost lojalnosti prema klijentima u nastojanju da očuva svoj ugled na tržištu.<sup>17</sup> S obzirom na teškoće u otkrivanju i sankcionisanju sukoba interesa, ovo društvo nema dovoljno snažan motiv koji bi ga podsticao na postupanje u interesu klijenata. Na osnovu izloženih argumenata se zaključuje da tržišni mehanizmi nisu adekvatni za rešavanje problema sukoba interesa, zbog čega postoji naglašena potreba za korišćenjem odgovarajućih pravnih mehanizama u ovoj oblasti.<sup>18</sup>

---

<sup>13</sup> H. McVea, nav. članak, str. 249; L. Thévenoz, R. Bahar (eds.), nav. delo, str. 13.

<sup>14</sup> L. Thévenoz, R. Bahar (eds.), nav. delo, str. 13.

<sup>15</sup> M. Kruithof, nav. rad, str. 7 i 10. Asimetrične informacije su glavni uzrok neefikasnog funkcionisanja finansijskog sistema. V.: A. Crockett, T. Harris, F. S. Mishkin, E. N. White, nav. delo, str. 2.

<sup>16</sup> Klijentima je teško da procene kvalitet usluge, ne samo unapred, već i naknadno. V.: H. McVea, nav. članak, str. 249.

<sup>17</sup> M. Kruithof, nav. rad, str. 8; suprotno: L. Thévenoz, R. Bahar (eds.), nav. delo, str. 12; uporedi: Robert Cooter, Bradley J. Freedman, »The Fiduciary Relationship: Its Economic Character and Legal Consequences«, *New York University Law Review*, Vol. 66, Issue 4, October 1991, str. 1073.

<sup>18</sup> L. Thévenoz, R. Bahar (eds.), nav. delo, str. 4.

## NEDOVOLJNOST OPŠTIH PRAVNIH MEHANIZAMA ZA REŠAVANJE PROBLEMA SUKOPA INTERESA

### *Gradanskopravni mehanizmi*

Postavlja se pitanje da li je za rešavanje problema sukoba interesa između brokersko-dilerskog društva i njegovih klijenata dovoljno korišćenje opštih građanskopravnih mehanizama, koji se inače primenjuju na situacije kršenja dužnosti lojalnosti. U tom pogledu se razlikuju građanskopravni mehanizmi u kontinentalnim i anglosaksonskim pravnim sistemima.

a) U zemljama kontinentalnih pravnih sistema kršenje dužnosti lojalnosti označava povredu ugovorne obaveze, te ima za posledicu ugovornu odgovornost pružaoca investicionih usluga prema klijentu.<sup>19</sup> Sledstveno tome, brokersko-dilersko društvo mora da naknadi štetu (pozitivan ugovorni interes) koja je klijentu prouzrokovana kršenjem ove obaveze.<sup>20</sup> Prema opštim pravilima, klijent može da ostvari zahtev za naknadu štete samo ako dokaže povredu dužnosti lojalnosti, štetu i uzročnu vezu između povrede obaveze i štete.<sup>21</sup> U slučaju da je brokersko-dilersko društvo povredilo dužnost postupanja u interesu klijenta, ali iz toga nije proizašla konkretna šteta za klijenta, u kontinentalnim pravnim sistemima ne postoji opšti osnov za građanskopravnu odgovornost ovog društva. Pored obaveze naknade štete, kontinentalni pravni sistemi daju mogućnost klijentu da raskine ugovor sa pružaocem usluga zbog neispunjenja dužnosti lojalnosti, koja proizlazi iz tog ugovora.<sup>22</sup> Pri tom, klijent ima pravo na raskid ugovora bez obzira na to da li se kršenje dužnosti postupanja u interesu klijenta kvalifikuje kao bitna povreda ugovora.

b) U anglosaksonskim zemljama dužnost lojalnosti proizlazi iz fiducijarnog odnosa između profesionalnog pružaoca investicionih usluga i klijenta, koji može ali ne mora da bude zasnovan na ugovoru.<sup>23</sup> S obzirom na to da između brokers-

---

<sup>19</sup> L. Thévenoz, R. Bahar (eds.), nav. delo, str. 3.

<sup>20</sup> M. Kruithof, nav. rad, str. 24.

<sup>21</sup> Uporedi: L. Thévenoz, R. Bahar (eds.), nav. delo, str. 3. Krivica kao osnov ugovorne odgovornosti se ne zahteva u svim pravnim sistemima. Na primer, u Srbiji ugovorna odgovornost za neizvršenje obaveze načelno postoji bez obzira na krivicu, dok u Nemačkoj ugovorna strana odgovara za kršenje ugovorne obaveze samo ako je kriva. V.: Zakon o obligacionim odnosima, čl. 263 u vezi sa čl. 262 st. 2; nemački Gradanski zakonik (*Bürgerliches Gesetzbuch*, skr. BGB), § 280.

<sup>22</sup> V.: Zakon o obligacionim odnosima, čl. 124; nemački Gradanski zakonik, § 323(1).

<sup>23</sup> Deborah A. DeMott, »Beyond Metaphor: An Analysis of Fiduciary Obligation«, *Duke Law Journal*, Vol. 1988, Issue 5, November 1988, str. 882; L. Thévenoz, R. Bahar (eds.), nav. delo, str. 3; R. Cooter, B. J. Freedman, nav. članak, str. 1053; Tamar Frankel, »Fiduciary Duties as Default Rules«, *Oregon Law Review*, Vol. 74, Issue 4, 1995, str. 1228; M. Kruithof, nav. rad, str.

ko-dilerskog društva i klijenta po pravilu postoji ugovorni odnos koji ustanovljava dužnost lojalnosti, kršenje ove dužnosti izaziva i ugovornu odgovornost za štetu.<sup>24</sup> Međutim, u situaciji kada povreda dužnosti lojalnosti ne prouzrokuje konkretnu štetu klijentu, fiducijarno pravo omogućava njegovu dodatnu pravnu zaštitu u cilju sankcionisanja nepoštenih brokersko-dilerskih društava. Prema opštim pravilima fiducijarnog prava, ako je brokersko-dilersko društvo zahvaljujući kršenju dužnosti lojalnosti prema klijentu steklo nedozvoljen profit, klijent ima pravo da zahteva povraćaj profita stečenog na ovaj način.<sup>25</sup> Osim toga, sve dok brokersko-dilersko društvo ne preda ostvareni profit klijentu, smatra se da taj iznos novca drži kao poverenik (engl. *trustee*) za račun klijenta kao korisnika (engl. *beneficiary*). Konačno, opšta pravila fiducijarnog prava regulišu i problem dokazivanja povrede dužnosti lojalnosti, na taj način što uvode oborivu pretpostavku da je dužnost lojalnosti prekršena čim se utvrdi da se brokersko-dilersko društvo nalazilo u situaciji sukoba interesa.<sup>26</sup> Takva pretpostavka prebacuje teret dokaza urednog izvršenja dužnosti lojalnosti na profesionalnog pružaoca investicionih usluga, čime se značajno olakšava položaj klijenta u sporu za naknadu štete, odnosno predaju profita. Pored navedenih mehanizama, anglosaksonsko pravo omogućava klijentu i da raskine ugovor sa pružaocem usluga, pod uslovom da povreda dužnosti lojalnosti predstavlja bitnu povredu ugovora.

Poređenje opštih pravnih mehanizama za rešavanje problema sukoba interesa u kontinentalnom i anglosaksonskom pravu pokazuje da drugonavedeni sistemi adekvatnije odgovaraju na potrebu zaštite klijenata i odvracanja brokersko-dilerskih društava od nepoštenih postupaka. Sa jedne strane, anglosaksonski sistemi poznaju oborivu pretpostavku kršenja dužnosti lojalnosti, kojom se olakšava procesnopravni položaj klijenta, za razliku od kontinentalnih sistema koji teret dokaza u celosti ostavljaju na njemu.<sup>27</sup> Sa druge strane, anglosaksonski

24; o fiducijarnom odnosu između brokersko-dilerskog društva i njegovih klijenata v.: Pierre P. Cote, »The Brokerage Function in the Securities Industry, Civil Liability and Investor Protection«, *Revue Juridique Themis*, Vol. 10, Issue 2, 1975, str. 277 i 278; o nezavisnosti fiducijarnog odnosa od postojanja ugovora o nalogu v.: Ross Cranston, »Conflicts of Interest in the Multifunctional Financial Institution«, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 16, Issue 1, 1990, str. 127; fiducijarni odnos ne mora da se zasniva na ugovoru (na primer, u pravu SAD kontrolni akcionar ima fiducijarne obaveze prema korporaciji), v.: Tamar Frankel, »Fiduciary Law«, *California Law Review*, Vol. 71, No. 3, 1983, str. 795 i 796; o dužnosti lojalnosti brokersko-dilerskog društva prema klijentima, v.: Jill I. Gross, »Securities Analysts' Undisclosed Conflicts of Interest: Unfair Dealing or Securities Fraud?«, *Columbia Business Law Review*, Vol. 2002, Issue 3, 2002, str. 636.

<sup>24</sup> J. I. Gross, nav. članak, str. 636.

<sup>25</sup> D. A. DeMott, nav. članak, str. 882; L. Thévenoz, R. Bahar (eds.), nav. delo, str. 22; M. Kruithof, nav. rad, str. 26.

<sup>26</sup> L. Thévenoz, R. Bahar (eds.), nav. delo, str. 21; M. Kruithof, nav. rad, str. 26.

<sup>27</sup> R. Cooter, B. J. Freedman, nav. članak, str. 1055; M. Kruithof, nav. rad, str. 26 i 27.



sistemi uvode odgovornost brokersko-dilerskog društva za predaju nedozvoljeno stečenog profita, kojom se dodatno destimuliše kršenje dužnosti lojalnosti čak i u slučajevima nepostojanja ili nemogućnosti dokazivanja konkretne štete za klijenta usled nepoštenog postupanja pružaoca usluga.<sup>28</sup> Uz to, klijentovo pravo da od brokersko-dilerskog društva zahteva predaju nedozvoljeno stečenog profita predstavlja efikasniju sankciju u poređenju sa klasičnim pravom na naknadu štete, budući da je u slučaju zloupotrebe sukoba interesa šteta koja se prouzrokuje klijentu po pravilu značajno manja od imovinskih koristi koje brokersko-dilersko društvo ostvaruje po tom osnovu.

Međutim, i pored nespornih prednosti u odnosu na kontinentalnopravne sisteme, opšti pravni mehanizmi anglosaksonskih zemalja nisu dovoljni za adekvatnu borbu protiv sukoba interesa na savremenim tržištima kapitala. Imajući u vidu multifunkcionalnost brokersko-dilerskih društava, ona se u obavljanju delatnosti sve češće nalaze u sukobu interesa sa klijentima usled različitih, međusobno suprotstavljenih interesa između brojnih funkcija koje vrše na tržištu.<sup>29</sup> Neizbežnost, učestalost i brojnost sukoba interesa kao pojava koja nužno prati razvoj multiuslužnih brokersko-dilerskih društava, odnosno finansijskih konglomerata, ukazuje na preteranu strogost opštih pravila fiducijarnog prava u rešavanju tih problema.<sup>30</sup> Pretpostavka povrede dužnosti lojalnosti zajedno sa obavezom predaje ostvarenog profita značajno otežavaju poslovanje savremenih multifunkcionalnih brokersko-dilerskih društava.<sup>31</sup> Otuda se zaključuje da su opšti pravni mehanizmi ne samo u kontinentalnom, već i u anglosaksonskom pravu neadekvatni za rešavanje problema sukoba interesa.

### *Upravnopравни i kaznenopravni mehanizmi*

Prethodna analiza se odnosila na istraživanje građanskopravnih mehanizama za sankcionisanje sukoba interesa između brokersko-dilerskog društva i njegovih klijenata. Ona je dovela do zaključka da opšta pravila građanskog prava nisu dovoljna, odnosno adekvatna da u potpunosti reše probleme sukoba interesa. Pored toga, ni opšta pravila upravnog i kaznenog prava, takode, ne mogu da

---

<sup>28</sup> O povraćaju stečenog profita iz ugla ekonomske analize prava v.: R. Cooter, B. J. Freedman, nav. članak, str. 1070 i dalje; M. Kruithof, nav. rad, str. 25 i 26.

<sup>29</sup> H. McVea, nav. članak, str. 239.

<sup>30</sup> M. Kruithof, nav. rad, str. 27 i 28.

<sup>31</sup> M. Kruithof, nav. rad, str. 27.

ostvare efekat sprečavanja, odnosno odgovarajućeg sankcionisanja povreda dužnosti lojalnosti.

S jedne strane, upravnopravni mehanizmi u vidu nadzora i sankcionisanja od strane regulatornog tela za tržište kapitala su mogući jedino u slučaju da dužnost postupanja u interesu klijenata predstavlja zakonom propisanu obavezu brokersko-dilerskih društava.<sup>32</sup> U suprotnom, kada se dužnost lojalnosti shvati kao deo ugovornih odnosno fiducijarnih obaveza, regulatorna vlast neće vršiti nadzor nad njenim izvršavanjem niti će kažnjavati za njeno neizvršenje, odnosno neuredno izvršenje. Stoga je za primenu upravnopravnih mehanizama radi rešavanja problema sukoba interesa neophodno posebno pravno uređenje, koje bi u najmanju ruku uzdiglo dužnost lojalnosti na nivo zakonske obaveze brokersko-dilerskog društva.<sup>33</sup> Sa druge strane, kaznenopravni mehanizmi za rešavanje problema sukoba interesa su mogući jedino na osnovu izričitog (zakonskog) propisivanja kažnjivih dela i odgovarajućih sankcija (principi: *nullum crimen sine lege* i *nulla poena sine lege*).

Iz izloženih argumenata proizlazi da opšti mehanizmi građanskog, upravnog i kaznenog prava nisu dovoljni za borbu protiv problema sukoba interesa između brokersko-dilerskog društva i njegovih klijenata, već je neophodno usvajanje posebnog pravnog uređenja ovog značajnog pitanja.

## CILJEVI POSEBNOG PRAVNOG UREĐENJA SUKOBA INTERESA

Iako među zakonodavcima postoji saglasnost oko činjenice da je posebno pravno uređenje sukoba interesa potrebno, njihovi pristupi se još uvek razlikuju u pogledu ciljeva kojima takvo pravno uređenje treba da služi. Svakako da posebna regulativa treba da omogući adekvatno sankcionisanje profesionalnih pružalaca investicionih usluga u slučaju zloupotrebe situacije sukoba interesa, ali je sporno da li posebna pravila treba da budu usmerena na sprečavanje nastanka sukoba interesa kao takvih ili na sprečavanje njihovih zloupotreba. Danas su u uporednom pravu tržišta kapitala prisutna oba shvatanja o prevenciji kao cilju posebnog pravnog uređenja.

---

<sup>32</sup> M. Kruithof, nav. rad, str. 29; uporedi: L. Thévenoz, R. Bahar (eds.), nav. delo, str. 4.

<sup>33</sup> O zakonskom utemeljenju dužnosti lojalnosti v.: L. Thévenoz, R. Bahar (eds.), nav. delo, str. 8.

*Posredni i neposredni ciljevi posebnog pravnog uređenja sukoba interesa*

Ciljevi posebnog pravnog uređenja sukoba interesa mogu da se podele na posredne (indirektne) i neposredne (direktne). Posredni, odnosno krajnji cilj posebnog pravnog uređenja se ogleda u zaštiti integriteta tržišta kapitala, preko očuvanja poverenja investitora u funkcionisanje tržišta i profesionalne pružaocce investicionih usluga. U pogledu regulisanja sukoba interesa, navedeni krajnji cilj se konkretizuje pomoću neposrednih ciljeva pojedinih pravnih pravila. Budući da učestale i rasprostranjene zloupotrebe sukoba interesa između brokersko-dilerskog društva i njegovih klijenata dovode do narušavanja poverenja investitora i ugrožavanja integriteta tržišta, zakonodavna borba protiv konkretnih problema sukoba interesa istovremeno označava ostvarenje posrednog cilja pravnog uređenja. Otuda, neposredan cilj pravila o sukobu interesa, odnosno njihov *ratio legis*, predstavlja rešavanje pojedinih problema vezanih za ove sukobe, kako bi se sprečile negativne posledice po čitavo tržište kapitala.

U prošlosti se osnovni neposredan cilj posebnog pravnog uređenja ogledao u sprečavanju nastanka sukoba interesa, a u slučaju da do takvih sukoba ipak dođe, sledeći cilj pravnog uređenja se sastojao u otkrivanju sukoba interesa, a tek na kraju u odgovarajućem sankcionisanju eventualnih zloupotreba od strane brokersko-dilerskog društva. Prema takvom shvatanju *rationis legis*, zakonodavci brokersko-dilerskim društvima nameću obavezu izbegavanja sukoba interesa sa klijentima. Ova obaveza se tumači kao obaveza sredstva, u skladu sa kojom brokersko-dilersko društvo treba da nastoji da u njegovom poslovanju ne dođe do situacije sukoba interesa. Uz to, prevencija u vidu sprečavanja nastanka sukoba interesa se vrši od strane regulatornog tela za tržište kapitala, koje obavlja nadzor nad izvršavanjem zakonskih obaveza brokersko-dilerskog društva u okviru svojih upravnopravnih ovlašćenja. U slučaju da sukob interesa između brokersko-dilerskog društva i njegovih klijenata nastane uprkos prevenciji, prema ovoj koncepciji posebno pravno uređenje ima za cilj da podstakne otkrivanje sukoba interesa i delotvorno sankcionisanje njihovih zloupotreba.

Danas se posebnom pravnom uređenju sukoba interesa pristupa drugačije. Razvoj multiuslužnih brokersko-dilerskih društava, odnosno finansijskih konglomerata, i njihova ekonomska opravdanost su pokazali da je postojanje sukoba interesa između njih i njihovih klijenata neizbežno.<sup>34</sup> Neizbežnost postojanja sukoba interesa prepoznaju i zakonodavci, zbog čega napuštaju prevenciju nastanka sukoba interesa kao nekadašnji osnovni cilj pravnog uređenja. Savremeno

---

<sup>34</sup> I. Walter, nav. članak, str. 1.

pravo tržišta kapitala ne postavlja nemogući zahtev brokersko-dilerskom društvu da spreči nastanak sukoba interesa. Naprotiv, sukobi interesa se posmatraju kao neizbežna realnost, koja je dovela do evolucije ciljeva njihovog posebnog pravnog uređenja. Umesto prevencije samih sukoba interesa, moderne koncepcije naglašavaju potrebu za tzv. upravljanjem postojećim sukobima interesa.

Pod upravljanjem sukobima interesa (engl. *managing conflicts of interest*) se podrazumevaju pravila za prevenciju njihove zloupotrebe od strane brokersko-dilerskog društva. Otuda, posebno pravno uređenje ima za cilj da predvidi odgovarajuća pravila o postupanju brokersko-dilerskog društva u situaciji sukoba interesa, kako bi se sprečile ili barem umanjile negativne posledice takvog sukoba po interese klijenta. U slučaju da upravljanje sukobom interesa kao primarni cilj pravnog uređenja ostane bez uspeha, posebno pravno uređenje treba da obezbedi otkrivanje sukoba interesa klijentu, kao i adekvatne mehanizme za sankcionisanje povreda dužnosti lojalnosti. Prema tome, moderne koncepcije ciljeva pravnog uređenja sukoba interesa naglašavaju značaj upravljanja sukobima, dok se obaveza njihovog otkrivanja posmatra kao supsidijarna mera, koja se nadovezuje isključivo na neuspelo upravljanje sukobom. Za razliku od toga, ranija shvaćanja ciljeva pravnog uređenja su pridavala izuzetan značaj obavezama otkrivanja sukoba interesa, koja se primenjivala uvek kada sukobi interesa nastanu uprkos pokušaju njihove prevencije.

### *Poređenje ciljeva posebnog pravnog uređenja u Srbiji i Evropskoj uniji*

Posebno pravno uređenje sukoba interesa je u pravu Evropske unije sadržano u Direktivi 2004/39/EZ o tržištima finansijskih instrumenata<sup>35</sup> i Direktivi 2003/6/EZ o zloupotrebi tržišta,<sup>36</sup> kao i u odgovarajućim direktivama o njihovom sprovođenju.<sup>37</sup> Komunitarna pravila o sukobu interesa se primenjuju na sva

---

<sup>35</sup> Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on markets in financial instruments amending Council Directives 85/611/EEC and 93/6/EEC and Directive 2000/12/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 93/22/EEC, *Official Journal* L 145, 30.4.2004. (dalje u fusnotama: MiFID).

<sup>36</sup> Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council of 28 January 2003 on insider dealing and market manipulation (market abuse), *Official Journal* L 96, 12.4.2003. (dalje u fusnotama: Market Abuse Directive).

<sup>37</sup> Commission Directive 2006/73/EC of 10 August 2006 implementing Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council as regards organisational requirements and operating conditions for investment firms and defined terms for the purposes of that Directive

investiciona preduzeća, koja u okviru svoje redovne delatnosti pružaju investicione usluge i/ili obavljaju investicionu aktivnost.<sup>38</sup> S druge strane, u Srbiji su sukobi interesa regulisani Zakonom o tržištu hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata (u daljem tekstu: Zakon o tržištu kapitala), ali samo u pogledu brokersko-dilerskih društava, odnosno ovlašćenih banaka, a ne i ostalih profesionalnih pružalaca investicionih usluga (na primer, kastodi banaka).<sup>39</sup> Navedeno ograničavanje personalnog domena primene pravila o sukobu interesa u srpskom pravu pokazuje nedovoljno razumevanje potrebe za posebnim pravnim uređenjem, s obzirom na to da problemi sukoba interesa jednako važe za sve profesionalne pružaoce investicionih usluga.

Ciljevi posebnog pravnog uređenja sukoba interesa između brokersko-dilerskog društva i njegovih klijenata u pravu Srbije nisu u potpunosti usklađeni sa važećim direktivama Evropske unije. Osnovni cilj pravila sadržanih u Direktivi 2004/39/EZ o tržištima finansijskih instrumenata se odnosi na upravljanje postojećim sukobima interesa od strane brokersko-dilerskih društava. Direktiva ne sadrži nijedno pravilo kojim se investiciona preduzeća obavezuju da nastoje da spreče nastanak sukoba interesa kao takvih.<sup>40</sup>

U tom pogledu je važeće pravo Evropske unije evoluiralo u odnosu na rešenje nekadašnje Direktive EEZ o investicionim uslugama, koja je izričito predviđala dužnost izbegavanja sukoba interesa, kao obavezu sredstva.<sup>41</sup> Za razliku od toga, Direktiva 2004/39/EZ o tržištima finansijskih instrumenata ima pre svega za cilj da, u skladu sa modernim shvatanjima, ustanovi pravila ponašanja

---

(Text with EEA relevance), *Official Journal* L 241, 2.9.2006. (dalje u fusnotama: MiFID Implementing Directive); Commission Directive 2003/124/EC of 22 December 2003 implementing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council as regards the definition and public disclosure of inside information and the definition of market manipulation, *Official Journal* L 339, 24.12.2003.; Commission Directive 2003/125/EC of 22 December 2003 implementing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council as regards the fair presentation of investment recommendations and the disclosure of conflicts of interest, *Official Journal* L 339, 24.12.2003. (dalje u fusnotama: Market Abuse Implementing Directive 2003/125/EC); Commission Directive 2004/72/EC of 29 April 2004 implementing Directive 2003/6/EC of the European Parliament and of the Council as regards accepted market practices, the definition of inside information in relation to derivatives on commodities, the drawing up of lists of insiders, the notification of managers' transactions and the notification of suspicious transactions, *Official Journal* L 162, 30.4.2004.

<sup>38</sup> MiFID, Art. 4(1)(1).

<sup>39</sup> Zakon o tržištu hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata (Službeni glasnik RS, br. 47/2006; dalje u fusnotama: ZTHOV), čl. 161 i 162.

<sup>40</sup> L. Thévenoz, R. Bahar (eds.), nav. delo, str. 15; M. Kruithof, nav. rad, str. 39.

<sup>41</sup> Council Directive 93/22/EEC of 10 May 1993 on investment services in the securities field, *Official Journal* L 141, 11.6.1993., Art. 11(1).

investicionog preduzeća u situaciji sukoba interesa, kojim bi se sprečilo prouzrokovanje štete klijentu.<sup>42</sup>

Značajno je istaći da važeća pravila o sukobu interesa iz Direktive 2004/39/EZ o tržištima finansijskih instrumenata obuhvataju samo one slučajeve, kod kojih zloupotreba od strane investicionog preduzeća potencijalno ili stvarno prouzrokuje štetu klijentu.<sup>43</sup> Nasuprot tome, situacije zloupotrebe sukoba interesa u kojima brokersko-dilersko društvo ostvaruje koristi (profit), ali ne prouzrokuje konkretnu štetu klijentu, nisu obuhvaćene ovim pravilima.<sup>44</sup> Zloupotreba sukoba interesa koja ne šteti nijednom klijentu, a omogućava sticanje neopravdane koristi od strane investicionog preduzeća se u pravu Evropske unije tretira kao manipulacija tržištem kapitala i regulisana je Direktivom 2003/6/EZ o zloupotrebi tržišta. Iako se konkretna pravila Direktive 2003/6/EZ o zloupotrebi tržišta razlikuju od Direktive 2004/39/EZ o tržištima finansijskih instrumenata, pravno uređenje manipulacije tržištem, takođe, nema za cilj prevenciju nastanka sukoba interesa, već samo prevenciju njihovih zloupotreba.

Osim prevencije zloupotrebe sukoba interesa komunitarna pravila podstiču otkrivanje takvih sukoba u situaciji kada prevencija nije dovoljan mehanizam za obezbeđenje poštenog postupanja investicione firme prema klijentu.<sup>45</sup> S druge strane, direktive Evropske unije ne sadrže specifična pravila kojima se omogućava efikasno sankcionisanje zloupotreba sukoba interesa, već ostvarenje ovog cilja posebnog pravnog uređenja prepuštaju nacionalnim zakonodavstvima država članica.

U poređenju sa važećim pravilima o sukobu interesa u Evropskoj uniji, pravo Srbije je zasnovano na prevaziđenom shvatanju ciljeva posebnog pravnog uređenja ove oblasti. Osnovni ciljevi srpske pravne regulative sukoba interesa se ogledaju u prevenciji nastanka samih sukoba,<sup>46</sup> njihovom otkrivanju i sankcionisanju. Insistiranje na prevenciji sukoba interesa se prepoznaje u odredbi Zakona o tržištu kapitala, prema kojoj je brokersko-dilersko društvo obavezno »da poslovanje organizuje tako da se mogući sukobi interesa [...] ograniče na najmanju moguću meru«. <sup>47</sup> Cilj zakona da obezbedi što veći stepen prevencije samih sukoba interesa se primenjuje podjednako na sve slučajeve tih sukoba, kako između brokersko-dilerskog društva i klijenta, tako i između dva klijenta brokersko-dilerskog društva.

---

<sup>42</sup> MiFID, Art. 13(3) i 18. M. Kruithof, nav. rad, str. 39.

<sup>43</sup> MiFID, Art. 18(2).

<sup>44</sup> MiFID Implementing Directive, Recital 24.

<sup>45</sup> MiFID, Art. 18(2); Market Abuse Directive, Art. 6(5).

<sup>46</sup> N. Jovanović, nav. delo, str. 136.

<sup>47</sup> ZTHOV, čl. 162 st. 3.

U skladu sa lakonskom regulativom sukoba interesa između brokersko-dilerskog društva i njegovih klijenata, Zakon o tržištu kapitala ne pridaje poseban značaj upravljanju sukobima interesa, kao savremenom cilju pravnog uređenja. Jedino mesto u zakonu, koje uređuje postupanje brokersko-dilerskog društva u cilju sprečavanja negativnih posledica sukoba interesa po klijenta, jeste pravilo o rešavanju problema sukoba između dužnosti i dužnosti.<sup>48</sup> Naime, u situaciji nastanka sukoba interesa između dva klijenta prema kojima brokersko-dilersko društvo ima dužnost lojalnosti, ovo društvo treba da postupi u skladu sa načelom ravnopravnosti klijenata.<sup>49</sup> Pravilo o ravnopravnom tretmanu klijenata u slučaju sukoba između dužnosti i dužnosti upravo ima za neposredan cilj omogućavanje pravilnog upravljanja postojećim sukobima interesa.

Poput prava Evropske unije, srpsko pravo takođe poznaje otkrivanje sukoba interesa kao cilj posebnog pravnog uređenja. Međutim, za razliku od prava Evropske unije, Zakon o tržištu kapitala pridaje daleko veći značaj otkrivanju kao regulatornom cilju. Prema usvojenom rešenju, brokersko-dilersko društvo je u Srbiji dužno da upozna klijenta sa svim mogućim sukobima interesa koji nastanu u vezi sa pružanjem ugovorenih usluga.<sup>50</sup> Nasuprot tome, Direktiva 2004/39/EZ o tržištima finansijskih instrumenata koristi otkrivanje ne kao primaran, već kao supsidijaran cilj pravnog uređenja, zahvaljujući čemu su investiciona preduzeća dužna da klijentima otkriju sukobe interesa samo u situaciji kada mere za prevenciju njihove zloupotrebe nisu dovoljne da otklone rizik prouzrokovanja štete klijentu.<sup>51</sup> S druge strane, kada eventualna zloupotreba sukoba interesa predstavlja manipulaciju tržištem, pravo Evropske unije tretira otkrivanje sukoba kao primaran regulatorni cilj,<sup>52</sup> budući da je transparentnost osnovni način borbe protiv iskorišćavanja položaja investicionog preduzeća, koje ugrožava poverenje investitora u funkcionisanje tržišta kapitala.

U pravu Srbije se ne pridaje odgovarajući značaj sankcionisanju kao cilju posebnog pravnog uređenja sukoba interesa. Sa izuzetkom izričitog propisivanja kaznenopravnih sankcija u vidu privrednih prestupa zbog kršenja obaveza u vezi sa sukobom interesa,<sup>53</sup> Zakon o tržištu kapitala ne predviđa specifična pravila ko-

---

<sup>48</sup> Sukob između dužnosti i dužnosti postoji kada je uredno izvršenje dužnosti lojalnosti brokersko-dilerskog društva prema jednom klijentu suprotstavljena urednom izvršenju dužnosti lojalnosti prema drugom klijentu. V.: Mirjana Marković, »Problem sukoba interesa između brokersko-dilerskog društva i njegovih klijenata«, Pravo i privreda, br. 5–8/2009, str. 564.

<sup>49</sup> ZTHOV, čl. 161 st. 1; N. Jovanović, nav. delo, str. 137.

<sup>50</sup> ZTHOV, čl. 162 st. 2.

<sup>51</sup> MiFID, Art. 18(2).

<sup>52</sup> Market Abuse Directive, Art. 6(5); Market Abuse Implementing Directive 2003/125/EC, Art. 5.

<sup>53</sup> ZTHOV, čl. 250 st. 1 tač. 28, 30 i 31.

jima bi se olakšalo efikasno sankcionisanje nelojalnih brokersko-dilerskih društava. Stoga su u tom pogledu primenljivi opšti mehanizmi građanskog prava, koji obuhvataju klijentovo pravo na raskid ugovora i naknadu štete, kao i mehanizmi upravnog prava, koji obuhvataju mere Komisije za hartije od vrednosti u vršenju nadzora nad ispunjavanjem zakonskih obaveza brokersko-dilerskog društva.

## ZAKLJUČAK

Prethodna analiza je pokazala da problem sukoba interesa ne može da bude na adekvatan način rešen oslanjanjem na tržišne ili opšte pravne mehanizme. Iz tog razloga je neophodno usvajanje posebnog pravnog uređenja ovog značajnog pitanja, što je u pravu Evropske unije prepoznato usvajanjem harmonizovanih pravila o sukobu interesa putem osnovnih direktiva za pravo tržišta kapitala. Potreba za posebnim pravnim uređenjem sukoba interesa se uvažava i u srpskom pravu. Međutim, bliže istraživanje ove teme pokazuje da Zakon o tržištu kapitala ne odgovara u potpunosti niti na odgovarajući način na neophodnost i ciljeve posebnog pravnog uređenja. Otuda bi *de lege ferenda* trebalo razmišljati o sledećim izmenama važećih rešenja u pravu Srbije:

1. Personalni domen primene posebnog pravnog uređenja sukoba interesa treba proširiti tako da obuhvata sve profesionalne pružaoce investicionih usluga, a ne samo brokersko-dilerska društva i ovlašćene banke, s obzirom na to da se problem sukoba interesa jednako odnosi na sve njih.

2. Ciljeve posebnog pravnog uređenja treba uskladiti sa savremenim tendencijama, koje su integrisane i u važeće direktive Evropske unije, prema kojima se umesto insistiranja na prevenciji nastanka sukoba interesa primaran značaj pridaje prevenciji njihovih zloupotreba putem oslanjanja na odgovarajuće upravljanje sukobima.

3. U skladu sa idejom prevazilaženja cilja prevencije nastanka sukoba interesa, treba ukinuti pravilo po kome je profesionalni pružalac investicionih usluga dužan da u što većoj meri izbegava moguće sukobe interesa u svom poslovanju.

4. Saglasno savremenom cilju prevencije zloupotrebe sukoba interesa treba propisati dužnosti profesionalnog pružaoца investicionih usluga, kako bi se sprečilo da postojeći sukobi interesa dovedu do nastupanja štete za klijenta.

5. U vezi sa sankcionisanjem zloupotreba sukoba interesa treba razmisliti o prednostima propisivanja posebnih građanskopravnih sankcija, poput prebacivanja tereta dokaza i povraćaja nedopušteno stečenog profita, kojim bi se dodatno destimulisali pružaoци usluga u iskorišćavanju situacije sukoba interesa radi ostvarenja lične koristi.



MIRJANA RADOVIĆ, LL.M. (Humboldt)  
Assistant, Faculty of Law  
University of Belgrade

## THE NEED FOR AND GOALS OF SPECIFIC REGULATION OF CONFLICTS OF INTEREST IN THE CAPITAL MARKET

### Summary

In this article the author analyses whether specific regulation of conflicts of interest in investment firms is necessary and what main goals this regulation should seek to achieve. The first part of the article explains why problems of conflicts of interest cannot be solved by market forces alone. Here, the author shows that despite competition between investment firms the capital market does not function efficiently, because of information asymmetry regarding conflicts of interest coupled with difficulties with sanctioning dishonest firms. The second part of the article deals with general legal (i.e. civil, administrative and penal) mechanisms that can be implemented in case of breach of duty of loyalty by an investment firm. In this respect, the distinction is made between civil and common law countries, since the former do not recognise fiduciary obligations of the firm, whereas the later have developed fiduciary law which more successfully solves problems of conflicts of interest. However, the author concludes that general law in both of these systems does not suffice to efficiently regulate conflicts of interest in multi-service investment firms (i.e. financial conglomerates), so that specific regulation of these issues is necessary. Finally, the third part of the article explains main goals of specific regulation, namely, prevention of conflicts of interest themselves, prevention of their abuse (i.e. management of conflicts), disclosure and sanctioning. The author shows the development of these goals in the EU law, and compares its current solutions to Serbian law. It is concluded that the Serbian specific regulation is inadequate, insufficient and outdated, which is why it needs to be amended.



## REGISTRACIJA PRIVREDNIH SUBJEKATA

### U V O D

Privredno društvo stiče svojstvo pravnog lica unošenjem podataka u registar.<sup>1</sup> Vođenje evidencija, izdavanje izvoda, uverenja, tj. javnih isprava, predstavlja klasičan materijalnopravni akt, odnosno upravnu radnju. Ove upravne poslove može vršiti državni organ ili drugi subjekat kome je povereno vršenje javnih ovlašćenja.

Preteča registara kakve danas poznajemo je *mercanzia*, tj. javni registar u severnoitalijanskim gradovima.<sup>2</sup> U Francuskoj su se 1579. god. udruženja stranih trgovaca morala upisivati u poseban registar.<sup>3</sup>

U svetu postoje tri sistema registracije u zavisnosti od toga ko je ovlašćeni registrator, tj. ko vodi registar. Ako je sud nadležan za poslove registracije, takav sistem nazivamo sistem sudskog registra, ako je nadležna posebna organizacija u vidu javne agencije, radi se o sistemu registracije pri specijalizovanoj organizaciji, a ako se registrovanje vrši u trgovačkim komorama, taj sistem nazivamo sistem registracije pri privrednim komorama.<sup>4</sup> Sistem registracije kod javne agen-

---

Jelena Lepetić, saradnik u nastavi Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

<sup>1</sup> Zakon o privrednim društvima – ZPD, *Službeni glasnik RS*, br. 125/04, čl. 8.

<sup>2</sup> Vid. J. Barbić *Pravo društava – opći dio*, Zagreb 2008, 514.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> Sistem sudskog registra postoji u Belgiji, Nemačkoj, Francuskoj, Norveškoj, Hrvatskoj, sistem registracije pri javnim agencijama u Danskoj i u državama anglosaksonskog pravnog sistema, sistem komora u Holandiji, itd. Vid. P. Meihardt, *Company Law in Europe*, Epping 1975, B-

cije smatra se najboljim po mišljenju Svetske banke.<sup>5</sup> Registrovanje ima veliki značaj u smislu javnosti, jer time omogućava zainteresovanim licima da na najjednostavniji način dođu do relevantnih podataka o privrednim subjektima koji ih zanimaju. To je osnovna funkcija registra kao takvog, a ne sprovođenje pravne kontrole nad privatnim sektorom pre otpočinjanja poslovanja.<sup>6</sup>

## POSTUPAK REGISTRACIJE

U Srbiji je osnovana Agencija za privredne registre koja je počela aktivno da obavlja poverene poslove 2005. god. Sistem registracije u Srbiji je centralizovan, jer postoji jedinstveni centralni registar za celu državnu teritoriju. Postupak registracije uređen je posebnim zakonom – Zakonom o registraciji privrednih subjekata iz 2004. god.<sup>7</sup>

Privredni subjekti koji se registruju zakonom su taksativno nabrojani: preduzetnik, ortačko društvo, komanditno društvo, društvo sa ograničenom odgovornošću, akcionarsko društvo, zadruga i zadružni savez, kao i drugi subjekti. Agencija vodi i druge registre: registar založnog prava na pokretnim stvarima i pravima, registar finansijskog lizinga, a od skoro i registar javnih glasila, udruženja, stranih udruženja, registar mera i podsticaja regionalnog razvoja, registar komora i registar turizma.<sup>8</sup> Predmet registracije mogu biti: osnivanje, poveziva-

---

3(i), D–3(i), DK–3(i), F–3(i), N–3(i), NL–3(i); R. Blanpain, J. Stuyck, C. Goemans (eds.), *International Encyclopedia of Laws – Commercial and Economic Law I, II, III*, Hague–London, 1994, 63–64. Sistem registracije može biti centralizovan, a i ne mora, što je slučaj u Švajcarskoj, gde ne samo da postoje posebni registri po kantonima već i u nekim distriktima takode. Vid. P. Meihardt, CH–2(ii), CH–3(i). Primera radi, registovanje privrednih subjekata u Hrvatskoj je regulisano Zakonom o sudskom registru, *Narodne novine*, br. 1/95, 57/96, 45/99, 54/05 i 40/2007 ali i Zakonom o trgovačkim društvima, *Narodne novine*, br. 111/93, 34/99, 52/00, 118/03, 107/2007, 146/2008 i 137/2009. U Ujedinjenom Kraljevstvu sistem registracije postoji od 1884, uređen je Kompanijskim zakonom iz 2006. (*Company Act 2006*), a službeno telo za registraciju je Kompanijska kuća (*Companies House, Executive Agency of the Department for Business, Innovation and Skills–BIS*). Podaci o registraciji privrednih društava širom sveta dostupni su na internet adresi: <http://www.rba.co.uk/sources/registers.htm>, 20.08.2010.

<sup>5</sup> Vid. D. Milovanović, »Upravnopravni aspekt registracije privrednih subjekata«, *Akcionarska društva, berze i akcije – ABA* (ur. M. Vasiljević), Beograd 2006, 239.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> Zakon o registraciji privrednih subjekata – ZRPS, *Službeni glasnik RS*, br. 55/04 i 61/05. Na ovaj način zamenjen je dotadašnji sudski sistem registracije privrednih subjekata. Preduzetnici su se ranije registrovali u opštinama. Vid. stari Zakon o postupku za upis u sudski registar, *Službeni list SRJ*, br. 80/94 i *Službeni glasnik RS*, br. 55/04.

<sup>8</sup> Zakon o Agenciji za privredne registre, *Službeni glasnik RS*, br. 55/04 i 11/09, čl. 3.

nje, prestanak, statusne promene, promene pravne forme privrednog subjekta, podaci koji se odnose na privredni subjekat značajni za pravni promet, podaci o stečaju i likvidaciji i dr. Podaci koji se moraju registrovati su: poslovno ime, sedište, datum i vreme osnivanja, datum i vreme promena, matični broj, poresko-identifikacioni broj, pravna forma, šifra i opis pretežne delatnosti, brojevi računa u bankama, poslovno ime, pravna forma, sedište i matični broj osnivača, direktora i/ili članova upravnog odbora, zastupnika i upisan, unet i uplaćen kapital; ako postoje i skraćeno poslovno ime, poslovno ime na stranom jeziku, vreme trajanja, podaci o ogranku, itd. U fakultativne podatke spadaju broj telefona i telefaksa, elektronska adresa i adresa internet strane. Registar sadrži i podatke o likvidaciji i stečaju, zabeležbe podataka od značaja za pravni promet privrednog subjekta, podatke o rezervisanim nazivima, godišnje finansijske izveštaje, kao i promene svih podataka koje Registar sadrži.<sup>9</sup>

Registratora, tj. lice koje vodi Registar, imenuje Upravni odbor Agencije uz prethodnu saglasnost Vlade Republike Srbije. Registrator u roku od dva dana od dana prijema zahteva zainteresovanog lica izdaje istom izvod o registrovanom podatku, kopiju dokumenta na osnovu koga je izvršena registracija, kao i potvrdu da Registar ne sadrži traženi podatak. Izdavanje tih isprava spada u tipične upravne poslove.

### *Pokretanje postupka – problemi*

Postupak registracije se pokreće podnošenjem prijave Agenciji (ZRPS, čl. 18). Podnosilac prijave je fizičko ili pravno lice koje je označeno u istoj. Ovde nailazimo na prvo odstupanje od opšteg upravnog postupka regulisanog Zakonom o opštem upravnom postupku.<sup>10</sup> Opšti upravni postupak ne pokreće se predajom podneska organu, već procesnom radnjom upravnog organa, i to na osnovu zahteva stranke ili *ex officio*, zbog načela oficijelnosti.<sup>11</sup> Prema ZRPS-u, postupak se pokreće podnošenjem prijave od strane same stranke, ali ne i *ex officio*, i po slovu Zakona nije potrebna procesna radnja organa. Jedan od rezultata ovog pristupa je i pozitivna pretpostavka povodom »ćutanja uprave«, o čemu

---

<sup>9</sup> ZRPS, čl. 6. Primera radi, u pravu Velike Britanije obavezno je podneti registru »*memorandum of association*« (u kome se navodi šta čini imovinu društva, odnosno ako se radi o društvu kapitala osnovni kapital), a obično se podnosi i »*articles of associations*« (obično sadrži rešenja o prenosu akcija, održavanju skupštine, ovlašćenjima direktora, isplata dividendi itd.), vid. J. Charlesworth, G. Morse, *Charlesworth and Morse Company Law*, London 1991, 19–20.

<sup>10</sup> Zakon o opštem upravnom postupku – ZUP, *Službeni list SRJ*, br. 33/97, 31/01.

<sup>11</sup> Vid. Z. Tomić *Opšte upravno pravo*, Beograd 2009, 285.

nešto kasnije. Podnosilac registracione prijave može biti osnivač privrednog društva, lice koje on ovlasti, zastupnik privrednog društva ili zakonom ovlašćeno lice. Registraciona prijava Agenciji se može podneti na tri načina. Prvi je neposredno, drugi poštom, a treći elektronskim putem. Kao datum i vreme dostavljanja uzima se datum i vreme prijema dokumentacije od strane Agencije (ZRPS, čl. 19, st. 2). Prethodno je posebno važno zbog početka roka za (ne)donošenje rešenja kada su ispunjeni zakonom propisani uslovi za registraciju. Jedna neložičnost u ZRPS-u je da ako se prijava podnosi neposredno ili poštom, dokumentacija koja se prilaže može se podneti kako u izvornom tekstu, tako i overenoj fotokopiji ili prepisu, dok je u slučaju podnošenja zahteva elektronskim putem, podnosilac dužan u roku od pet dana od tako učinjene prijave, podneti original dokumentaciju!<sup>12</sup> Na taj način otežava se položaj podnosioca registracione prijave elektronskim putem, jer se ne pominju overeni prepisi ni overene fotokopije.

Registrator je dužan izdati potvrdu o podnetoj registracionoj prijavi. Registrator dalje proverava ispunjenost uslova za registraciju, tj. da li je nadležan da postupa po prijavi, da li je prijavu podnelo ovlašćeno lice, zatim da li prijava sadrži sve potrebne podatke, da li je priložena sva dokumentacija, dokaz o uplati naknade, istovetnost podataka u prijavi sa onima u priloženoj dokumentaciji, proverava da li je pod istim nazivom registrovan drugi privredni subjekat, kao i da li je naziv rezervisan, i na kraju da li je podneta saglasnost ukoliko je potrebna za registraciju (čl. 22). Rešenje ZRPS-a bitno se razlikuje od uređenja tog pitanja u sada nevažećem Zakonu o postupku za upis u sudski registar, jer Registrator samo proverava ispunjenost navedenih uslova, a ne i tačnost podataka i verodostojnost dokumenata dostavljenih uz prijavu, što je ranije bio slučaj. Takvo rešenje je prihvatljivije polazeći od toga da je sada prihvaćen sistem registrovanja pri javnoj agenciji, i da bi se ispitivanje više od formalnih uslova moglo shvatiti kao mešanje države u privatni sektor putem upravnih organa.<sup>13</sup>

Prvostepeni upravni postupak završava se donošenjem upravnog akta kojim se rešava o podnetoj prijavi. Registrator može doneti rešenje ili zaključak. Rešenje donosi kada usvaja zahtev, pri čemu se podatak iz registracione prijave smatra registrovanim danom donošenja rešenja, a zaključak kada isti odbacuje.

---

<sup>12</sup> Tako i R. Urošević, »Registracija privrednih subjekata«, *PIP* 1–4/2009, 224–225.

<sup>13</sup> »Registrator privrednih subjekata prilikom upisa proverava istovetnost podataka iz registracione prijave i dokumentacije ne ispitujući tačnost podataka i verodostojnost dokumenata« (Presuda Vrhovnog suda Srbije, U. 1091/06 od 20.07.2006. god.). Pozitivan stav o važećem zakonskom rešenju vid. D. Okolišanov, »Novi sistem registracije privrednih subjekata u Republici Srbiji«, *Akcionarska društva, berze i akcije – ABA* (ur. M. Vasiljević), Beograd 2006, 232. Suprotno, iz razloga što to rešenje u praksi dovodi do sporova povodom utvrđivanja ništavosti registracije osnivanja ili drugih podataka, vid. S. Spasić, »Ništavost registracije osnivanja privrednog društva«, *Bilten sudske prakse* 2/2008, 309.

Registrovani podaci se objavljuju na internet strani Agencije. Registrator je dužan da izvrši ispravku pogrešno unetog podatka iz registracione prijave, po saznanju za tu činjenicu.

### »Ćutanje Registratora«

Ukoliko nisu ispunjeni uslovi iz čl. 22, Registrator će zaključkom odbaciti prijavu, navodeći razloge u obrazloženju i pouku o pravnom leku. Ako su pak uslovi ispunjeni, Registrator će u roku od pet dana od podnošenja prijave doneti rešenje kojim se zahtev usvaja, što rezultira registracijom bez odlaganja. Treća moguća situacija je da Registrator ne postupi po zahtevu, tj. da ne donese upravni akt. Ukoliko Registrator »ćuti« smatraće se da je zahtev usvojen, pa je s toga dužan da traženu registraciju bez odlaganja sprovede u Registar!

Iako na prvi pogled izgleda da je ovo rešenje najbolje za podnosioca registracione prijave, jedna dublja analiza govori suprotno. Prvo, »ćutanje Registratora« ima pravno dejstvo prema ZRPS-u, i to različito od dejstva predviđenog ZUP-om.<sup>14</sup> Dakle, u ZRPS-u je prihvaćen model »ćutanja« kao pozitivnog akta, što dovodi do nemogućnosti pokretanja upravnog spora zbog nedonošenja rešenja,<sup>15</sup> dok je u ZUP-u našao primenu model »ćutanja uprave« kao negativnog akta.<sup>16</sup> Kakve mogu biti posledice u praksi primene odredaba ZRPS-a? Načelno se na taj način štiti stranka, a Registrator tera na efikasniji rad, »ćutanje« se ne le-

---

<sup>14</sup> »Ako organ protiv čijeg je rešenja dopuštena žalba ne donese rešenje i ne dostavi ga stranci u propisanom roku, stranka ima pravo na žalbu kao da je njen zahtev odbijen.«, čl. 208, st. 2 ZUP-a. »Ako je žalbu izjavila stranka zato što prvostepeni organ nije doneo rešenje, u propisanom roku (član 208, stav 2), drugostepeni organ će tražiti da mu prvostepeni saopšti razloge zbog kojih rešenje nije doneseno u roku. Ako nađe da rešenje nije doneseno u roku iz opravdanih razloga, ili zbog krivice stranke, odrediće prvostepenom organu rok za donošenje rešenja, koji ne može biti duži od jednog meseca. Ako razlozi zbog kojih rešenje nije doneseno u roku nisu opravdani, drugostepeni organ će tražiti da mu prvostepeni organ dostavi spise predmeta. Ako drugostepeni organ može rešiti upravnu stvar prema spisima predmeta, doneće svoje rešenje, a ako ne može, sam će sprovesti postupak, i svojim rešenjem rešiti upravnu stvar. Izuzetno, ako drugostepeni organ nađe da postupak brže i ekonomičnije može sprovesti prvostepeni organ, naložiće da to učini i da mu prikupljene podatke dostavi u određenom roku, posle čega će sam rešiti upravnu stvar. Takvo rešenje je konačno.«, čl. 236 ZUP-a.

<sup>15</sup> »Kad postoji zakonska pretpostavka da je nadležni organ doneo pozitivno rešenje ako po zahtevu stranke nije postupio u propisanom roku, upravni spor se ne može pokrenuti zbog nedonošenja rešenja«, Savezni sud, Beograd, US-33/94 od 12.07.1994. god.

<sup>16</sup> Model iz ZUP-a nastao je u francuskom pravu. Vid. I. Krbek, *Upravno pravo FNRJ*, I knjiga, Beograd 1955, 261. Vid. i J. Lepetić, »Ćutanje uprave« sa posebnim osvrtom na spor pune jurisdikcije, master rad, Beograd 2007, 6–10.

galizuje, ali stranka opet neće dobiti rešenje o registraciji. U slučaju kada je stavljanje na uvid tog akta neophodno, npr. prilikom inspekcije, podnosilac prijave neće imati dokaz o registraciji, ili npr. ukoliko mu je potreban za dobijanje kredita u banci kao dokaz da privredno društvo postoji, i u brojnim drugim situacijama, takvo će zakonsko rešenje ići na štetu podnosioca. Podnosilac će imati samo potvrdu o podnetoj registracionoj prijavi, ali to npr. ne garantuje banci da njegova prijava nije odbačena zaključkom koji podnosilac namerno nije dao na uvid. Rešenje iz ZRPS-a je »pravno posmatrano nemoguće operacionalizovati bez aktivne radnje registratora, budući da nije moguće bez registracionog rešenja i broja dokazivati subjektivitet privrednog društva«<sup>17</sup>. Registrator je dužan da traženu registraciju sprovede u Registar bez odlaganja. Moguće su dalje dve situacije, da Registrator to i uradi, kada nastaje problem ako registraciona prijava ne ispunjava uslove iz čl. 22, a postoji *ex lege* obaveza registracije, što dovodi u pitanje sigurnost investitora i lica koja su zainteresovana za podatke iz Registra. Druga situacija nastaje kada Registrator ne sprovede registraciju (npr. dokumentacija je izgubljena), kada se dovodi u pitanje odgovornost Registratora. Nadležno ministarstvo vrši nadzor nad radom i poslovanjem javne agencije u poverenim poslovima državne uprave. Ministarstvo nadležno za poslove uprave nadzire, između ostalog, efikasnost i ažurnost rešavanja u upravnom postupku.<sup>18</sup> Da zaključimo, mišljenja smo da opisano rešenje nije najbolje za podnosioca registracione prijave i da bi se trebalo preuzeti rešenje iz ZUP-a kada se bude donosio novi zakon koji će regulisati postupak registracije.

ZRPS ne predviđa situaciju »ćutanja« drugostepenog organa, tj. nadležnog ministra. Prema Zakonu ministar može, kada je podneta žalba na rešenje iz čl. 25 ili zaključka iz čl. 24, odbaciti rešenje, doneti rešenje kojim će zameniti pobijano rešenje, odnosno poništiti pobijani zaključak i usvojiti zahtev ili odbiti žalbu kao neosnovanu. Ponovo se javlja problem supsidijerne primene ZUP-a. Nema sumnje da se ovde ima primeniti rešenje iz ZUP-a polazeći od toga da je u pitanju (ne) donošenje upravnog akta od strane ministra kao drugostepenog upravnog organa. Ako ministar ne odluči o žalbi na rešenje javne agencije, tj. »ćuti«, smatraće se da je žalba odbijena, što dovodi do prava na pokretanje upravnog spora.<sup>19</sup>

Poslednja instanca zaštite ostvaruje se u upravnom sporu, kako je već ranije napomenuto.

<sup>17</sup> M. Vasiljević, *Kompanijsko pravo*, Beograd 2009, 95.

<sup>18</sup> Zakon o javnim agencijama – ZJA, *Službeni glasnik RS*, br. 18/05 i 81/05, čl. 44, st. 1 i 3.

<sup>19</sup> Zakon o upravnim sporovima – ZUS, *Službeni glasnik RS*, br. 111/09, čl. 19 i ZRPS, čl. 27.



## PRIRODA POSTUPKA

Interesantno je da se u ZRPS-u nigde ne pominje upravni postupak, kao i da se ne predviđa primena odredaba ZUP-a u stvarima koje nisu regulisane Zakonom. Takvo činjenično stanje u praksi izaziva različite probleme, koji se različito i rešavaju. Tako se negde primenjuju odredbe ZUP-a, a u drugim slučajevima smatra se da nema mesta njegovoj primeni. Da se ZUP ima primeniti, iako to nije izričito predviđeno, može se argumentovati na sledeći način: a) vođenje registra je tipičan upravni posao, b) Agencija za privredne registre je javna agencija na koju se primenjuje Zakon o javnim agencijama po slovu samog Zakona<sup>20</sup>, kojoj se mogu poveriti poslovi državne uprave, što je ovde i slučaj, v) pod poslovima javne agencije navodi se i rešavanje u upravnom postupku, g) o žalbi odlučuje ministar nadležan za poslove privrede, dakle kao drugostepeni upravni organ, d) predviđanje mogućnosti vođenja upravnog spora. Po svemu sudeći radi se o upravnom postupku, pa s toga treba primeniti i ZUP. Postupak koji je predviđen Zakonom o registraciji po mnogo čemu se razlikuje od opšteg upravnog postupka. Da li ga to čini posebnim upravnim postupkom po njegovoj pravnoj prirodi? Kada još dodamo da se u prelaznim i završnim odredbama ne nalazi nijedan član koji bi jasno ukazivao na rešenje ostaje da vidimo da li su te razlike krucijalne. Zakon je u nekim slučajevima nedorečen, pa ostaje na sudskoj praksi da rešava konkretne situacije. Tako npr. postoji nedoumica koji su to zakonom predviđeni razlozi zbog kojih ministar može odbaciti žalbu. Sudska praksa je stala na stanovište da je ispravno postupanje ministra koji je u praksi odbacivao žalbu iz razloga koji su predviđeni ZUP-om<sup>21</sup> (»Ako je žalba nedopuštena, neblagovremena ili izjavljena od neovlašćenog lica, a prvostepeni organ je propustio da je zbog toga odbaci, odbaciće je organ koji je nadležan za rešavanje po žalbi«, čl. 229, st. 1 ZUP-a). S druge strane, kada se radilo o prekidu postupka Vrhovni sud Srbije bio je mišljenja da »u postupku registracije nema mesta prekidu postupka radi rešavanja prethodnog pitanja«. <sup>22</sup> Mogućnost odlaganja upisa od strane registra pominje se u čl. 302, st. 4 ZPD-a, u kome se navodi da »tužba za pobijanje odluke skupštine akcionara ne sprečava njenu registraciju, ali registar može odložiti upis ako to oceni opravdanim«, kao i u čl. 398, st. 2 i 3, u vezi sa prijavom za registraciju spajanja uz pripajanje akcionarskih društava, ako je pokrenut postupak pobijanja odluke o spajanju uz pripajanje. Prekid postupka nije u skladu sa načelom efikasnosti promovisanim u čl. 22–26 ZRPS-a, pa se neće primeniti čl. 134 ZUP-a, već se upis može samo odložiti po oceni Registratora, ali ne i do

---

<sup>20</sup> ZJA, čl. 57. Vid. R. Urošević, 223.

<sup>21</sup> *Ibid.*, 229–230.

<sup>22</sup> Presuda Vrhovnog suda Srbije, U. 1446/06 od 15.06.2006. god.

okončanja sudskog postupka, kako je navedeno u obrazloženju jedne od presuda, što znači da prekid postupka nije u skladu sa njegovom prirodom.<sup>23</sup> Korišćenje vanrednih pravnih lekova iz ZUP-a je još jedan nerešen problem. Sudovi tek treba da zauzmu stav o ovom pitanju.<sup>24</sup> Problem se može rešiti predviđanjem supsidijerne primene ZUP-a ili treba dovoljno precizno urediti postupak registracije i tako smanjiti upotrebu ZUP-a. Najbolje bi bilo da se neke zakonske odredbe preciziraju (neke bi trebalo promeniti u potpunosti, npr. rešenje kod »ćutanja«), uz predviđanje supsidijerne primene ZUP-a kao opšteg zakona u isto vreme.<sup>25</sup> Trenutno stanje je dovelo do toga da se u svakom konkretnom slučaju odlučuje kada se ima primeniti ZUP, a kada ne, što je neadekvatno, ali za sada jedino moguće rešenje. Ako se procedura i reguliše detaljnije, shodna primena *lex generalis*-a je uvek dobrodošla. Da zaključimo, postupak registracije privrednih subjekata je po svojoj prirodi poseban upravni postupak.

Pored Agencije za privredne registre u Srbiji postoji i Centralni registar, depo i kliring hartija od vrednosti, koji je takode relevantan kako za kompanijsko, tako i za upravno pravo. Postoje mišljenja da bi ova dva registra trebala činiti samo jedan, tj. da bi Centralni registar trebao da bude deo Agencije za privredne registre.<sup>26</sup> Njihova najznačajnija zajednička karakteristika je rešavanje u upravnom postupku.

## ZAKLJUČAK

Država ne vrši pravnu kontrolu privatnog sektora prilikom registracije privrednih subjekata, što je ranije bio slučaj, pa je osnovna funkcija registracije omogućavanje zainteresovanim licima da dođu do podataka o privrednim subjektima na najjednostavniji način. U Zakonu o registraciji privrednih subjekata postoji više propusta, od kojih je najvažniji nepredviđanje supsidijarne primene Zakona o opštem upravnom postupku što u praksi dovodi do rešavanja od slučaja do slučaja, tj. u nekim slučajevima ZUP se primenjuje, a u drugim ne. Drugi propust se tiče neopravdano otežanog položaja podnosioca prijave u elektronskoj formi. Podnosilac pomenute prijave ima obavezu podnošenja originala, dok se mogućnost podnošenja fotokopija i overenih prepisa pominje samo prilikom regulisanja podnošenja prijave neposredno ili poštom. Treći problem se odnosi na

---

<sup>23</sup> Vid. obrazloženje presude Vrhovnog suda Srbije, U. 8102/2007 od 3. 04. 2008. god.

<sup>24</sup> Vid. R. Urošević, 230.

<sup>25</sup> U tom smislu vid. D. Okolišanov, 238.

<sup>26</sup> *Ibid.*

zakonsko regulisanje »ćutanja Registratora« kao pozitivnog akta, što je nemoguće ostvariti u praksi na adekvatan način, usled nemogućnosti dokazivanja pravnog subjektiviteta, a pri čemu se dovodi u pitanje i sigurnost investitora. U ZRPS-u se ne pominje »ćutanje« drugostepenog organa, tj. nadležnog ministra. Postupak registracije je poseban upravni postupak po svojoj pravnoj prirodi. Vodenje registra predstavlja tipičan upravni posao koji vrši Agencija za privredne registre kao poveren. U drugom stepenu odlučuje nadležni ministar, dok se sudska kontrola vrši u upravnom sporu. Takvo određenje omogućava primenu pravila opšteg upravnog postupka kada je to potrebno (npr. razlozi zbog kojih ministar može odbaciti žalbu), dok u drugim slučajevima primenu istih isključuje (npr. prekid postupka registracije nije u skladu sa njegovom prirodom). Adekvatno rešenje problema predstavlja detaljnije regulisanje procedure uz predviđanje shodne primene ZUP-a kao opšteg zakona.

JELENA LEPETIĆ,  
Teaching Assistant, Faculty of Law,  
Belgrade

## REGISTRATION OF BUSINESS ENTITIES

### Summary

This paper analyses the registration of business entities, the procedure itself, as well as related problems and its legal nature. The main function of the registration is to enable interested parties to obtain data about business entities in the simplest way, but it is not the way of exercising legal control of the private sector by state as it used to be the case. The most significant gap, of the several that exist, in the Law on Registration of Business Entities is that it failed to prescribe the subsidiary application of Law on General Administrative Procedure which results in solving on a case by case basis, thus in some cases Law on General Administrative Procedure is applied, and in others not. The second gap refers to unjustifiably difficult position of the applicant in electronic form. Mentioned applicant has to submit original documents, while the possibility of submission of copies and certified documents is given by the Law only in the case of submission in person or by mail. The third problem refers to the silence of Registry which is governed by the Law as a positive act, although that is not possible to be realized in practice adequately, because of the inability of

proving the legal personality whereby the security of investor is in question. In the Law on Registration of Business Entities the silence of the second instance authority, a competent Minister, is not mentioned. The procedure of registration is particular administrative procedure by its legal nature. Keeping a register is a typical administration work which is performed by Business Registers Agency as vested. Competent Minister decides in a second instance, while the court control is exercised in an administrative dispute. Such a definition allows the application of the general administrative procedure rules (e.g. reasons for rejecting an appeal by the Minister), while in the other cases excludes the application of the same (e.g. interruption of registration procedure is not corresponding to its nature). The adequate solution of the problem is more detailed regulation of procedure to make possible that the proper application of Law on General Administrative Procedure, as general law, be prescribed by new Law on Registration of Business Entities.

*IVANA LJUTIĆ*

## **OPOREZIVANJE TRANSAKCIJA MULTINACIONALNIH KOMPANIJA PO TRANSFERNIM CENAMA**

### **U V O D**

Povezana pitanja poreskopравnih i privrednopravnih aspekata transfernih cena već duži niz godina predstavljaju jedno od centralnih pitanja vezanih za oporezivanje i međunarodno poslovanje multinacionalnih kompanija (u daljem tekstu MNK). Transferne cene značajne su za poslovanje multinacionalne grupe (u daljem tekstu MNG), zbog toga što se transakcije između članica MNG najčešće odvijaju upravo po ovim cenama. Osnovni motivi poslovanja kompanija po transfernim cenama jesu izbegavanje plaćanja poreza, odnosno minimizacija poreske obaveze.

Transferne cene privlače pažnju poreskih vlasti širom sveta. Njima predstoji težak zadatak utvrđivanja da li su cene između povezanih lica (kompanija) postavljene realno, u skladu sa principima slobodnog, otvorenog tržišta. Transferne cene jesu arbitrarno utvrđene cene od strane kompanije i svojevrsna vrsta pritiska na poreski sistem. One odstupaju od cena koje su ugovorila nepovezana lica (kompanije). Što su one više u upotrebi između povezanih kompanija, prihvodi države u kojoj se određene transakcije odvijaju mogu opadati. Poreski obveznik dužan je da prikaže transakcije sa povezanim licima u poreskom bilansu po cenama »van dohvata ruke« (tržišnim cenama), odnosno sprovede korekcije u poreskom bilansu na osnovu poreskih zakona.

---

Mr Ivana B. Ljutić, asistent Megatrend Univerziteta u Beogradu.

Odgovori poreskih organa na nekontrolisani rast primene transfernih cena su, do sada, bili nezadovoljavajući. Poreski organi, naročito manje razvijenih zemalja, kao i zemalja u razvoju, suočavaju se sa brojnim ograničenjima u pogledu kadrovskih, tehničkih i drugih resursa da bi mogli da odgovore na takve šeme izbegavanja plaćanja poreza. Problem transfernih cena zahteva saradnju poreskih vlasti između država, a razmena informacija između poreskih organa može mnogo pomoći. Pomoću transfernih cena MNK, zahvaljujući svojoj poslovnoj strukturi, repatriiraju – izvlače dobit u određenu državu. Motiv poslovanja MNK po transfernim cenama je da se dobit oporezuje po što nižim poreskim stopama, da se koriste određene poreske olakšice, kao i pogodnosti iz ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja.

### PRAVNO REGULISANJE MNK

MNK kao organizacioni oblik i subjekt u međunarodnom poslovanju značajno je počela da se razvija u periodu posle II svetskog rata i od tada prolazi kroz svoju metamorfozu. Značaj i uloga multinacionalnih kompanija u međunarodnoj trgovini i njihovo učešće u međunarodnim poslovnim transakcijama poslednjih decenija znatno se povećalo. Prema podacima Organizacije za ekonomsku saradnju i razvoj (OECD), preko 60% svetske trgovine odvija se kroz poslovanje MNK.<sup>1</sup> Iz tog poslovanja proizlaze dve neprihvatljive posledice: dvostruko oporezivanje MNK i izbegavanje plaćanja poreza. Svaka država na nacionalnom nivou donosi pravne propise kojima reguliše poslovanje kompanija, kako sa poreskopravnog stanovišta, tako i sa poslovnopravnog stanovišta. No, razlike u oporezivanju MNK mogu izazvati praktične probleme i za nacionalne poreske jurisdikcije i poreske uprave, kao i za same kompanije, u situaciji kada treba odrediti i locirati deo profita koji je ostvarila visoko integrisana multinacionalna grupa društava na određenoj teritoriji.<sup>2</sup> Sa druge strane, na nivou poreske politike države, treba eliminisati potencijalno dvostruko oporezivanje, kao i njegove ne-

---

<sup>1</sup> John Neighbour, *Transfer pricing: Keeping it at arm's length*, [www.oecdobserver.org](http://www.oecdobserver.org). U izveštaju o investicijama UNCTAD-a iz 1996. godine, na svetskom nivou jednu trećinu svetske trgovine činila je intrafimska trgovina, preko 77000 kompanija-majki sa preko 770000 stranih filijala. *Statistics on Foreign Direct Investment and Multinacional Corporations: A Survey*, [www.imf.org](http://www.imf.org); [www.unctad.org/en/home.htm](http://www.unctad.org/en/home.htm); <http://europa.eu.int/en/comm/eurostat>.

<sup>2</sup> Rasoul H. Tondkar – Wendy W. Achilles – Joyse van der Laan Smith, *Transfer Pricing Practices and Regulatory Actions in the U.S. and U.K.: A Cross-Country Comparison and Analysis*, u: *Advances in International Accounting*, ed. by J. Timothy Sale – Stephen B. Salter – David J. Sharp, Volume 18, ELSEVIER 2005, p. 200.

gativne posledice, ukoliko do njega dođe. U poslovanju MNK uključuje se više poreskih vlasti, sa zahtevom za oporezivanje dela profita koji je ostvaren na toj teritoriji. Cilj je da MNK ne bude dva ili više puta oporezovana za isti deo dobiti, jer će tako biti opterećena višim troškovima, ali i većom poreskom obavezom. Usaglašavanje sa propisima i zahtevima između različitih poreskih jurisdikcija tada nije adekvatno, a poreske vlasti suočene su sa delimičnim ili potpunim gubitkom prihoda koji je ostvaren na njihovoj teritoriji. To može biti ozbiljna prepreka i ograničenje slobodnom kretanju roba, usluga i kapitala, i njihovom međudržavnom transferu. Pravila koja se odnose na oporezivanje MNK posmatraju se u širem međunarodnom i društvenom kontekstu, u kome jednostrana i pojedinačna rešenja jedne države nisu poželjna. Obezbeđenje koordinacije i usklađivanja propisa između država doprinosi razvoju međunarodne trgovine i smanjuje i sprečava sukobe različitih poreskih jurisdikcija.<sup>3</sup>

Multinacionalne kompanije kao sistem većeg broja privrednih društava, osnovanih u više država, različito su okarakterisane od svog nastanka, izazivajući pri tom kontradiktorna mišljenja.<sup>4</sup> MNK je korporacija koja je registrovana i posluje u više od jedne zemlje u određenom periodu. Ima svoju centralu ili mesto efektivnog upravljanja u jednoj zemlji, a filijale u jednoj ili više drugih zemalja. Navedene filijale su odgovorne centralnoj upravi kompanije.<sup>5</sup> Ovaj termin (MGK) je više opisnog karaktera i odnosi se na kompaniju koja ima centar poslovanja, odnosno poslovnih operacija u više zemalja. Nasuprot MGK, nalazi se inostrana kompanija koja takođe posluje u više zemalja, ali joj se sedište nalazi samo u jednoj državi. U praksi često dolazi do poistovećivanja prethodno navedenih pojmova.<sup>6</sup> MNK je matično preduzeće koje se nalazi u jednoj državi, a posluje preko zavisnih preduzeća – filijala u drugim državama. Često se može približiti monopolističkom položaju, bez obzira na opšteprihvaćeni standard povezivanja grupa kompanija, u skladu sa propisima kojima se uređuje zaštita konkurencije, kao i principima i mehanizmima delovanja slobodnog tržišta. Naime,

---

<sup>3</sup> Volkera Klugea, *Das Internationale Steuerrecht*, C. H. Beckshe Verlagsbuchhandlung, München, 2000, p. 16. Kluge zaključuje da je »ekspanzija svetske trgovine u najvećoj meri posledica prekogranične delatnosti u čitavom svetu, gde je rast svetske trgovine veći od rasta celokupne svetske privrede.« Ovu tvrdnju potkrepljuje podacima Svetske trgovinske organizacije (WTO) za period 1986–1996, prema kojima je porast izvoza dva puta veći od porasta proizvodnje.

<sup>4</sup> Vidi više: Aleksandar Ćirić, *Transacionalne kompanije kao oblik poslovanja na međunarodnom tržištu*, *Pravo i privreda*, br. 5–8/2008, str. 123–126.

<sup>5</sup> Vidi o tome: Gordana Ilić-Popov: *Poresko pravo Evropske unije*, Službeni glasnik, Beograd, 2004, str. 167.

<sup>6</sup> Henry Campbell Black, *Black/Es Law Dictionary. Definitions of Terms and Phrases of American and English Jurisprudence, Ancient and Modern, Abridged Fifth Editions* by the Publisher/Es Editorial Staff, Contributing Authors: Joseph R. Nolan – M. J. Conolly, West Publishing Co., St. Paul. Minn., 1983, p. 528.

reč je o velikim kompanijama koje svojom organizacijom i veličinom koriste sve prednosti vertikalnih i horizontalnih ekonomija obima.

MNK, za razliku od tipično nacionalne kompanije, karakterišu određene specifičnosti. Matično društvo (kontrolno društvo, dominantno društvo) utiče na odluke i poslovnu politiku zavisnog (potčinjenog, podređenog) društva, jer je osnovna karakteristika njihove organizacione strukture vođenje koordinirane poslovne politike. Zajednička poslovna politika MNG ostvaruje uticaj na svetsku trgovinu. Dobit ili gubitak može se utvrđivati na nivou cele grupe, odnosno na nivou poslovnog sistema. Poreska privilegija poreskog konsolidovanja omogućena je matičnom društvu i njegovim filijalama kada matično društvo ima kontrolu nad istim.<sup>7</sup> Sve članice grupe poreskim konsolidovanjem postaju jedan poreski obveznik. Ukupna poreska obaveza se tako može smanjiti prebijanjem gubitaka jedne kompanije članice grupe sa dobiti druge kompanije, takođe članice MNG. U toj situaciji, poslovni rezultat filijale ne oslikava verno njen položaj na tržištu. Upravo se na ovom mestu može manipulirati politikama transfernih cena.

Prednosti poslovanja MNK su višestruke. To se posebno ogleda u korišćenju povoljnijih poreskih propisa, kako bi postigle poreske uštede. Alokacija profita kompaniji – članici MNG koja se nalazi u povoljnijoj poreskoj poziciji, poslovanje u zemljama poreskih rajeva, mogućnost davanja i uzimanja kredita od strane povezanog lica, arbitrarno određene naknade za korišćenje prava intelektualne svojine (patent, know-how), niske ili visoke cene dobara ili usluga između povezanih lica samo su neke od prednosti poslovanja MNK. Raspoložu resursima, ostvaruju visoke profite, razvijaju nove tehnologije, osvajaju nova tržišta i utiču na cene.<sup>8</sup>

MNK jesu predmet brojnih međunarodnih pravnih dokumenata, u cilju kontrolisanja i regulisanja njihovog poslovanja, kao veoma kompleksnog. Ciljevi i motivi regulisanja poslovanja su: zabrana zloupotrebe monopolističkog položaja ili dominantnog uticaja na tržištu, zaštita životne i radne sredine, zaštita prava intelektualne svojine, itd. Pokušaji uređivanja ovih pitanja na unitaran način odvijaju se u okviru međunarodnih organizacija, poput Ekonomskog i Socijalnog saveta UN-a, UNCTAD-a, OECD-a i drugih.<sup>9</sup> Ekonomski i socijalni sa-

---

<sup>7</sup> Vidi o tome: Dejan Popović, *Nauka o porezima i poresko pravo*, COLPI, Budimpešta i Savremena administracija, Beograd, 1997, str. 694.

<sup>8</sup> Vidi više: Emilija Vukadin, *Ekonomska politika*, Dosijs, Beograd, 2003, str. 260–261.

<sup>9</sup> Tako je, na primer, Organizacija Ujedinjenih nacija za trgovinu i razvoj – UNCTAD razvila svoja *Pravila o transferu tehnologije*. Organizacija za ekonomsku saradnju i razvoj (OECD) je 1976. donela pravila o poslovanju MNK, a 2000. godine *Vodič za poslovanje MNK* u kome se određuju pravila ponašanja MNK, koji je revidiran 2004. godine. Vidi više: Vladimir Stojiljković, *Međunarodno privredno pravo*, Zavod za udžbenike i nastavna sredstva, Beograd, 2001, str. 59–60.



vet UN-a osnovao je Centar za multinacionalne kompanije i posebnu Komisiju koja je donela Kodeks ponašanja transnacionalnih kompanija.<sup>10</sup> Nadnacionalno zakonodavstvo u oblasti poslovanja MNK ne postoji, već je to u nadležnosti svake suverene države. Dokumenta koja su kreirana i implementirana od strane navedenih međunarodnih organizacija i institucija formulišu neka od pravila i preporuka vezana za poslovanje MNK u određenim domenima. Međutim, neki autori su, čak, mišljenja da ih ne kontroliše ni jedna jurisdikcija. Ugovaranjem nadležnosti suda određene države ili arbitraže za rešavanje sporova, MNK biraju za merodavno pravo one pravne propise koji će uticati na pozitivno razrešenje kontraverznih pitanja u njihovom poslovanju.<sup>11</sup>

## TRANSFERNE CENE I MULTINACIONALNE KOMPANIJE

Transferne cene su cene za transakcije dobara, usluga i prava intelektualne svojine između povezanih lica, odnosno između dve povezane kompanije.<sup>12</sup> U situaciji kada su dobra, usluge ili prava intelektualne svojine kompanije prodavca precenjeni, dobit kompanije kupca je smanjena, a dobit kompanije prodavca je povećana. Kompanija kupac iskazuje umanjenu dobit, odnosno veće troškove. *Transferne cene su cene koje se uspostavljaju između povezanih lica prilikom transakcije – prometa dobara, usluga i prava intelektualne svojine (patent, know-how) i nisu ugovorene na slobodnom tržištu (najčešće, ali ne i uvek; nisu realno postavljene i utvrđene).*<sup>13</sup>

MNK zloupotrebljavaju politike transfernih cena sa glavnim razlogom osiguranja oporezivanja dobiti u onoj poreskoj jurisdikciji, koju ocene najpovoljnijom sa aspekta poreskog planiranja grupe. Poreske vlasti, sa druge strane, nastoje

---

<sup>10</sup> Aleksandar Ćirić, *op. cit.*, str. 131.

<sup>11</sup> Vidi: Bruce Kogut – David L. Levy, u: »*Smart Globalization: Desinging Global Strategies, Creating Global Networks*», ed. by Anil K. Gupta – D. Eleanor Westney, MITSloan Management Review, John Willey & Sons, San Francisco, 2003, p. 13–39; 67–86. (Das Narayandas, J. A. Quelch, Gordon Swartz, p. 87–106).

<sup>12</sup> Gordana Ilić-Popov, 2004, *op. cit.*, str. 167.

<sup>13</sup> Transferna cena nije nužno uvek nerealna i manipulativna cena. Termin »*transferna cena*» se ponekad upotrebljava netačno i sa negativnom konotacijom, koja je nastala u poreskoj analizi. To je termin koji se odnosi na cenu (iznos) koju jedna kompanija naplaćuje drugoj za transakciju (transfer dobara, usluga ili prava intelektualne svojine između povezanih kompanija). U situaciji kada je taj iznos nerealan, termin transferna cena je suprotan pojmu cene »van dohvata ruke« (transfer dobara, usluga ili prava intelektualne svojine između nezavisnih kompanija). Ivana B. Ljutić, Poreski i poslovni aspekti transfernih cena, magistarski rad, Pravni fakultet univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009, str. 25.

da prilagode cene ostvarene u tim transakcijama sa cenama u transakcijama između nepovezanih lica – cenama koja se slobodno formiraju na tržištu. U te svrhe koriste se brojne metode utvrđivanja cena »van dohvata ruke« kao jedno od rešenja. Tri uobičajene metode utvrđivanja cena »van dohvata ruke« prihvata i srpski Zakon o porezu na dobit preduzeća: metoda uporedivih nekontrolisanih cena; metoda cene koštanja uvećana za uobičajenu maržu – zaradu i metoda preprodajne cene.<sup>14</sup> Zakonodavne i regulatorne reforme koje se odnose na oblast transfernih cena jesu neophodne u procesu pronalaženja adekvatnog mehanizma utvrđivanja cena »van dohvata ruke«. Zato se nameće potreba za kontinuiranim unapređivanjem zakonske regulative i prakse u Srbiji u toj oblasti. Nju bi jasno karakterisali savremeni mehanizmi utvrđivanja cena »van dohvata ruke«, kao i regulatorni trendovi karakteristični za zemlje – članice Evropske unije, ali i Organizacije za ekonomsku saradnju i razvoj (OECD).

Činjenica je da neusklađenost različitih zakonskih propisa ne samo poreskih, već i propisa iz oblasti kompanijskog (poslovnog) prava različitih država izaziva probleme. Stoga postoji veliko interesovanje i potreba za revidiranjem regulativa vezanih za oporezivanje MNK u EU i SAD. Zato je i za Srbiju još značajnije unapređenje upravne i sudske prakse u cilju izgradnje odgovarajućih standarda, usavršavanje postojećih i uvođenje novih metoda utvrđivanja cena »van dohvata ruke«.

Međunarodno dvostruko oporezivanje, koje proizlazi iz poslovanja MNK, može se otkloniti na više načina. Tri načina koji predstavljaju pravni osnov mera za izbegavanje dvostrukog oporezivanja su: unilateralne mere koje donosi suverena država, bilateralni i multilateralni međunarodni sporazumi (npr. *Model-konvencija OECD o izbegavanju dvostrukog oporezivanja*, koja je najčešće korišćena kod zaključivanja bilateralnih sporazuma), i na kraju pravni propisi Evropske unije (direktive, odluke, mišljenja, smernice).<sup>15</sup> Evropska unija kao zajednica nema kapacitet da zaključuje međunarodne ugovore o izbegavanju dvostrukog oporezivanja, već to mogu da čine pojedinačne države-članice, međusobno ili sa trećim državama-nečlanicama EU. Međutim, opšte je poznato da države koje su članice EU prenose deo svog suvereniteta na nadležne organe i tela, čime se znatno sužava i ograničava samostalno uređivanje pravnih odnosa u domaćem zakonodavstvu. Pored napred pomenutih ugovora, zemlje članice EU u cilju eliminisanja ekonomskog dvostrukog oporezivanja i usklađivanja postupaka nacionalnih poreskih vlasti donele su *Arbitražnu konvenciju*, koja ima nesumnjivi značaj

<sup>14</sup> Zakon o porezu na dobit preduzeća, »Službeni glasnik Republike Srbije«, broj 25/2001, 80/2002, 43/2003 i 84/2004.

<sup>15</sup> Olivera Lončarić-Horvat – Hrvoje Arbutina, Osnove međunarodnog poreznog prava, »Narodne novine«, Zagreb, 2007, str. 23–25.

u oblasti transfernih cena i poslovanja MNK, na unutrašnjem tržištu EU. Svi međunarodni ugovori u okviru EU su deo nacionalnog prava, a nacionalno pravo je usklađeno sa pravnim sistemom Evropske Unije. Značaj ima i *Direktiva o uzajamnoj administrativnoj pomoći između poreskih organa zemlja-članica (77/799/EEC)*,<sup>16</sup> koja smanjuje prostor za međunarodnu poresku evaziju, kao posledice međugraničnih ekonomskih aktivnosti i liberalizacije ekonomskih odnosa između država-članica. U praksi je široku primenu našla *Model-konvencija OECD o porezima na dohodak i imovinu*.

## TRANSFERNE CENE I EVROPSKA UNIJA

Sporazum o eliminisanju ekonomskog dvostrukog oporezivanja u oblasti transfernih cena u Evropskoj uniji poznatiji je kao Arbitražna konvencija. U poreskom pravu fenomen ekonomskog dvostrukog oporezivanja je povezan sa aspektima transfernih cena. Ova pojava nastaje kada poreski organi jedne zemlje članice, na primer, u grupaciji EU unilateralno određuju u postupku oporezivanja cenu za međugraničnu (spoljnotrgovinsku) transakciju, koja se odvija unutar MGK, preciznije njenih poslovnih segmenata. Uz to, poreske vlasti ne uzimaju u obzir usklađivanja koja se vrše u drugim zemljama članicama.

Savremeni trendovi poslovanja, kretanja kapitala, novca, roba, ljudi, informacija i poslovnih interesa ukazuju da međugranične ekonomske aktivnosti rastu na unutrašnjem tržištu Evropske unije. Sa rastom obima transakcija, poslovne aktivnosti, profita i dr. rastu troškovi plaćanja poreza u zemljama Unije, čiji su obveznici MNK.<sup>17</sup> U tom kontekstu, u praksi nastaju problemi ekonomskog dvostrukog oporezivanja transakcije koje se odvijaju unutar grupe kompanija. U cilju eliminisanja poreskih prepreka na tržištu EU i razlika koje postoje između poreskih sistema kod poreza na dobit kompanija, Komisija će objavljivati značajne odluke Evropskog suda radi usaglašenog tumačenja, proširiti oblast primene određenih direktiva koje se odnose na poslovanje kompanija, i formirati Zajednički forum o transfernim cenama (*Joint Forum on Transfer Pricing*). Na tom forumu će učestvovati predstavnici svih država-članica i predstavnici kompanija u cilju primene jednoobraznih načela u obračunavanju cena i unapređenja saradnje između zemalja-članica i kompanija u sferi oporezivanja transakcija unutar grupe kompanija.<sup>18</sup> Pored toga, Komisija će kreirati model ugovora o izbegavanju dvo-

---

<sup>16</sup> Vidi više: Gordana Ilić-Popov, 2004, *op. cit.*, 175–179.

<sup>17</sup> Vidi više o tome: Gordana Ilić-Popov, 2004, *op. cit.*, str. 166–171.

<sup>18</sup> Evropska komisija usvojila je Komunique (COM/2004/297 of 23/04/2007) na osnovu rada Zajedničkog foruma o transfernim cenama (IP/02/1105). Komisija i Forum ocenili su upotrebu

strukog oporezivanja po uzoru na OECD Model-konvenciju, prilagođen evropskom tržištu ili zaključiti multilateralni poreski ugovor između svih zemalja članica.<sup>19</sup>

Jedan od osnovnih principa EU je stvaranje jedinstvenog ekonomskog prostora na kome su pravila igre jednaka za sve igrače. U tom kontekstu je ujednačavanje – harmonizacija postupaka nacionalnih poreskih vlasti jedan od veoma značajnih elemenata. Takvo rešenje zahteva kvalitetnu saradnju i koordinaciju između nadležnih poreskih organa. U tom svetlu je EU donela Arbitražnu konvenciju<sup>20</sup>, sa ciljem da obezbedi adekvatnu koordinaciju aktivnosti nadležnih poreskih organa. Pravni osnov za njeno donošenje je član 293. Ugovora o osnivanju. Njime se predviđa da zemlje članice, u meri u kojoj je to neophodno, ulaze u međusobne pregovore u ovoj oblasti. Cilj pregovora jeste dobrobit za rezidente, počev od ukidanja dvostrukog oporezivanja. Arbitražna konvencija je stupila na snagu kada ju je 1994. godine ratifikovala poslednja zemlja članica, sa stupanjem na snagu od 1. januara 1995. godine i periodom primene od 5 godina. Veoma je značajno naglasiti da »za razliku od slučajeva na koje se odnose direktive, ovde je isključena nadležnost Evropskog suda pravde.«<sup>21</sup> Međutim, Arbitražna konvencija ne predstavlja pravni, odnosno obavezni instrument EU i ima status multilateralne konvencije na terenu međunarodnog javnog prava. Predstavlja napor država članica u harmonizaciji neposrednih poreza, sa ograničenom primenom na oblast transfernih cena i povezanih kompanija, odnosno obuhvata porez na dobit privrednih društava.<sup>22</sup> Mala je verovatnoća za proširenjem primene na druga sporna pitanja i slučajeve, koja mogu nastati primenom ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja. Odredbe ove konvencije u velikoj meri proizlaze iz člana 9. Model-konvencije OECD o porezima na dohodak i imovinu, koji se odnosi na oporezivanje povezanih kompanija (kompanija-majka i kompanija-ćerka-

---

»sporazuma o utvrđivanju cena unapred« kao odgovarajući instrument povećanja pravne sigurnosti i smanjenja administrativnog poreskog tereta poreskih obveznika i troškova postizanja usaglašenosti, u cilju eliminisanja dvostrukog oporezivanja koje nastaje kao rezultat različitih regulativa transfernih cena država članica EU, pored primene metoda utvrđivanja cena "van dohvata ruke". U tom cilju, Komisija je predložila smernice za sporazume. Komisija je, takođe, usvojila i Kodeks postupanja (Code of Conduct, 2004) u oblasti oporezivanja korporacija u cilju efektivne primene Arbitražne konvencije, Official Journal C176 of 28/07/2006, <http://ec.europa.eu/taxation>.

<sup>19</sup> Gordana Ilić-Popov, 2004, *op. cit.*, str. 142.

<sup>20</sup> Convention 90/436/EEC on the elimination of double taxation in connection with the adjustment of profits of associated enterprises (Arbitration Convention), *Official Journal L 225* of 20 August 1990, [www.europa.eu](http://www.europa.eu).

<sup>21</sup> Vidi: Gordana Ilić-Popov, 2004, *op. cit.*, str. 168.

<sup>22</sup> Olivera Lončarić-Horvat – Hrvoje Arbutina, *op. cit.*, str. 118.

filijala ili kompanija pod zajedničkom kontrolom), kao i na uslove primene ovog člana pod različitim metodama utvrđivanja cena »van dohvata ruke«.<sup>23</sup>

Prvi arbitražni postupak je sprovela savetodavna komisija na osnovu Arbitražne konvencije u slučaju između Francuske i Italije 2003. godine.<sup>24</sup> Vredi naglasiti da i pored toga što je Arbitražna konvencija, po svojoj zamisli i ciljevima, bila stvarno sofisticiran multilateralni sporazum, proces njene implementacije je bio dug, osetljiv i kompleksan. U početku je njena primena bila oročena do kraja 1999. godine, sa protokolom koji je predviđao automatsko produžavanje njene važnosti za period od narednih pet godina, mada još uvek sve zemlje-članice nisu deponovala potpise. Konvencija o pristupu Češke, Estonije, Kipra, Letonija, Litvanije, Mađarske, Malte, Poljske, Slovenije i, Slovačke Arbitražnoj konvenciji potpisana je 8.12.2004. godine u Briselu.<sup>25</sup>

Značaj i potreba da se produži važenje ove Konvencije su nesumnjivi.<sup>26</sup> Ukazujemo da razvoj privrede i obima transakcija, kao i kompleksnost oporezivanja korporativnog sektora u zemljama-članicama EU nameće imperativ uniformnog uređivanja pravila o transfernim cenama. U naučnim krugovima ima zagovornika teze da zbog svoje važnosti ova Konvencija treba da preraste u direktivu, kao pravno obavezujući instrument zakonodavstva EU. Kao reakciju na javnu debatu i potrebe poslovanja, Evropska komisija je upravo i predložila formiranje »Zajedničkog foruma EU o transfernim cenama«. Pored oblasti transfernih cena, Arbitražna konvencija bi nesumljivo mogla proširiti oblast primene i na rešavanje drugih sporova i slučajeva, koji nastaju ili mogu nastati na osnovu primena i tumačenja ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja. Ona predstavlja pomirenje različitih stavova država-članica, odnosno država-ugovornica, kada jedinstveno mišljenje nije postignuto u postupku uzajamnih pregovora.

## ANALIZA MODELA TRANSFERNIH CENA U ZAKONODAVSTVU SRBIJE

Zakon o porezu na dobit Republike Srbije predviđa tri metode utvrđivanja cena »van dohvata ruke«: metodu uporedivih nekontrolisanih cena, metodu koštanja uvećanu za uobičajenu zaradu (maržu) i metodu preprodajne cene. Za-

---

<sup>23</sup> Model Tax Convention on Income and on Capital, *op. cit.*, p. 141–145; Gordana Ilić-Popov, 2004, *op. cit.*, str. 168.

<sup>24</sup> Šire o ovoj odluci u: Gordana Ilić-Popov, 2004, *op. cit.*, str. 170, posebno fusnote 395 i 396; [http://www.consilium.europa.eu/cms3\\_fo/Extra.asp?name=disclaimer&lang=EN](http://www.consilium.europa.eu/cms3_fo/Extra.asp?name=disclaimer&lang=EN).

<sup>25</sup> J. O. Reference C160 (30/06/2005). <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/JOHtml.do?uri=OJ:C:2005:160:SOM:en:HTML>.

<sup>26</sup> Vidi: Gordana Ilić-Popov, 2004, *op. cit.*, str. 170.

konodavstva razvijenih zemalja, članica OECD i EU, mimo pomenute tri metode, predviđaju metodu uporedivih nekontrolisanih transakcija, metodu uporedivog profita, i metodu podele profita.<sup>27</sup> U okviru obrazlaganja modela transfernih cena u zakonodavstvu Srbije, na ovom mestu, važno je pomenuti i zaključene ugovore o izbegavanju dvostrukog oporezivanja, koji se primenjuju u Republici Srbiji. Ovi ugovori, koji se, takođe, odnose na korekcije dobiti, odnosno transfernih cena povezanih kompanija, predstavljaju bilateralne sporazume, dok pomenuta Arbitražna konvencija predstavlja multilateralni sporazum. U kontekstu transfernih cena, značajne su odredbe ovih ugovora koje uređuju pitanja interkompanijskih cena i povezanih lica. S obzirom na to da bismo mogli očekivati sve veću prisutnost MNK u Srbiji, kao i na evropskom, odnosno svetskom tržištu, smatramo da je unapređivanje regulativa transfernih cena u Srbiji imperativ, a posebno u svetlu priključivanja naše zemlje EU, kao i uključivanja u tokove međunarodne trgovine, ekonomske i finansijske tokove, povećanja obima međunarodnih ekonomskih transakcija i međunarodnih investicija. Stoga je Srbija zainteresovana za zaključivanje ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja, kako bi privukla strane investicije.

Regulativa zemalja-članica OECD u oblasti transfernih cena je dosta stroga. Zemlje u razvoju značajno zaostaju u ovoj oblasti, a Srbija zaostaje u odnosu na određene zemlje u regionu. Predstoji dosta rada i istraživanja kako bi se sprečila zloupotreba mehanizma transfernih cena. Tom cilju pomaže međunarodna saradnja, koordinacija nacionalnih poreskih vlasti i vođenje globalne politike transfernih cena. MNK treba da budu zainteresovane za postizanje zajedničkog, svetskog i međunarodnog, pristupa problematici transfernih cena, kao i za zajedničke procedure, jer se jedino tako može izbeći dvostruko oporezivanje. Transferne cene su poreski rizik za kompaniju u smislu nastanka potencijalnog ekonomskog dvostrukog oporezivanja ili potencijalne primene kaznenih odredbi regulative interkompanijskih cena u slučaju neispunjenja zahteva. Samo kada su transferne cene arbitrarno i nerealno postavljene izazivaju pažnju poreskih vlasti. Nesumljivo utiču na poresku odgovornost i na poreski teret celokupnog sistema MNK. Snižavanje poreskih stopa, u cilju privlačenja investicija ili zadržavanja korporacija u državama, može biti dobra mera nacionalne poreske politike. Ipak, postavlja se pitanje koliki će biti gubitak prihoda od poreza na dobit korporacije, kada se stope snize, zbog gore navedenog cilja. Često, kao posledica poslovanja MNK po transfernim cenama nastaju ekonomske distorzije. Takođe, mogu nastati

---

<sup>27</sup> Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (July 1995), OECD Publications, Paris, 2001; Section 482 of the United States Internal Revenue Code, Treasury Regulations § 1.482.

ti gubici na nivou kompanije zbog nepovoljnih fluktuacija deviznog kursa, kada kompanije obavljaju uvozno-izvozne transakcije. Posledica gubitka prihoda poreskih vlasti po osnovu transfernih cena može biti povećanje poreskog tereta građana u cilju finansiranja socijalnog i ekonomskog razvoja. Iz prethodnog proističe da »koristi« od poslovanja kompanija po manipulativnim transfernim cenama imaju samo zemlje niskih poreskih stopa.

Modeliranje sistema transfernih cena i njihov poreski tretman tada postaje još kompleksniji na nacionalnoj i međunarodnoj osnovi. U tom cilju je OECD razvio Smernice o transfernim cenama, koje su zemlje članice prihvatile i ugradile u svoja nacionalna zakonodavstva. Efikasna primena Smernica podrazumeva efektivnu i efikasnu kontrolu transakcija i transfernih cena međunarodno povezanih kompanija od strane nacionalnih poreskih administracija.

Smanjenje poreske evazije i izbegavanje nastanka ekonomskog dvostrukog oporezivanja zavise primarno od poreskog tretmana transfernih cena. Na nivou EU, pitanje poreskog tretmana transfernih cena i povezano pitanje oporezivanja dobiti povezanih kompanija aktuelno je s obzirom na različite oblike spajanja kompanija u okviru i izvan EU. Oporezivanje kompanija sa sedištem u zemljama-članicama EU bazira se na na pojedinačnom pristupu, a ne na pristupu konsolidovanog subjekta zbog različitosti poreskih sistema i oporezivanja dobiti korporacija u poreskim jurisdikcijama država članica. Evropska komisija razmatra pristup oporezivanja dobiti na konsolidovanoj osnovi, čime bi se definitivno uredilo ovo pitanje u okviru EU. Pojedinačni pristup primenjivao bi se za evropske kompanije koje posluju van tržišta EU.

## ZAKLJUČAK

Cilj ovog rada je uvodna analiza oporezivanja transakcija MNK po transfernim cenama i regulative transfernih cena u EU i zemljama-članicama OECD, kao i pregled srpskog zakonodavstva iz oblasti transfernih cena u funkciji harmonizacije sa pravom EU. U tom smislu kreću se određene smernice koje bi mogle biti njegova dopuna. Uvođenje novih instituta i njihovo pravno regulisanje obuhvatilo bi nove metode utvrđivanja cena, sporazume o utvrđivanju cena unapred, poreski tretman sporazuma o raspodeli troškova između filijala i MNK, kaznene odredbe u slučaju nepoštovanja standarda, zahteva regulative i poreskih uskladjivanja i regulativu dokumentacije transfernih cena. Priključenjem Srbije Evropskoj uniji značaj bi imala Arbitražna konvencija. Smernice OECD, kao najznačajniji dokument iz ove oblasti, treba da predstavljaju osnovu buduće za-

konske regulative Srbije. Značaj uredenosti regulative transfernih cena za Srbiju je upravo u privlačenju stranih investicija i dolaska sve većeg broja MNK. Srbija ima slabo razvijenu praksu i iskustvo u ovoj oblasti. Iako se problem transfernih cena čini nerešivim, uprava MNK treba da ima u vidu izbor one metode koja je delotvorna za poresku upravu i efikasna za poreskog obveznika, uzimajući u obzir uslove upravljanja transakcijom u skladu sa načelom »van dohvata ruke«. U kojoj meri poreska uprava Srbije kontroliše dokumentaciju transfernih cena i koliko je razvijena kao element poslovne politike kompanija ostaje otvoreno pitanje. Srbija se približava Evropskoj uniji, te je stoga razumno očekivati da će se institucionalni i regulatorni okvir uskladiti sa institucionalnim i regulatornim okvirom EU. Odbor za fiskalna pitanja OECD namerava da uključi većinu država koje nisu članice OECD (poput Srbije) u dijalog o primeni načela »van dohvata ruke« i metoda o utvrđivanju cena, navednih u dokumentima OECD. Ambijent kooperativnosti rešava problem transfernih cena između poreskih obveznika i poreskih uprava, kao i poreskih uprava međusobno. Ekonomski razvoj svake države podstiču MNK i međunarodna trgovina, te se stoga pitanje regulative interkompanijskih cena i poslovanja integrisanih kompanija ocenjuje kao vrlo značajno sa aspekta nacionalnih poreskih jurisdikcija i visoko integrisanih grupa kompanija.

IVANA LJUTIĆ, LL.M.,  
Assistant, Megatrend Faculty, Belgrade

## TAXATION OF MULTINATIONAL TRANSACTIONS BY TRANSFER PRICING

### Summary

Closely related phenomena of the tax law and business law aspects of transfer prices are increasingly becoming one of the central topics of taxations of the operations of the multinationals. Transfer prices are important for the business operations of multinational groups, since the most of the transactions occur under this price regime. Fundamental motive of multinationals to do business by using transfer prices is tax avoidance and if that is not possible the minimization of the



tax burden. Transfer prices transactions are attracting the attention of the tax authorities all over the world. In front of them is insurmountable task to finding out if the prices between the related parties (e.g. multinational corporate group) are defined realistically, meaning in accordance with the free market principle. This paper is dealing with the legal regulation of multinationals, how the multinationals use and misuse transfer prices. Mechanism of the legal regulation of taxation of transfer prices transactions of the multinationals in European Union has being analyzed. Taxation of the transfer prices transactions of the multinationals is analyzed in the Serbian legal system. Economic growth of each country is stimulated by the investments of multinationals and by the growth of international trade. Legal regulation of the intercompany pricing mechanisms and transactions of integrated group of companies in the international scene could be assessed as a very significant aspect from the points of view of the national tax jurisdiction and of highly integrated multinational groups of companies.



MIHAILO VELIMIROVIĆ

## NOVO STEČAJNO ZAKONODAVSTVO

### OPREDELJENJA

Stečaj je oblik generalnog ili opšteg izvršenja nad celokupnom imovinom stečajnog dužnika, koji se sprovodi radi skupnog i srazmernog namirenja poverilaca. Kad se radi o stečaju privrednih subjekata, to generalno izvršenje ima za posledicu, pored namirenja poverilaca, i prestanak postojanja stečajnog dužnika, jer završetkom stečajnog postupka ta organizacija se briše iz registra u koji je upisana i prestaje da postoji.

U nauci je uobičajeno da se govori o stečaju u materijalnom smislu i o stečaju u formalnom smislu i značenju tih pojmova. Takva je i sadržina zakona o stečaju. Stečaj u materijalnom smislu je finansijsko stanje u kojem se nalazi stečajni dužnik, a to je stanje platežne nesposobnosti ili insolventnosti. Stečaj u formalnom smislu je postupak koji vodi nadležni sud nad stečajnim dužnikom, tj. nad njegovom imovinom, radi ravnomernog namirenja svih poverilaca. Bez toga postupka nema stečaja u pravnom smislu, u tom postupku se ostvaruju ciljevi stečaja. Oni mogu da se ostvare *reorganizacijom* dužnika, kao oblikom njegove sanacije, ili *bankrotstvom*, kao načinom njegovog nestanka kao privrednog subjekta. U savremenom stečajnom zakonodavstvu to je vrlo jasno izraženo, počev, od naziva zakona o stečaju i putem njihove sadržine. U tom smislu, umesto klasičnih naziva zakona o stečajnom postupku, ističu se novi nazivi, koji upućuju na

---

Prof. dr Mihailo Velimirović, Beograd. Tekst je prenesen iz autorove knjige: *Stečajno pravo*. Izdavači: »Službeni glasnik Republike Srbije« i Pravni fakultet Univerziteta Union, Beograd, 2010. godine. Tekst je objavljen u časopisu »Pravna riječ«, Banja Luka, br. 24/2010.

opredeljenje zakonodavstva na problem stečaja kao ekonomskog, socijalnog i pravnog značaja. Tako, američki zakon iz 1978. godine nosi naslov Zakon o bankrotstvu (Federal Bankruptcy Act) ruski Zakon o bankrotstvu preduzeća iz 1992. godine, engleski Zakon o insolventnosti (Insolvency Act) iz 1985. godine, francuski Zakon o sudskom oporavku i likvidaciji društva iz 1984. godine, nemački Insolventni zakon (Insolvenzordnung) iz 1994. godine.

U istom smislu su i naslovi zakona koji su doneseni na bivšem jugoslovenskom području. U Hrvatskoj to je Stečajni zakon iz 1996. godine, u Crnoj Gori Zakon o insolventnosti privrednih društava iz 2002. godine, u Republici Srpskoj Zakon o stečajnom postupku iz 2002. godine, u Federaciji Bosne i Hercegovine Zakon o stečajnom postupku iz 2003. godine, u Distriktu Brčko Zakon o stečaju, prinudnom poravnanju i likvidaciji iz 2002. godine, u Sloveniji Zakon o finansijskom poslovanju, insolventnom postupku i prinudnom prestanku iz 2007. godine, u Makedoniji Zakon o stečaju iz 2006. godine.

U Srbiji je to prvo bio Zakon o stečajnom postupku iz 2004. godine, a sada je Zakon o stečaju iz 2009. godine (ZOS) (»Službeni glasnik RS«, broj 104/2009). U tekstu koji sledi autor je imao u vidu stečajno zakonodavstvo Republike Srbije.

Novi Zakon o stečaju već svojim naslovom iskazuje opredeljenost zakonodavca da u središte problema stavlja i drži stečaj kao teški problem, koji ima ekonomske, socijalne i pravne dimenzije. I prethodni Zakon o stečajnom postupku i ovaj novi Zakon o stečaju su modernizovali stečaj, harmonizovali stečajno pravo sa savremenim stranim pravom visokorazvijenih zemalja, a naročito sa međunarodnom stečajnom regulativom (primarni i sekundarni stečaj). To se ogleda u više pravaca. Stvorene su pretpostavke modernije procedure bankrotiranja, jer se omogućuje izlazak iz stanja insolventnosti ili prezaduženosti (»stanja poluživota«). Zakon o stečaju stvara proceduralne uslove da se to stanje razreši blagovremeno, brzo i jeftino. Bržom i efikasnijom procedurom stečaja smanjuju se troškovi, a cilj je toga da se sačuva i održi što je više moguće vrednosti imovine stečajnog dužnika, uz što minimalnije gubitke.

Zakon o stečaju je bolje regulisao vođenje stečajnog postupka, naročito razgraničenjem uloga pojedinih učesnika u tom postupku. Zakon je smanjio broj organa postupka, jer sudsku funkciju vrši samo stečajni sudija, koji upravlja celokupnim postupkom. Kao i prethodni Zakon o stečajnom postupku, i novi Zakon o stečaju je temeljito regulisao pravni položaj stečajnog upravnika, koji upravlja stečajnim dužnikom, tj. stečajnom masom, koja je centralna tačka stečaja, jer povezuje sve učesnike toga postupka. U istom smislu dobro je regulisano učešće poverilaca u postupku stečaja, sa gledišta njihovog prava da odluče u kojem pravcu će se voditi stečajni postupak: u pravcu reorganizacije i sanacije dužnika ili u pravcu njegovog bankrotstva i prestanka postojanja kao privrednog i prav-

nog subjekta. U tom pravcu je regulisana reorganizacija stečajnog dužnika, kao savremeni oblik njegove sanacije i mogućeg boljeg namirenja potraživanja poverilaca.

Zakon o stečaju je prvi put u ovoj materiji definisao nekoliko osnovnih načela, kao orijentacionih pravila za vođenje stečajnog postupka. Kao i prethodni Zakon o stečajnom postupku i ovaj zakon je prihvatio pravila međunarodnog (prekograničnog) stečaja iz Model-zakona UNICITRAL-a iz 1997. godine. I Zakon o stečaju je sankcionisao određene kažnjive radnje kao krivična dela izvršena u toku stečajnog postupka. Kad se to poveže sa odgovarajućim odredbama iz Krivičnog zakonika iz 2005. godine stiču se normativne pretpostavke za krivičnopravnu zaštitu u materiji stečaja.

Zakon o stečaju je zadržao sva davno dobro definisana pravila o izlučnim i razlučnim poveriocima; pravila o pravnim posledicama otvaranja stečajnog postupka. Zakon je u pogledu prestanka radnih odnosa zaposlenih lica prihvatio odredbe Konvencije Međunarodne organizacije rada o zaštiti postraživanja radnika u slučaju platežne nesposobnosti (insolventnosti) poslodavca (Konvencija broj: 173 iz 1992. godine).

## DEFINICIJE

Na osnovu izloženog može se izvesti definicija stečaja. Ta definicija obuhvata uvezivanje subjekata koji su nezaobilazno uključeni u stečajni postupak, to su: stečajni sud, stečajni dužnik i stečajni poverioci.

*Stečaj je stanje koje je proglasio sud, u kojem se nalazi insolventni dužnik i njegovi time ugroženi poverioci.*

Drugi termin za stečaj je bankrotstvo (ital »banca rotta« – izbačena klupa, pult). To je potpuna propast, slom stečajnog dužnika; završetkom tog postupka, on se briše iz odgovarajućeg registra i prestaje da postoji kao privredni subjekt. Celokupni postupak prema insolventnom dužniku je stečajni postupak, s tim što može da se vodi: 1) kao bankrotstvo i stečajna likvidacija ili 2) kao sanacija reorganizacijom tog subjekta. Oba ta postupka imaju svoj zajednički cilj namirenje potraživanja poverilaca. Među njima je suštinska razlika u tome kako da se ostvari taj cilj. To je vidljivo već iz samih pojmova tih pravnih instituta. Zakon o stečaju (čl. 1) definiše pojmove bankrotstva i reorganizacije stečajnog dužnika.

Bankrotstvo je način namirenja poverilaca prodajom celokupne imovine stečajnog dužnika, odnosno stečajnog dužnika kao pravnog lica.

Reorganizacija je namirenje poverilaca prema usvojenom planu reorganizacije i to redefinisanjem dužničko-poverilačkih odnosa, statusnim promenama dužnika ili na drugi način, koji je predviđen planom reorganizacije.

Stečajni plan je akt ugovorne prirode, donesen saglasnošću kvalifikovane većine stečajnih poverilaca, o modalitetima reorganizacije stečajnog dužnika, koji potvrđuje nadležni sud i ima snagu izvršnog naslova za sve neprivilegovane poverioce.

Stečajni plan sadrži skup mera koje se preduzimaju prema stečajnom dužniku radi njegove sanacije i nastavka poslovanja. Odluka kvalifikovane većine poverioca o usvajanju stečajnog plana obavezuje sve poverioce nakon što nadležni sud potvrdi taj plan. Iz takvog karaktera stečajnog plana proizilazi da on sadrži u sebi dva suprotna pojma: pojam sporazuma, kao voljnog akta kvalifikovane većine poverilaca, i pojma prinude za one poverioce koji su bili protiv toga. To ovom pravnom institutu daje karakter *contradictio in adjecto*.

## CILJEVI

Ciljevi stečaja se ostvaruju u stečajnom postupku. U savremenim stečajnim postupcima prvenstveno se određuje pravac vođenja tog postupka, na osnovu sagledavanja ukupnih dužničko-poverilačkih odnosa dužnika, mogućnosti njegovog saniranja i opstanka kao privrednog subjekta. Odlučuje se, dakle, o tome da li da se stečajni postupak vodi u pravcu dužnikove reorganizacije i sanacije ili u pravcu njegovog bankrotstva, formiranja stečajne mase i namirenja poverilaca putem isplatnih redova. Ima višestruke ciljeve, raznovrsna dejstva i posledice. Prvi je cilj stečajnog postupka da se obezbedi zajedničko i srazmerno namirenje poverilaca stečajnog dužnika; to može da se postigne bilo reorganizacijom i sanacijom stečajnog dužnika, bilo njegovim bankrotstvom. Drugi cilj stečajnog postupka je ekonomska zaštita društvenih interesa koji su ugrožene neracionalnim poslovanjem privredne organizacije koja ne može da izvršava privredne i društvene obaveze. Stečajem se uklanja iz privrednog života nesposobni subjekt kako bi se tim putem sprečilo da i dalje nanosi štetu drugim licima sa kojim stupa u poslovne odnose.

Stečaj obezbeđuje ravnomernost namirenja poverilaca i time štiti poverioce jednog od drugog. On štiti poverioce od dužnika koji je postao insolventan, štiti dužnika od poverilaca koji nastoje da po svaku cenu namire svoja potraživanja. Stečaj je samo nužno zlo, a ne i cilj kojem se teži. U stečaju svi gube: dužnik, poverioci i društvena zajednica. Ipak se sa tim mora računati, u uslovima tržišne privrede i samostalnosti privrednih subjekata. Tržišna privreda pretpostavlja da postoji finansijska disciplina i da se uredno ispunjavaju dospеле novčane obaveze. U protivnom, neće biti normalnog funkcionisanja cirkulacije roba, usluga i novca; ugrožava se sigurnost učesnika u pravnom i privrednom prometu. Zato privredne subjekte koji nisu sposobni da izvršavaju svoje obaveze treba sanirati

ili ih sasvim isključiti iz tog prometa. To se čini u stečajnom postupku. S druge strane, stečaj može da bude i koristan i za stečajnog dužnika, jer mu se daje poslednja prilika da se u toku stečajnog postupka reorganizuje i sanira, na osnovu usvojenog stečajnog plana (načelo sanacije).

Vrlo važan cilj stečajnog postupka jeste da se time doprinosi pravnoj sigurnosti subjekata privrednog prometa.

## NAČELA

Pravne i druge posledice stečajnog postupka su vrlo teške. Zato se stečaj pokazuje naročitom pravnom ustanovom do koje dolazi samo izuzetno i samo pod uslovima i pretpostavkama koji su zakonom fiksirani. Iz tih preciznih i strogih pravila mogu se izvesti osnovana rukovodna načela stečaja, koja ocrtavaju svrhu, karakter i sadržaj ovog pravnog instituta.

1. *Načelo univerzalnosti.* – Načelo univerzalnosti stečajne mase je jedno od osnovnih načela stečajnog postupka. Ono se sastoji u tome što sva imovina stečajnog dužnika služi za zajedničkog i srazmerno namirenje dugova; celokupna dužnikova aktiva stavlja se na raspolaganje njegovoj pasivi. To je staro i opšteusvojeno pravilo stečajnog prava kroz koje se ostvaruje svrha stečajnog postupka: opšte ili generalno izvršenje nad imovinom stečajnog dužnika.

Prema načelu univerzalnosti, stečajnu masu sačinjava celokupna dužnikova imovina i sva njegova imovinska prava. To znači da u stečajnu masu ulaze sva dužnikova novčana sredstva, sve stvari koje čine osnovna sredstva, obrtna sredstva i sredstva zajedničke potrošnje, hartije od vrednosti, sva potraživanja i druga imovinska prava. Dužnikova lična prava ne ulaze u stečajnu masu.

Postoje određena odstupanja od načela univerzalnosti stečajne mase. To su izlučna i razlučna prava. Izlučno pravo čini individualno određene stvari, koje se iz stečajne mase izdvajaju, jer na nju dužnik nije imao pravo svojine. Radi se o stvarima drugih lica koje su se po raznim pravnim osnovama zatekle kod dužnika u momentu otvaranja stečaja. Te se stvari mogu izdvojiti iz stečajne mase podizanjem izlučne tužbe od strane nosioca prava svojine na njima. Stečajnoj masi ne pripadaju ni razlučna prava, tj. pravo zalogom obezbeđenih poverilaca na odvojeno namirenje iz određenih stvari odnosno sredstva dužnika. Izlučno i razlučno pravo ostaju na snazi i kad se proda dužnik kao pravno lice ako su postojali u momentu otvaranja stečajnog postupka.

Klasično stečajno pravo je davno postavilo pravilo da u stečajnu masu ulazi dužnikova pokretna imovina ma gde se ona nalazila: u zemlji ili u inostranstvu. Od nepokretne imovine ulazi u stečajnu masu onaj njen deo koji se nalazi u zemlji gde dužnik ima svoje državljanstvo. To znači da se dejstvo stečaja prostorno

proteže samo na teritoriji države kojoj pripada stečajni dužnik, jer se na nepokretnu imovinu primenjuje pravilo teritorijaliteta (*lex rei sitae*). Sve ovo samo pod pretpostavkom da zakonom ili međudržavnim ugovorom nije drukčije određeno.

Izuzimanjem pojedinih delova dužnikove imovine iz stečajne mase, ta se masa znatno smanjuje. No, isto onako kako se iz stečajne mase izuzimaju pojedini delovi dužnikove imovine, tako se u tu masu unosi sva imovina koja se ostvari u naknadnim parnicama. Stečajna masa se uvećava i unošenjem u nju sredstva dobivenih pobijanjem pravnih radnji koje je stečajni dužnik preduzeo u poslednjoj godini pre otvaranja stečaja.

2. *Načelo ravnopravnosti poverilaca* (*par conditio creditorum*). U stečaju su poverioci jednaki i oni se ravnomerno namiruju iz stečajne mase. To je posledica težnje da se obezbedi »pravičnost« u raspodeli dužnikove imovine koja nije dovoljna za namirenje svih njegovih dugova. Ravnopravnost poverilaca se ogleda u materijalno-pravnom i u procesno pravnom smislu. U materijalno-pravnom smislu poverioci u stečaju ne mogu sebi da obezbede prioritet isplate, već svoja potraživanja prijavljuju stečajnoj masi i naplaćuju ih tek kad dođu na red za to. Time se ostvaruje svrha stečajnog postupka i štite se interesi svih poverilaca. Samo što je ta jednakost poverilaca relativnog karaktera; ona postoji samo u okviru određenih grupa ili kategorija poverilaca, a ne u odnosu na sve in universum. Ovo stoga što u stečaju postoje grupe prioriternih potraživanja. Tu se razlučena potraživanja isplaćuju privilegovano mimo načela ravnopravnosti poverilaca.

Procesno pravna jednakost poverilaca sastoji se u njegovom jednakom procesnom položaju. Ta se jednakost ogleda u više sadržaja: obavezno je oglašavanje pokretanja stečajnog postupka, čime se to javno saopštava svim zainteresovanim licima i omogućava se svakom poveriocu da prijavi svoja potraživanja prema stečajnom dužniku. Jednakost poverilaca je, dalje, u tome što se mora održati ročište za ispitivanje i utvrđivanje prijavljenih potraživanja i što je stečajni upravnik obavezan da se izjasni o svakom prijavljenom potraživanju. Ukoliko neko potraživanje bude osporeno na tom ročištu, poverilac se upućuje na parnicu za njegovo utvrđivanje, s tim što se u stečajnoj masi rezerviške odgovarajući iznos sredstava za slučaj naknadnog izmirenja tih poverilaca.

3. *Načelo ograničenja prava dužnika*. – Otvaranjem stečajnog postupka dužniku se oduzima pravo upravljanja i raspolaganja njegovom imovinom. Dužnik zadržava na toj imovini samo golo pravo svojine, ali ne može da vrši bilo kakva svojinska ovlašćenja. Ta se imovina predaje na upravljanje stečajnom upravniku. Stečajni upravnik to čini kao organ stečajnog postupka i za svoj rad odgovara samo stečajnom sudu. Na taj način su dužnikova prava u svemu prenesena na organe stečajnog postupka. Stečajnom dužniku se ograničava pravna i poslovna sposobnost. To se čini sa ciljem da se privede kraju njegovo daljnje



poslovanje i postojanje. Organizacije u stečaju može da obavlja samo tekuće i već započete poslove, a ne može vršiti nikakvo proširenje svog poslovanja.

Ograničavanje poslovne sposobnosti stečajnog dužnika znači ograničenje njegovog prava raspolaganja sredstvima. To je staro pravilo klasičnog stečajnog prava, prema kojem se stečajnom dužniku ne samo ograničava već i oduzima pravo raspolaganja imovinom.

U stečaju se ne oduzima imovina; menja se samo način upravljanja sredstvima, jer umesto vlasničkog upravljanja dolazi upravljanje od strane stečajnog upravnika, pod nadzorom suda i organa stečajnog postupka. Ograničenje poslovne sposobnosti stečajnog dužnika povlači za sobom i ograničenje njegove parnične sposobnosti. Sve procesne radnje u ime dužnika preduzima stečajni upravnik. Otvaranjem stečajnog postupka dužnik za čitavo vreme njegovog trajanja zadržava, dakle, pravnu i stranačku sposobnost.

4. *Načelo unovčenja.* – Osnovna je svrha stečajnog postupka opšte ili generalno izvršenje nad imovinom dužnika u stečaju, kako bi se iz nje zajedni i srazmerno namirila potraživanja poverilaca, Da bi se to što lakše i bolje postiglo vrši se unovčenje imovine dužnika u stečaju, pa se i potraživanja poverilaca izražavaju u novcu, dok se deoba in natura vrši samo izuzetno. To ima svoje dobre i loše strane. Dobre strane načela unovčenja imovine stečajnog dužnika su u tome što se nakon izvršenog unovčenja može lakše izvršiti deoba imovine iz stečajne mase. Loše strane ovog načela su u tome što se, zbog naročitog položaja u kojem se nalazi dužnik i težnje izazvane načelom ekonomičnosti postupka, teži što bržem okončanju postupka, pa se imovina unovčuje pod znatno nepovoljnijim uslovima od onih koji postoje u toku redovnog poslovanja i zaključivanja kupoprodajnih ugovora između privrednih organizacija.

5. *Načelo dispozitivnosti.* – Stečajni postupak se pokreće samo na predlog ovlašćenih lica. On se u pravilu ne pokreće po službenoj dužnosti (*ex officio*). Načelo dispozitivnosti se ogleda i u pravu predlagača da povuče predlog za otvaranje stečaja. On to može da učini sve do momenta isticanja oglasa o otvaranju stečaja na oglasnoj tabli suda. Za to mu nije potrebna ničija saglasnost. Odstupanje od načela dispozitivnosti postoji utoliko što u određenim slučajevima nadležni organ je *ex officio* dužan da stavi predlog za pokretanje stečajnog postupka.

6. *Načelo koncentracije.* – Stečajni postupak je postupak stroge koncentracije procesnih radnji u rukama organa tog postupka. U stečajnom postupku važi načelo imperativnosti i prekluzivnosti. U tome postupku se isključuje svaki oblik dispozicije stečajnog dužnika, a u načelu i uticaj drugih lica. To znači da je u stečajnom postupku isključen svaki uticaj volje stranaka. To ovom postupku daje karakter glavne sudske intervencije. Sud je vezan u postupku samo zakonom. On ostvaruje svoje funkcije u stečaju posredstvom organa stečajnog postupka. Svaki od ovih organa ima utvrđene funkcije i zakonom predviđena prava i dužnosti.

Stečajni postupak odvija se kroz dva svoja stadijuma. To su prethodni postupak ili postupak otvaranja i glavni postupak ili postupak sprovođenja stečaja. Stadijum glavnog postupka obuhvata nekoliko podfaza: objavljivanje oglasa o otvaranju stečaja i njegove pravne posledice; prijavljivanja i ispitivanja potraživanja poverilaca; unovčenje imovine dužnika; namirenje poverilaca; zaključenje stečajnog postupka.

7. *Načelo autonomije poverilaca.* – Poverioci se u stečajnom postupku pojavljuju u dvostrukoj ulozi. Oni su stranka u tom postupku, jer se on pokreće i vodi radi zaštite njihovih interesa. Poverioci su i subjekt stečajnog postupka, pa imaju pravo da u njemu aktivno organizovano učestvuju. Radi tog se formiraju organi poverilačke autonomije. Istorijski, sve do savremenog stečajnog prava, stečajni postupak se razvijao naizmenično po načelima dispozitivnosti i oficijelnosti. Načelo dispozitivnosti veliku ulogu u stečajnom postupku daje poveriocima. Načelo oficijelnosti najveću ulogu u tom postupku daje stečajnom sudu.

Postupak koncentracije procesnih radnji u rukama stečajnog suda prethodio je postupak autonomije poverilaca. To je bio slučaj u rimskom pravu gde je bila izražena zajednica poverilaca. Nasuprot sistema autonomije poverilaca stoji sistem koncentracije sudskog upravljanja stečajnim postupkom. U tom sistemu su sve stečajno-pravne radnje upravljanja, unovčenja i deoba stečajne mase koncentrisane isključivo u rukama suda. Sistem sudskog vođenja stečajnog postupka nastao je i najpotpunije se razvio u španskom stečajnom pravu. Taj je sistem bio kod nas izražen u bivšem srbijanskom Zakoniku o stečajnom postupku iz 1861. godine. Sistem apsolutne koncentracije svih stečajnih radnji u rukama stečajnog suda bio je vremenom ublažen, pa je zamenjen kombinovanim sistemom upravljanja stečajnim postupkom. Prema tom kombinovanom sistemu, u stečaju se udružuju i saraduju sud i poverioci. U savremenom stečajnom pravu je tendencija da se poveriocima omogući veće i šire učešće u tom postupku, s obzirom na to da se postupak vodi radi zaštite njihovih interesa. Zato se predviđa učešće poverilaca u organima toga postupka. To je autonomija poverilaca, koja se funkcionalno ostvaruje negde obavezno, a negde fakultativno; negde sa širim, a negde sa užim ovlašćenjima. Organi poverilačke autonomije su poverilački odbor i skupština ili zbor poverilaca.

8. *Načelo dvostepenosti postupka.* – U stečajnom postupku mogu se koristiti dva redovna pravna leka. *Prvo*, to je žalba protiv rešenja, za koju važe pravila Zakona o parničnom postupku; *drugo*, to je prigovor protiv zaključka. O žalbi odlučuje drugostepeni sud, prema pravilima Zakona o parničnom postupku. U stečajnom postupku nije dopuštena revizija, pa se pravosnažne odluke mogu pobijati samo zahtevom za zaštitu zakonitosti. Ukoliko stranka bude upućena na parnicu (načelo atrakcije), u parničnom postupku važe pravila opšteg pravnog režima o redovnim i vanrednim pravnim lekovima.

9. *Načelo atrakcije.* – Načelo atrakcije (*forum attractiones*) sastoji se u tome što onaj sud koji sprovodi stečajni postupak privlači u svoju nadležnost sve druge postupke koji se pojave i koji stoje u neposrednoj vezi sa stečajnim postupkom. Ovaj stečajni sud privlači u svoju nadležnost rešavanje i onih sporova za koje on inače stvarno i mesno nije nadležan. Do toga dolazi zbog povezanosti postupaka, pa se iz razloga procesne ekonomije koncentrišu u nadležnost stečajnog suda svi sporovi koji proizilaze iz stečajnog postupka.

*Forum attractiones* nalazi primenu u stečajnom postupku kad se na ročištu za utvrđivanje prijavljenih potraživanja ospori potraživanje nekog poverioca. Osporavanje potraživanja mogu da izvrše stečajni upravnik ili neki od poverilaca. U tom slučaju stečajni sudija upućuje poverioca čije je potraživanje osporeno na parnicu radi utvrđivanja tražbine. Za te sporove je mesno i stvarno nadležan isti stečajni sud. To se odnosi na sve sudske i arbitražne sporove, uključujući i radne sporove (P.I-48/95).

Načelo atrakcije nadležnosti ne odnose se na upravne postupke, jer je ona određena samo za sudsku nadležnost. Zato pokretanje stečajnog postupka ništa ne menja u nadležnosti upravnih organa u vezi sa tim postupkom.

10. *Načelo ekonomičnosti postupka.* – Načelo ekonomičnosti je zakonom određeno radi postizanja tri osnovna cilja: da se omogući ostvarivanje najveće moguće vrednosti imovine stečajnog dužnika; da se omogući najveći mogući stepen namirenja poverilaca; da se postigne što kraće trajanje stečajnog postupka i da to bude sa što manje troškova. Sadržaj načela ekonomičnosti stečajnog postupka sastoji se iz nekoliko komponenata. To načelo ima namenu ekonomičnosti postupka, jer se tim putem postiže brzina, efikasnost i racionalnost postupka, s obzirom da se sve stečajne radnje koncentrišu u nadležnost istog stečajnog suda.

U stečajnom postupku odluke se mogu donositi i bez usmene rasprave. Sud utvrđuje po službenoj dužnosti činjenice koje su od značaja za vođenje stečajnog postupka.

Načelo ekonomičnosti stečajnog postupka naročito se iskazuje u odnosu neposredno na stečajnu masu, a ona je centralna tačka povezivanja svih stečajnih radnji u tom postupku. U tom smislu, stečajni upravnik je dužan da se profesionalno, brižno i efikasno stara o sakupljanju celokupne imovine stečajnog dužnika, svih stvari, prava, potraživanja, uloga u privredna društva, da se to unese u stečajnu masu, da se masa zaštiti u svakom pogledu, da njome uspešno upravlja, da se što bolje unovči u postupku bankrotstva stečajnog dužnika.

Načelo ekonomičnosti je tesno povezano sa načelom sanacije, koja se ostvaruje reorganizacijom stečajnog dužnika, ako postoje uslovi i pretpostavke za to.

11. *Načelo hitnosti.* – Stečajni postupak je hitan. Načelo hitnosti postupka obavezuje stečajni sud da bude efikasan, da bez odlaganja zakazuje ročišta, da

brzo donosi rešenja i druge odluke. Zato je strog režim rokova za preduzimanje pojedinih radnji u postupku (prekluzivni rokovi).

U stečajnom postupku nema mesta razvlačenju postupka. U tom postupku se ne može zahtevati povraćaj u predašnje stanje, niti za ponavljanje postupka, kao niti revizija. Svi predlozi, izjave i prigovori mogu se podnositi samo u predviđenim rokovima. Oni se ne mogu davati ili podnositi ako se rok propusti, odnosno ako se izostane sa ročišta na kojem ih je bilo moguće dati, odnosno podneti. Svi rokovi u stečajnom postupku su kratki.

12. *Načelo legaliteta.* – Stečajni postupak je sudski postupak. Sprovodi ga isključivo sud, a sve se procesne radnje odvijaju prema imperativnim zakonskim pravilima. Po otvaranju, stečajni postupak sud sprovodi po službenoj dužnosti. Dispozicija stranaka kreće se samo u okviru njihovog opredeljenja da li će ili neće da podnesu određeni zahtev u svrhu ostvarenja nekog svog prava u postupku stečaja.

Prema načelu legaliteta, stečajni postupak se može otvoriti samo ako se utvrdi da postoji neki od zakonom predviđenih stečajnih razloga. Ukoliko se tokom tog postupka utvrdi da stečajni razlog više ne postoji, sud će zaključiti stečajni postupak

13. *Načelo sanacije.* – Načelo sanacije je jedno od najvažnijih načela stečajnog postupka, pa njegovog razvrstavanje na ovom mestu u našem tekstu ima sasvim drugo značenje. To je učinjeno na ovom mestu zbog smeštaja sanacione materije u drugom – završnom delu Zakona o stečaju, nakon instituta predstavljenih kroz prethodna načela stečajnog postupka.

Svi faktori koji učestvuju u stečajnom postupku su izuzetno i stvarno zainteresovani za sanaciju stečajnog dužnika. Jer, u stečaju svi gube. Dužniku je sanacija poslednja i jedina prilika da opstane kao privredni subjekt. Ukoliko sanacija ne bude preuzeta ili ne uspe, njemu predstoji prestanak postojanja, brisanjem iz registra. Dužnik pojedinac ostaje bez imovine i bez mogućnosti da se bavi vršenjem te privredne delatnosti. Poveriocima je sanacija njihovog dužnika povoljnija no njegovo ukidanje, odnosno imovinsko uništenje, jer im se njegovim ozdravljenjem stvaraju veće mogućnosti za namirenje potraživanja, no što bi to ostvarili deobom stečajne mase. Vlasnicima stečajnog dužnika, kao ulagačima kapitala, je svakako najveći interes da ta organizacija opstane, obnovi se i donosi im dobit. Radnicima i drugim zaposlenim licima najviše odgovara sanacija i opstanak organizacije u kojoj rade i od koje žive. To je socijalni faktor, koji u savremenim uslovima ima izuzetno veliki značaj. Šira društvena zajednica, kao predstavnik opšteg interesa, stečajem privrednog subjekta gubi izvor svojih prihoda, a nameću joj se i socijalni problemi zbog položaja radnika iz nastalih stečajnih dužnika.

Zbog nepovoljnih ekonomskih, socijalnih i pravnih posledica stečaja, pažnja zainteresovanih subjekata prvenstveno mora da bude usmerena na otklanjanje uzroka stečaja i na sanaciju insolventnog privrednog subjekta. Zato je sanacija stečajnog dužnika podignuta na nivo načela stečajnog postupka.

Ostvarivanje načela sanacije stečajnog dužnika prilagođena je i procedura stečajnog postupka. Sanacija se može preduzeti i u toku stečajnog postupka, donošenjem stečajnog plana dužnikove reorganizacije. Ukoliko do toga dođe stečajni postupak se obustavlja.

Problem je stanje koje je dovelo do stečaja i u kojem se nalazi dužnik. Stečajni postupak je samo način kako da se pravno razreši to stanje, sanacijom ili bankrotstvom. Zato, savremena opredeljenost zakona primarno je za sanaciju dužnika, a tek ako to ne uspe ili je bilo nemoguće da se preduzme, za stečajnu likvidaciju. To je vidljivo iz naziva nekih novih zakona o stečaju, koji u naslovu imaju oznaku »insolventni zakon«. Taj naziv odgovara predmetu njihovog regulisanja, a to je problem insolventnosti dužnika, koji obuhvata i sanaciju i stečaj. Dakle, sanacioni postupak kroz stečajni postupak. To je uslovljeno ekonomskim razlozima (proizvodnja, promet, usluge, potrošnja) i socijalnom nužnošću (zaposlenost).

Iz rečenoga je vidljivo da sanacija dužnika ima funkcionalnu prednost u odnosu na stečaj (bankrotstvo). U tom smislu, poverioci, kao najzainteresovaniji subjekti stečajnog postupka, putem svoje skupštine, donose odluku da li će se stečajni postupak sprovesti u cilju sanacije i nastavka rada i reorganizacije stečajnog dužnika ili će taj postupak voditi bankrotstvu, prestanku rada i prodaji imovine stečajnog dužnika.

14. *Načelo javnosti i informisanosti.* – Stečajni postupak je javan pa svi učesnici u tom postupku imaju pravo na blagovremeni uvid u podatke koji su vezani za sprovođenje postupka. Od toga su izuzeti samo podaci koji predstavljaju poslovnu ili službenu tajnu, o čemu odlučuje stečajni sudija. Prema načelu javnosti svi oglasi, rešenja i drugi akti koji se javno objavljuju dostavljaju se registru privrednih subjekata radi objavljivanja na svojoj internet stranici ili na drugi odgovarajući način (čl. 20. ZOS).

## VRSTE

U pravnoj nauci se stečaj i stečajni postupak razvrstavaju na građanski i trgovački (privredni) stečaj; opšti i posebni stečajni postupak; primarni (glavni) i sekundarni (sporedni), međunarodni stečajni postupak. Ovakvo razvrstavanje stečaja i stečajnih postupaka se vrši prema subjektivnom kriterijumu, s obzirom na to ko može da bude stavljen pod stečaj. Moglo bi se govoriti i o kombinova-

nom stečajnom postupku, ako se izdvoji stečaj preduzetnika i drugih fizičkih lica. Ovo stoga što je preduzetnik fizičko lice, pa mu je mesto u grupi građanskih stečaja, ali je i on privredni subjekat koji podleže pravilima trgovačkog (privrednog) stečaja. Takvim tretmanom preduzetnika u stečaju, on ulazi u kategoriju opšteg stečajnog postupka, ali se i na njega primenjuju i određena posebna pravila stečajnog postupka. Slično bi trebalo postupiti i sa lično odgovornim članovima privrednih društava.

1. *Gradanski stečaj.* – Gradanski ili civilni stečaj je koncepcija univerzalnog ili opšteg stečaja, jer obuhvata sva lica kao građansko-pravne i trgovačko-pravne subjekte, a to znači sva fizička i pravna lica. Ta se koncepcija stečajnog prava razvila u germanskom i anglosaksonskom zakonodasvstvu i nauci stečajnog prava. Nju je bilo prihvatilo i naše ranije stečajno pravo, na osnovama prvog jugoslovenskog Stečajnog zakona iz 1929. godine.

Koncepcija građanskog ili civilnog stečaja zasniva se na apsolutnoj obavezi svakog lica da mora izvršavati sve svoje imovinske obaveze. Jer, polazi se od stvarnosti ili od fikcije da svako lice ima neku imovinu, kao pretpostavku i uslov njegove egzistencije. Na osnovu te imovine stupa se u imovinsko-pravne odnose, iz kojih se stiču odgovarajuća prava i obaveze. Obaveze podrazumevaju dužnost njihovog izvršavanja, pa ako to nije moguće zbog nedostatka sredstava za to, tom licu preči stečaj, kao oblik i način generalnog prinudnog izvršenja nad njegovom celokupnom imovinom. Sa tim treba da svako računa i da se prema tome poslovno ponaša.

Stečajni zakoni prave više različitih ograničenja i odstupanja od pravila da sva lica mogu da budu stavljena pod stečaj.

Postoje apsolutna i relativna izuzeća javnopravnih subjekata od mogućnosti stavljanja pod stečaj. Apsolutno su izuzeti od mogućnosti stavljanja pod stečaj država i niže državne teritorijalne zajednice (pokrajine, opštine), državni javni fondovi, upravni organi i organizacije, javne ustanove, iako i oni stupaju u imovinsko-pravne odnose sa trećim licima. Relativno su izuzete od mogućnosti stavljanja pod stečaj privredne organizacije čija je osnovna delatnost proizvodnja predmeta naoružanja i vojne opreme, kao i pružanja usluga vojsci. Za otvaranje stečajnog postupka nad tim dužnicima potrebna je saglasnost nadležnog državnog organa. Za obaveze ovih organizacija solidarno sa njima odgovaraju njihovi osnivači, odnosno članovi.

2. *Trgovački ili privredni stečaj.* – Trgovački ili privredni stečaj je ograničenog obima subjekata kao stečajnih dužnika, jer obuhvata samo pravna i fizička lica koja se profesionalno u vidu stalnog zanimanja bave vršenjem određene privredne delatnosti. Ta se koncepcija stečaja razvila u francuskom stečajnom pravu. Nju je prihvatilo i naše savremeno stečajno zakonodavstvo,

počev od njegove obnove u Zakonu o prinudnom poravnanju i stečaju iz 1965. godine.

Trgovački ili privredni stečaj obuhvata subjekte privrednog prava, a to su: privredna društva, preduzetnici, i sve druge privredne organizacije. Fizička lica su izuzeta od mogućnosti stavljanja pod stečaj u slučaju njihove lične platežne sposobnosti. Prinudno izvršenje se sprovodi prema njima samo u okviru i prema normama u pojedinačnom izvršnom postupku i prema pravilima Zakona o izvršnom postupku.

3. *Posebni stečajni postupci.* – Druga podela stečaja je na opšti i posebni stečajni postupak. Opšti stečajni postupak se pokreće i sprovodi prema odredbama zakona o stečaju i obuhvata sve pasivno legitimisane subjekte tog postupka. Posebni stečajni postupak se pokreće prema posebnim propisima, ali se sprovodi i prema opštim stečajnim pravilima. Posebni stečajni postupak se pokreće prema bankama i osiguravajućim društvima. Taj je postupak regulisan u Zakonu o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje (*lex specialis*) iz 2005. godine. Prema tom zakonu (član 9) na stečajni postupak banaka i društava za osiguranje primenjuju se odredbe zakona kojima se uređuje stečaj privrednih društava (*lex generalis*). Od te primene su izuzete odredbe o prethodnom stečajnom postupku, o skupštini poverilaca, o stečajnom upravniku, o reorganizaciji stečajnog dužnika (član 19). Te su razlike uslovljene specifičnostima pravnog položaja ovih finansijskih organizacija. U odnosu na ta privredna društva veliku ulogu ima Narodna banka kao nosilac monetarne vlasti. Ona odobrava osnivanje banaka i društava za osiguranje, vrši nadzor i kontrolu i druga upravna ovlašćenja nad njima. U tom smislu, Narodna banka je ovlašćena da zabrani rad poslovne banke ili društva za osiguranje, da utvrdi postojanje stečajnog razloga i da stavi predlog sudu za otvaranje stečajnog postupka. U odnosu na te organizacije, takođe, važnu u ulogu ima Agencija za osiguranje depozita (štedni ulozi) fizičkih lica. Za tu svrhu se obrazuje posebni fond za osiguranje depozita.

Što se tiče preduzetnika, prethodni Zakon o stečajnom postupku je bio odredio da je preduzetnik stečajni dužnik (član 33), pa su se i na njega odnosile odredbe o stečaju pravnih lica, sa određenim specifičnim razlikama (npr. Lična uprava). Sadašnji Zakon o stečaju (član 1) propisuje da se tim zakonom uređuju »uslovi i način pokretanja i sprovođenja stečaja nad pravnim licima«.

Preduzetnici kao fizička lica koja se bave registrovanom privrednom delatnošću se i ne pominju u novom zakonu. To bi moglo da se shvati na dva načina: prva bi mogućnost bila da se oni izjednačavaju sa privrednim subjektima sa svojstvom pravnog lica (privredna društva) i da se u svemu i na njih primenjuju odredbe Zakona o stečaju. Druga, verovatnija mogućnost bi bila da će se stečajni postupak nad preduzetnicima regulisati posebnim zakonom ili da bi to moglo da bude prihvatanjem i uvođenjem građanskog stečaja za sve subjekte imovinskog

prava, pa time i za preduzetnike u njemu. To bi podrazumevalo donošenje novog zakona o stečaju, koji bi na jedinstven i celovit način obuhvatio sve subjekte imovinskopravnih odnosa.

4. *Primarni i sekundarni stečajni postupak.* – To su stečajni postupci u međunarodnom stečajnom pravu. Oni se definišu kao glavni i kao sporedni stečajni postupak. Glavni ili primarni strani stečajni postupak jeste postupak koji se vodi u državi u kojoj je središte glavnih interesa stečajnog dužnika. Sporedni ili sekundarni strani stečajni postupak jeste postupak koji se vodi u državi u kojoj je središte poslovanja stečajnog dužnika. Specifičnost toga postupka je u stečajnim razlozima, u nekim pravnim posledicama stečajnog postupka, u isplatnim redovima za deobu stečajne mase. Za osiguravajuća društva specifičnost je da se kod ličnog osiguranja formira odbor osiguranika života; nešto su drukčiji stečajni razlozi, pravne posledice otvaranja stečajnog postupka, isplatni redovi za deobu stečajne mase.

Mihailo Velimirović, LL.D.,  
Professor, Belgrade

## NEW BANKRUPTCY LEGISLATION

### Summary

The author reviews contemporary legislative solutions and principles in the matter of directions of the bankruptcy proceedings. These directions include the bankruptcy and the reorganization of the debtor involved in bankruptcy. He defines in his paper the relevant concepts in these particular matters as well as the relevant purpose of the bankruptcy proceedings, especially from the point of view of interest of the subjects involved, i.e. creditors, debtor, owners of the capital concerned, the employees, to social community.

The author elaborates the system and structure of the bankruptcy proceedings, including the substance of its principles: the principle of universality of the bankruptcy estate, the principle of equality of creditors (*par condition creditorum*), the principle of restriction of debtor's rights, the principle of converting into cash of the bankruptcy estate, the principle of strict formality of bankruptcy motions at the court conducting the proceedings, the principle of autonomy of creditors of the bankruptcy debtor, the two-instance proceedings principle, the principle of attraction (*forum attractionis*), the principle of low-cost proceedings, the principle of urgency of procedure, the legality principle, the principle of bailout by applying the reorganization method, the principle of transparency and information availability.



## PREBIJANJE POTRAŽIVANJA U STEČAJNOM POSTUPKU

### U V O D

U stečajnom postupku svim poveriocima obezbeđuje se jednak tretman i ravnopravan položaj (čl. 4. Zakona o stečaju).<sup>1</sup> Shodno načelu *per conditio creditorum* svi poverioci se ravnomerno namiruju u kolektivnom postupku iz stečajne mase i to tako što svoja potraživanja prijavljuju sudu i naplaćuju ih tek kada za to dođu na red. Na ovaj način se ostvaruje zaštita interesa svih poverilaca, obezbeđuje pravičnost u raspodeli dužnikove imovine koja nije dovoljna za namirenje svih njegovih dugova.<sup>2</sup>

Napred navedeno pravilo o ravnomernom namirenju poverilaca je relativnog karaktera. Ono se primenjuje na stečajne poverioce (neprivilegovani, odnosno neobezbeđeni poverioci),<sup>3</sup> a ne na poverioce stečajnog dužnika (ili privilegovane poverioce), koji imaju pravo na odvojeno i, po pravilu, potpuno namirenje svojih potraživanja. U ovu grupu spada nekoliko kategorija poverilaca. Prvu čine poverioci stečajne mase čija su potraživanja nastala nakon otvaranja stečajnog postupka,<sup>4</sup> u vezi sa prikupljanjem, očuvanjem i unovčenjem stečajne mase.<sup>5</sup>

---

Dr Miodrag Mićović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

<sup>1</sup> Službeni glasnik RS, br. 104/09.

<sup>2</sup> Velimirović, M., Stečajno pravo, Novi Sad, 2004, str. 13.

<sup>3</sup> Potraživanja neprivilogovanih poverilaca nisu obezbeđena, a nastala su pre otvaranja stečajnog postupka.

<sup>4</sup> To su tzv. poverioci iz stečaja. O tome: Mitrović, V., Stečajno pravo sa osvrtom na srpsko zakonodavstvo, Beograd, 1926, str. 119.

<sup>5</sup> O ovome: Spasić, S., Utvrđivanje potraživanja u stečajnom postupku, Pravo i privreda, br. 5–8/05, str. 1034.

Drugu grupu čine izlučni i razlučni poverioci.<sup>6</sup> Treću grupu čine tzv. kompenzacioni poverioci čija se potraživanja prebijaju u stečajnom postupku sa protivpotraživanjem dužnika.<sup>7</sup> Prebijanje je surogat ispunjenja obaveza s punim pravnim dejstvom kao da je izvršena isplata oba potraživanja koja su međusobo prebijena.<sup>8</sup>

Kompenzacijom se nastoji da se kroz izbegavanje dvostrukog plaćanja pojednostavi postupak ispunjenja uzajamnih obligacija. Osim toga, u teoriji se ističe da kompenzaciju u stečaju opravdavaju i razlozi pravičnosti. Jer, bilo bi nepravilno i necelishodno da se od poverilaca zahteva ispunjenje obaveza prema stečajnom dužniku, dok se procenat namirenja njihovog potraživanja od istog stečajnog dužnika umanjuje prema uslovima glavne deobe stečajne mase.<sup>9</sup> Dakle, kompenzacijom se obezbeđuje jednakost lica među kojima postoje uzajamna potraživanja, jer isključuje rizik eventualne insolventnosti jednoga od njih, tj. onemogućuje da onaj koji isplati svoj dug drugome, ne uspe da podmiri svoje potraživanje koje ima prema njemu.<sup>10</sup>

Po obimi kompenzacija može da bude potpuna ili delimična. Do potpune kompenzacije dolazi kada su uzajamna potraživanja jednaka po visini, u kom slučaju se gase u potpunosti. Delimična kompenzacija postoji kada su potraživanja nejednake vrednosti, kada se manje od njih gasi, a veće smanjuje za iznos manjeg. Iznos potraživanja koji prevazilazi prebijenu vrednost prijavljuje se u stečajnu masu radi konkurisanja za namirenje sa ostalim poveriocima.

Kompenzacija (može da nastane na osnovu zakona, sudske odluke ili na osnovu sporazuma lica među kojima postoje uzajamna potraživanja) u stečajnom postupku, ako je dopuštena, vrši se po sili zakonske norme (zakonska kompenzacija), bez potrebe da se zahteva saglasnost druge strane.

Pri tome, zavisno od sistema koji je prihvaćen, do kompenzacije dolazi automatski, bez potrebe da se u tom pogledu daje bilo kakva izjava volje,<sup>11</sup> ili uz iz-

---

<sup>6</sup> Izlučni poverioci su lica koja mogu da traže izdvajanje (izlučenje) iz stečajne mase stvari koje ne pripadaju stečajnom dužniku, a razlučni poverioci su lica koja mogu prvenstveno da se na plate iz određenih stvari stečajnog dužnika. O tome: Mićović, M., *Izlučna i razlučna prava*, Pravo i privreda, br. 9 – 10/95, str. 62–69.

<sup>7</sup> Radi se o jednoj od najznačajnijih obligacionopravnih posledica otvaranja stečaja čije se dejstvo prostire u sadašnjosti, ali i u budućnosti. O tome: Jovanović, V., *Stečaj organizacija udruženog rada prema Zakonu o sanaciji i prestanku organizacija udruženog rada*, Pravni život, br. 4/81, str. 33.

<sup>8</sup> Šurlan, P., Biro, Z., *Zakon o prinudnom poravnanju i stečaju*, Beograd, 1970, str. 114.

<sup>9</sup> Jovanović-Zattila, M., *Poverioci u stečaju*, Beograd, 2003, doktorska teza, str. 89.

<sup>10</sup> Komentar Zakona o obligacionim odnosima, redaktori: Slobodan Perović i Dragoljub Stojanović, Kragujevac–Gornji Milanovac, 1980, knj. I, str. 866.

<sup>11</sup> Ripert, G., Roblot, R., *Traité de droit commercial*, Paris, t. 2, 1996, str. 1061.

javu volje, koja za ostvarenje prava na kompenzaciju ima konstitutivno ili deklarativno dejstvo.<sup>12</sup>

S obzirom da se pravom prebijanja narušava stečajno načelo ravnopravnosti poverilaca, zakonodavac je definisao uslove pod kojima se može vršiti prebijanje, kao i slučajeve kada prebijanje nije dopušteno. Inače, o kompenzaciji u stečaju postoje različita rešenja u pojedinim zakonodavstvima, kako u pogledu pitanja da li prebijanju potraživanja ima mesta u stečaju, tako i u pogledu usvojenih pravila o kompenzaciji u stečaju. Primetno je i da su u našim propisima o stečaju usvajana različita rešenja povodom priznanja prava na prebijanje; da se važeća pravila u značajnoj meri sadržinski razlikuju u odnosu na ona kojima je to pravo ranije regulisano. Različiti koncepti, uslovi i ograničenja prava na prebijanje potraživanja u stečaju biće predmet dalje analize u ovom članku.

## RAZLIČITI KONCEPTI POVODOM KOMPENZACIJE U STEČAJU

Povodom kompenzacionih poverilaca i prava na prebijanje, u različitim zakonodavstvima, primenjuju se tri različita rešenja. Prema jednom, u stečajnom postupku međusobna potraživanja stečajnog dužnika i njegovih poverilaca ne mogu da se kompenzuju, odnosno da se prebiju. To rešenje je bilo prihvaćeno u našem ranijem Zakonu o stečajnom postupku (»Sl. glasnik RS«, br. 84/04, 85/05).<sup>13</sup> Prema drugom, kompenzacija je dopuštena ako prebijanju ima mesta prema opštim pravnim pravilima, kao i odredbama stečajnog prava o primeni kompenzacije u stečaju. Ovo rešenje susrećemo u našim propisima o stečaju sve do 2004. godine, u Republici Hrvatskoj i Republici Srpskoj, u austrijskom i nemačkom stečajnom pravu.<sup>14</sup> Shodno ovom rešenju, kompenzacioni poverilac će biti svrstan u odgovarajući ispladni red samo ako suprotna tražbina dužnika protiv njega ostane bez dejstva ili ako, po učinjenoj kompenzaciji, preostane neki deo

---

<sup>12</sup> O tome: nav. komentar, str. 871; Velimirović, M., nav. delo, str. 93.

<sup>13</sup> U sudskoj praksi je bio zauzet stav prema kome nema mesta kompenzaciji međusobnih potraživanja po sili zakona, zbog čega je svaki poverilac, uključujući i onoga prema kome stečajni dužnik ima potraživanje, dužan da svoje potraživanje prijavi i ostvari u stečajnom postupku (Rešenje Višeg trgovinskog suda, Iž. 4021/09 od 13. oktobra 2009. godine, Pravna praksa, br. 12/09, str. 66). Izuzetno, kompenzacija je bila dopuštena tek kada se u glavnoj deobi utvrdi u kom iznosu se poverilac može naplatiti od stečajnog dužnika i to samo za tako ograničeni iznos (Pravno shvatanje utvrđeno na sednici Odeljenja za privredne sporove trgovinskog suda u Beogradu, Pravna praksa, br. 7–8/07, str. 68).

<sup>14</sup> Mitrović, V., nav. delo, str. 115.

poveriočeve tražbine (slučaj kada uzajamna potraživanja nisu iste vrednosti). Prema trećem, ako na dan otvaranja stečajnog postupka nisu ispunjeni uslovi za kompenzaciju, koji su određeni opštim pravnim pravilima (potraživanja uzajamna, jednorodna, dospela i utuživa),<sup>15</sup> kompenzacija u stečaju nije dopuštena. Opravdanje za ovaj stav nalazi se u činjenici da kompenzacija omogućava jednom poveriocu da naplati svoje potraživanje u celosti i odmah, dok se drugi poverioci namiruju delimično i u nekom kasnijem momentu. Time se narušava načelo ravnopravnosti poverilaca.<sup>16</sup> Osim toga, usled stečaja sva potraživanja od prezaduženog prestaju *ipso jure* da budu likvidna i naplativa, s obzirom da poverilac ima pravo samo na srazmernu isplatu čija se veličina nezna sve do kraja stečajnog postupka.<sup>17</sup> Ovo rešenje, koje je prihvaćeno u Francuskoj,<sup>18</sup> kao i kod nas u novodonetom Zakonu o stečaju, izuzetno dozvoljava kompenzaciju u određenim slučajevima. Tako, u Francuskoj kompenzacija je dopuštena kada se radi o uzajamnim potraživanjima i dugovanjima koji proističu iz jednog istog ugovora, pa čak i ako nisu ispunjeni zakonski uslovi za kompenzaciju pre otvaranja stečajnog postupka, ili ako su potraživanja uzrokovana istim ekonomskim ciljem (na primer, kada je zbog istog cilja zaključeno više ugovora).<sup>19</sup> Kompenzacija je dopuštena i kada se radi o uzajamnim dugovanjima i potraživanjima koja proističu iz konto-kurentnih odnosa između klijenta i banke.<sup>20</sup> Takođe, kompenzacija je moguća i u slučaju međusobnih potraživanja koja proističu iz okvirnog sporazuma kod koga se kao jedna strana pojavljuje kreditna, osiguravajuća ili berzanska institucija.<sup>21</sup>

#### KOMPENZACIONI USLOVI U STEČAJNOM POSTUPKU PREMA NAŠIM RANIJIM PROPISIMA

Prema našim ranijim propisima kompenzacija u stečajnom postupku je bila dozvoljena i vršila se, pod gotovo identičnim uslovima, u periodu od 1929. godine, kada je donet Stečajni zakon za Kraljevinu Jugoslaviju, pa sve do 2004. godi-

<sup>15</sup> Velimirović, M., nav. delo, str. 92; Šurlan, P., Biro, Z., nav. delo, str. 114.

<sup>16</sup> Guyon, Y., *Droit des affaires*, Paris, 1997, str. 409.

<sup>17</sup> Mitrović, V., nav. delo, str. 116.

<sup>18</sup> Ripert, G., Roblot, R., nav. delo, str. 1062; Broly–Corre, E., *Droit des entreprises en difficulté*, Paris, 2001, str. 335; Guyon, Y., nav. delo, str. 409.

<sup>19</sup> Guyon, Y., nav. delo, str. 410.

<sup>20</sup> Ripert, G., Roblot, G., nav. delo, str. 1063.

<sup>21</sup> Isto, str. 1065.

ne, kada je donet Zakon o stečajnom postupku, koji nije sadržao pravila o kompenzaciji. U navedenom periodu kompenzacija u stečaju je regulisana i dopuštena Zakonom o prinudnom poravnanju i stečaju (»Sl. list SFRJ«, br. 15/65, 55/65), Zakonom o sanaciji i prestanku organizacija udruženog rada (»Sl. list SFRJ«, br. 41/80), Zakonom o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji (»Sl. list SFRJ«, br. 84/89, »Sl. list SRJ«, br. 37/93, 28/96). U odnosu na opšta pravna pravila o kompenzaciji, uslovi prebijanja u stečajnom postupku su bili blaži i pojednostavljeni.<sup>22</sup>

Za kompenzaciju u ovom periodu bilo je karakteristično sledeće:

1. Potraživanja koja su se na dan otvaranja stečajnog postupka mogla prebiti smatrala su se prebijenim i nisu se prijavljivala u stečajnu masu. Prebijanje potraživanja poverilaca sa protivpotraživanjem dužnika vršilo se automatski, po sili zakonske norme (zakonska, *ex lege*, kompenzacija).

2. Poverioci čija su potraživanja prebijena bili su dužni da o tome obaveste stečajnog upravnika. Obaveštenje nije imalo konstitutivno dejstvo, pa je kompenzacija bila pravno valjana i ako nije bilo dato obaveštenje, s tim što se tada odgovalo za štetu i troškove koji bi nastali zbog takvog propuštanja.<sup>23</sup>

3. Za razliku od opštih pravila obligacionog prava, stečajno pravo je dopuštalo prebijanje uzajamnih potraživanja koja nisu dospela do dana pokretanja stečajnog postupka,<sup>24</sup> kao i uzajamna potraživanja koja nisu istorodna. Razlog tome je što momentom otvaranja stečajnog postupka sva nedospela potraživanja se smatraju dospelim, a sva nenovčana potraživanja novčanim (bez pretvaranja nenovčanih u novčane tražbine ne bi bilo moguće njihovo srazmerno namirenje).<sup>25</sup>

Prebijanje nenovčanog potraživanja prema Zakonu o prinudnom poravnanju i stečaju (čl. 88. st. 3) i Zakonu o sanaciji i prestanku organizacija udruženog rada (čl. 192, st. 3) moglo se vršiti pod uslovom da se bez teškoća mogla utvrditi njegova novčana vrednost. Pre donošenja ovih zakona i posle njihovog ukidanja naše pravo nije sledilo ovo rešenje. Ovo zato što se pokazalo da je bez značaja da li su poverilac, odnosno dužnik imali teškoće prilikom određivanja novčane

---

<sup>22</sup> Šurlan, P., Biro, Z., nav. delo, str. 114; Velimirović, M., nav. delo, str. 92.

<sup>23</sup> Prema Zakonu o stečaju iz 1929. godine, zavisno od iznosa potraživanja, pravo da prizna ili ne prizna zahtev za prebijanje imali su stečajni upravnik, odbor poverilaca, odnosno stečajni sudija. Ako bi stečajni upravnik odbio zahtev, poverilac je mogao da ga istakne putem prigovora, na tužbeni zahtev upravnika da plati svoj dug stečajnoj masi, a osim toga mogao je da podigne tužbu radi utvrđenja da je njegov dug prema stečajnoj masi prebijen njegovim potraživanjem protiv iste mase. O tome: Verona, A., Zuglia, S., Stečajni zakon, Zagreb, 1930, str. 62.

<sup>24</sup> U teoriji je isticano, u slučaju kada je dug stečajnog poverioca nedospelo, da je za prebijanje potrebna saglasnost poverioca, s obzirom da se dužnik ne može prisiliti da ispuni obaveze pre dospuća. O tome: Verona, A., Zuglia, S., nav. delo, str. 63.

<sup>25</sup> Isto, str. 63.

vrednosti nenovčanog potraživanja. Jar, ako bi se osporila utvrđena vrednost, tada je stečajno veće upućivalo na parnicu radi utvrđivanja te vrednosti.<sup>26</sup>

4. U stečajnom postupku mogla su se prebiti i uslovna potraživanja. Pri tome, za razliku od isplate uslovnih potraživanja (mogla se vršiti isplata tražbina vezanih za raskidni uslov, ali ne i onih koje su vezane za odložni uslov – povodom njih moglo se tražiti samo obezbeđenje isplate),<sup>27</sup> povodom prebijanja nije se pravila razlika između tražbina vezanih za odložni i onih vezanih za raskidni uslov jer je u oba slučaja prebijanje bilo moguće. Do prebijanja je moglo doći ako ga odobri stečajno veće (rešenje prihvaćeno u čl. 105. st. 4. Zakona o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji), s tim što je stečajno veće moglo da uslovi prebijanje polaganjem obezbeđenja od strane poverioca.

U ovom slučaju radilo se o dobrovoljnoj i jednostranoj kompenzaciji, s obzirom da je zavisila od volje poverioca.<sup>28</sup> Poverilac je mogao, ali nije morao da izvrši prebijanje.

5. U cilju zaštite nepriviligovanih poverilaca od špekulativnih postupaka,<sup>29</sup> prebijanje potraživanja nije bilo dopušteno u sledećim slučajevima:<sup>30</sup>

a) Ako je potraživanje ustupljeno (cedirano) poveriocu za poslednjih šest meseci pre dana otvaranja stečajnog postupka, a poverilac je znao ili morao znati da je stečajni dužnik postao nesposoban za plaćanje ili da je protiv njega podnesen predlog za otvaranje stečajnog postupka. Dakle, za nedopuštenost prebijanja bilo je potrebno da budu kumulativno ispunjeni i objektivni uslov (cesija je izvršena u poslednjih šest meseci) i subjektivni uslov (poverilac je znao ili mogao znati za dužnikovu insolventnost).<sup>31</sup>

Izuzetno, mogla su se prebiti potraživanja, koja su cedirana u okviru roka od šest meseci pre otvaranja stečajnog postupka, ako su u vezi sa izvršenjem ne-

---

<sup>26</sup> Gabrić, G., Prestanak privrednih subjekata na tlu Jugoslavije od donošenja prvog Stečajnog zakona 1929. godine do danas, Subotica, 1987, str. 158.

<sup>27</sup> Verona, A., Zuglia, S., nav. delo, str. 62.

<sup>28</sup> Velimirović, M., nav. delo, str. 93; Gabrić, G., nav. delo, str. 159.

<sup>29</sup> Špekulacija se odvija, na primer, tako što poverilac, umesto da prijavi svoje potraživanje u stečajnu masu, ustupa ga trećem licu prema kome stečajni dužnik ima potraživanje. Treće lice prihvata cedirano potraživanje da bi ga pokrilo sa protivpotraživanjem stečajnog dužnika. Na taj način, to lice prebija svoj dug, koji bi moralo platiti u celosti, sa potraživanjem koje, s obzirom da je stečeno posle otvaranja stečaja, nema više svoju punu nominalnu vrednost.

<sup>30</sup> Pravom prebijanja nanosi se šteta stečajnoj masi, jer se poverilac, koji se koristi prebijanjem namiruje u potpunom iznosu svoje tražbine, dok ostali poverioci dobijaju samo kvotu, a može se desiti da ni nju ne dobiju, te da im tako propadnu potraživanja. Zato je zakonodavac i ograničio mogućnost prebijanja potraživanja. O tome: Gospavić, O., Stečajno pravo Kraljevine Jugoslavije, Beograd, 1930, str. 40.

<sup>31</sup> Šarić, N., Rašić, D., Komentar Zakona o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji, Beograd, 1992, str. 81.

izvršnih ugovora (potraživanja po osnovu neizvršenih dvostranoteretnih ugovora koje je stečajni upravnik prestao da izvršava)<sup>32</sup> ili ona koja su oživela uspešnim pobijanjem pravnog posla dužnika. Radi se o potraživanjima koja nisu nova i koja samo prividno nastaju posle otvaranja stečajnog postupka.

b) Potraživanje od dužnika, koje je nastalo pre dana otvaranja stečajnog postupka, nije se moglo prebiti sa potraživanjem stečajne mase koje je nastalo posle otvaranja stečaja. Ovim pravilom se uskraćivala zaštita poveriocu koji je tek posle otvaranja stečajnog postupka postao dužnik stečajne mase, jer za prebijanje nije dovoljno da se radi o međusobnim potraživanjima, već je potrebno da su ta potraživanja postojala u vreme otvaranja stečaja.<sup>33</sup> Osim toga, prebijanje nije dopušteno u ovom slučaju zato što potraživanje i protivpotraživanje predstavljaju jednaku stečajnu vrednost. Potraživanje poverioca ima vrednost koja odgovara kvoti po kojoj će tražbine biti namirene u stečaju, a ta će se kvota konačno utvrditi tek na osnovu završne deobe. Za razliku od toga, dug stečajnog poverioca prema stečajnoj masi ima punu nominalnu vrednost, što znači da se mora namiriti u punom iznosu.

U pogledu ograničenja prebijanja Stečajni zakon iz 1929. godine sadržao je nešto drugačija (par. 19), a dobra rešenja. Prvo, za ograničenje prebijanja bilo je dovoljno da bude ispunjen subjektivni uslov na strani dužnika stečajne mase. Bez značaja je bilo u kom periodu pre otvaranja stečaja je potraživanje stečeno. Drugo, jasno je regulisano da u svakom slučaju kada tražbina i protivtražbina nemaju više jednaku nominalnu vrednost, jer je jedna stečena pre a druga posle otvaranja stečaja, prebijanje nije dopušteno. Zato je bilo određeno da prebijanja nema ukoliko poverilac postane dužnik stečajne mase tek pošto je otvoren stečaj ili kad je tražbina protiv dužnika stečena tek posle otvaranja stečaja. Treće, radi postizanja pravne sigurnosti bilo je određeno da ukoliko je ispunjen objektivni uslov (poverilac stekao protivtražbinu ranije od šest meseci pre otvaranja stečaja), nije se više moglo pobijati prebijanje, pa, čak, i ako je poverilac znao ili mogao znati za insolventnost dužnika. Četvrto, prebijanje se nije moglo pobijati ako je poverilac bio obavezan da preuzme tražbinu (na primer, ko iskupi menicu nakon otvaranja stečaja, a na osnovu ranije preuzete obaveze prema stečajnom dužniku, mogao je da prebije svoju tražbinu prema stečajnom dužniku), a u vreme kada se na to obavezao nije znao ili morao znati da je njegov dužnik nesposoban za plaćanje.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> O tome: Šurlan, P., Biro, Z., nav. delo, str. 115.

<sup>33</sup> Isto, str. 116.

<sup>34</sup> O ovome: Verona, A., Zuglia, S., nav. delo, str. 65–69.

## KOMPENZACIONI USLOVI U STEČAJNOM POSTUPKU PREMA VAŽEĆIM PRAVILIMA

Posle poludecenijskog isključenja (od 2004. do 2009. godine), stečajno pravo na prebijanje je ponovo dopušteno. Zakon o stečaju kompenzaciji posvećuje dva člana i to tako što jednim (čl. 82) reguliše kada i pod kojim uslovima se može izvršiti kompenzacija, a drugim (čl. 83) kada je prebijanje isključeno.

Prihvaćena zakonska rešenja se bitno razlikuju u odnosu na ranije važeća, naročito što se tiče načina na koji se ostvaruje pravo na prebijanje. Te razlike se ogledaju u sledećem:

1. Kao i ranije, potraživanja poverilaca i protivpotraživanja stečajnog dužnika mogu se prebiti u stečajnom postupku ako su, u skladu sa opštim pravnim pravilima, ispunjeni uslovi za to. Međutim, za razliku od ranijih rešenja, da bi poverilac ostvario pravo na prebijanje, potrebno je da budu ispunjena dva zahteva: da su uslovi za prebijanje bili ispunjeni pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka; da poverilac do isteka roka za prijavu potraživanja dostavi sudu prijavu na celokupan iznos potraživanja i izjavu o prebijanju.

Što se tiče prvog uslova, on se sadržinski razlikuje ne samo u odnosu na rešenja koja su bila prihvaćena kod nas, nego i u odnosu na rešenja koja su prihvaćena u zakonima zemalja u okruženju. Tako, Stečajni zakon Republike Hrvatske<sup>35</sup> mogućnost prebijanja vezuje za vreme otvaranja stečajnog postupka (čl. 103). Na isti način ovo pitanje reguliše Zakon o stečajnom postupku Republike Srpske<sup>36</sup> (čl. 78). Osim toga, ovo rešenje je suprotno opštem pravilu, sadržanom u našem Zakonu o stečaju, prema kome se dan isticanja oglasa o otvaranju stečajnog postupka uzima kao dan prema kome se utvrđuju njegova dejstva (čl. 73), koja se ispoljavaju kroz različite pravne posledice. Nerazumljivo je zašto se jedino povodom prava na prebijanje odstupa od tog pravila

Povodom drugog uslova određeno je da ako poverilac ne podnese prijavu i izjavu, on gubi pravo na prebijanje. To znači da sada izjava o kompenzaciji ima konstitutivno dejstvo, kao i da, shodno opštem pravnom pravilu, prebijanje ne nastaje čim se steknu uslovi za to, nego je potrebno da jedna strana izjavi drugoj da vrši prebijanje (čl. 337. ZOO).<sup>37</sup>

---

<sup>35</sup> Narodne novine RH, br. 44/96, 29/99, 129/00, 123/03, 82/06.

<sup>36</sup> Službeni glasnik RS, br. 67/02, 77/02, 38/03, 96/03, 68/07, 12/10, 16/10.

<sup>37</sup> Posle izjave o prebijanju, smatra se da je prebijanje nastalo onog časa kada su se međusobna potraživanja u vremenu srela. Stoga i zatezna kamata prestaje da teče ne od dana izjave o prebijanju, već od dana susreta tražbina – presuda VTS, Pž. 8143/09 od 17. decembra 2009. godine, Pravna praksa, br. 3/10, str. 60.



2. Kao izuzetak u odnosu na osnovno pravilo o prebijanju u stečaju, zakonodavac dopušta prebijanje međusobnih prava i obaveza iz finansijskih ugovora, koji su zaključeni na osnovu okvirnog ugovora i to pre nego što je podnet predlog za pokretanje stečajnog postupka, ukoliko poverilac stekne to pravo najkasnije u trenutku otvaranja stečajnog postupka (čl. 82. st. 3).

Ova odredba zaslužuje višestruku pažnju. Prvo, zato što se radi o izuzetku koji se po prvi put uvodi u naše stečajno pravo. Za razliku od ranijih pravila prema kojima su se mogla prebiti i uslovna potraživanja, i ona koja nisu istorodna, i ona koja nisu dospela na dan otvaranja stečajnog postupka, sada se, u odnosu na uslove prebijanja određene opštim pravilima, odstupa jedino u pogledu dospelosti potraživanja i to isključivo onih koja su stečena u skladu sa zaključenim okvirnim ugovorom. Drugo, ova odredba bi imala smisla u zakonodavstvu neke druge zemlje, u kojoj se u praksi koriste fjučersi, opcije i drugi imenovani i neimenovani derivati. Takvih derivata kod nas još nema. Otuda, iako se pominju u propisima koji regulišu trgovinu na organizovanom tržištu, ovo pravilo o prebijanju potraživanja, najblaže rečeno, je preuranjeno i nepotrebno opterećuje stečajnu regulativu. Treće, koriste se nejasni termini, kao što je okvirni ugovor;<sup>38</sup> stavlja se neprihvatljiv znak jednakosti između forvarda i derivata;<sup>39</sup> definiše se nepotrebno finansijski ugovor i to na rogobatan i teško prihvatljiv način,<sup>40</sup> umesto da je jed-

---

<sup>38</sup> Naš ZOO ne poznaje izraz »okvirni ugovor«. Verovatno se mislilo na opšte uslove poslovanja, odnosno na tipske ugovore, koji sadrže uslove pod kojima se mogu zaključivati određeni poslovi. Tako, za obavljanje repo poslova danas se najčešće koristi tzv. *GMRA 2000* tipski ugovor; na svop poslove primenjuje se *ISDA Master Agreement 2002*, tipski ugovor koji je izradilo Međunarodno udruženje svop dilera. O tome: Jelić, M., Repo poslovi, Zbornik: Bankovni i finansijski ugovori, Rijeka, 2007, str. 986; Isailović, B., Pravno regulisanje svop ugovora na razvijenim finansijskim tržištima i u našoj zemlji, Pravo i privreda, br. 5–8/98, str. 645; Skaloper, Z., Božina Beroš, M., Ugovori o valutnom i o kamatnom svopu, Zbornik PF u Rijeci, br. 2/09, str. 966; Mićović, M., Berzanski poslovi i hartije od vrednosti, Kragujevac, 2006, str. 25.

<sup>39</sup> Razloge za to treba tražiti u lošim formulacijama koje su sadržane u Zakonu o tržištu hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata, a prihvaćene u Zakonu o stečaju. Te formulacije navode na pogrešan zaključak da derivati imaju ugovornu pravnu prirodu. I ne samo to, uz pomoć njih se utire put za lošu sudsku praksu koja, sledeći rdava zakonska rešenja, gradi stav da su fjučersi nastali iz forvarda (Rešenje VTS, Pž. 10300/07 od 7. 5. 2008. godine, Pravna praksa, br. 10/08, str. 88). Istine radi, forvardi i derivati imaju samo jednu zajedničku karakteristiku, a to je da se radi o terminskim instrumentima uz pomoć kojih se obavlja berzanska trgovina. Za razliku od forvarda, kao terminskog ugovora, derivati, kao posebna vrsta hartija od vrednosti, su nastali ne sa ciljem da se omoguću zaključenje berzanskog posla, već u cilju olakšanja prometa berzanskih materijala, kontrolisanja berzanskog poslovanja, pospešivanja dinamike berzanskog trgovanja. O ovome: Mićović, M., Forvard i finansijski derivati u pravu i praksi, Pravna riječ, br. 20/09, str. 467–473.

<sup>40</sup> To je ugovor koji predviđa obavezu jedne ili obe ugovorne strane na vršenje nekog plaćanja ili isporuke određene robe, koji za predmet ima transakciju sa finansijskim derivatima po-

nostavno rečeno da se dopušta prebijanje uzajamnih potraživanja iz terminskih poslova koji se zaključuju na organizovanom tržištu (čini se da je u osnovi to bila namera zakonodavca).<sup>41</sup>

3. U pogledu nedopuštenog prebijanja uglavnom su ponovljena ranija zakonska rešenja, uz neke jezičke korekcije i jednu sadržinsku dopunu. Jezička korekcija je izvršena u tač. 1. čl. 83. i diktirana je spornim prihvatanjem dana podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka, umesto dana otvaranja postupka, kao relevantnog za utvrđivanje (ne)postojanja prava na prebijanje.<sup>42</sup> Sadržinska dopuna je izvršena u tač. 2. čl. 83. tako što se predviđa da prebijanje nije dopušteno ako su se uslovi za prebijanje stekli pravnim poslom ili drugom pravnom radnjom koja se može pobijati.

S obzirom da je određeno da pravo na prebijanje postoji (uz jedan izuzetak) samo ako su za to ispunjeni uslovi pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka, Zakon o stečaju ne predviđa druge slučajeve isključenja prava na pobijanje koji su vezani za vreme sticanja tražbine i protivtražbine. Takve slučajeve, inače, predviđaju Stečajni zakon Republike Hrvatske (čl. 105) i Zakon o stečajnom postupku Republike Srpske (čl. 79) određujući da prebijanje nije dopušteno: ako je obaveza stečajnog poverioca prema stečajnoj masi nastala nakon otvaranja stečajnog postupka; ako je stečajni poverilac svoje potraživanje nakon otvaranja postupka stekao od nekog drugog poverioca. Ili, Zakon o insolventnosti privrednih društava Republike Crne Gore propisuje da se ni pod kakvim uslovi-ma ne može vršiti prebijanje potraživanja koja su nastala pre dana podnošenja predloga za pokretanje postupka sa potraživanjem nastalim nakon ovog dana (čl. 58. st. 4).

---

put svopova, opcija, fjučersa, forvarda i drugih neimenovanih derivata, repo transakcija ili zajam hartija od vrednosti, a koji je zaključen u pismenoj formi ili usmeno ukoliko o sadržini takvog usmenog finansijskog ugovora postoji pisani trag u skladu sa uobičajenom poslovnom praksom za zaključivanje ugovora takve vrste (čl. 82. st. 4).

<sup>41</sup> Mogućnosti prebijanja obaveza iz takvih poslova nastaje zato što učesnici često nakon zaključenja terminskog posla sklapaju drugi posao suprotnog smera (radi zaštite profita ili sprečavanja gubitaka) u kome se prodavac, iz primarnog posla, pojavljuje kao kupac, a kupac kao prodavac. O tome: Slakoper, Z., Temeljna obeležja terminskih ugovora i poslova, Zbornik: Bankovni i finansijski ugovori, Rijeka, 2007, str. 983.

<sup>42</sup> Određuje se da prebijanje nije dopušteno ako je stečajni poverilac potraživanje stekao u poslednjih šest meseci pre dana podnošenja predloga (ranije: pre dana otvaranja stečajnog postupka) za pokretanje stečajnog postupka, a stečajni poverilac je znao ili morao znati da je dužnik nesposoban za plaćanje ili da je prezadužen (ranije: da je protiv njega podnesen predlog za otvaranje stečajnog postupka)(čl. 83. st. 1. tač. 1).

## ZAKLJUČAK

U pogledu prava na pobijanje naše stečajno zakonodavstvo je prošlo različite razvojne faze. Najpre je bilo dopušteno prebijanje u stečaju i to pod bitno blažim uslovima u odnosu na one koji moraju da budu ispunjeni kada se radi o vanstečajnom prebijanju. Zatim, kompenzacija je bila isključena, da bi, prema važećim pravilima, pravo na prebijanje bilo ponovo dopušteno ali pod uslovima koji su određeni opštim pravnim pravilima uz jedan izuzetak koji se odnosi na prebijanje nedospelih potraživanja iz terminskih poslova (ona se mogu prebiti pod uslovom da je pravo na prebijanje stečeno najkasnije u trenutku otvaranja stečajnog postupka).

Što se tiče konkretnih pravila, u odnosu na ranija rešenja, izdvajaju se dva: zato što su sadržinski nova i zato što izazivaju sumnju da su na valjan način definisana. Prvo, kao vreme od značaja za procenu da li su ispunjeni uslovi za prebijanje uzima se dan podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka. Time se odstupa od opšteg pravila (i to jedino u ovom slučaju) prema kome se dejstvo stečajnog postupka, koje se ispoljava kroz različite pravne posledice, utvrđuje prema danu njegovog otvaranja. Drugo, dozvoljava se, kao izuzetak od pravila, prebijanje nedospelih potraživanja iz terminskih poslova pri čemu se koriste nejasni termini, rogobatne formulacije i govori o nečemu (kao što su derivati) čega još nema u praksi, zbog čega se postavlja pitanje kakav je smisao pravila kojim se izuzetno odobrava nešto čega nema.

MIODRAG MIĆOVIĆ, LL.D.  
Professor, Faculty of Law,  
Kragujevac

## COMPENSATION CLAIMS IN BANKRUPTCY PROCEEDINGS

### Summary

With the opening of bankruptcy proceedings against the debtor a number of legal consequences arise. In view of the right on compensation, Bankruptcy law states that opening the proceedings does not mean losing the right to compensate, under particular conditions: if that right

is acquired before submitting the proposal for initiating the proceedings; if the creditor submitted the application claims and statement on compensation until the deadline for notifying court on application claims. Notwithstanding, the claims from financial contracts, that are concluded on the basis of the framework agreement can be compensated if the right on compensation is at least gained at the opening of the bankruptcy proceedings.

In order to prevent abuse, the legislator does not allow the compensation: if creditor gained claims in the last six months prior to submitting a proposal of initiating the bankruptcy proceedings, and he knew or ought to have known that the debtor is unable to pay or is overdue; if the conditions for compensation were acquired by legal transaction or other legal action that can be contested.

SLOBODAN SPASIĆ

## STEČAJNA REFORMA – ODGOVOR NA FINANSIJSKU KRIZU NA GLOBALNOM NIVOU I U SRBIJI

### HRONOLOŠKI PREGLED STEČAJNIH REFORMI NA GLOBALNOM PLANU

Istorijski gledano, stečaj je nastao u odnosima zajmodavaca, koji su predstavljali prethodnicu finansijskih institucija. Tako, u srednjovekovnoj Italiji kada je zajmodavac postao insolventan, njegova klupa je bila slomljena – ponekad preko glave. Ovaj običaj je prouzrokovao sinonim i definiciju za stečaj: *Banca Rotta* (italijanski – »slomljena klupa«). U Nemačkoj stečaj je postao *Bankrott*, na francuskom *Banqueroute* i na engleskom *Bankrupt*. Tokom finansijske krize u srednjem veku broj stečajeva je povećan, a samim tim i potreba za organizovanim procedurama. Ali, to nije bilo sve. Godine 1706, nakon Slavne revolucije prvi stečajni statut napisan je u Engleskoj. Ovaj statut je postao osnova za prve odredbe stečajnog zakona.

Kazna za objavljivanje stečaja u antičkom Rimu bilo je ropstvo ili telesno kažnjavanje. Izbor je ostavljen poveriocu. Do srednjeg veka, kažnjavanje dužnika je omekšalo. U Severnoj Italiji, bankrot dužnika bio je praćen povikom: »Ja sam proglasio stečaj«. U Francuskim srednjovekovnim gradovima, dužnici su morali da nose zelenu kapu u svako doba i svako je mogao da baci kamenje na

---

Slobodan Spasić, sudija Vrhovnog suda Srbije, član Radne grupe za izradu Zakona o stečaju.

njih. U Engleskoj, bankrotirani dužnik je bačen u tamnicu, a povremeno je imao jedno odsečeno uvo. Engleski zakon o stečajju iz 1732. godine bio je prvi moderni stečajni zakon. Sjedinjene Američke Države su predstavile svoj prvi stečajni zakon 1800. godine, sličan Engleskom. Francuska, Nemačka i Španija su usvojile svoj prvi stečajni zakon u ranom XIX veku. Zatvor se i dalje pojavljuje kao kazna, a rudimentaran postupak rehabilitacije u pravcu reorganizacije duga preduzeća u stečajju, tako da bi preduzeće moglo nastaviti sa radom, razvijen je u Austriji 1914. godine, ali se retko koristio. Slične procedure su uvedene u Španiji 1922. godine, u Južnoj Africi 1926. godine, kao i u Belgiji, Francuskoj, Nemačkoj, Holandiji i SAD 1930. godine.

Reorganizacija modernog stečajnog postupka pojavila se 1978. godine, kada su usvojene odredbe Glave XI u Sjedinjenim Američkim Državama. Ova reforma je usledila nakon korporativnih bankrotstava posle prve naftne krize. U narednih 30 godina talas reformi doveo je do uvođenja reorganizacije u stečajnom postupku u Italiji 1979. godine, Francuskoj 1985. godine, Velikoj Britaniji 1986. godine, Novom Zelandu 1989. godine, Australiji i Kanadi 1992. godine, Meksiku 2006. godine, Kolumbiji 2007. godine, Češkoj Republici 2008. godine, Srbiji 2005. godine. U poslednjih pet do šest godina, projekat Svetske banke je dokumentovao reforme u stečajju širom sveta.<sup>1</sup>

Istočna Evropa je imala najveće reforme koje su olakšavale da se zaključi stečaj. Visokim ulaganjima OECD ekonomija ubrzana je reforma i fokusirana više na moć poverilaca. U drugim delovima sveta reforma stečajnog postupka kreće se sporije. Tako, reforme u Latinskoj Americi, Africi i Južnoj Aziji su se kretale od uvođenja strožijih rokova, do uvođenja specijalizovanih stečajnih sudova. 2006. godine u Borundiju je donet prvi stečajni zakon, koji postavlja jasne rokove za sprovođenje procedure stečajnog postupka. Na Bliskom Istoku i Severnoj Africi samo Tunis i Saudijska Arabija imaju reformisani stečajni postupak.

Proširenje prava poverilaca je najpopularnija karakteristika reforme u proteklih pet godina. 17 svetskih ekonomija daju veća ovlašćenja poveriocima kao što se to dogodilo u Kini, Češkoj i u mnogim drugim zemljama. Te druge zemlje su: Danska, Finska, Francuska, Mađarska, Indonezija, Italija, Koreja, Poljska, Portugal, Portoriko, Rumunija, Srbija, Slovačka, Sjedinjene Američke Države i Vijetnam. Davanje poveriocima više prava utiče na povećavanje brzine rešavanja stečaja i do nastavka poslovanja dužnika. Reforme sa proširenjem ovlašćenja poverilaca su najviše zastupljene u zemljama OECD-a. Finska poveriocima daje pravo da postavi odbor poverilaca. Francuska i Koreja dozvoljavaju odboru poverilaca da glasa o planu reorganizacije. Danska ohrabruje poverioce da prijave

---

<sup>1</sup> Vidi više Simeon Djankov, glavni ekonomista za finansije i razvoj privatnog sektora Svetske banke, Izveštaj iz maja 2009.

stečajnom sudu u situaciji kada je upravnik sporan, što nažalost utiče na odlaganje procesa. Sud tada može da zameni stečajnog upravnika ukoliko se odluči, a na osnovu predloga stečajnih poverilaca. Francuska je dala bolju poziciju poveriocima koji daju zajam stečajnom dužniku, dajući im prednost u odnosu na prethodno obezbeđene poverioce. To čini lakšim da takve kompanije dobiju nove kredite i da nastave sa radom. Zemlje OECD su takođe promovisale reorganizaciju. Finska, Francuska, Italija i Koreja propisuju da je reorganizacija više nego poželjna, pa čak i neophodna za vreme finansijske krize preduzeća. Italija sada omogućava stečajnom dužniku da postigne dogovor sa kreditorima pre ulaska u formalni stečajni postupak i bez preduslova, što dozvoljava kompanijama da nastave sa radom.<sup>2</sup>

## MODALITETI STEČAJNIH REFORMI U SVETU

Ugovorne strane ne mogu predvideti sve probleme koji će se verovatno pojaviti za vreme njihovog poslovanja. Sa više poverilaca, a posebno sa više klasa poverilaca, funkcionisanje stečajnog režima postaje još važnije. Dok dužnik i poverilac mogu da se slože da redefinišu ugovor u slučaju nepredviđenih događaja, gotovo je to nemoguće da se uradi, ako dužnik mora da ubedi nekoliko svojih poverilaca. I za više poverilaca i zainteresovanih strana (radnika, poreskih organa, dobavljača) dobar stečaj maksimizira ukupnu vrednost izraženo u novcu, koja će ostati na raspolaganju i biti raspodeljena između dužnika, poverilaca i drugih zainteresovanih lica. Konkretno, preduzeće treba da se reorganizuje, prodaje za gotovinu ili da se zatvori i likvidira, ako se time postiže maksimizirana novčana vrednost stečajnog dužnika. Drugi vid stečaja je da se sačuva apsolutni prioritet potraživanja. U tom smislu neophodno je da se prvo isplate obezbeđeni poverioci, zatim poverioci prvog reda, zatim mladi poverioci i tek na kraju akcionari. Držanje ovih apsolutnih prioriteta ima svoj smisao. Prvo, ono pomaže da se obezbedi da poverioci dobiju deo uloženo u stečajnog dužnika na ravnomeran način. Drugo, to znači da se stečaj koji se odvija u pravcu reorganizacije i bankrotstvom ne tretiraju drugačije od strane svih država. Međutim, argument može biti protiv apsolutnih prioriteta. Naime, ako akcionari ne dobiju ništa u stečaju, kao ni menadžment koji deluje u ime akcionara, oni će učiniti sve da se ne otvori

---

<sup>2</sup> Vidi više Hart, Oliver, 2002, »Different Approaches to Bankruptcy,« in *Resolution of Financial Distress: An International Perspective on the Design of Bankruptcy Laws*, eds. Claessens et al., The World Bank, Washington DC. Stiglitz, Joseph, 2002, »Bankruptcy Laws: Basic Claessens et al., The World Bank, Washington DC. Stiglitz, Joseph, 2002, »Bankruptcy Laws: Basic Economic Principles,« in *Resolution of Financial Distress: An International Perspective on the Design of Bankruptcy Laws*, eds. Claessens et al., The World Bank.

stečaj, uključujući i preduzimanje visoko rizičnih investicionih projekata i odlaganje stečajnog postupka.

Postoje tri vrste procedura koje se koriste u pravcu rešavanja insolventnosti. *Foreclosures* je namirenje duga u nekoj vrsti izvršnog postupka u cilju oporavka izvršnog dužnika u situaciji kada izvršni dužnik, odnosno potencijalni stečajni dužnik duguje obezbeđenim poveriocima. *Foreclosures* ne štiti nesigurne poverioce koji moraju da se oslanjaju na poseban stečajni postupak. U nekim zemljama insolventnim kompanija *foreclosures* postupak prekida se postupkom reorganizacije ili bankrotstva, dok u drugim zemljama reorganizacija ili bankrotstvo ne prekida *foreclosures*. U drugom slučaju, bankrotstvo ili likvidacija se može održati u tandemu, konkurentno, sa ili nakon *foreclosures*. *Foreclosures* nije ništa drugo nego izvršni postupak. Međutim, *foreclosures* može biti i potpuno van sudskog postupka, kao što je u Srbiji vansudska hipoteka i namirenje vansudskim putem hipotekarnih poverilaca.

Dok *foreclosures* može biti i u okviru sudskog postupka i van njega, bankrotstvo i stečajna procedura u smislu sprovođenja reorganizacije jeste uvek pod nadzorom suda. Danska, Holandija i Švedska, prvenstveno rešavaju ova pitanja kroz korišćenje likvidacije – bankrotstva. Reorganizacija je sudski postupak koji se odvija pod nadzorom suda sa ciljem rehabilitacije preduzeća u finansijskim nevoljama. Reorganizacija nije dostupna u svim zemljama. Reorganizacija štiti kompanije, dok pokušavaju da se rehabilituju. Kada počinje reorganizacija poverioci generalno ne mogu ostvarivati svoja potraživanja prema dužniku.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Ako se stečajni postupak provodio uspešno u redovnim uslovima, to ne znači da će isti slučaj biti i u kriznim vremenima. Nedavna studija sprovedena na nivou 88 visoko i srednje razvijenih zemalja, smatra da je stečajni postupak za pravna lica dugotrajan, skup i neefikasan. Samo 36% zemalja postiže ishod efikasnog vođenja postupka. U proseku za sprovođenje postupka stečaja potrebno je 2,64 godine da se reši i okonča, tako da se 48% od vrednosti izgubi u troškovima sprovođenja. Među zemljama postoje velike varijacije u vremenu, troškovima i efikasnosti. U 14 zemalja i to razvijenih zemalja, stečaj traje manje od godinu dana, ali u zemljama kao što su Čile, Češka Republika, Ekvador, Indonezija i Filipini potrebno je više od 5 godina. Troškovi nisu ogromni u proseku, ali u 7 zemalja, uglavnom onih sa dugim postupkom, iznose više od 30%, sa dominantnim troškovima, kao što su troškovi advokata. U Singapuru, Holandiji i Japanu, samo oko 5% od stečajne mase je utrošeno i sačinjava troškove stečajnog postupka. U Rumuniji manje od 11% od imovine stečajnog dužnika je za raspodelu, a u Turskoj čak manje od 7%. Japan, Norveška i SAD imaju dobro funkcionisanje režima reorganizacije. U Brazilu je 2004. godine uvedena reorganizacija u stečajnom postupku koja pomaže da održiva preduzeća ostanu u poslu i koje daje obezbeđenim poveriocima više uticaja na proces restrukturiranja. Vreme trajanja stečaja je tako palo sa 4 na 10 godina u Brazilu. Stečajne reforme su se suočile sa svojim prvim primerom u junu 2005. godine, kada je brazilski avio prevoznik podneo predlog za pokretanje stečajnog postupka bankrotstvom. Za nešto više od godinu dana imovina stečajnog dužnika prodana je novom vlasniku i stečajni postupak je završen u drugoj godini. Izvor: <http://uuu.doingbusiness.org/EksploraTopics/ClosingBusiness/>.



Efikasnost stečaja se fokusira prvenstveno na zakonskim i administrativnim efikasnostima. U prošlosti poslovanje je oduvek težilo dobiti koja pokriva sve troškove i redovno plaća svoj kredit. Međutim, nedavno biznis doživljava neočekivan operativni gubitak zbog pogoršanih uslova industrije, slično kao što se sada dešava sa mnogim firmama građevinskog sektora i izvozno orijentisanim kompanijama. Menadžment očekuje da u naredne dve godine biznis može da pokrije svoje operativne troškove od projektovanih prihoda (i tako ne treba dodatni novac za rad), ali neće napraviti dovoljno novca da isti vrati banci. Kao posledica ovih okolnosti, pojavljuje se ograničenost poslovanja. Biznis doživljava privremeni pad, sve je manje profita. Efikasna strategija je da se dužnik obrati tokom poslovanja glavnim poveriocima. Ako stečajni režim ne dozvoljava ovo, banke će se angažovati da maksimiziraju sopstvena očekivanja.

*Foreclosures* procedure su približno efikasne kao bankrotstvo među bogatim zemljama, ali je reorganizacija najefikasniji postupak. Glavni razlog je da reorganizacija teži očuvanju poslovanja.<sup>4</sup>

Kod srednje razvijenih zemalja, reorganizacija je efikasna kao i bankrotstvo, ali je ipak *foreclosures* najefikasniji postupak. Ove zemlje retko uspevaju da sačuvaju biznis, pa brzina i niže cene *foreclosures* doprinose efikasnosti postupka i stečaja. Za gornje srednje razvijene zemlje, najefikasniji postupak je bankrotstvo. Sve u svemu, najefikasnije procedure, poredeći se sa bogatim zemljama nalaze se u sprovođenju postupka koji uključuje nadzor i intervenciju suda. *Foreclosure* dobro funkcioniše sa dužničkim hartijama od vrednosti, kada su , ali znatno lošije kada se radi o individualnim pokretnim i nepokretnim stvarima. Ovaj rezultat je u skladu sa visokim zapažanjem da poverilac ima društveno optimalni podsticaj za raspolaganje imovinom dužnika u situacijama o kojima on može da preuzme kontrolu. U istom duhu, efikasnost *foreclosures* raste kada je poveriocu višeg isplasnog reda dozvoljeno da u zalogu uzme pokretne i nepokretne stvari dužnika u vansudskom postupku. Pravna pravila koja zahtevaju da kompanija obustavi poslovanje, ili koja omogućavaju dobavljačima i kupcima da ponište i raskinu ugovore, dok je kompanija u stečaju, smanjuje efikasnost. Pored toga, veliki broj žalbi protiv sudskih odluka u toku stečajnog postupka koje

---

<sup>4</sup> *Foreclosures* je izuzetno uspešan i to: 80% verovatnoće vodi uspehu u vezi sa oporavkom kompanija, u poređenju sa 63% kada se radi o *foreclosures* i 71% kada se radi o bankrotstvu. Ipak, Singapur, Hong Kong, Australija i Velika Britanija – teže *foreclosures* proceduri. Najizvesniji je oporavak kompanija u stečajnom postupku u privredama Japana gde se dobija 92,5% centi na dolar, Singapuru 91,3% centa na dolar, Norveškoj 89% centi na dolar, Kanadi 88,77% centi na dolar, Finskoj 87,3% centi na dolar, Irskoj 86,6% centa na dolar, Danskoj 86,5% centi na dolar, Belgiji 86,3% centi na dolar, Velikoj Britaniji 84,2% centi na dolar i Holandiji 72,7% centi na dolar. Izvor: <http://uuu.doingbusiness.org/EksploraTopics/ClosingBusiness/>.

zadržavaju izvršenje sudskih ožalbenih odluka, negativno utiču na efikasnost stečaja.

U manjim privredama, gde se nekoliko stotina stečajnog postupaka pokrene u toku dužeg perioda, najbolje rešenje da se formiraju i specijalizovani sudovi. U siromašnim zemljama, ipak je najbolje da reforma pravosuđa započne u redovnim sudovima, jer za ustrojstvo specijalizovanih sudova neophodno je obezbeđivanje velikih novčanih sredstava.

### PREPACK KAO POUZDAN KATALIZATOR PRIVREDNOG RAZVOJA

Kada je finansijska kriza rasprostranjena, postoji opasnost da će pokušaji ozdravljenja biti bezuspešni. Preduzeća mogu da imaju niske podsticaje za restrukturiranje, jer potrošači imaju niske tražnje za njihovim proizvodima. Takođe, takva preduzeća nisu u stanju da vrate dugove, vrše pritiske na banke, što opet ograničava nove kredite. Banke mogu bankrotirati, smanjuje se podsticaj na dužnike da vrate kredite i sl. U proteklih nekoliko ekonomskih kriza, više konceptijski različitih pristupa omogućilo je da se izbegnu ovakve situacije. To su prioritet priliva svežeg kapitala, *prepack* i konvertovanje (pretvaranje) duga u kapital.

Prioritet priliva svežeg kapitala mora biti dostupan tokom stečaja. U suprotnom preduzeća ne mogu da izađu iz stanja insolventnosti. Bez finansiranja, stečaj može dovesti do likvidacije kompanije. Rešenje je da reforma obezbedi da novi kapital i investicije moraju da imaju prioritet nad svim starim poveriocima, uključujući i one obezbeđene. Francuska je 2005. godine usvojila novi postupak koji je omogućio kompanijama u finansijskim teškoćama da podnesu zahtev za svoju zaštitu, a sa idejom da se predupredi zatečeno stanje pre nego što bude prekasno. Pored toga, poverioci koji daju novac dobijaju prioritet u plaćanju odnosno naplati potraživanja prema kompanijama koje se nalaze u predstečajnom postupku, čime se povećava verovatnoća da će dužnici dobiti nove kredite.

*Prepacks* znači u suštini poziv da se pregovara o planu reorganizacije sa poveriocima i traži prihvatanje ovog plana, pre podnošenja predloga za pokretanje stečajnog postupka.<sup>5</sup> Imajući u vidu napredovanje pregovora sa poveriocima, sud može potvrditi unapred pripremljeni plan reorganizacije, što bi na izuzetno

---

<sup>5</sup> Vidi više Dukić-Mijatović M., Vodič kroz stečajni postupak – Osvrt na stečajno zakonodavstvo bivših jugoslovenskih republika, drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje autora, Novi Sad, 2010, str. 89–93.

brz i efikasan način dovelo do brzog izlaska kompanije u finansijskim problemima iz stečaja.

*Prepacks* kombinuje niske troškove vansudskog dogovora sa prednostima formalne reorganizacije u sudskom postupku. Postoje tri razloga da preduzeća mogu da se odluče za ovu vrstu stečaja i to su: dogovor poverilaca, izbegavanje totalnog prestanka delatnosti i očuvanje biznisa. Koristio se u Meksičkoj krizi i proširio tokom krize u Istočnoj Aziji, a varijaciju ovakvog stečajnog postupka predstavljaju i takozvana Londonska pravila. Ona se odnose na vreme krize i omogućavaju da se *Prepack* sistemski sprovodi u većem obimu. Podsticanje svih finansijskih institucija da se prijave u ove vansudske sporazume u okviru redovnih ugovornih odnosa korisno je i kod tako postignutih dogovora između većine poverilaca vrši se ušteda vremena, bez prolaska kroz formalne sudske procedure.

Konverzija kapitala omogućava bankama da konvertuju dug odnosno svoja potraživanja u osnovni kapital svog dužnika. Prvi korak koji vlade trebaju da predvide je talas korporativnih stečajeva, gde se može proveriti koliko je efikasan postupak redovnog stečaja.<sup>6</sup>

Drugi korak je da se utvrdi da li su reforme moguće u kratkom roku. Primeri takvih reformi imamo iz finansijske krize u Istočnoj Aziji, koja uključuje poboljšane stečajne zakone u Južnoj Koreji, Tajlandu i Maleziji, kao i formiranje specijalizovanih stečajnih sudova u Indoneziji i Tajlandu. Još jedan uspeh dolazi iz Kolumbije, u kojoj su uvedene reforme stečajnog postupka usled velike finansijske krize krajem 1999. godine.

## SPECIFIČNOSTI STEČAJNIH REFORMI U SVETU I POJEDINAČNE MERE

Istorija nas uči da je pet vrsta reformskih mera bilo najefikasnije sa prethodnim ekonomskim krizama, i to su: 1) smanjenje stepena zavisnosti sudova; 2) uspostavljanje specijalizovanih sudova; 3) smanjenje obima i domena žalbe; 4) smanjenje i ograničenje vremena provođenja stečajnog postupka; 5) korišćenje interneta za objavljivanje odluka i omogućavanje transparentnosti i javnosti stečajnog postupka.

Prvo efikasno rešenje je minimiziranje učešća sudija u stečajnom postupku. U nekim privredama sa efikasnijim stečajem, sudovi imaju samo ograničenu ulo-

---

<sup>6</sup> Tu je glavni izvor za analize. Na primer, Letonski postupak stečaja traje tri godine, a troškovi iznose 13% od vrednosti stečajne mase, tako da se u proseku 29 centi oporavi na dolar. U susednoj Litvaniji, proces traje 1,7 godina, a košta samo 7% od stečajne mase, tako da poverioci oporave 98 centi na jedan dolar.

gu. U Australiji, Hong Kongu, Singapuru i Velikoj Britaniji obezbeđeni poverio-  
ci mogu postaviti zastupnika – stečajnog upravnika radi preuzimanja kontrole  
nad dužnikom. Ovo se dešava bez učešća suda. Zastupnik – stečajni upravnik ta-  
da rukovodi priprema preduzeća za prodaju imovine. Nedavne reforme u Gruziji  
i Mauricijusu su zasnovane na istoj ideji. Druge ekonomije kao što su Domini-  
kanska Republika, Gruzija, Moldavija, Tanzanija, Tajland i Uganda učinili su  
stečaj bržim putem stvaranja specijalizovanih sudova. Specijalizacija sudova po-  
većava efikasnost. Sudije rasterećene drugih sporova mogu lakše, brže, efikasnije  
i zakonitije sprovesti postupak stečaja. Srbija i Hrvatska već imaju mrežu trgo-  
vinskih sudova, sa posebno obučanim sudijama, što se sve potvrdilo u praksi.<sup>7</sup>

Drugo rešenje je da se ograniče proceduralne žalbe. U Real Salvadoru spro-  
vođenje stečaja može trajati tako do tri godine. Žalbe mogu produžiti spor za još  
jednu godinu ili više. U Španiji žalbe ne suspenduju odluke suda i ne zadržavaju  
njihovo izvršenje. Ograničavanje broja žalbi, ili nesuspendivnost žalbe predstavl-  
ja jednostavan način da se stečajni postupak učini efikasnijim kada se koristi kao  
taktika za odlaganje sprovođenja procedure. Žalbama treba oduzeti suspendivno  
dejstvo, jer od toga zavisi efikasna prodaja imovine odnosno efikasno nastavlja-  
nje poslovanja stečajnog dužnika.

Smanjeni i ograničeni rokovi kao što su to učinili Makedonija, Poljska,  
Portugal, Srbija, Slovačka, Španija i Sjedinjene Američke Države skraćuju za-  
konske rokove za stečajni postupak. Nametanje rokova takođe čini stečaj jeftini-  
jim. Primera radi stečajne reforme u Bugarskoj, Estoniji i Velikoj Britaniji imaju  
prepolovljene troškove stečaja. Kolumbija je 2007. godine smanjila rokove u ci-  
lju efikasnosti reorganizacije. Pre toga dozvoljen rok je iznosio 6 meseci, uz mo-  
gućnost produženja do 8 meseci. Novi Zakon o stečaju u Kolumbiji ograničava  
rok reorganizacije na 4 meseca, kao i proširenje za još dva meseca.

Javnost odluka i opšteg postupka je izuzetno značajna. Primera radi, Hrvat-  
ska je pokrenula sajt pod nazivom: »Sudije web«, gde se mogu pronaći informa-  
cije o odlukama suda u stečajevima i najava prodaje imovine stečajnog  
upravnika. To sve utiče na više cene imovine zbog detaljnog opisa, pa čak i pos-

---

<sup>7</sup> American Law and Economic Review, 7 (Spring): 253–83. Couwenberg, Oscar, and Abe de Jong, 2008, »Costs and recovery rates in the Dutch liquidation-based bankruptcy system,« European Journal of Law and Economics, 26, 2: 105–127. Davydenko, Sergei, and Julian Franks. 2008. »Do Bankruptcy Codes Matter? A Study of Defaults in France, Germany and the U.K.« Journal of Finance 63 (April): 565–608. Djankov, Simeon, Oliver Hart, Caralee McLiesh, and Andrei Shleifer, 2008, »Debt Enforcement around the World,« Journal of Political Economy, 116, 6: 1105–1149. Gamboa-Cavazos, Mario, and Frank Schneider. 2006. »Bankruptcy as a Legal Process.« Manuscript, Department of Economics, Harvard University. Gine, Xavier and Inessa Love, 2008, »Do Reorganization Costs Matter for Efficiency? Evidence from a Bankruptcy Reform in Colombia,« World Bank Working Paper.

tavljene slike mogu ubrzati procenat imovine i povećati novčane vrednosti koje se mogu dobiti u postupku prodaje.<sup>8</sup>

Kada se iscrpe reforme u sudovima, treći korak je da se razmotri kako redovan postupak stečaja može biti dopunjen sa vansudskim pripremama, kao što je to prepacks ili pak sporazum u smislu Londonskih pravila. Ako talas korporativnih stečaja dolazi, čak i dobro pripremljeni sudovi u zemljama koje imaju efikasan stečaj mogu imati značajne probleme. Vansudski pregovori između dužnika i poverilaca bi značajno smanjili opterećenje sudova i sudija. Postoje u svetu četiri specijalizovana subjekta koji pružaju savet o reformi stečajnog prava i to su: IFC stečajne grupe; INSOL; Međunarodna asocijacija profesionalaca stečaja i stečajnog prava i Međunarodna advokatska komora.

Za mnoge reforme potrebno je vreme. Na primer, Poljska je 2007. godine donela Zakon o licenciranim stečajnim upravnicima. Za dobijanje licence je potrebno položiti ispit iz ekonomije, prava, finansija i menadžmenta. Međutim, reforma je sprovedena tri godine i sprovedena je nakon javne debate.

Reforma stečajnog zakonodavstva je teška i u normalnim vremenima. To je jedna od reformi koju je lakše uraditi u krizi. Međutim, kreatori politike imaju malo vremena da se usredsrede na reforme. Predložene reforme su pokazale rezultate u prethodnim kriznim situacijama, one su lake za implementaciju, a ne oduzimaju mnogo vremena. Većina od mera reformi stečaja poboljšava sudski postupak, neki poboljšavaju vansudsko restrukturiranje. Sve zajedno, ove reforme i mere za njihovo sprovođenje ublažavaju finansijski teret kompanija. Međutim, reforme stečajnog prava ne rešavaju finansijsku krizu. One predstavljaju samo ograničenje gubitaka. U krizi, stečajne reforme treba da idu ruku pod ruku sa merama makroekonomske politike, što međutim, predstavlja temu za neki novi stručni rad.

## OSVRT NA MOGUĆNOSTI STEČAJNE REFORME U SRBIJI

U Srbiji je 24. januara 2009. godine počeo da se primenjuje Zakon o stečaju.<sup>9</sup> U sagledavanju problema funkcionisanja stečajnog sistema u Srbiji pošlo se od analize pokazatelja efikasnosti stečajnog postupka i to: vremena tra-

---

<sup>8</sup> Vidi više Dukić-Mijatović M., Pregled zakonskih procedura u postupku utvrđivanja potraživanja stečajnih zakona u regionu, Zbornik radova Pravo zemalja u regionu, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2010, str. 368–390.

<sup>9</sup> Vidi više Dukić-Mijatović M., Osvrt na modalitete zaštite poverilaca u stečaju u svetlu aktuelnog Zakona o stečaju, Zbornik radova naučnog skupa Zlatiborski dani prava, Novi Sad, 2010, str. 339–375.

janja, stepena namirenja poverilaca i visine troškova sprovođenja stečajnog postupka. Ovi indikatori predstavljaju ujedno i najbolji način praćenja ostvarenja ciljeva stečajnog postupka i evidentiranje mera u kome reforma stečajnog prava u Srbiji treba da ide dalje.

Donošenjem Zakona o stečajnom postupku čija je primena počela tom 2005. godine, stečajni postupak u Srbiji znatno je unapređen i prosečna dužina trajanja u Srbiji je sa sedam godina pala na nešto preko dve godine. Ipak, podaci pokazuju da je stečaj u Srbiji znatno duži i skuplji od istovetnog postupka u prosečnoj zemlji članici OECD-a. Prema poslednjoj analizi Svetske banke za 2008. godinu, u Srbiji je bilo potrebno 2,7 godina da bi se zaključio tipizirani stečajni postupak jednog privrednog društva lociranog u glavnom gradu, pri čemu se poverioci namiruju u iznosu od 25,4% u odnosu na njihova potraživanja, a troškovi stečaja iznose 23% od vrednosti stečajne mase. Iz takve analize može se konstatovati da u odnosu na druge države u okruženju stečajni postupak već i sada traje nešto kraće, ali je skuplji i ima niži stepen namirenja. Naravno, u odnosu na zemlje sa razvijenim stečajnim sistemom, ovi pokazatelji su relativno loši.<sup>10</sup>

Ako se analiziraju statistički podaci zasnovani na realnim slučajevima, stečaj u Republici Srbiji prikazuje se u nešto boljem svetlu, jer su direktni troškovi stečajnog postupka u zavisnosti od veličine stečajne mase niži i iznose 20% stečajne mase za srednja preduzeća, a za veća preduzeća oko 10% stečajne mase.<sup>11</sup>

Na dužinu trajanja pored samih zakonskih rešenja utiču i brojni faktori. Pre svega radi se o probijanjima rokova od strane nadležnih privrednih sudova.

Drugi uzroci koji utiču na predugo trajanje stečajnog postupka su: nejasan sistem pravnih lekova, pasivnost poverilaca, neefikasnost izvršavanja sudskih odluka, nedovoljan nadzor nad radom stečajnog upravnika i nekonzistentna primena zakona. Pored toga, treba uzeti u obzir da su postupci otvoreni do okončanja parnica, odnosno do izvršenja plana reorganizacije, što statistički uvećava dužinu trajanja. Neki od efekata novog zakona biće ograničeni, s obzirom da je jedan

---

<sup>10</sup> Tako u Bugarskoj dužina trajanja stečajnog postupka iznosi 3,3 godine, u Rumuniji 3,3 godine, u Hrvatskoj 3,1 godinu, u Nemačkoj 1,2 godine i u zemljama OECD-a 1,7 godina. Stepennamirenja stečajnih poverilaca kao što je navedeno u Srbiji iznosi 25,4%, a u Bugarskoj 32,1%, Rumuniji 29,5%, Hrvatskoj 30,5%, zemljama OECD-a 68,6% i Nemačkoj 52,2%. Troškovi stečajnog postupka koji učestvuju u vrednosti stečajne mase u Srbiji iznose, kao što je napred navedeno 23%, dok u Bugarskoj iznose 9%, Rumuniji 9%, Hrvatskoj 15%, zemljama OECD-a 8,6% i u Nemačkoj 8%. Izvor: <http://uuu.doingbusiness.org/EksplorateTopics/ClosingBusiness/>.

<sup>11</sup> Očekivano prosečno trajanje stečaja u Srbiji, je nešto manji i kreće se u rasponu od 18 do 24 meseca. Od ukupnog broja predmeta koji su pokrenuti po Zakonu o stečajnom postupku vreme trajanja je trenutno do dve godine za 558 predmeta, dok je za preostale postupke vreme trajanja preko dve godine.

deo faktora direktno zavistan od institucionalnih kapaciteta i raspoloživih resursa. Dužina trajanja postupka direktno utiče i na troškove, pri čemu značajno učešće imaju karakteristike same kompanije.

Uzrok niskog stepena namirenja stečajnih poverilac u stečajnom postupku u Srbiji je višestruk. S jedne strane, poverioci nemaju podsticaj da pokreću stečajni postupak, jer je reč o dužnicima bez imovine ili sudovi određuju visoke predujme troškova stečajnog postupka. S druge strane, usled neefikasnog izvršnog postupka, dužnici nemaju potrebu da se brane od izvršenja korišćenjem stečaja. No, ovaj problem će se rešiti jer je u Srbiji u toku usvajanje novog Zakona o izvršenju i obezbeđenju koji će umnogome povećati efikasnost izvršnog postupka. Pored toga, nepostojanje uredenog načina za sprovođenje ubrzanog i znatno skraćenog postupka stečaja u pravcu unapred pripremljenog plana reorganizacije nije ohrabrilu dužnike da na vreme signaliziraju probleme u svom finansijskom poslovanju.

Navedeni problemi jasno ukazuju na mogućnost poboljšanja efikasnosti stečajnog postupka u pogledu smanjenja troškova i u pogledu skraćivanja vremena trajanja. Kao posledica navedenih problema stečaj u Srbiji ima relativno retko koristi. Za vreme važenja Zakona o stečajnom postupku samo 20 postupaka je otišlo u pravcu reorganizacije. Sa druge strane, trend pokrenutih stečajnih postupaka prema Zakonu o stečajnom postupku je u suprotnosti sa ekonomskim kretanjima u privredi Srbije. Broj preduzeća čiji je račun blokiran preko tri godine je preko 6.000, sa oko 32.000 zaposlenih. Stavljanjem u odnos ove dve veličine jasno je da se stečaj ne koristi čak i kada je potreba za njegovim sprovođenjem očigledna, upravo zbog neadekvatnih podsticaja kako na strani poverilaca, tako i na strani dužnika. Postoji i niz problema vezanih za kvalitet rada stečajnih upravnika, kapacitet sistema trgovinskih sudova i dr.

## ZAKLJUČAK

Iako je donošenjem Zakona o stečajnom postupku znatno unapređen stečajni postupak u Republici Srbiji, petogodišnja praksa u primeni navedenog zakona ukazala je na postojanje problema u primeni pojedinih odredaba zakona, postojanje pravnih praznina i sl. Jedan deo ovih problema nije moguće otkloniti bez izmene propisa koji regulišu pitanje stečaja, niti isključivom boljom primenom zakona, već analizom svetskih iskustava u ovoj oblasti i implemetiranjem kvalitetnih i empirijski proverenih zakonskih rešenja. U uslovima svetske finansijske krize, dodatno je važno omogućiti privredi efikasne pravne mehanizme za rešavanje posledično nastalih problema u poslovanju. U tom smislu Zakon o stečaju, uz druge mere vlade stvoriće dodatne podsticaje, pre svega zaduženim

privrednim subjektima, ali i poveriocima, da pravovremeno pokrenu stečajni postupak, kako bi redefinisali svoje odnose i da kada je to moguće očuvaju poslove aktivnosti, odnosno da kada nije moguće očuvati poslovanje, imovinu preduzeća u kratkom roku vrate u upotrebu ne čekajući da tehnologija zastari i vrednost znatno opadne.

U Srbiji je donet novi Zakon o stečaju, a da li će on smanjiti efekte finansijske krize pokazaće vreme.

SLOBODAN SPASIĆ,  
Judge, Supreme Court of Serbia, Belgrade

## BANKRUPTCY REFORM – RESPONSE TO FINANCIAL CRISIS ON THE GLOBAL LEVEL AND IN SERBIA

### Summary

The initial question at the beginning of the economic crisis is whether the existing insolvency regime adequately monitor the growth of insolvency and indebtedness of companies. Bankruptcy is never a popular measure, and the reform of bankruptcy law is an answer for dealing when the courts are already overcrowded and becoming clogged.

The author of this paper tries to give answers and express the existing views regarding the prognosis and outcome of the global crisis and domestic crises in transition economies in terms of the opportunities provided by bankruptcy reform. This includes giving guidance to investors on how bankruptcy reform can improve their business. Therefore it is necessary to form recovery teams through several business entities in order to create a positive business climate, in particular at the micro level, in local market conditions.



*VLADIMIR KOZAR*

## **OSPORAVANJE POTRAŽIVANJA IZ IZVRŠNE ISPRAVE PO NOVOM ZAKONU O STEČAJU**

### **U V O D**

Zakon o stečaju predviđa mogućnost kao i razloge osporavanja potraživanja prijavljenih na osnovu izvršne isprave. Reč je o bitnoj novini, jer mogućnost osporavanja potraživanja iz presude ili druge izvršne isprave nije bila propisana Zakonom o stečajnom postupku iz 2004. godine, već je postojala samo u sudskoj praksi. Naime, raniji zakon uopšte nije predviđao mogućnost osporavanja potraživanja poverioca koji je za ovo potraživanje već stekao izvršnu ispravu. Samim time, ranijim zakonom nije bilo predviđeno ko se upućuje na parnicu, ako je stečajni upravnik osporio potraživanje poverioca koji je za ovo potraživanje već stekao izvršnu ispravu, tj. da li će stečajno veće uputiti na parnicu poverioca ili pak stečajnog dužnika. Takođe nisu bili propisani razlozi zbog kojih se takvo potraživanje utvrđeno izvršnom ispravom moglo osporavati, kao i da li se uopšte moglo osporavati. To je u praksi stvaralo mogućnost različitih zloupotreba od strane stečajnih upravnika ili drugih poverilaca, koji su pokušavali da oduzmu svojstvo pravnosnažnosti izvršnim ispravama, osporavajući potraživanja koja su njima utvrđena iz razloga koji su se odnosili na činjenice koje su postojale u vreme zaključenja glavne rasprave, rušeći na taj način temeljna načela pravnog poretka – načelo pravnosnažnosti i načelo pravne sigurnosti.<sup>1</sup>

---

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

<sup>1</sup> Razloge osporavanja potraživanja za koja je poverilac već stekao izvršnu ispravu nije propisivao ni Zakon o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji (»Službeni list SFRJ«, br. 84/89

U ovom radu analizirani su zakonski propisi, mišljenja pravne teorije i stavovi sudske prakse koji se odnose na osporavanje potraživanja za koje je stečajni poverilac već stekao pravnosnažnu sudsku presudu ili drugi izvršnu ispravu (rešenje upravnog organa i sl). Naročita pažnja usmerena je na razloge zbog kojih se može osporavati takvo potraživanje.

Analizirane su zakonske i teorijske postavke koje se tiču: procesnih pretpostavki za vođenje parnice radi osporavanja potraživanja; razloga za osporavanje potraživanja za koje je poverilac već stekao izvršnu ispravu; međusobne isključivosti izvršnog postupka kao pojedinačnog (individualnog) izvršenja i stečajnog postupka kao opšteg (generalnog) izvršenja; kao i vremenske granice pravnosnažnosti.

Prikazani su i stavovi sudske prakse koji se odnose na: nekonkludentnost tužbe za negativno utvrđenje; na vreme nastanka činjenica koje dovode do prestanka potraživanja; kao i na osporavanje razlučnog prava zasnovanog na izvršnoj ispravi.

### *Razlozi za osporavanje potraživanja iz presude kao izvršne isprave*

Zakon o stečaju u članu 113. stav 3. tač. 1–5. taksativno nabroja pet razloga za osporavanje potraživanja prijavljenog na osnovu izvršne isprave, i to ako je: izvršna isprava ukinuta, poništena, preinačena, ili stavljena van snage; potraživanje prestalo na osnovu činjenice koja je nastupila nakon izvršnosti; protekao rok u kome se po zakonu može tražiti izvršenje; potraživanje nije prešlo na stečajnog poverioca odnosno ako obaveza nije prešla na stečajnog dužnika; ili ako je izvršna isprava takva da bi radnja njenog izvršenja mogla biti predmet pobijanja u skladu sa ovim zakonom. Navedeni razlozi, u suštini, slični su razlozima za žalbu protiv rešenja o izvršenju određenog na osnovu izvršne isprave, koji sprečavaju izvršenje iz člana 15. tač. 4, 8, 10. i 11. Zakona o izvršnom postupku<sup>2</sup>, dok je poslednji, peti razlog koji se tiče pobijanja pravnih radnji, specifičnost stečajnog postupka.

---

i »Službeni list SRJ«, br. 37/93 i 28/96), iako je u članu 127. stav 2. omogućavao osporavanje takvog potraživanja, s tim što se na parnicu upućivao stečajni dužnik, odnosno poverilac koji je drugom poveriocu osporio potraživanje iz izvršne isprave. Vidi: Virhovšek M., Kozar V., Osporavanje potraživanja stečajnog poverioca koji je stekao izvršnu ispravu, *Pravni život*, vol. 52, br. 12, str. 93–114, 2003.

<sup>2</sup> »Službeni glasnik RS«, broj 125/2004.

Bitno je uočiti da se razlog koji se tiče prestanka potraživanja iz člana 113. stav 3. tačka 2. Zakona o stečaju može zasnivati samo na činjenicama koja je nastupile nakon izvršnosti presude (npr. dug je plaćen, došlo je do otpusta duga ili do prebijanja potraživanja). Svi ostali razlozi, koji se odnose na činjenice na osnovu kojih je doneta presuda ili druga izvršna isprava, tj. koje su postojale u vreme zaključenja glavne rasprave, mogli bi predstavljati samo razlog za ponavljanje postupka iz člana 422. Zakona o parničnom postupku. Prema tome, dužnik protiv izvršenja može istaći samo činjenicu koja je nastala posle zaključenja glavne rasprave, a na činjenici koja je pre toga postojala, a nije bila iznesena dužnik ne može zasnivati prigovor, odnosno žalbu. Umesto toga, on takvu činjenicu može upotrebiti kao razlog za ponavljanje postupka, ako je za nju saznao posle zaključenja glavne rasprave.<sup>3</sup> Isto pravilo koje važi za izvršni postupak, trebalo bi da važi i u postupku stečaja, kao postupku kolektivnog namirenja poverilaca generalnim izvršenjem na imovini stečajnog dužnika, kada je u pitanju osporavanje potraživanja iz izvršne isprave.

*Prestanak potraživanja na osnovu činjenice koja je nastupila pre izvršnosti, a posle zaključenja glavne rasprave*

Međutim, kada je u pitanju prestanak potraživanja kao najvažniji razlog za osporavanje potraživanja iz izvršne isprave, novi Zakon o stečaju u članu 113. stav 3. tačka 2. vrši nepotrebno uprošćavanje u odnosu na sličnu odredbu iz člana 15. tačka 8. Zakona o izvršnom postupku, tako što kao vremensku granicu određuje momenat izvršnosti, dok Zakon o izvršnom postupku kao razlog za žalbu koji sprečava izvršenje pored izvršnosti, dopušta da je potraživanje prestalo na osnovu činjenice koja je nastupila i pre izvršnosti, ali u vreme kad dužnik to nije mogao da istakne u postupku iz kog potiče izvršna isprava, a to je vreme od zaključenja glavne rasprave do pisane izrade presude, a zatim i period sve do pravnosnažnosti i izvršnosti.

Dakle, Zakon o izvršnom postupku činjenice zbog kojih potraživanje može prestati vezuje za vremensku granicu pravnosnažnosti, a to je momenat zaključenja glavne rasprave.<sup>4</sup> Činjenice koje se tiču prestanka potraživanja, i koje

---

<sup>3</sup> Poznić B., *Gradansko procesno pravo, Savremena administracija*, Beograd, 1987, str. 445.

<sup>4</sup> Kozar V., *Komentar stečajnih zakona, Prvo izdanje, »Poslovni biro«*, Beograd, 2010, str. 112.

sprečavaju izvršenje, moraju imati određeni kvalitet, odnosno moraju poticati iz vremenskog perioda koji nije obuhvaćen pravnosnažnošću presude. Reč je o vremenskoj granici pravnosnažnosti koju propisuje odredba člana 15. tačka 8. Zakona o izvršnom postupku, a istu granicu trebalo je da propiše i član člana 113. stav 3. tačka 2. Zakona o stečaju. Kako je Zakon o stečaju kao vremensku granicu propisao izvršnost odluke, pojavljuje se problem, odnosno sporno pitanje, da li se potraživanje iz izvršne isprave može osporavati ako je prestalo na osnovu činjenice koja je nastupila pre izvršnosti, a posle zaključenja glavne rasprave, dakle u periodu od zaključenja glavne rasprave do izvršnosti, koji može biti jako dug jer obuhvata vreme potrebno za pisanu izradu i dostavljanje prvostepene presude, žalbeni postupak i dostavljanje drugostepene presude strankama, kada nastupa izvršnost. Smatramo da može, jer činjenice koje su nastupile posle zaključenja glavne rasprave pred prvostepenim sudom, a koje su dovele do prestanka potraživanja, nisu obuhvaćene pravnosnažnošću presude, jer trenutak zaključenja glavne rasprave predstavlja vremensku granicu pravnosnažnosti. Takve činjenice ne mogu biti žalbeni razlog protiv prvostepene presude, ali jesu razlog za žalbu u izvršnom postupku koji sprečava izvršenje presude, a moraju biti i razlog za osporavanje potraživanja iz izvršne isprave u stečajnom postupku, bez obzira na očigledan propust zakonodavca koji je načinjen u članu 113. stav 3. tačka 2. Zakon o stečaju, koji je kao vremensku granicu odredio izvršnost, a zanemario period do zaključenja glavne rasprave do izvršnosti.

*Upućivanje na parnicu stečajnog dužnika  
kao slabijeg u pravu*

U članu 117. stav 5. Zakona o stečaju predviđeno je da u slučaju osporavanja potraživanja prijavljenih na osnovu izvršne isprave stečajni sudija zaključkom upućuje stečajnog upravnika ili poverioca koji je osporio potraživanje na parnicu u roku od osam dana od dana prijema zaključka. U tom slučaju stečajni upravnik u ime stečajnog dužnika (ili drugi stečajni poverilac koji je osporio potraživanje iz izvršne isprave) podnosi protiv stečajnog poverioca tužbu koja sadrži tužbeni zahtev za negativno utvrđenje, tj. zahtev za utvrđenje da ne postoji potraživanje tuženog prema tužiocu u određenom iznosu.

Osporeno potraživanje smatra se priznatim ako stečajni upravnik ili poverilac ne pokrene parnicu u zakonom propisanom roku.

Reč je o novini, jer je Zakon o stečaju na ovaj način razrešio dilemu koja je postojala u sudskoj praksi u vreme primene Zakona o stečajnom postupku iz 2004. godine, o tome ko se upućuje na parnicu ako je osporeno potraživanje poverioca koji je za ovo potraživanje već stekao izvršnu ispravu, tj. da li će stečajno veće uputiti na parnicu poverioca ili pak stečajnog dužnika. Novi zakon preuzeo je dobro procesno rešenje koje je postojalo u članu 127. stav 2. Zakona o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji.

Zakon o stečaju na parnicu upućuje stečajnog dužnika kao slabijeg u pravu (ili drugog poverioca koji je ovom poveriocu osporio potraživanje iz izvršne isprave), a ne stečajnog poverioca koji za svoje potraživanje ima izvršnu ispravu.

Navedeno zakonsko pravilo primenjeno je i u sudskoj praksi, s tim što potraživanje koje se osporava može biti kako obligaciono-pravne prirode (npr. novčano potraživanje cene za isporučenu robu ili izvršenu uslugu) tako i stvarno-pravne prirode (razlučno pravo – pravo odvojenog namirenja stečenog zalogom ili hipotekom, ili izlučno pravo – pravo svojine).<sup>5</sup> Isti stav zauzet je i kada je u pitanju osporavanje potraživanja razlučnog poverioca utvrđenog izvršnom ispravom.<sup>6</sup>

Međutim, ukoliko se poverilac poziva na to da mu je potraživanje utvrđeno pravnosnažnom izvršnom ispravom, on mora to i da dokaže, tj. da takvu ispravu dostavi uz prijavu potraživanja, a u protivnom poverilac se upućuje na parnicu, a ako u parnici pokaže presudu, stečajni upravnik može da prizna zahtev, ali troškovi terete poverioca.<sup>7</sup>

Prihvaćen je, dakle, opšti princip vanparničnog postupka da se na parnicu radi utvrđivanja sporne činjenice upućuje slabiji u pravu, odnosno ona stranka čije je pravo manje verovatno, jer se u vanparničnom postupku, po pravilu ne utvrđuju činjenice.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Takav stav primenjen je u rešenju Višeg privrednog suda u Beogradu, Pž. 404/98 od 3. februara 1998. godine, Sudska praksa, softverski paket za pravnike, »Intermex«, Beograd, 2009. U obrazloženju je navedeno da je prvostepenim rešenjem upućen na parnicu poverilac čije je potraživanje osporeno. Drugostepeni sud je uvažio žalbu pa je preinačio pobijano rešenje tako što se na parnicu upućuje stečajni upravnik. Pogrešio je prvostepeni sud što je posle izjašnjenja stečajnog upravnika da osporava ova prijavljena potraživanja na parnicu uputio poverioca. Ako se osporava potraživanje poverioca koji je za ovo potraživanje već stekao izvršnu ispravu, onda stečajno veće upućuje na pokretanje parničnog postupka stečajnog upravnika koji je osporio potraživanje.

<sup>6</sup> Pravno shvatanje Višeg privrednog suda od 9. jula 1998. godine, Sudska praksa, softverski paket za pravnike, »Intermex«, Beograd, 2009.

<sup>7</sup> Pravno shvatanje Višeg privrednog suda od 9. jula 1998. godine, Sudska praksa, softverski paket za pravnike, »Intermex«, Beograd, 2009.

<sup>8</sup> Član 23. Zakona o vanparničnom postupku – »Službeni glasnik SRS«, br. 25/82, 48/88, »Službeni glasnik RS«, br. 46/95, 18/2005.

*Razlikovanje osporavanja potraživanja iz izvršne isprave  
od pobijanja pravnih radnji stečajnog dužnika*

Institut osporavanja potraživanja iz izvršne isprave valja jasno razlikovati od pobijanja pravnih radnji stečajnog dužnika, odnosno od mogućnosti da se pobijaju i pravni poslovi i pravne radnje za koje postoji izvršna isprava ili koje su preduzete u postupku prinudnog izvršenja, što dovodi do prestanka dejstva izvršne isprave prema poveriocima stečajnog dužnika.

Mogućnost pobijanja pravnih poslova i pravnih i procesnih radnji na osnovu kojih je doneta izvršna isprava ili koje su preduzete po osnovu izvršne isprave ili u postupku prinudnog izvršenja, kao i posledice usvajanja zahteva za pobijanje koje se ogledaju u prestanku dejstva izvršne isprave prema stečajnoj masi, predviđene su odredbom iz člana 119. stav 3. Zakona o stečaju. Reč je o sasvim različitom pravnom institutu, koji se zasniva na drugim razlozima, čija primena je vremenski ograničena na određeni period pre otvaranja stečajnog postupka, i koji se ostvaruje u posebnom postupku podnošenjem tužbe za pobijanje. Npr. u situaciji kada je statutarni zastupnik stečajnog dužnika u određenom periodu pre pokretanja stečaja priznao tužbeni zahtev, koji je inače neosnovan, što je dovelo do donošenja presude na osnovu priznanja, koja sada predstavlja izvršnu ispravu, Zakon o stečaju omogućava pobijanje takve procesne radnje (priznanja tužbenog zahteva), na osnovu koje je doneta izvršna isprava, što dovodi do prestanka njenog dejstva prema poveriocima stečajnog dužnika.

Osporavanja potraživanja iz izvršne isprave ne dira se u pravilnost činjeničnog stanja i postupka u kome je doneta izvršna isprava.

Međutim, Zakon o stečaju u članu 113. stav 3. tačka 5. kao jedan od razloga za osporavanje potraživanja prijavljenog na osnovu izvršne isprave, predviđa i ako je izvršna isprava takva da bi radnja njenog izvršenja mogla biti predmet pobijanja u skladu sa ovim zakonom, čime se uspostavlja veza između ova dva pravna instituta.

*Prenošenje nadležnosti u upravnim stvarima na stečajni sud*

Kao što je navedeno, izvršna isprava ne mora biti samo sudska presuda, već se kao izvršna isprava može pojaviti i pravosnažno rešenje doneto u upravnom postupku. I u tom slučaju na odgovarajući postupak upućuje se stečajni dužnik, a ne stečajni poverilac, koji je za svoje potraživanje već stekao izvršnu ispravu. Po stanovištu prakse, ako je stečajni poverilac prijavio potraživanje za koje ima izvršnu ispravu (pravosnažno rešenje u upravnom postupku) tada se na parnicu

upućuje stečajni dužnik kao slabiji u pravu, a ne stečajni poverilac koji za svoje potraživanje ima izvršnu ispravu.<sup>9</sup>

Dakle, u postupku stečaja može biti osporeno i potraživanje iz rešenja donetog u vršenju javnih ovlašćenja.<sup>10</sup>

Zakon o stečajju u odredbama kojima je uređen postupak o osporenom potraživanju, određuje isključivo parnični postupak kao postupak u kome se odlučuje o utvrđivanju osporenog potraživanja (117. stav 1) a time posredno i sudsku nadležnost, kao i stečajni sud u čiju nadležnost spada odlučivanje o zahtevu za utvrđenje osporenog potraživanja, odnosno o zahtevu za negativno utvrđenje, ako je na parnicu upućen poverilac koji je osporio potraživanje drugog poverioca priznato od strane stečajnog upravnika. Prema tome, na stečajni sud na taj način preneti i nadležnost upravnih organa u upravnim stvarima (porezi i drugi javni prihodi). Takva »atrakcija nadležnosti« od organa uprave na stečajni sud izričito je predviđena odredbom člana 89. stav 3. Zakona o stečajju u kome je propisano da se »upravni i poreski postupak koji za predmet ima utvrđivanje novčane obaveze stečajnog dužnika ne nastavlja, a odgovarajući organ dužan je da podnese prijavu potraživanja u skladu sa ovim zakonom«, što znači da će se i potraživanje javnih prihoda iz takve prijave, ako bude osporeno, utvrđivati u parničnom postupku pred nadležnim stečajnim sudom.

### *Materijalno-pravni uslovi za usvajanje tužbenog zahteva*

Za razliku od ispunjenosti procesnih pretpostavki za vođenje parnice, materijalno-pravni uslovi, koji moraju biti ispunjeni da bi sud usvojio tužbeni zahtev, imaju drugu pravnu prirodu. Potraživanje utvrđeno pravnosnažnom i izvršnom presudom, može se osporavati samo ako postoje razlozi iz člana 113. stav 3. tač. 1 – 5. Zakon o stečajju. Ako tužilac ne ističe činjenice i okolnosti koje se odnose na navedene zakonske razloge, niti pruža bilo kakve dokaze u tom pravcu, već

---

<sup>9</sup> Takav stav primenjen je u rešenju Višeg privrednog suda u Beogradu, Pž. 6823/99 od 22. decembra 1999. godine, bilten »Sudska praksa privrednih sudova« br. 1/2000, PS »Grmeč«, Beograd i Sudska praksa, softverski paket za pravnike, »Intermex«, Beograd, 2009.

<sup>10</sup> I u tom slučaju, ako je stečajni upravnik osporio potraživanje utvrđeno pravosnažnim rešenjem donetim od strane javnog preduzeća u vršenju javnih ovlašćenja na osnovu posebnog propisa (npr. Zakona o vodama), tada se poverilac ne upućuje na pokretanje postupka radi utvrđenja osporenog potraživanja, već se na pokretanje postupka upućuje stečajni dužnik – Iz rešenja Višeg privrednog suda u Beogradu, Pž. 1823/2000 od 23. marta 2000. godine, bilten »Sudska praksa privrednih sudova« br. 1/2001, »Privredni pregled«, Beograd i Sudska praksa, softverski paket za pravnike, »Intermex«, Beograd, 2009.

traži preispitivanje činjeničnog stanja koje se odnosi na samo potraživanje, a te činjenice su obuhvaćene pravnosnažnošću presude tada je tužbeni zahtev neosnovan.

Izloženo se može primeniti na svako potraživanje za koje je poverilac stečajnog dužnika, već stekao izvršnu ispravu, bez obzira da li je reč o izlučnom pravu, razlučnom pravu ili obligacionom potraživanju. U prilog takvom stavu idu i mišljenja renomiranih pravnih stručnjaka.<sup>11</sup>

Takav stav prihvaćen je i u pravnoj teoriji. Dakle, može se voditi parnični postupak sa zahtevom da se utvrdi da potraživanje po izvršnoj ispravi ne postoji, što znači da nema identiteta u odnosu na činjenični osnov tužbe i sam tužbeni zahtev, pa se ne može sa uspehom isticati prigovor presudene stvari. Sud, međutim, ne može utvrđivati u novoj parnici da li je u trenutku donošenja izvršne isprave ona bila pravilna, već postoji neoboriva zakonska pretpostavka da je izvršna isprava zakonita i pravilna. Nasuprot tome, u takvoj parnici sud ispituje da li su posle donošenja izvršne isprave po osnovu koje je prijavljeno potraživanje, nastupile okolnosti zbog kojih je navedeno potraživanje prestalo da postoji, i samo u tom slučaju prijavljeno potraživanja ne bi bilo osnovano, a njegovo osporavanje bi bilo opravdano.<sup>12</sup>

### *Medusobna isključivost pojedinačnog i generalnog izvršenja*

Novčano potraživanje ostvaruje prinudno u postupku pojedinačnog (individualnog) ili opšteg (generalnog) izvršenja.<sup>13</sup> U izvršnom postupku sprovodi se pojedinačno izvršenje, dok se u stečajnom postupku sprovodi opšte izvršenje. S druge strane, stečaj je institut kolektivnog namirenja poverilaca generalnim izvršenjem na imovini stečajnog dužnika, čime on prestaje da postoji kao pravni subjekt.<sup>14</sup> U situaciji kada je imovina dužnika umanjena toliko da je pasiva veća od aktive, nastaju uslovi za namirenje u stečajnom postupku, te načelo kolektivnog izvršenja nad celokupnom imovinom insolventnog privrednog subjekta radi skupnog i srazmernog namirenja poverilaca derogira načelo prioriteta naplate, koje važi u izvršnom postupku, kao postupku pojedinačnog namirenja. Stečaj-

---

<sup>11</sup> Latinović Ž., diskusija na Desetom savetovanju trgovinskih sudova Republike Srbije, Zlatibor, 26. juna 2002. godine.

<sup>12</sup> Ajnšpiler–Popović G., Položaj poverioca sa izvršnom ispravom u stečaju njegovog dužnika, »Pravo i privreda«, br. 5–8/2009, Udruženje pravnik u privredi Srbije, Beograd, str. 375. i 376.

<sup>13</sup> Poznić B., navedeno delo, str. 436.

<sup>14</sup> Vasiljević M., Poslovno pravo, Savremena administracija d.d., Beograd, 1997, str. 325.



ni postupak omogućava zajedničko i srazmerno namirenje poverilaca.<sup>15</sup> To znači da se ova dva postupka međusobno isključuju.

Zato je kao jedna od pravnih posledica otvaranja stečajnog postupka predviđena zabrana izvršenja i namirenja, tako što je u članu 93. Zakona o stečajju propisano da se od dana otvaranja stečajnog postupka ne može se protiv stečajnog dužnika, odnosno nad njegovom imovinom, odrediti i sprovesti prinudno izvršenje, niti bilo koja mera postupka izvršenja osim izvršenja koja se odnose na obaveze stečajne mase i troškova stečajnog postupka (stav 1), kao da se postupci koji su u toku obustavljaju (stav 2).

Stečajni postupak, dakle, ima prednost u provođenju u odnosu na izvršni postupak, ako se istovremeno vode prema dužniku. Otuda se izvršni postupak koji je u toku u času otvaranja stečajnog postupka obustavlja po službenoj dužnosti, osim izuzetno, kada je u njemu blagovremeno stečeno pravo na odvojeno namirenje.<sup>16</sup>

Ovde je reč o dejstvu otvaranja stečajnog postupka na potraživanja subjekta stečajnog postupka, s tim što se citirane odredbe ne primenjuju na izlučne i razlučne poverioce.<sup>17</sup> Prema tome, otvaranje stečaja ima dejstva i na samu obligaciju, koja se u pravnoj teoriji definiše kao pravni odnos između dve određene strane na osnovu koga je jedna strana (poverilac, *creditor*) ovlašćena da zahteva od druge strane (dužnik, *debitor*) određeno davanje, činjenje ili uzdržavanje od nečega što bi inače imala prava da učini, a druga strana je dužna da to ispuni. Posmatrano sa stanovišta poverioca, obligacija predstavlja potraživanje, dok sa stanovišta dužnika, ona znači dug.<sup>18</sup>

Dakle, pravna posledica stečaja je nemogućnost prinudnog izvršenja na imovini stečajnog dužnika, kao i obustava izvršnog postupka, iz čega proizlaze da pravnosnažne i izvršne isprave gube svojstvo izvršnosti. Ali nigde u zakonu kao pravna posledica stečaja nije propisano da presude gube pravnosnažnost. Reč je o vrlo značajnoj pravnoj posledici koja bi svakako morala izričito da bude navedena u odredbama Zakona o stečajju. Dakle, otvaranjem stečaja nema gubitka pravnosnažnosti kao temeljnog instituta procesnog prava, a odredbe iz člana 113. stav 3. tač. 1 – 5. i člana 117. stav 5. Zakon o stečajju, u stvari, zamenjuju institut žalbe protiv rešenja o izvršenju na osnovu pravnosnažne i izvršne isprave iz

---

<sup>15</sup> Videti: Dukić M., Zaštita poverilaca u stečajju, doktorska disertacija, Privredna akademija, Novi Sad, 2008, str. 3.

<sup>16</sup> Spasić S., Odnos i razgraničenje između izvršnog i stečajnog postupka u Srbiji, , zbornik radova »Aktuelna pitanja stečajnog prava«, Udruženje pravnika Republike Srpske, Banja Luka, 2008, str. 112.

<sup>17</sup> Vasiljević M., navedeno delo, str. 334. i 335.

<sup>18</sup> Perović S., Obligaciono pravo, NIU »Službeni list SFRJ«, Beograd, 1986, str. 7.

izvršnog postupka, kao postupka pojedinačnog (individualnog) izvršenja, u postupku stečajna kao opšteg (generalnog) izvršenja. To dalje znači da se u parnici koja se pokreće stečajni dužnik (ili poverilac koji je drugom poveriocu osporio potraživanje iz izvršne isprave) mogu preispitivati samo činjenice koje se tiču prestanka potraživanja na osnovu činjenice koja je nastupila nakon izvršnosti odluke (a u suštini i pre toga, ali u vreme kad dužnik to nije mogao da istakne u postupku iz kog potiče izvršna isprava – a to je period od zaključenja glavne rasprave do pismene izrade i dostavljanja presude), dakle ne i činjenice koje su postojale u vreme zaključenja glavne rasprave posle koje je doneta pravnosnažna presuda, što znači su iste obuhvaćene pravnosnažnošću presude.

*Zaključenje glavne rasprave kao vremenska granica  
pravnosnažnosti*

Činjenice koje se tiču prestanka potraživanja, i koje sprečavaju izvršenje, moraju imati određeni kvalitet, odnosno moraju poticati iz vremenskog perioda koji nije obuhvaćen pravnosnažnošću presude. Reč je o vremenskoj granici pravnosnažnosti koju propisuje odredba člana 15. tačka 8. Zakona o izvršnom postupku.<sup>19</sup> Dužnik protiv izvršenja može istaći samo činjenicu koja je nastala posle zaključenja glavne rasprave, a na činjenici koja je pre toga postojala, a nije bila iznesena dužnik ne može zasnivati žalbu. Umesto toga, on takvu činjenicu može upotrebiti kao razlog za ponavljanje postupka, ako je za nju saznao posle zaključenja glavne rasprave.<sup>20</sup> Dakle, momenat zaključenja glavne rasprave predstavlja vremensku granicu pravnosnažnosti, pa se u izvršnom postupku, pa i u stečajnom postupku, kao postupku generalnog izvršenja (a to znači ni u novoj parnici na koju je upućen stečajni dužnik), ne mogu ponovo preispitivati činjenice koje su postojale u to vreme.

U suštini ova parnica odgovara parnici za proglašenje izvršenja nedopuštenim koja se mogla voditi po odredbama člana 54. Zakona o izvršnom postupku iz 1978. godine, dok po važećem Zakonu o izvršnom postupku takva pitanja rešava drugostepeni sud, koje odlučuje o žalbi dužnika u izvršnom postupku.

Dakle, stečajni dužnik koji je osporio potraživanje utvrđeno pravnosnažnom i izvršnom presudom, ne može zasnivati osnovanost tužbenog zahteva kojim se traži da se utvrdi da ne postoji potraživanje utvrđeno izvršnom ispra-

---

<sup>19</sup> Slična odredba bila je sadržana u članu 51. stav 1. tačka 8) Zakona o izvršnom postupku iz 2000. godine.

<sup>20</sup> Poznić B., navedeno delo, strana 445.

vom, na novim činjenicama niti upotrebljavati nove dokaze na osnovu kojih bi za stečajnog dužnika bila doneta drugačija – povoljnija sudska odluka, da su te činjenice i dokazi bili upotrebljeni u ranijem sudskom postupku u kome je doneta izvršna isprava. To znači da se u istoj stvari na osnovu sada novih činjenica i dokaza ne može doneti drugačija sudska odluka.

*Vreme nastanka činjenica koje dovode do prestanka potraživanja*

Isti stav o vremenu nastanka činjenica koje dovode do prestanka potraživanja zauzet je i u sudskoj praksi: Činjenice koje se tiču prestanka potraživanja moraju imati određenu vremensku dimenziju, a ograničene su vremenskim granicama pravnosnažnosti. Dakle, i potraživanje stečajnog poverioca, koji je za prijavljeno potraživanje već stekao izvršnu ispravu, može se osporiti, ali činjenice koje se tiču prestanka potraživanja, i koje sprečavaju izvršenje, moraju imati određeni kvalitet, odnosno moraju poticati iz vremenskog perioda koji nije obuhvaćen pravnosnažnošću presude, a činjenice koje su postojale u vreme zaključenja glavne rasprave ne mogu se ponovo preispitivati.<sup>21</sup>

*Nekonkludentnost tužbe za negativno utvrđenje koja nije zasnovana na razlozima koji sprečavaju izvršenje*

Navedeni pravno-teorijski stavovi prihvaćeni su i u sudskoj praksi u kojoj je takođe zauzet isti stav o razlozima za osporavanje potraživanja utvrđenog izvršnom ispravom.

Potraživanje utvrđeno pravnosnažnom i izvršnom presudom, može se osporavati samo ako je odluka na osnovu koje je doneseno rešenje o izvršenju ukinuta, poništena ili preinačena, ili ako je potraživanje prestalo na osnovu činjenice koja je nastupila posle izvršnosti odluke ili pre toga, ali u vreme kad dužnik to nije mogao da istakne u postupku iz kog potiče izvršna isprava, dok svi ostali raz-

---

<sup>21</sup> Iz presude Višeg trgovinskog suda u Beogradu, Pž. 7490/02 od 24. januara 2003. godine, Sudska praksa, softverski paket za pravnike, »Intermex«, Beograd, 2010. Odredbama iz člana 51. stav 1. tačka 8. ranijeg Zakona o izvršnom postupku o razlozima za prigovor koji sprečavaju izvršenje, na kojima je zasnovan izloženi stav sudske prakse, odgovaraju odredbe o razlozima za žalbu protiv rešenja o izvršenju na osnovu izvršne isprave iz člana 15. tačka i 8. važećeg Zakona o izvršnom postupku, a i odredbe iz člana 113. stav 3. tačka 2. Zakon o stečajju, što znači da isti nije izgubio aktuelnost.

lozi mogli bi predstavljati samo razlog za ponavljanje postupka. U obrazloženju se navodi da je tužilac tražio preispitivanje činjeničnog stanja koje se odnosi na obračun potraživanja koje je utvrđeno pravnosnažnom sudskom presudom. Predmetne činjenice su obuhvaćene pravnosnažnošću presude na osnovu priznanja, tako da je prvostepeni sud pravilno rezonovao kada je našao da je tužbeni zahtev neosnovan.<sup>22</sup>

U istom sporu zauzet je stav o nepotrebnosti izvođenja dokaza radi utvrđivanja činjenica u slučaju nekonkludentnosti tužbe za negativno utvrđenje. Kada se iz činjeničnih navoda tužbe može odmah zaključiti da je neosnovan tužbeni zahtev za utvrđenje da ne postoji potraživanje tuženog stečajnog poverioca utvrđeno pravnosnažnom i izvršnom presudom prema tužiocu kao stečajnom dužniku, nije nužno niti potrebno izvođenje bilo kakvih dokaza radi utvrđenja činjeničnog stanja, jer su svi oni suvišni za pravilno odlučivanje o tužbenom zahtevu.<sup>23</sup>

### *Osporavanje razlučnog prava zasnovanog na izvršnoj ispravi*

Pitanje razloga za osporavanje potraživanja za koje je poverilac već stekao izvršnu ispravu postavilo se i prilikom ostvarivanja razlučnog prava.

U praksi se pojavila činjenična situacija u kojoj je poverilac je na osnovu izvršne isprave iz člana 16. Zakona o izvršnom postupku (»Službeni list SRJ«, broj 28/2000) stekao razlučno pravo iz člana 117. stav 1. Zakona o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji da se namiri iz nepokretnosti dužnika, u izvršnom postupku 60 dana pre otvaranja postupka stečaja nad dužnikom kao stečajnim dužnikom. Stečajni upravnik je na ročištu za ispitivanje prijavljenih potraživanja poverilaca osporio prijavljeno razlučno pravo sa obrazloženjem da je izvršnom sudskom odlukom – izvršnom ispravom pogrešno obavezan na plaćanje izvršne tražbine koja je prijavljena kao razlučno pravo.

---

<sup>22</sup> Iz presude Višeg trgovinskog suda u Beogradu, Pž. 7490/02 od 24. januara 2003. godine, Sudska praksa, softverski paket za pravnike, »Intermex«, Beograd, 2009.

<sup>23</sup> Iz presude Višeg trgovinskog suda, Pž. 7490/02 od 24. januara 2003. godine, Sudska praksa, softverski paket za pravnike, »Intermex«, Beograd, 2009. U obrazloženju ove presude navedeno je da odbijanje tužbenog zahteva u parnici za negativno utvrđenje ima značaj utvrđenja osporenog potraživanja iz izvršne isprave. Ako je tuženi – stečajni poverilac u parnici uspeo sa odbijanjem tužbenog zahteva tužioca – stečajnog dužnika za negativno utvrđenje osporenog potraživanja za koje je poverilac već stekao izvršnu ispravu, to u stvari znači da postoji potraživanje tuženog prema tužiocu, odnosno da je prijavljeno potraživanje tuženog – stečajnog poverioca utvrđeno u predmetnom iznosu.

Prema stavu sudske prakse, stečajni dužnik tužbu za utvrđenje da ne postoji osporeno razlučno pravo zasnovano na izvršnoj ispravi može zasnivati samo na zakonskim razlozima – ukidanje, poništenje ili preinačenje izvršne isprave na osnovu koje je stečeno razlučno pravo ili prestanak potraživanja na osnovu činjenice koja je nastupila po osnovu izvršnosti odluke ili pre toga, ali u vreme kad dužnik to nije mogao da istakne u postupku iz kojeg potiče izvršna isprava, odnosno ako je potraživanje prestalo na osnovu činjenice koja je nastupila posle zaključenog poravnjanja. Svi ostali razlozi na kojima se zasniva ovako stečeno razlučno pravo mogu biti samo razlozi za ponavljanje postupka ili pak eventualno razlozi za druge vanredne pravne lekove. Otuda, tužbeni zahtev koji nije zasnovan na navedenim razlozima treba u meritumu odbiti kao neosnovan zaključivanjem rasprave na prvom ročištu za glavnu raspravu, bez izvođenja bilo kakvih drugih dokaza, jer su svi oni suvišni za pravilno odlučivanje u ovom tužbenom zahtevu. Po tužbi treba doneti meritomu odbijajuću presudu. To je zato što se u istoj stvari na osnovu sada novih činjenica i dokaza ne može doneti drugačija sudska odluka. To je procesno nedozvoljeno. Nedozvoljeno je u istoj stvari doneti dve različite sudske odluke, jednu na osnovu koje je stečeno razlučno pravo i koja je izvršna isprava a drugu utvrđivanjem da potraživanje iz izvršne isprave ne postoji. Šta bi se procesno desilo u takvoj situaciji? Izgubila bi se pravna sigurnost. Postavilo bi se kao sporno koja sudska odluka ima jaču pravnu snagu, s obzirom na to da izvršna isprava na osnovu koje je stečeno razlučno pravo nije ukinuta. Ovakvo odlučivanje bi u potpunosti narušilo načela procesnog zakona i pravnu sigurnost.<sup>24</sup>

## ZAKLJUČAK

Zakon o stečajju predviđa mogućnost kao i razloge osporavanja potraživanja prijavljenih na osnovu izvršne isprave koji su, u suštini, slični su razlozima za žalbu protiv rešenja o izvršenju određenog na osnovu izvršne isprave, koji sprečavaju izvršenje iz Zakona o izvršnom postupku.

Zakon o stečajju na parnicu upućuje stečajnog dužnika kao slabijeg u pravu (ili drugog poverioca koji je ovom poveriocu osporio potraživanje iz izvršne isprave), a ne stečajnog poverioca koji za svoje potraživanje ima izvršnu ispravu.

---

<sup>24</sup> Odgovor utvrđen na sednici Odeljenja za privredne sporove Višeg trgovinskog suda u Beogradu od 30. avgusta 2002. godine, bilten »Sudska praksa trgovinskih sudova« br. 3/2002, Privredni savetnik AD, Beograd, str. 55. i 56.

Institut osporavanja potraživanja iz izvršne isprave razlikuje se od pobijanja pravnih radnji stečajnog dužnika, odnosno od mogućnosti da se pobijaju i pravni poslovi i pravne radnje za koje postoji izvršna isprava ili koje su preduzete u postupku prinudnog izvršenja, što dovodi do prestanka dejstva izvršne isprave prema poveriocima stečajnog dužnika.

Izvršna isprava ne mora biti samo sudska presuda, već se kao izvršna isprava može pojaviti i pravosnažno rešenje doneto u upravnom postupku.

Potraživanje utvrđeno pravosnažnom i izvršnom presudom, može se osporavati samo ako postoje zakonom propisani razlozi. Da bi prestanak potraživanja predstavljao pravno relevantan razlog za osporavanje potraživanja prijavljenih na osnovu izvršne isprave, isti se mora zasnivati na činjenicama koje se nastupile nakon izvršnosti. Svi ostali razlozi, koji se odnose činjenice na osnovu kojih je doneta presuda ili druga izvršna isprava, mogli bi predstavljati samo razlog za ponavljanje postupka.

U izvršnom postupku sprovodi se pojedinačno izvršenje, dok se u stečajnom postupku sprovodi opšte izvršenje. Ova dva postupka međusobno isključuju, tako da se od dana otvaranja postupka stečaja ne može protiv dužnika dozvoliti mera obezbeđenja niti prinudnog izvršavanja radi namirenja potraživanja u pogledu kojih postoji izvršna isprava, kao i da se prekidaju postupci radi obezbeđenja i izvršenja, koji su u toku.

Pravna posledica stečaja je nemogućnost prinudnog izvršenja na imovini stečajnog dužnika, kao i prekid izvršnog postupka, iz čega proizilaze da pravosnažne i izvršne isprave gube svojstvo izvršnosti, ali ne gube pravosnažnost. To dalje znači da se u parnici koju pokreće stečajni dužnik mogu preispitivati samo činjenice koje se tiču prestanka potraživanja na osnovu činjenice koja je nastupila posle izvršnosti odluke ili pre toga, ali u vreme kad dužnik to nije mogao da istakne u postupku iz kog potiče izvršna isprava, dakle ne i činjenice koje su postojale u vreme zaključenja glavne rasprave posle koje je doneta pravosnažna presuda, što znači su iste obuhvaćene pravosnažnošću presude.

Ako se traži preispitivanje činjeničnog stanja koje se odnosi na samo potraživanje, a te činjenice su obuhvaćene pravosnažnošću presude, tada je tužbeni zahtev neosnovan. Odbijanje tužbenog zahteva u parnici za negativno utvrđenje ima značaj utvrđenja osporenog potraživanja iz izvršne isprave. Osporavanje razlučnog prava zasnovanog na izvršnoj ispravi može se zasnivati samo na razlozima propisanim Zakonom o stečaju.

VLADIMIR KOZAR, LL.D.,  
Assistant Professor, Faculty of Law,  
Business Academy Novi Sad

## CHALLENGING CLAIMS OF ENFORCEABLE DOCUMENT UNDER THE NEW LAW ON BANKRUPTCY

### Summary

Bankruptcy law provides the opportunity and reasons to challenge the claims submitted based on the enforceable document which are, in essence, similar to the reasons provided for the appeal against the decision on the execution based on the enforceable document, which prevent the execution prescribed by the Law on Execution Procedure.

Bankruptcy law provides the possibility for the bankruptcy debtor to initiate the lawsuit as a subject who possesses inferior right (or other creditor which litigations the creditor's claim for the enforcement), and not the bankruptcy creditor who possesses an enforceable document for his claim.

The institute of challenging the enforceable documents' claims differs from the denial of the bankruptcy debtor's legal action.

Enforceable document may not be the only judicial decision, since such quality pertains also to the final decision issued in the administrative proceedings.

In a civil law litigation initiated by the bankruptcy debtor, only facts concerning the termination claims based on facts arising after the decision of excellence may be reviewed, and not the facts that existed at the time of conclusion of the main hearing, resulting in a legally valid verdict, which means that those facts are encompassed by the validity of the verdict.

If the review of the facts relating to a claim is challenged, and those facts are included by validity of the verdict, then such a claim should be considered as unfounded.

Rejecting the claim in civil law litigation for a negative establishment, has the importance of requiring the establishment of the challenged claim from the enforceable document.

Denying the right to separate settlement based on the enforceable document can be based only on grounds prescribed by the Law on Bankruptcy.





*JELENA PEROVIĆ*

**PRINCIP POTPUNE NAKNADE  
I PRAVILO PREDVIDLJIVOSTI ŠTETE  
U KONVENCIJI UN O MEĐUNARODNOJ  
PRODAJI ROBE**

**U V O D**

Naknada štete po osnovu ugovorne odgovornosti može se odrediti kao kompenzacija za štetu koju je druga ugovorna strana pretrpela usled povrede ugovora. U najopštijem smislu, da bi oštećena strana ostvarila pravo na naknadu štete po osnovu ugovorne odgovornosti, potrebno je da je druga strana učinila povredu ugovora, da je oštećena strana pretrpela štetu koja se može naknaditi prema merodavnom pravu i da je šteta nastala kao posledica povrede ugovora. U ovoj oblasti, jedno od najznačajnijih pitanja odnosi se na obim naknade štete i ograničenja ugovorne odgovornosti.

Ugovori o međunarodnoj prodaji robe često sadrže klauzulu kojom se određuju granice odgovornosti ugovornih strana na štetu proisteklu iz povrede ugovora. S druge strane, kad ovo pitanje nije predviđeno ugovorom, sud mora odlučiti o postojanju odgovornosti za naknadu štete, kao i o obimu te naknade. Ukoliko se na ugovor primenjuje Konvencija UN o međunarodnoj prodaji robe iz 1980. (Bečka konvencija), uniformno tumačenje pravila Konvencije koje se odnose na naknadu štete od prioritetnog je značaja. Prilikom odlučivanja o granicama ugovorne odgovornosti u oblasti međunarodne prodaje, sudovi se nekad

rukovode određenim kriterijumima nacionalnog prava,<sup>1</sup> što dovodi do različitih tumačenja pravila Konvencije i predstavlja značajnu smetnju za ostvarenje njihove uniformne primene na međunarodnom nivou.<sup>2</sup> U tom kontekstu, polazeći od činjenice da su pravila Konvencije o proceni štete usvojena pod snažnim uticajem *common law*-a, posebno je značajno utvrditi u kojoj meri odredbe Konvencije korespondiraju odgovarajućim pravilima *common law*, da li prilikom tumačenja pravila Konvencije treba uzeti u obzir sudsku praksu i pravne kategorije *common law* i kako ugovorne strane ugovora o međunarodnoj prodaji razumeju i tumače pojmove usvojene u Konvenciji.

Predmet ovog rada predstavlja analiza osnovnih pravila i principa Bečke konvencije o ograničenju ugovorne odgovornosti putem kriterijuma predvidljivosti. Pri tome, posebna pažnja posvećena je njihovoj komparaciji sa odgovarajućim pravilima nacionalnih pravnih sistema, a posebno sa rešenjima *common law* o predvidljivosti štete, u težnji uočavanja osnovnih problema koji se odnose u tom pogledu mogu javiti u praksi međunarodnog poslovnog prometa.

## OPŠTA PRAVILA KONVENCIJE O PROCENI ŠTETE

Pravila Konvencije o proceni štete bazirana su na dva osnovna principa – princip potpune naknade i princip ograničenja odgovornosti putem pravila predvidljivosti.<sup>3</sup> Prema članu 74 Konvencije: »Naknada štete za povredu ugovora koji je učinila jedna strana jednaka je pretrpljenom gubitku i izmakloj dobiti koji su usled povrede nastali za drugu stranu. Ova naknada ne može biti veća od gubitka koji je strana koja je povredila ugovor predvidela ili morala predvideti u trenutku zaključenja ugovora kao moguću posledicu povrede ugovora, s obzirom na činjenice koje su joj tada bile poznate ili morale biti poznate.«<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> V. A.G. Murphey, *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, str. 422 i dalje; I. Schwenzer, »Art 74« u P. Schlechtriem, I. Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3e éd., Oxford, Oxford University Press, 2010, str.1001, gde se, u tom smislu ističe: »...Such developments must be taken into account in order to prevent courts from feeling the need to apply domestic law in addition to the Convention. This would undermine unification in a core area«.

<sup>2</sup> V. član 7 Konvencije.

<sup>3</sup> Na istim principima zasnivaju se i osnovna pravila o naknadi štete predviđena u UNID-ROIT Principima međunarodnih trgovinskih ugovora (čl. 7.4.2 i 7.4.4) i u Principima evropskog ugovornog prava (čl. 9:502 i 9:503).

<sup>4</sup> Ovo pravilo preuzeto je iz člana 82 Jednoobraznog zakona o međunarodnoj prodaji robe, 1964 (ULIS), s tim što se član 74 Konvencije primenjuje i u slučaju kad je ugovor raskinut, za razliku od pravila ULIS-a koje se odnosi samo na slučajevu u kojima ugovor nije raskinut.

Član 74 Konvencije primenjuje se u slučaju povrede ugovora od strane prodavca<sup>5</sup> ili kupca<sup>6</sup> i predstavlja opšte pravilo Konvencije za procenu štete nastale usled povrede ugovora.<sup>7</sup> Pravilo iz člana 74 primenjuje se i u slučajevima kad je ugovor raskinut na osnovu članova 75 i 76 Konvencije. Nadalje, prema Konvenciji, dužnikova odgovornost je limitirana obavezom poverioca da umanja gubitak (*to mitigate the losses*) u smislu člana 77. Najzad, kupac gubi pravo da zahteva naknadu izgubljene dobiti ako prodavcu nije blagovremeno dostavio obaveštenje o nedostatku saobraznosti odnosno o pravu ili potraživanju trećeg lica.<sup>8</sup>

Zahtev za naknadu štete u smislu člana 74 podnosi se u slučaju kad jedna ugovorna strana ne ispuni bilo koju obavezu predviđenu ugovorom ili Konvencijom.<sup>9</sup> Pod neispunjenjem se podrazumeva potpuno neispunjenje ugovorne obaveze, delimično neispunjenje, kao i slučaj kad je obaveza ispunjena ali ne onako kako je to ugovorom bilo predviđeno. Pri tome, za ostvarenje prava na naknadu štete, neispunjenje ne mora predstavljati »bitnu povredu ugovora« u smislu člana 25 Konvencije.<sup>10</sup> Prema Konvenciji, predmet naknade je samo šteta koja je direktno ili indirektno uzrokovana povredom ugovora. U principu, za naknadu štete dovoljno je da je povreda ugovora bila preduslov za nastupanje štete (*conditio sine qua non, but-for rule*).<sup>11</sup> Zahtev za naknadu štete može se podneti kao samostalan zahtev ili istovremeno sa zahtevom za ispunjenje ugovora ili sniženje cene, kao i u slučaju raskida ugovora.<sup>12</sup> Iz teksta Konvencije proizilazi da nakanda štete mora biti učinjena u novcu.<sup>13</sup>

---

<sup>5</sup> V. član 45.1 Konvencije.

<sup>6</sup> V. član 61 Konvencije.

<sup>7</sup> V. H. Stoll, G. Gruber, »Art. 74« u P. Schlechtriem, I. Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 2005, str. 746.

<sup>8</sup> V. čl. 39, 43 i 44 Konvencije.

<sup>9</sup> Članovi 45.1 i 61.1 Konvencije.

<sup>10</sup> Prema Konvenciji, bitna povreda ugovora predstavlja osnov za raskid ugovora ali ne i za zahtev za naknadu štete. O bitnoj povredi ugovora v. J. Perović, *La contravention essentielle au contrat comme fondement à la résolution des contrats dans les codifications de droit uniforme*, *Revue de droit international et de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2008, nos 2 et 3, str. 272-306; isti autor, *Bitna povreda ugovora – Međunarodna prodaja robe*, Beograd, Službeni list SCG, 2004.

<sup>11</sup> I. Schwenzer, op. cit., str. 1015 i str. 1003, gde se ističe: »The mere breach of a contractual obligation is sufficient to trigger liability«. Više o pitanju kauzaliteta u Bečkoj konvenciji, Dj. Saidov, *The Law of Damages in International Sales The CISG and Other International Instruments*, Portland, Oxford and Portland, Oregon, 2008, str. 79-101.

<sup>12</sup> K.H. Neumayer, C. Ming, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises Commentaire*, Lausanne, Cedidac, 1993, str. 482.

<sup>13</sup> Tekst Konvencije na srpskom jeziku ne precizira izričito da naknada mora biti učinjena u novcu. Slična je situacija i sa tekstom na francuskom jeziku. Ipak, ovakav zaključak proizilazi iz

## PRINCIP POTPUNE NAKNADE

Princip potpune naknade prema kome je naknada štete jednaka stvarnoj šteti (*damnum emergens*) i izgubljenoj dobiti (*lucrum cessans*) široko je prihvaćen u uporednom pravu i uniformnim pravilima ugovornog prava.<sup>14</sup>

Ovaj princip polazi od ideje potupne naknade štete. Prema njemu, poverilac treba da bude stavljen u onaj imovinski položaj u kome bi se nalazio da su ugovorne obaveze ispunjene u svemu u skladu sa ugovorom<sup>15</sup> (*performance principle*).<sup>16</sup> Za poverioca je važna integralna naknada,<sup>17</sup> pri čemu je, prema Konvenciji, krivica druge ugovorne strane po pravilu irelevantna.<sup>18</sup>

Prema Konvenciji, dužnik je odgovoran za svaki gubitak proistekao iz povrede ugovora, nezavisno od krivice (*strict liability system*),<sup>19</sup> osim u slučajevima oslobođenja od odgovornosti u smislu člana 79 i 80 Konvencije i u slučajevima

---

engleskog teksta Konvencije »damages... consist of a sum equal to the loss...«, kao i iz formulacija ovog pravila na nekim drugim jezicima (npr. ruski, španski, itd.). Više, K.H. Neumayer, C. Ming, op. cit., p. 486; I. Schwenzer, op. cit., p. 1005.

<sup>14</sup> Na primer, srpsko, nemačko, austrijsko, francusko, italijansko, portugalsko, holandsko pravo. Prihvaćen je i u UNIDROIT Principima (član 7.4.2) i u Principes evropskog ugovornog prava (član 9.502).

<sup>15</sup> V. H. McGregor, *McGregor on Damages*, 18<sup>e</sup> éd., Sweet&Maxwell, Thomson Reuters, 2009, str. 199, gde se konstatuje: »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 in had the contract been performed«. Detaljno o ovom principu, G.H. Treitel, *The Law of Contract*, 12<sup>e</sup> éd, London Sweet&Maxwell, 2007, poglavlje 20, str. 991-1091.

<sup>16</sup> U *common law* ovaj princip označava se kao »protection of the expectation/performance interest«. O odnosu između principa potpune naknade civil law sistema i performance interest common law sistema, DJ. SAIDOV, op. cit., str. 25-29.

<sup>17</sup> Prema Konvenciji, naknada štete treba da bude određena tako da za poverioca predstavlja punu kompenzaciju sa stanovišta svrhe konkretnog ugovora. V. I. Schwenzer, op. cit., str. 1005; K.H. Neumayer, C. Ming, op. cit., str. 497; V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises Droit uniforme, Traité des contrats sous la direction de Jacques Ghestin*, Paris, L.G.D.J., 2000, str. 401; B. Audit, *La vente internationale de marchandises – Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, Paris, L.G.D.J., 1990, str. 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.

<sup>18</sup> O ulozi krivice pri ostvarenju prava na naknadu štete, S. Perović, *Predgovor Zakona o obligacionim odnosima*, Beograd, Sl. glasnik, 2009, str. 80 i dalje.

<sup>19</sup> Detaljno o principu integralne naknade u Bečkoj konvenciji, I. Schwenzer, op. cit., str. 1000 i dalje; B. Audit, op. cit., str. 162 i dalje; K.H. Neumayer, C. Ming, op. cit., str. 483; V. Heuzé, op. cit., str. 400 i dalje; J.O. Honnold, *Uniform Law For International Sales*, 3e éd, The Hague, Kluwer Law International, 1999, str. 445-449; Dj. Saidov, op. cit.

kad su ugovorne strane drukčije predvidele.<sup>20</sup> U tom kontekstu, u komentarima člana 74 Konvencije ističe se da je dužnik obavezan da poveriocu naknadi ukupnu štetu, što znači sve pretrpljene gubitke, uključujući i troškove kojima se povećilac izložio u cilju izbegavanja ili umanjenja štete.<sup>21</sup>

Prema principu integralne naknade, obe vrste štete – stvarna šteta i izgubljena dobit, tretiraju se jednako i uživaju isti stepen zaštite.<sup>22</sup> U oblasti međunarodne prodaje robe, izgubljena dobit često se odnosi na slučaj u kome kupac, zbog povrede ugovora od strane prodavca, ne može dalje prodati robu i tako ostvariti dobit.

Ova vrsta štete podleže naknadi od strane prodavca na osnovu člana 74 u meri u kojoj je on, u momentu zaključenja ugovora, predvideo ili morao predvideti činjenicu da je roba namenjena daljoj prodaji od strane kupca, što u trgovačkim transakcijama predstavlja redovan slučaj.<sup>23</sup>

Generalno, izgubljena dobit može se odnositi samo na onu dobit koja bi efektivno bila ostvarena da su ugovorne obaveze uredno ispunjene.<sup>24</sup> U tim okvirima, postavlja se pitanje da li se, prema članu 74, može zahtevati naknada za »izgubljenu šansu« (»loss of a chance«), koja u suštini ne predstavlja izgubljenu dobit (»loss of profit«), već izgubljenu šansu za ostvarenje dobiti (»loss of a chance to profit«).<sup>25</sup>

U tom pogledu, stavovi komentatora Konvencije i jurisprudencije su podeľjeni.<sup>26</sup> Prema nekim mišljenjima, u principu se ne može zahtevati naknada zbog

---

<sup>20</sup> S obzirom na dispozitivan karakter Konvencije, ugovorne strane mogu ugovorom predvideti određene posebne uslove odgovornosti za štetu, kao što je na primer krivica. Tako, u *Forestry equipment case* rešavanom od strane *Turku* Apelacionog suda Finske (12 april 2002) u kome je primenjena Bečka konvencija, u garanciji prodavca koja je bila sastavni deo ugovora, bilo je predviđeno da kupac nema pravo na naknadu štete zbog nedostatke saobraznosti robe, osim ako šteta ili nesaobraznost nisu posledica namere ili krajnje nepažnje prodavca. U ovom slučaju, sud je, bez obzira na princip *strict liability* Bečke konvencije, morao prihvatiti krivicu kao uslov odgovornosti za štetu, ističući da su ugovorne strane slobodne da ugovore uslove odgovornosti zbog nedostatka saobraznosti. Nav. prema Dj. Saidov, op. cit., str. 23.

<sup>21</sup> K.H. Neumayer, C. Ming, op. cit., str. 487; H. Stoll, G. Gruber, op. cit., str. 746; I. Schwenger, op. cit., str. 1000.

<sup>22</sup> Sa pomenutim izuzetkom gubitka prava na izgubljenu dobit predviđenim članom 44 Konvencije.

<sup>23</sup> Voy. K.H. Neumayer, C. Ming, op. cit., str. 493.

<sup>24</sup> K.H. Neumayer, C. Ming, op. cit., str. 493; H. Stoll, G. Gruber, op. cit., str. 759.

<sup>25</sup> Ekonomska analiza pojma »opportunity loss«, R. Cooter, TH. Ulen, *Law & Economics*, 4<sup>e</sup> éd, Pearson Addison Wesley, 2004, str. 242 i dalje.

<sup>26</sup> Reference na sudske odluke u kojima rešavano o ovom pitanju, Dj. Saidov, op. cit., str. 70 i dalje.

samog gubitka šanse da se ostvari dobit,<sup>27</sup> dok je prema drugim potrebno priznati naknadu za »izgublenu šansu« u okviru člana 74<sup>28</sup> s obzirom da ona, bez sumnje, predstavlja ekonomsku vrednost.<sup>29</sup> Najzad, postoji i treći stav prema kome se ova naknada, izuzetno, može zahtevati onda kad je svrha ugovora zaključenog između poverioca i dužnika upravo sticanje profita; poverilac ulazi u ugovorni odnos da bi stekao šansu da ostvari profit, pa ako tu šansu izgubi usled povrede ugovora od strane dužnika, ima pravo zahtevati naknadu štete.<sup>30</sup> Pitanje je još složenije ako se ima u vidu da je naknada ove vrste štete prihvaćena u određenim nacionalnim pravnim sistemima,<sup>31</sup> kao i u UNIDROIT Principima međunarodnih trgovinskih ugovor.<sup>32</sup> Na osnovu izloženog, može se zaključiti da je Konvencija ostavila otvorenim pitanje naknade za »izgublenu šansu«, a da su doktrina i jurisprudencija daleko od jedinstvenog odgovora u tom pogledu, što može prouzrokovati probleme u praksi međunarodne prodaje robe.

Najzad, kad je reč o pravilima Konvencije o izgubljenoj dobiti, potrebno je primetiti da poverilac, u smislu principa potpune naknade, ima pravo na naknadu ne samo dobiti izgubljene do donošenja sudske ili arbitraže odluke, već i buduće dobiti, ako ona može biti utvrđena za razumnom izvesnošću i ako je u skladu sa zahtevima Konvencije koji se odnose na predvidljivost štete i na obavezu preduzimanja radnji u cilju njenog umanjenja.<sup>33</sup>

## PREDVIDLJIVOST ŠTETE

Pravilo predvidljivosti štete, proisteklo iz francuskog prava (član 1150 Code civil)<sup>34</sup> i engleskog vodećeg slučaja *Hadley v Baxendale (contemplation ru-*

---

<sup>27</sup> H. Stoll, G. Gruber, ibidem.

<sup>28</sup> Dj. Saidov, op. cit., str. 72 i dalje.

<sup>29</sup> I. Schwenzer, op. cit., str. 1014.

<sup>30</sup> H. Stoll, G. Gruber, op. cit., str. 759, CISG-AC Opinion No. 6, op. cit.

<sup>31</sup> Pre svega u engleskom i američkom pravu. Više, DJ.SAIDOV, op. cit., str. 70 i dalje.

<sup>32</sup> Član 7.4.3 st. 2, prema kome »Compensation may be due for the loss of a chance in proportion to the probability of its occurrence«.

<sup>33</sup> I. Schwenzer, op. cit., str. 1014; H. Stoll, G. Gruber, op. cit., str. 759; CISG-AC Opinion No. 6, op. cit.

<sup>34</sup> Iako se pojam predvidljive štete najčešće vezuje za *common law*, treba primetiti da su prvi okviri ovog pojma dati u francuskom pravu. Još je Dimoulin u 16. veku postavio pravilo da se prilikom obima naknade ima voditi računa o predvidljivosti štete i to u vreme zaključenja ugovora. Pravilo o predvidljivoj šteti bilo je prihvaćeno u francuskoj teoriji, tako da je francuski Code civil

le),<sup>35</sup> naknadu štete ograničava na štetu koju je strana koja je povredila ugovor predvidela ili morala predvideti u trenutku zaključenja ugovora. Pravilo predvidljivosti usvojeno je u velikom broju nacionalnih pravnih sistema, kao i u UNIDROIT Principima (član 7.4.4) i Principima evropskog ugovornog prava (član 9:503).<sup>36</sup> Ograničenje ugovorne odgovornosti na predvidljivu štetu opravdava se<sup>37</sup> brojnim argumentima<sup>38</sup> u okviru kojih se, između ostalog, ističe da ovo pravilo dozvoljava ugovornim stranama da već u trenutku zaključenja ugovora razmotre i uzmu u obzir moguće imovinske posledice eventualne povrede ugovora<sup>39</sup> i da se u tom smislu zaštite od eventualne odgovornosti,<sup>40</sup> kao i da se putem pravila predvidljivosti obezbeđuje alokacija rizika na pravičan i razuman način.<sup>41</sup>

Prema pravilu predvidljivosti iz člana 74 Konvencije, dužnik odgovara samo za one rizike koje je mogao razumno predvideti u vreme zaključenja ugovora, uzimajući u obzir sve okolnosti slučaja i svrhu ugovora, nezavisno od toga da

---

usvojio pravilo prema kome: »Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts 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« (član 1150). Više o pravilu predvidljivosti u francuskom pravu, J. Carbonnier, *Droit civil*, Tome Second, 4<sup>e</sup> éd, Paris, Presses Universitaires de France, 1964, str. 515-516; F. Terré, PH. Simler, Y. Lequette, *Droit civil Les obligations*, 6<sup>e</sup> éd, Paris, Dalloz, 1996, n. 538, 539 i 540; A. Bénabent, *Droit civil Les obligations*, Paris, Montchrestien, 1995, n. 414 i 415.

<sup>35</sup> Slučaj iz 1854. godine kojim je u engleskom pravu postavljeno pravilo o predvidljivosti štete – *contemplation rule*. Ovo pravilo razrađeno je u slučaju *Victoria Laundry (Windsor) Ltd. V. Newsmen Industries, Ltd.* Iz 1949. godine. Više o ovim slučajevima, H. McGregor, op. cit., str. 200 i dalje; A.G. Murphey, op. cit., str. 430 i dalje; Benjamin's *Sale of Goods*, 7<sup>e</sup> éd, Thomson Sweet&Maxwell, London, 2006, str. 988 i dalje; Anson's *Law of Contract*, ed. by A.G. Guest, 25<sup>e</sup> éd, Clarendon Press, Oxford, 1979, str. 555 i dalje; H. Beale, A. Hartkamp, H. Kötz, D. Tallon, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Portland, Oregon, Hart Publishing, 2002, str. 821 i dalje; P.D.V. Marsh, *Comparative Contract Law*, Hampshire, Gower, 1996, str. 314-315. O ovom pravilu u engleskom *Sale of Goods Act (sec. 54)* i uopšte u oblasti vente de marchandises u engleskom pravu, M. Bridge, *The Sale of Goods*, Oxford, Oxford University Press, str. 571 i dalje. Pravilo o predvidljivosti štete usvojeno je i Jednoobraznom trgovačkom zakoniku SAD (član 2-715).

<sup>36</sup> Komparativno-pravni pregled u pogledu ovog pravila, H. Beale, A. Hartkamp, H. Kötz, D. Tallon, op. cit., str. 818 i dalje.

<sup>37</sup> Obrazloženje za ograničenje odgovornosti dužnika u slučaju povrede ugovora može se naći i u teoriji adekvatne uzročnosti. V. H. et L. Mazeaud, A. Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Tome II, 5<sup>e</sup> éd, Paris, éditions Montchrestien, str. 422 i dalje.

<sup>38</sup> Detaljno, Dj. Saidov, op. cit., str. 23.

<sup>39</sup> K.H. Neumayer, C. Ming, op. cit., str. 490.

<sup>40</sup> I. Schwenzler, op. cit., str. 1001.

<sup>41</sup> V. H. Stoll, G. Gruber, »Art. 74« u *Commentary...* op. cit., str. 747, gde se ističe: »The foreseeability rule thus fulfils the reasonable merchant's need to be able to calculate and limit his contractual liability«.

li je i kojoj meri je odgovoran za povredu ugovora. Ovo pravilo primenjuje se i u slučajevima kad je dužnik povredio ugovornu obavezu namerno ili sa krajnjom nepažnjom.<sup>42</sup> U tom pogledu, rešenje Konvencije ne korespondira pravilima onih pravnih sistema u kojima se ograničenje naknade na predvidljivu štetu ne primenjuje u slučaju kad je povreda ugovora učinjena namerno ili sa krajnjom nepažnjom.<sup>43</sup>

Tako, srpski Zakon o obligacionim odnosima predviđa da, u slučaju name-re ili krajnje nepažnje, poverilac ima pravo da od dužnika zahteva naknadu celokupne štete nastale usled povrede ugovora, bez obzira na to što dužnik nije znao za posebne okolnosti zbog kojih su one nastale.<sup>44</sup> Slično pravilo poznaju i Principi evropskog ugovornog prava,<sup>45</sup> dok UNIDROIT Principi u pogledu ovog pitanja usvajaju rešenje člana 74 Konvencije.<sup>46</sup>

Prema Konvenciji, za ocenu predvidljivosti relevantan je momenat zaključenja ugovora,<sup>47</sup> uzimajući u obzir činjenice koje su strani koja je povredila ugovor tada bile poznate ili morale biti poznate.<sup>48</sup> U tom smislu, prilikom ocene predvidljivosti u smislu člana 74, ne uzima u obzir momenat u kome je povreda ugovora učinjena, te je, po pravilu, bez značaja pitanje da li je strana ko-

<sup>42</sup> V. B. Audit, op. cit., str. 163, gde se konstatuje: »...la réparation est indépendante, selon la convention, de toute idée de faute«; I. Schwenzer, »Art 74« u *Commentary*... op. cit., str. 1018; H. Stoll, G. Gruber, »Art. 74« u *Commentary*... op. cit., p. 764. Rezervu u pogledu ovog pravila videti u V. Heuzé, op. cit., str. 404.

<sup>43</sup> Na primer, francuski Građanski zakonik, član 1150, italijanski Građanski zakonik, član 1225.

<sup>44</sup> Član 266 st. 2.

<sup>45</sup> Član 9:503. Komentar ovog pravila, O. Lando, H. Beale (ed), *Principles of European Contract Law*, Parts I and II, The Hague/London/Boston, Kluwer Law International, 2000, str. 441-443.

<sup>46</sup> Član 7.4.4. Komentar ovog pravila, *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international 2004*, UNIDROIT, Rome, 2004, str. 246-247.

<sup>47</sup> V. Dj. Saidov, op. cit., str. 119 i dalje, gde se ističe: »...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«.

<sup>48</sup> Momenat zaključenja ugovora uzima se kao relevantan i u *Hadley* slučaju. U slučaju *Gee v. Lancashire and Yorkshire Ry* (1860) engleski sud je predložio da se pravilo o vremenu zaključenja ugovora ustanovljeno slučajem *Hadley* promeni tako što bi se dozvolilo obaveštenje nakon zaključenja ugovora. Ovaj predlog nije prihvaćen u kasnijim odlukama. Više o tome, A.G. Murphey, op. cit., str. 446-451. I Jednoobrazni trgovački zakonik SAD u članu 2-715 opredeljuje se za vreme zaključenja ugovora.



ja je učinila povredu nakon momenta zaključenja ugovora saznala ili morala saznati za određene dodatne rizike.<sup>49</sup>

Primenu ovog kriterijuma u sudskoj praksi adekvatno ilustruje odluka Vrhovnog suda Nemačke,<sup>50</sup> koji je, odlučujući o predvidljivosti štete u ugovoru o međunarodnoj prodaji, uzeo kao odlučujući momenat zaključenja ugovora. U ovom slučaju, nemački uvoznik zaključio je ugovor o prodaji sira sa izvoznikom iz Holandije. Kako je 3 procenta isporučenog sira imalo nedostatke, kupac je pretrpeo štetu, uključujući i izgublenu dobit koja se odnosila na: gubitak četiri kupca, iznos koji je kupac platio jednom od svojih kupaca na ime naknade štete jer je ovaj, zbog nedostataka na siru, izgubio svoje klijente i gubitak više ugovorenih isporuka koje su za kupca prouzrokovale dodatne transportne troškove. U ovom sporu, dva niža suda odbila su kupčev zahtev za naknadu izgubljene dobiti, nalazeći da bi kupac imao prava na ovu naknadu samo da je prodavac mogao predvideti činjenicu da 3 procenta sira sa nedostacima može prouzrokovati takvu štetu. Međutim, Vrhovni sud je zauzeo suprotno stanovište, ističući da je prodavac, u momentu zaključenja ugovora, znao da je kupac *preprodavac* predmetne robe.<sup>51</sup>

Pravilo Konvencije o predvidljivosti štete polazi od toga da je u momentu zaključenja potrebno da je bila predvidljiva sama šteta, a ne povreda ugovora koja predstavlja osnov za naknadu štete.<sup>52</sup> U tim okvirima, postavlja se pitanje da li se zahtev predvidljivosti odnosi na vrstu (prirodu) štete, na njen obim ili obuhvata oba ova elementa. Pored toga, pitanje je da li se pod obimom štete podrazumeva opšti obim u smislu limita dužnikove odgovornosti ili se pak, zahteva predvidljivost tačnog iznosa štete.<sup>53</sup> Konvencija u tom pogledu ne daje jasan odgovor, a činjenica da je reč o pitanju koje je različito tretirano u uporednom pravu<sup>54</sup> čini ga još težim za tumačenje sa aspekta člana 74. Ako se problem

---

<sup>49</sup> K.H. Neumayer, C. Ming, op. cit., str. 491; H. Stoll, G. Gruber, »Art. 74« u *Commentary...* op. cit., str. 765; V. Heuzé, op. cit., str. 403. Diskusija o ovom pitanju, kao i kritike ovog pravila, Dj. Saidov, op. cit., str. 120.

<sup>50</sup> BGH VIII ZR 201/78, 24.10.1979, dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/791024g1>, nav. u L.A. Dimatteo, L.J. Dhooge, S. Greene, V.G. Maurer, M.A. Pagnattaro, *International Sales Law A Critical Analysis of CISG Jurisprudence*, Cambridge University Press, 2005, str. 154.

<sup>51</sup> Analiza ovog slučaja, E.C. Schneider, *Consequential Damages in the International Sale of Goods: Analyses of Two Decisions*, U. Penn. J. Of Int'l B.L. 615, 1995, nav. prema L.A. Dimatteo, L.J. Dhooge, S. Greene, V.G. Maurer, M.A. Pagnattaro, ibidem.

<sup>52</sup> H. Stoll, G. Gruber, »Art. 74« u *Commentary...* op. cit., str. 765-766.

<sup>53</sup> Detaljna analiza ovih pitanja, Dj. Saidov, op. cit., str. 113 i dalje.

<sup>54</sup> O različitim rešenjima ovog pitanja od strane nacionalnih pravnih sistema, H. Beale, A. Hartkamp, H. Kötz, D. Tallon, H. Beale, A. Hartkamp, H. Kötz, D. Tallon, op. cit., str. 818 i dalje; P.D.V. Marsh, op. cit., str. 313 i dalje. Posebno o ovom pitanju u francuskom pravu, B. Nicholas,

posmatra sa stanovišta prakse međunarodnog poslovnog prometa, jasno je da u najvećem broju slučajeva nije moguće predvideti tačan iznos štete; ono što ugovorne strane, po pravilu, mogu predvideti u momentu zaključenja ugovora jeste priroda štete i njen opšti obim.<sup>55</sup> Iz tih razloga, ukoliko bi se zahtev predvidljivosti odnosio na tačan iznos štete, oštećena strana najčešće ne bi bila u mogućnosti da ostvari pravo na naknadu štete. U tom smislu, u komentarima Konvencije konstatuje se da je za ocenu predvidljivosti u smislu člana 74 ključno pitanje da li su mogućnost nastupanja štete i njena priroda bili predvidljivi za dužnika u momentu zaključenja ugovora. Pri tome, ističe se da dužnik nije morao predvideti tačan iznos štete ali je neophodno da je njen opšti obim za dužnika bio predvidljiv.<sup>56</sup>

Ipak, ovo pravilo različito se tumači u sudskoj i arbitražnoj praksi. U pojedinim slučajevima, sudovi i arbitraže su, primenjujući član 74, zahtevali predvidljivost tačnog iznosa štete. Tako, u sporu pred CIETAC arbitražom,<sup>57</sup> odbijen je zahtev kupca za naknadu izgubljene dobiti uz obrazloženje da razlika između cene ugovorene između kupca i prodavca (ugovorna cena) i cene po kojoj je kupac robu preprodavao klijentima (preprodajna cena) nije bila predvidljiva za prodavca u momentu zaključenja ugovora.<sup>58</sup> S druge strane, u sporu pred ICAC arbitražom,<sup>59</sup> Arbitražno veće zaključilo je da član 74 Konvencije ne zahteva predvidljivost u pogledu obima štete, već samo u pogledu vrste (prirode) štete koja može proisteci iz povrede ugovora. U ovom slučaju kupac je od prodavca zahtevao naknadu iznosa koji je kupac isplatio svom klijentu na ime ugovorne kazne, dok je prodavac isticao da je iznos ugovorne kazne previsok i da je za njega bio nepredvidljiv u momentu zaključenja ugovora. Polazeći od pomenutog tumačenja, Arbitražno veće stalo je na stanovište prema kome je dovoljno da je sa-

---

*The French Law of Contract*, 2<sup>e</sup> éd, Oxford, Clarendon Press, 1992, str. 230 i dalje; F. Terré, PH. Simler, Y. Lequette, op. cit., str. 439, gde se navode stavovi novije francuske jurisprudencije prema kojima: »...c'est la quotité du dommage qui doit être prise en consideration pour savoir ce que l'on entend par dommage prévisible«.

<sup>55</sup> V. Dj. Saidov, op. cit., str. 114 i dalje.

<sup>56</sup> I. Schwenzer, op. cit., str. 1020. Na istom stanovištu V. Heuzé, op. cit., str. 404, kao i B. Audit, op. cit., str. 163. H. Stoll, G. Gruber, op. cit., str. 766 u zahtev predvidljivosti izričito uključuju i predvidljivost uzročne veze. O ovom pitanju u arbitražnoj praksi H. Van Houtte, *The Vienna Sales Convention in ICC Arbitral Practice*, ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vo. 11/No. 2-Fall 2000, str. 30.

<sup>57</sup> China International Economic and Trade Arbitration Commission.

<sup>58</sup> CIETAC, 01.02.2000 (Silicon and manganese alloy), nav. u Dj. Saidov, op. cit., str. 114. Dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000201c1.html>.

<sup>59</sup> Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry.

ma ugovorna kazna bila predvidljiva, pri čemu je predvidljivost njenog iznosa od strane dužnika irelevantna sa aspekta člana 74 Konvencije.<sup>60</sup> Nasuprot tome, u većem broju odluka usvojen je stav prema kome zahtev predvidljivosti obuhvata obim štete.<sup>61</sup> Tako na primer, u jednom ugovoru o međunarodnoj prodaji kupac je morao da podigne zajam da bi prodavcu mogao avansno isplatiti cenu. Međutim, zbog povrede ugovora od strane prodavca, kupac nije mogao vratiti zajam u ugovorenom roku, zbog čega je morao da plati dodatnu kamatu na zaostali dug. Odlučujući o zahtevu kupca za naknadu štete od prodavca, *District Court of Kuopio* (Finska) našao je da prodavac nije mogao da predvidi visinu kamate u zemlji kupca (Litvanija) s obzirom da se ona suštinski razlikuje od kamatnih stopa u zapadnoj Evropi, te je kupcu dosudio naknadu štete u visini kamate koja bi, prema oceni suda, bila predvidljiva za prodavca.<sup>62</sup>

Imajući u vidu različite stavove jurisprudencije u pogledu predmetna predvidljivosti, kao i činjenicu da Konvencija ovo pitanje eksplicitno ne reguliše, potrebno je tumačiti ga sa posebnom pažnjom, u svetlu svrhe pravila predvidljivosti predviđenog u članu 74. Ta svrha se, između ostalog, ogleda u alokaciji rizika na pravičan i razuman način, što se u praksi međunarodnog poslovnog prometa po pravilu ostvaruje procenom, u momentu zaključenja ugovora, moguće štete (njene vrste odnosno prirode) i njenog opšteg obima, u smislu novčanog limita dužnikove odgovornosti. U tim opštim okvirima, tumačenje ovog pitanja mora se vršiti u skladu sa okolnostima svakog konkretnog slučaja.

## RAZLIKE U ODNOSU NA PRAVILA I POJMOVE COMMON LAW SISTEMA

Iako je pravilo Bečke konvencije o predvidljivosti štete usvojeno pod uticajem anglo-američkog *contemplation rule*, između ovih rešenja postoje značajne razlike. Iz tih razloga, u komentarima Konvencije naglašava se da se, prilikom tumačenja člana 74 Konvencije, sudska praksa anglo-američkih zemalja u kojoj je primenjivano nacionalno pravo ne može uzeti u obzir.<sup>63</sup> U istom smislu, autori

---

<sup>60</sup> ICAC 97/2004, 23.12.2004, nav. u Dj. Saidov, op. cit., str. 115-116. Dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/041223r1.html>.

<sup>61</sup> Pregled ovih odluka, Dj. Saidov, op. cit., str. 116 i dalje.

<sup>62</sup> Slučaj No 95/3214, 05.11.1996 (Butter case), nav. u Dj. Saidov, op. cit., str. 116. Dostupno na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961105f5.html>.

<sup>63</sup> I. Schwenzer, op. cit., str. 1019 gde se ističe da između ovih pojmova postoje »significant differences in essential points«.

iz područja anglo-američkog prava upozoravaju da se pravila proistekla iz slučaja *Hadley* razlikuju od pravila Bečke konvencije o predvidljivosti štete.<sup>64</sup>

Osnovno pravilo postavljeno u slučaju *Hadley* polazi od toga da, kad jedna ugovorna strana povredi ugovor, drugoj strani pripada naknada za takvu štetu za koju se pravično i razumno može smatrati da iz povrede proističe prirodno, tj. u skladu sa uobičajenim tokom stvari (1) ili naknada za štetu za koju se razumno može pretpostaviti da su je obe ugovorne strane, u vreme zaključenja ugovora, uzele u obzir kao verovatnu posledicu povrede ugovora (2).<sup>65</sup>

Komparacijom navedenog pravila sa članom 74 Konvencije dolazi se do više razlika koje opravdavaju stav prema kome se pravilo Konvencije o izračunavanju štete ne može tumačiti putem odgovarajućih kategorija anglo-američkog prava.

Na prvom mestu, u slučaju *Hadley* zahteva da je šteta bila »uzeta u razmatranje« (*contemplated*), dok je u Bečkoj konvenciji usvojen termin »predvidljive« (*foreseeable*) štete. Jasno razgraničenje ovih pojmova nije lako izvršiti, kako zbog terminoloških problema<sup>66</sup> tako i zbog različitog značenja koje oni mogu imati.<sup>67</sup> Polazeći od toga, osnovno pitanje je da li navedeni termini povlače razlike u pogledu *oblasti* ugovorne odgovornosti. Iz samih jezičkih formulacija proističe da te razlike postoje – prema *Hadley* pravilu zahteva se da je šteta zaista bila uzeta u razmatranje »contemplated«, a ne samo da je bila predvidljiva »foreseeable«. <sup>68</sup> U tom smislu, moglo bi se zaključiti da Konvencija, dozvoljavajući da šteta bude samo »predvidljiva« podrazumeva širu oblast odgovornosti u odnosu na *Hadley* pravilo. Ipak, autori u tom pogledu ispoljavaju različita stanovišta,

<sup>64</sup> Tako se na primer u A.G. Murphey, op. cit., str. 417 konstatuje: »US judges should try to divorce themselves from the influence of *Hadley* as much as possible; its rules are not the same as those under the consequential damages article of the C.I.S.G.«

<sup>65</sup> »Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should such as may fairly and reasonably be considered either as arising naturally, i.e. according to the usual course of things, form such breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it«.

<sup>66</sup> Dodatnu teškoću u tom smislu predstavlja prevod pojma »contemplation« na različite jezike koji ne može uvek na identičan način izraziti njegovo izvorno značenje.

<sup>67</sup> U tom smislu, v. mišljenje Lorda Denning-a koji je istakao: »I find it difficult to... draw a distinction between what a man 'contemplates' and what he 'foresees'. I soon begin to get out of my depth. I cannot swim in this sea of semantic exercises«. Nav. prema A.G. Murphey, op. cit., str. 435.

<sup>68</sup> Ocenjujući ovo pitanje sa stanovišta nacionalnog prava, *House of Lords* u slučaju *The Heron II* (1969) našao je da je reč o različitim terminima i izričito odbacio termin »foreseeable«. Nav. prema A.G. Murphey, op. cit., str. 436.

među kojima ima i onih koji se pitaju da li su, u vreme *Hadley* slučaja (1854), suštinske razlike između ova dva termina bile jasno razgraničene, odnosno nisu li u to vreme pojmovi »contemplated« i »foreseeable« imali isto značenje.<sup>69</sup> Kad je reč o ovom pitanju u savremenom američkom pravu, većina autora i sudija izjednačava pojmove »contemplated« i »foreseeable«, zaključujući da je *Hadley* slučajem postavljeno pravilo predvidljivosti.<sup>70</sup> Isti zaključak se može izvesti i u pogledu formulacije »foreseeable« iz člana 74 Konvencije, s obzirom da se u komentarima Konvencije, po pravilu, ovoj razlici ne posvećuje pažnja.<sup>71</sup> Ipak, u slučaju spora, razlike između navedenih pojmova mogu dovesti do značajno različitih rezultata prilikom ocene obima odgovornosti za štetu. Iz tih razloga, ugovorne strane prilikom zaključenja ugovora i sudovi prilikom odlučivanja (posebno ako je reč o ugovornim stranama i sudovima iz *common law* sistema), ove razlike treba da imaju u vidu ukoliko je ugovor podvrgnut Bečkoj konvenciji.<sup>72</sup>

Za razliku od *Hadley* slučaja u kome je »contemplation« obe ugovorne strane odlučujuće, prema Konvenciji predvidljivost štete ocenjuje se iz perspektive strane koja je povredila ugovor. Za ocenu obima odgovornosti prema Konvenciji relevantna je šteta koju je *dužnik*, kao strana koja je povredila ugovor, predvideo ili morao predvideti u trenutku zaključenja ugovora kao moguću posledicu povrede ugovora, s obzirom na činjenice koje su mu tada bile poznate ili morale biti poznate. Ovakvo rešenje čini se opravdanim pre svega jer je u skladu sa principom alokacije rizika prema kojima polazi od rizika pretpostavljenog od strane dužnika,<sup>73</sup> a zatim i zbog toga što poverilac, po pravilu, bolje od dužnika poznaje svoje poslovanje i rizike koji iz njega mogu proisteći.<sup>74</sup> U tom kontekstu,

---

<sup>69</sup> Detaljna analiza ovog pitanja u engleskom i američkom pravu, A.G. Murphey, op. cit., str. 435-439.

<sup>70</sup> Pojedina mišljenja u tom pravcu ispoljena su i u engleskom pravu. Detaljno, A.G. Murphey, op. cit., str. 438.

<sup>71</sup> V. na primer I. Schwenzer, op. cit., str. 1019; H. Stoll, G. Gruber, op. cit., str. 764 i dalje; K.H. Neumayer, C. Ming, op. cit., str. 490 i dalje.

<sup>72</sup> U literaturi se konstatuje da se tradicionalno neprihvatanje engleskih sudova pojmova »foreseeable« i »possible« Bečke konvencije odnosi samo na unutrašnje (nacionalne) sporove. Nasuprot tome, prilikom odlučivanja o odgovornosti za štetu u međunarodnoj prodaji robe, engleski sudovi oba navedena pojma primenjuju »bez prigovora«, što se objašnjava činjenicom da je Engleska, iako nije prihvatila Bečku konvenciju, prihvatila ULIS koji je Konvenciji prethodio, a čija su pravila o predvidljivosti štete (čl. 82) gotovo identična odgovarajućim pravilima Konvencije. V. A.G. Murphey, op. cit., str. 443.

<sup>73</sup> Dj. Saidov, op. cit., str. 103.

<sup>74</sup> U pogledu ovog pitanja u američkom pravu, v. komentar A. Corbin, *Corbin on Contracts: A Comprehensive Treatise on the Working Rules of Contract Law*, vol. 5, St Paul, Minn, West Publishing Co, 2002, str. 29, u kome se konstatuje: »The question always turns to whether the defendant had reason to foresee the injury. No doubt that the plaintiff nearly always know his own

u literaturi se ističe da u sudskoj praksi nije bilo slučajeva u kojima je naknada štete bila odbijena zbog toga što oštećena strana nije predvidela štetu.<sup>75</sup>

U pogledu standarda prema kome se ocenjuje predvidljivost štete, Konvencija izričito predviđa štetu koju je dužnik »predvideo ili morao predvideti« (*fore-saw or ought to have foreseen*). Iz toga proizilazi da se predvidljivost štete ocenjuje primenom objektivnog kriterijuma, polazeći od toga šta bi razumno lice na mestu dužnika, svesno okolnosti u vreme zaključenja ugovora, moglo predvideti kao posledicu povrede ugovora.<sup>76</sup> Ipak, pravilo predvidljivosti dopunjeno je i subjektivnim elementom na osnovu koga polje predvidljivosti može biti prošireno ili suženo, u zavisnosti od okolnosti na koje je poverilac skrenuo pažnju dužniku, a koje su objektivno nepredvidive.<sup>77</sup> S druge strane, Jednoobrazni trgovački zakonik SAD u odredbi o indirektnoj šteti (član 2-715) usvaja standard »gubitka za koji je prodavac imao razloga da zna« (*loss which the seller had reason to know*). U suštinskom smislu, razlike između navedenih formulacija čine se neznatnim. U literaturi se ističe da se u američkoj sudskoj praksi ovaj standard primenjuje bez većih problema.<sup>78</sup> U istom smislu, konstatuje se da su američki i britanski sudovi,<sup>79</sup> u prošlosti rukovođeni slučajem *Hadley*, prihvatili da se »uobičajeni tok stvari« u stvarnosti menja, te da moderna poslovna praksa, oprema, računovodstveni metodi, sistem komunikacija i sl., proširuju znanje odnosno predvidljivost ugovornih strana. Drugim rečima, u savremenim uslovima poslovanja, ugovorne strane imaju više mogućnosti da predvide rizike koje nosi jedan ugovorni odnos, i samim tim »moraju znati« odnosno »predvideti« više okolnosti nego što je to bilo u vreme slučaja *Hadley*.<sup>80</sup>

---

business and circumstances better than the defendant... Therefore, when courts say that both must have had foresee the injury, the meaning is that the defendant must have had reason to foresee it«.

<sup>75</sup> A.G. Murphey, op. cit., str. 445.

<sup>76</sup> H. Stöll, G. Gruber, op. cit., str. 765.

<sup>77</sup> I. Schwenzler, op. cit., str. 1019; V. Heuzé, op. cit., str. 404.

<sup>78</sup> A.G. Murphey, op. cit., str. 452.

<sup>79</sup> Lord Reid kritikovao je formulaciju »foreseeable« u slučaju *Victoria Laundry* (supra no. 33), odbacujući je u korist pojma »contemplate«. Ipak, njegovo mišljenje u pogledu standarda koji se primenjuje prilikom ocene da li je šteta bila »contemplated« blisko je tumačenjima člana 74 Konvencije u pogledu standarda procene predvidljivosti štete. U svakom slučaju, čini se da mišljenje Lorda Reid-a može ilustrovati stanovište engleskih sudova u pogledu ovog standarda. Prema njemu: »The crucial question is whether, on the information available to the defendant when the contract was made, he should, or the reasonable person man in his position would, have realised that such loss was sufficiently likely to result from the breach of contract to make it proper to hold that a loss flowed naturally from the breach or that loss of that kind should have been within his contemplation«. Voy. Benjamin's *Sale of Goods*, op. cit., str. 989.

<sup>80</sup> Benjamin's *Sale of Goods*, ibidem.

Nasuprot anglo-američkom pravu, prema kome nastupanje štete treba da bude predviđeno kao verovatna posledica (*probable consequence*) povrede ugovora, Konvencija zahteva samo »moguću posledicu« (*possible consequence*) tj. da je strana koja je povredila ugovor štetu predvidela ili morala predvideti kao »moguću posledicu« povrede ugovora. Iako ovakva formulacija Konvencije upućuje na širu odgovornost u odnosu na rešenja *common law* koja zahtevaju »verovatnoću«, potrebno je uzeti u obzir da se pod »mogućim« posledicama u Konvenciji podrazumevaju one koje su se mogle predvideti »s obzirom na činjenice« svakog konkretnog slučaja, čime se ova odgovornost ograničava.<sup>81</sup> Kako pomenuta razlika u stepenovanju predvidljivosti može biti od značaja za odlučivanje o odgovornosti za naknadu štete, prilikom rešavanja sporova na koje se primenjuje Bečka konvencija potrebno je primeniti standard »moguće štete« predviđen Konvencijom, a ne odgovarajuće standarde nacionalnog prava što sudovi u određenim slučajevima čine.<sup>82</sup>

Najzad, razlike postoje i u pogledu predmeta predvidljivosti. Kad je reč o Konvenciji, većina komentatora, kao što je rečeno, stoji na stanovištu prema kome se zahtev predvidljivosti odnosi na prirodu štete i njen opšti obim. Nasuprot tome, englesko pravo u principu zahteva samo predvidljivost vrste štete, a ne i njenog obima. U tom smislu, u engleskoj doktrini ističe se da se pod pojmom »damage« u kontekstu predvidljivosti podrazumeva samo tip odnosno vrsta štete u pitanju; oštećena strana ne mora da dokazuje »contemplation« prirode i iznosa štete koja je nastupila usled povrede ugovora.<sup>83</sup> Engleski sudovi generalno prihvataju da, ukoliko su ugovorne strane predvidele vrstu štete, za ostvarenje prava na naknadu štete ne mora se utvrđivati »contemplation« obima štete.<sup>84</sup>

---

<sup>81</sup> Dj. Saidov, op. cit., str. 121; I. Schwenzer, op. cit., str. 1019.

<sup>82</sup> Tako na primer, u slučaju *Delchi SpA v. Rotorex Corp.* američki sud je na ugovor podvrgnut Bečkoj konvenciji primenio standard »verovatne posledice« (*possible consequence*) domaćeg američkog prava. Sud je u tom smislu konstatovao da Bečka konvencija zahteva da odgovornost za štetu bude limitirana »poznatim principom predvidljivosti ustanovljenim slučajem *Hadley v. Baxendale*«, te da tužilac ima pravo na punu naknadu štete »subject only to the familiar limitation that the breaching party must have foreseen, or should have foreseen, the loss as a probable consequence« (US Court of Appeals for the Second Circuit, 06.12.1995). Odluka navedena u L.A. Dimatteo, L.J. Dhooge, S. Greene, V.G. Maurer, M.A. Pagnattaro, op. cit., str. 154-155, dostupna na CISG-online.ch 140.

<sup>83</sup> Anson's *Law of Contract*, op. cit., str. 558; P.D.V. Marsh, op. cit., str. 314 i dalje.

<sup>84</sup> U tom smislu, često se navodi slučaj *Balfour Beatty Construction (Scotland) Ltd v. Scottish Power plc*, 1993 SLT 1005, nav. u H. Beale, A. Hartkamp, H. Kötz, D. Tallon, H. Beale, A. Hartkamp, H. Kötz, D. Tallon, op. cit., str. 822-833.

## ZAKLJUČAK

Čak i letimičan pogled na stavove koje je sudska i arbitražna praksa zauzimala primenjujući pravila Konvencije o ograničenju ugovorne odgovornosti putem pravila predvidljivosti ukazuje da je ostvarenje njihovog uniformnog tumačenja na međunarodnom nivou još uvek daleko. Iako su ova pravila Konvencije rađena pod uticajem *common law*-a, ona, kako je to u ovom radu prikazano, nisu identična rešenjima bilo kog nacionalnog pravnog sistema. Iz tih razloga, Konvencija se mora tumačiti *autonomno*, pri čemu je posebno značajno da sudovi dobro poznaju i pravilno razumeju osnovne principe člana 74 – princip potpune naknade i princip ograničenja odgovornosti putem pravila predvidljivosti. Ove principe treba tumačiti u svetlu okolnosti svakog konkretnog slučaja, kao i opštih principa i ciljeva Konvencije, a ne na osnovu kategorija nacionalnih pravnih sistema. U praksi međunarodnog poslovnog prometa, potrebno je da i same ugovorne strane budu svesne razlika koje u pogledu vrsta štete i granica ugovorne odgovornosti postoje u uporednom pravu, te da, ukoliko se na njihov ugovor primenjuje Bečka konvencija, formulacije svojih ugovornih klauzula prilagode rešenjima i terminologiji Konvencije. Na taj način, u značajnoj meri se mogu otkloniti nesigurnosti koje pitanje granica odgovornosti za štetu pokreće na međunarodnom nivou.

JELENA PEROVIĆ, LL.D.,  
Professor, Faculty of Economics  
University of Belgrade

### THE PRINCIPLE OF FULL COMPENSATION AND LIMITATION OF LIABILITY BY THE FORESEEABILITY RULE UNDER THE UN CONVENTION ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS

#### Summary

Subject of the article is the analysis of the basic principles and rules of the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) on the compensation for the breach of contractual



obligations – the principle of full compensation and limitation of liability by the foreseeability rule. The article focuses on the comparison of the Article 74 CISG with the corresponding rules and principles of selected domestic legal systems, in particular with the solutions adopted by the common law systems, based on the test of damage foreseeability. This comparative analysis brings the author to the conclusion that the rules of the CISG on contractual liability are not identical with the rules and solutions of any domestic legal system, so that the CISG has to be interpreted in an autonomous way. Therefore, the author suggests that the contracting parties shall be aware of the discrepancies which the various legal systems may establish in defining the type of reparable harm and the limitations of contractual liability and, if the CISG governs their contract, to adapt its clauses to the solutions and terminology of the CISG.



*THOMAS MEYER*

## **HARDSHIP CLAUSE IN INTERNATIONAL SALE OF GOODS CONTRACT**

**– Adventure or Usual Business Practice? –**

### INTRODUCTION

Globalization creates business opportunities. Winner of globalization are mostly the big international active combines, since they have the means to collect professional expertise from markets out of their former focus area and country of origin. To realize trade with business partners abroad, differences in the legal regimes create serious hurdles since information on the legal handling are essential for every business. Next to the language, gaining of competent legal advice can be enormous costly. This is problematic with small and medium enterprises, since they can't afford international law firms to support their global activities. Despite this Small and Medium Enterprises are in most economies the driving forces to create welfare and labor.

The International Trade Commission, a joint venture of United Nations and the World Trade Organization try to increase international trade for fight against poverty. One instrument to achieve this is the increase of the involvement of SME's by standardized but high professional expertise through model contracts on international business<sup>1</sup>. With the Pro-Bono Committee on International Model

---

Dr. Thomas Meyer, Attorney and Consultant, Bremen.

<sup>1</sup> Contracts were create regarding International Sales of Goods; Letter of Intent; Manufacturing Agreement; Supply of Services; Distribution of Goods; Corporate and Contractual Joint Venture; Brokerage on Supply of Goods and Services and on Long Term Supply of Goods.

Contracts for exporting SMEs international acknowledged experts from Western and emerging states created a row of model contracts, which can be used particularly by SME's for their international business relations<sup>2</sup>. This instrument is a needed add on to the already established unification of contract law, in particular with the Vienna Convention on International Sales of Goods (CISG) but also other means like the UNIDROIT Principles and the European Principles on Contract Law.

During the creation of the model contracts draft model contracts were discussed with lawyers from developed and emerging countries. Many of these drafts, namely the Model Contract on International Sale of Goods<sup>3</sup>, on Manufacturing Agreement<sup>4</sup>, Supply of Services<sup>5</sup>, Distribution of Goods<sup>6</sup>, Corporate and Contractual Joint Venture<sup>7</sup>, Brokerage on Supply of Goods or Services<sup>8</sup> and Long Term Supply of Goods<sup>9</sup>, contains hardship clauses<sup>10</sup>. During these discussions the introduction of hardship clauses was harshly criticized. In particular lawyers from the anglo-american sphere objected the introduction because the clauses are vague and give courts opportunity to intervene in private contractual relationship.

Hereby the concept of hardship will be described and it will be surveyed, if inclusion of hardship is useful within international contracts.

### CONCEPT OF HARDSHIP IN SELECTED NATIONAL LAWS

It would be selling refrigerators to Eskimos to explain the concept of hardship to an audience of international active lawyers. Nevertheless hereby the differences in the main legal traditions have to be pointed out and reflected on the clauses, contained in the ITC's Draft model contracts.

---

<sup>2</sup> [www.intracen.org](http://www.intracen.org).

<sup>3</sup> Point 17 (here the versions of March 2009 are used since the final ones are not published up to now).

<sup>4</sup> Point 9.

<sup>5</sup> Point 6.

<sup>6</sup> Point 12.

<sup>7</sup> For both in point 15.

<sup>8</sup> Point 9.

<sup>9</sup> Point 8.

<sup>10</sup> Only the Draft Letter of Intent do not contains such a clause.

Hardship reacts on the fact, that all contracts are to be realized during time. Even in contracts, which exchange benefits on a singular base, e.g. a contract of sale of goods, time goes by between conclusion and execution. All the more this is valid for long term agreements, e.g. on distribution or long term supply of goods. By this and in particular in our fast-paced times the situation occurred that circumstances arises, which affect the contract relationship. Next to natural disasters economic changes and changes by state order (like e.g. changes in the legal surrounding) can be named as sources for such change in circumstances, but the list is an open one. The challenge for a legal system is how to handle this situation.

Starting point is here the world wide acknowledged principle of *pacta sunt servanda*<sup>11</sup>. After conclusion of contract parties are bound to it and have to fulfill its duties by any means. Despite this most legal systems do not follow this up to the end but put it in confrontation with the principle of good faith, if performance would be extremely burdensome for one of the parties<sup>12</sup>.

Based on Roman law under the formula "clausula rebus sic stantibus"<sup>13</sup> development in western legal systems arises in different ways. While first in common law system the sanctity of contract prevails British courts starts to accept, that under specific circumstances a related condition could be seen as implied in the contract<sup>14</sup>. By this frustration was introduced, where in cases, when "without default of either party a contractual obligation has become incapable of being performed because the circumstances in which the performance is called for would render it a thing radically different from that which was undertaken by the contract."<sup>15</sup> Only in rare cases, this tends to an

---

<sup>11</sup> See Van Houtte Hans, 1993, 107, Changed Circumstances and Pacta Sunt Servanda in: *Transnational Rules in International Commercial Arbitration* (ICC Publ. Nr. 480,4) (cited from [www.trans-lex.org/117300](http://www.trans-lex.org/117300)); Brunner Christoph, 2009, Force Majeure and Hardship under General Contract Principles – Exemption for Non-Performance in International Arbitration, Kluwer Academic Publications, page 391 (cited from [www.trans-lex.org/100970](http://www.trans-lex.org/100970)); Puelinckx A.H., Frustration, Hardship, 1986, Force Majeure, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage, Unmöglichkeit, Changed Circumstances, *Journal on International Arbitration*, No. 2, page 47 (cited from [www.trans-lex.org/128100](http://www.trans-lex.org/128100)).

<sup>12</sup> See Brunner (Footnote 11), page 391 et seq.

<sup>13</sup> See Köbler Ralf, 1991, Die "clausula rebus sic stantibus" als allgemeiner Rechtsgrundsatz, Mohr, page 26 et seq.

<sup>14</sup> See Puelinckx (Footnote 11), page 49.

<sup>15</sup> See Puelinckx (Footnote 11), page 50, citing the case of *Davis Contractors, Ltd. Versus Fareham U.D.C.* (1956) A.C. 696.

adaption of the contract rather than to the discharge of the contract and excuse for non performance<sup>16</sup>.

In German Law *clausula rebus sic stantibus* wasn't initially introduced in the German Civil Code (*Bürgerliches Gesetzbuch*) even when prominent scientists suggest doing so<sup>17</sup>. Despite that with the great inflation in the 20ies of the 20th Century the German *Reichsgericht* decides that with fundamental changes in the contractual equilibrium the contract can be adjusted to the new situation<sup>18</sup>. During time the concept of "*Wegfall der Geschäftsgrundlage*" was widely discussed, further developed and used in science and court practice. With the Reform of the Part on Obligation in 2002 Art. 313 was introduced in the German Civil Code, summarizing these developments and put them from pure practice to legislative existence:

"Section 313

Interference with the basis of the transaction

(1) If circumstances upon which a contract was based have materially changed after the conclusion of the contract and if the parties would not have concluded the contract or would have done so upon different terms if they had foreseen that change, adaptation of the contract may be claimed in so far as, having regard to all the circumstances of the specific case, in particular the contractual or statutory allocation of risk, it cannot reasonably be expected that a party should continue to be bound by the contract in its unaltered form.

(2) If material assumptions that have become the basis of the contract subsequently turn out to be incorrect, they are treated in the same way as a change in circumstances.

(3) If adaptation of the contract is not possible or cannot reasonably be expected of one party, the disadvantaged party may withdraw from the contract. In the case of recurring obligations, the right to terminate takes the place of the right to withdraw."<sup>19</sup>

In France the *code civile* did not include *clausula rebus sic stantibus* and leave the question to introduction of related clauses. Only with contracts with public bodies *imprévision* as an instrument to adapt contracts as reaction to

---

<sup>16</sup> See Horn, Norbert, 1985, page 21, *Changes in Circumstances and the Revision of Contracts in Some European Laws and International Law*, in: *Adaption and Renegotiation of Contracts in International Trade and Finance* (cited from [www.trans-lex.org/113700](http://www.trans-lex.org/113700)).

<sup>17</sup> Bernhard Windscheid promoted this with several publications (Windscheid Bernhard, 1870, *Lehrbuch des Pandektenrechts in drei Bänden* and Windscheid Bernhard, 1892, pages 161 – 202, *Über den Begriff der Voraussetzung in Archiv für die civilistische Praxis*).

<sup>18</sup> See Horn (Footnote 16), page 19.

<sup>19</sup> Translation provided by the German Federal Ministry of Justice ([http://www.gesetze-im-internet.de/Teilliste\\_translations.html](http://www.gesetze-im-internet.de/Teilliste_translations.html)).

changed circumstances is recognized<sup>20</sup>. Consequently the concept of force majeure is used and only exemption is given from contract duties in this cases.

## CONCEPT OF HARDSHIP IN SELECTED INTERNATIONAL CONVENTIONS AND OTHER LEGAL TEXTS

CISG do not know the concept of hardship but regulates in Art. 79 the exemption from liability for compensation of damages<sup>21</sup>. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2004 dedicated a whole Section to hardship in Art. 6.2.1 to 6.2.3., giving opportunity to contract adaption. In Principles of European Contract Law Art. 6:111 follows the same approach as Art. III. – 1:110 of the Draft Common Frame of Reference does.

## RELATION TO FORCE MAJEURE

Hardship can't be mentioned without force majeure, since this instrument is also for reacting on changes in the circumstances, as it is the case with hardship<sup>22</sup>. Different then with hardship, existence of force majeure does not affect contractual duties but giving an exemption for liability for non- or missed performance. Without naming it expressively as force majeure, Art. 79 of CISG do regulate exactly this, since it exempt one side of the contract from compensation of damages. This exemption is known to developed legal systems, even when other terms are used, like "Act of God" or "vis major" in US and British Law<sup>23</sup> or "höhere Gewalt" in the German Legal system<sup>24</sup>. Also in UNIDROIT Principles force majeure is known in Article 7.1.7 as it is in the

---

<sup>20</sup> See Horn (Footnote 16), page 18.

<sup>21</sup> Even when it remains unclear, if Art. 79 is applicable also for other contractual claims. See Maskow, Dietrich, 1992, Hardship and Force Majeure, American Journal of Comparative Law, page 665 (cited from [www.trans-lex.org/126400](http://www.trans-lex.org/126400)); Mankowski Peter, 2007, Art. 79 CISG, MÜnchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, marginal number 14 et seq.

<sup>22</sup> See Maskow (Footnote 21).

<sup>23</sup> See Burnham William, 2003, Introduction to the Law and Legal System of the United States, West Group, page 602, footnote 316, Hök Götz Sebastian, 2005, Handbuch des Internationalen und Ausländischen Baurechts, Springer, page 50, marginal number 27.

<sup>24</sup> Eg. in Article 206 of the German Civil Code but by court practice in case of impediment to show, that no negligence is given.

Principles of European Contract Law in Art. 8:108 and in Art. III. – 3:104 of the Draft Common Frame of Reference.

As shown above, even legal systems, which know hardship, do know force majeure as well. At least there, hardship fulfils different functions<sup>25</sup>. While with force majeure liability for compensation is limited, hardship is used to "rescue" the contractual relationship by affecting the contractual duties. Consequentially termination can be only one possible legal consequence while the specific feature of hardship is the right of a party to demand the approximation of the contract to the (unforeseeable) reality. With hardship it is thereby possible to save transaction and other related costs and could be, in particular for small and medium enterprise used to prevent new negotiations but to receive the promised benefits from the contract. In the result, hardship can be seen as strengthening of *pacta sunt servanda* instead of an exemption of that principle.

#### RESERVATIONS TO HARDSHIP

With the opportunity to adapt the contract a state or an arbitration court intervene in the contractual relationship. In particular in the common law sphere but as shown also in France, as one of the founder nations of civil law tradition, this opportunity causes deep reservations. This can be shown with the remarks of the British Ministry of Justice on the newly presented Common Frame of Reference, which was set up by the Study Group on a European Civil Code, where scientist from all over Europe participated. With respect to some regulations, among others the regulation on hardship, it is stated that under English law under certain circumstances the parties can only escape the contract and may claim damages but never hold the parties bound to a different contract<sup>26</sup>. This reminds somehow on the ways of interpretation of contracts in anglo-american law. Under US Law, there is still a general understanding, that the "plain meaning rule" limits every interpretation of contracts to its explicit wording<sup>27</sup>. Also under British Law the explicit wording of contracts is from much more importance as in civil law countries<sup>28</sup>. Despite this, both legal

---

<sup>25</sup> See Maskow (Footnote 21), page 664.

<sup>26</sup> See Whittaker Simon, 2008, The "Draft Common Frame of Reference" – An Assessment, UK Ministry of Justice, page 106.

<sup>27</sup> See Burnham (Footnote 23), page 388 et seq.

<sup>28</sup> See Bernstorff Christian Graf von, 2006, Einföhrung in das englische Recht, C.H.Beck, page 68 et seq.



systems do have legal instruments and methodologies to complement contracts, if the wording itself is not sufficient to define the contract program<sup>29</sup>. Nevertheless with such a background there seems to be general reservations to state institutions. In particular with international trade a business partner may have reservations with state courts of a foreign country (as it is the case with the foreign legal regime) all the more in emerging and transition countries, where state courts are from different quality and efficiency, these reservations could be even increased.

The argument, that with hardship the door is opened for intervening in the contractual relationship by the court, can't be followed since that "intervention" is requested by at least one of the parties. "Intervention" is based on opening a trial in front of the competent body, which could be, if one party do not trust in state courts, international arbitration, which is in the meanwhile known (even when not fully implemented) in most transition countries, in particular in South East Europe<sup>30</sup>. With state court, at least in countries, which follows the Rule of Law, the decision of this court can't be qualified as an intervention in the contract relationship. It can be qualified as such only from the view of the party, which is confronted with a court proceeding, initiated by the other party using the court as an instrument to clarify and determine the legal situation in the contractual relationship. It seems to be the case, that this is partly not well understood in former socialist countries, where courts are partly still seen as control mechanism for private business, as well as with those countries, where the contract relation is only seen from a one side perspective. To support a modern understanding of the role of courts in contractual relationships a mind change with both of them is needed.

Since Art. 79 of CISG regulate the case when circumstances changes, hardship can't be applied, even if the national legal system allows contract adaption or termination<sup>31</sup>. By this in cases, where CISG is applicable, without hardship clause parties would lose an instrument for contract adaption, which add

---

<sup>29</sup> See Burnham (Footnote 23), page 389; Bernstorff (Footnote 28), page 69 et seq.; Lyall Francis, 2002, *An Introduction to British Law*, Nomos, page 241 et seq.

<sup>30</sup> In the enumeration at the UNCITRAL website Croatia and Slovenia are named as countries enacting model law oriented laws. Same can be said with respect to Serbia after enactment of the Law on Arbitration in 2006 (Official Journal of the Republic of Serbia, No. 46/2006). In Bosnia, regulations on arbitration are included in Articles 435 et seq. of the 2003 Civil Procedure Act (see <http://cms-arbitration.com/wiki/index.php?title=Bosnia>) as well as the arbitration regulations are contained in the 1996 Civil Procedure Code in Albania ([http://www.iclg.co.uk/index.php?area=4&country\\_results=1&kh\\_publications\\_id=83&chapters\\_id=2152](http://www.iclg.co.uk/index.php?area=4&country_results=1&kh_publications_id=83&chapters_id=2152)).

<sup>31</sup> See Benicke Christoph, 2007, Art. 4 CISG MÜNchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, C.H.Beck, marginal number 9.

some flexibility to the outcome of an adversary proceeding and give incentives for negotiations in the exclusive cases, where strict fulfillment of the contract would cause harm to one party.

And it can't be repeated too often: Hardship is not part of the normality but only applicable in cases, never in mind of the parties. If they appear, the balanced conditions of the contract are affected. Therefore the argument, the clause would cause vagueness and insecurity can't be followed, since the clause only catch, what is vague and insecure: The future. If a risk is taken by one party, that should be included in the contract. Even if any risk should go with one party, this can be regulated with the contract. But also these are extraordinary kinds of distribution of risks. Different as in the case of hardship, the partners are aware of it.

#### HARDSHIP IN EMERGING COUNTRIES AND TRANSITION ECONOMIES

Working for 16 years in transition economies, insecurity is daily routine. From that, it has to be taken into consideration, that events, usually categorized as hardship or force majeure may have to be excluded under these specific environments. This is in particular true with regard to unpredictability. As always contract partner has to give notice on usual circumstances, where they know or could have known, that the other side do not know, that such troubles appears occasionally<sup>32</sup>. In a country under legal reform, it is not surprising, that the legal framework is changing. Who knows, that state authority do regularly interfere<sup>33</sup> take that risk, if not otherwise regulated by the contract. As a general rule one could say, that all imponderables, which could be unusual for the partner have to be disclosed. Otherwise, the knowing partner has to be treated, as taking the undiscovered risk.

#### HARDSHIP CLAUSES IN ITC MODEL CONTRACTS

As already mentioned, ITC model contracts, recently under development contains hardship clauses. In the drafts, presented in April 2009, two models were used. Firstly, a very general clause:

---

<sup>32</sup> See Mankowski (Footnote 21), marginal number 39.

<sup>33</sup> Ibid.

”15. HARDSHIP

15.1 If events occur which have not been contemplated by the Parties and which fundamentally alter the equilibrium of the present Contract, thereby placing an excessive burden on one of the Parties in the performance of its contractual obligations, that Party shall be entitled to request revision of this Contract. The request for revision shall be addressed to the other Party and shall indicate the grounds on which it is based.

15.2 In response to a request under article 15.1, the Parties shall (without any obligation to reach agreement) consult with a view to revising the Contract on an equitable basis so that no Party suffers excessive prejudice or burden. [Option, add: ”If the Parties fail to reach agreement on the requested revision, a Party may resort to the dispute resolution procedure provided in article 20. The arbitral tribunal shall have the power to make any revision to this Contract that it finds just and equitable in the circumstances.”]<sup>34</sup>”

Next to that, following clause was drafted:

”17. CHANGE OF CIRCUMSTANCES (HARDSHIP)

17.1 Where the performance of this Contract becomes more onerous for one of the Parties, that Party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on change of circumstances (hardship).

17.2 There is a change of circumstances where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of this Contract either because the cost of a Party’s performance has increased or because the value of the performance a Party receives has diminished, and

- a) the events occur or become known to the affected Party after the time of conclusion of this Contract;
- b) the events could not reasonably have been taken into account by the affected Party at the time of conclusion of this Contract;
- c) the events are beyond the control of the affected Party; and
- d) the risk of the events is not one which, according to this Contract, the Party affected should be required to bear.

17.3 In case of change of circumstances the affected Party is entitled to request negotiations with a view to adapting this Contract or terminating it. The request for negotiations shall be addressed to the other Party. It shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based. The request for negotiations does not in itself entitle the affected Party to withhold performance.

---

<sup>34</sup> Example from the model contract for a corporate joint venture. This form of the clause was used also in the model contract on contractual joint venture.

17.4 If the Parties fail to reach agreement within a reasonable time (*alternatively, the Parties may specify the length, e.g. 15 days, 30 days*) either Party may resort to the arbitration or to the court pursuant to Article 22 of this Contract.

If the arbitration/court finds the existence of change of circumstances, it may:

a) terminate this Contract at a date and on terms to be determined by the arbitration/court; or

b) adapt this Contract in order to distribute between the Parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances.

In either case, the arbitration/court may award damages for the loss suffered through a Party refusing to negotiate or breaking off negotiations contrary to good faith and fair dealing.<sup>357</sup>

Taking under consideration the function of the model contracts to be used by small and medium enterprises for reducing legal advisory costs the second and much more detailed version would be advisable, since the short version need some legal experience to be understood. Even for those, which are from countries, not knowing hardship as a legal instrument, with the introduction of the clause at least awareness will be raised to take future events under consideration. From that, parties will concern, to shift some related abstract or known risks to one or the other. Finally, parties knowing circumstances, which are from interest for the other party will discover those, to prevent being liable when the risk occurs.

---

<sup>35</sup> Taken from the draft model contract on International commercial sales of Goods. Same clauses were used in the Model Letter of Intent, the Contract on Manufacture Agreement, the Contract on Supply of Services, Contract for the distribution of goods, Contract on the supply of goods or services and the Contract on long term supply of goods.

MATTHEW PARISH

**ARBITRATION IN THE WESTERN BALKANS:  
THE EMERGING COMMERCIAL  
LANDSCAPE**

INTRODUCTION

International arbitration has been slow to acquire popularity in the Western Balkans. This is not through a shortage of legal instruments. Serbia and Macedonia enacted modern arbitration laws in 2006; Croatia achieved the same in 2001 and Slovenia in 2008. While waiting for independence, the Kosovo Assembly enacted an arbitration law in 2007. Only Albania, Montenegro and Bosnia survive without a modern law. Every country in the region is a party to the 1958 New York Convention on Recognition and Enforcement of Arbitral Awards (except Kosovo, whose limited recognition is making it difficult for the contested territory to sign treaties; but Kosovo has enacted the Convention's

---

Matthew Parish, lawyer in private practice in Geneva, Switzerland, where he specialises in international arbitration and international dispute resolution before national and international courts. He formerly worked as the Chief Legal Advisor to the International Supervisor of Brčko in Bosnia and Herzegovina. His book *A Free City in the Balkans: Reconstructing a Divided Society in Bosnia* (London: I. B. Tauris 2009) describes the international community's post-war state-building efforts in the country. His new book, *Mirages of International Justice: The Elusive Pursuit of a Transnational Legal Order* (London: Edward Elgar 2011) describes structural failures in international courts. Particular thanks is due to Jelena Perović of the University of Belgrade. This article was prepared for presentation at the December 2010 conference of the Kopaonik School of Natural Law and for subsequent publication in the Serbian law journal *Pravni život*. The author can be contacted on [www.matthewparish.com](http://www.matthewparish.com).

provisions into its domestic law).<sup>1</sup> Almost every country has signed the ICSID Convention and the Energy Charter Treaty (Montenegro and Kosovo have signed neither; Serbia has signed ICSID but not the ECT). Every country save Albania and Montenegro has a Chamber of Commerce that purports to administer arbitrations. Nevertheless arbitration is seldom a natural choice. Within the region, parties are reluctant to include arbitration clauses in their commercial contracts, dealing with disputes in other ways. On the relatively few occasions when international arbitration clauses do find their ways into commercial contracts, this is because a foreign investor insists upon it. This paper will consider why arbitration remains a comparatively rare method of resolving commercial disputes in the Western Balkans.

## I. A SHORT HISTORY OF INTERNATIONAL ARBITRATION

The use of arbitration extends back to antiquity, and predates the advent of modern courts. Records from ancient Greece, Egypt and Rome all suggest the periodic use of an "arbitrator", being a respected person known and trusted by both parties to a dispute, to resolve disputes with the parties' consent. There is evidence to suggest that in Europe arbitration of commercial disputes by the craft guilds developed as early as the fourteenth century.<sup>2</sup> In the seventeenth century English merchants' guilds administered arbitrations because it was felt the common law courts were slow, cumbersome and lacked specialist knowledge.<sup>3</sup> In the nineteenth century the states of the German Confederation developed a system of arbitration through stock exchanges and chambers of commerce, which again worked outside the domestic legal system. In the 1794 Jay Treaty, sovereign states embraced arbitration for the first time. The United Kingdom and the United States agreed to establish an arbitral commission to resolve various issues arising out of the American War of Independence, including the borders between the United States and British Canada. It was not the last time the two powers would use arbitration to settle their differences: the 1814 Treaty of Ghent

---

<sup>1</sup> Article 39.3 to 39.5 of Kosovo Law No. 02/L-75 on Arbitration, 26 January 2007 replicate the Convention's provisions for enforcement of foreign arbitral awards.

<sup>2</sup> See Edward Powell, *Settlement of Disputes by Arbitration in Fifteenth Century England*, *Law and History Review* 2(1): 21 (1984).

<sup>3</sup> Katherine Stone, *Arbitration û National*, in David Clark, ed., *Encyclopedia of Law and Society* (Thousand Oaks, CA: Sage 2007).

agreed to arbitration of disputes arising out of the US–UK War of 1812, and the so-called "Alabama claims" (being US compensation claims for British assistance to the Confederacy in the American Civil War) were resolved by an arbitral award in 1872. Acting on these successes, Tsar Nicholas II proposed arbitration as a universal means of resolving international disagreements, which led to the Hague Conventions of 1899 and 1907 and establishment of the Permanent Court of Arbitration.<sup>4</sup> In the early 20th century arbitration flourished in both the United Kingdom and the United States amongst trade associations, whose members sought quick if sometimes imperfect resolution of disputes arising out of the huge number of trade transactions occurring over the vast territory of the country's open market. The City of London Chamber of Arbitration (now renamed the London Court of International Arbitration) was established in 1892 to arbitrate trade disputes arising out of transactions negotiated in the City of London.

The relationship between arbitration and court litigation has not always been an easy one. If parties want to resolve their disputes privately and without recourse to the official courts, there is and always has been little the authorities could do to prevent it: hence the parallel court systems that exist in Northern Kosovo notwithstanding the court system created by UNMIK. Serb judges meet in private in one-another's homes and resolve disputes between other Serbs, to the exclusion of the Albanian-dominated official court system.<sup>5</sup> This could be considered a form of arbitration, since the consent of both parties is required for the system to function. If one side to a dispute refuses to cooperate, the arrangement collapses since the force of the state cannot be brought to bear to enforce the agreement to arbitrate. Thus without support by the domestic court system, the achievements of arbitration will necessarily be limited.

The common law world embraced a doctrine of "revocability", by which the courts viewed arbitration with some scepticism because an agreement to arbitrate displaced the fundamental right of access to a court. Thus courts would not issue injunctions to enforce an agreement to arbitrate,<sup>6</sup> and a party was

---

<sup>4</sup> Nicholas's reason for spearheading the Hague initiative was that Russia could not afford to keep up with the turn of the century Anglo-German arms race, which ultimately led to World War I.

<sup>5</sup> International Crisis Group, *The Rule of Law in Independent Kosovo*, Europe Report No. 204, 19 May 2010.

<sup>6</sup> The rule goes back at least as far as *Vynior's Case* (1609) 77 Eng. Rep. 597. For a discussion see Paul Carrington and Paul Castle, *The Revocability of Contract Provisions Controlling Resolution of Future Disputes Between the Parties*, Law and Contemporary Problems 67: 207 (2004).

effectively free to withdraw from an arbitral procedure at any point until the award was issued. Such a rule was most unsatisfactory: for one party or the other is likely at some point to realise it is on the losing side. Only the threat of "tit for tat" retaliation in an indefinite repeat play game in which players are likely to experience arbitrations more than once might keep a party from withdrawing when he realised the procedure was not going its way. For the vast majority of litigants, even commercial entities, legal disputes are sufficiently rare that the tit for tat incentive is likely to be minimal. The likelihood of a future dispute with the same party and the same arbitrator is particularly small. Thus for arbitration truly to flourish, it must be recognised by the state and enforced by the courts.

The principle of "revocability" was first overturned in 1920, when the New York Arbitration Act required that state's courts to enforce arbitration agreements. This was followed by a Federal Arbitration Act, achieving substantially the same result countrywide in 1925. The Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce, with its headquarters in Paris, was established in 1923. International arbitration fell into the doldrums in the 1930s as the global economy contracted into autarchy during the Great Depression. But the shift in arbitration moved from the United States to Europe in the aftermath of the Second World War, as plans for a European economic area were developed through creation of a set of new international institutions including the Council of Europe (1949), the European Coal and Steel Community (1951) and the European Economic Community (1957). As European empires were collapsing, post-war Western European countries came to realise that international trade across political boundaries, rather than exploitation of imperial possessions, would have to be the foundation of a new period of European economic growth. Arbitration emerged as an important component in facilitating trade, because commercial counterparts from different countries required a common system of dispute resolution and neither might trust the courts of the other, alarmed by alien procedures and concerned by home town justice. The arbitration institute of the Stockholm Chamber of Commerce developed a reputation in the 1970s for resolving disputes between entities in the western and eastern blocs, and traded on the perceived political neutrality of Sweden. Acknowledging the growing importance of arbitration in resolving international disputes impartially in a politically polarised world, the United Nations Commission on International Trade Law propagated a set of arbitration rules in 1976.

In time a movement developed for the complete autonomy of arbitration proceedings from domestic law or courts. In the 1950s and 1960s French legal scholars developed the notion that international arbitration is governed by a



”transnational law”, a sort of *lex mercatoria* distinct from the laws of any individual state where arbitral proceedings might take place.<sup>7</sup> Whatever its theoretical merits, the practical consequence of this doctrine was that the domestic courts of an arbitral seat ought not to interfere with an arbitration taking place within their jurisdiction. In consequence international arbitration tribunals themselves, rather than courts, were declared competent to rule upon whether they had jurisdiction. A doctrine was also developed that arbitration agreements are ”separable”, meaning that they survive nullity or termination of a commercial contract of which they form part. Commercial clients appreciated these innovations, and the ICC in Paris became the world’s leading institution administering arbitrations.

These innovations were embraced only gradually in the common law world. The notion that arbitration was an autonomous branch of transnational law was rejected as a matter of bad doctrine by English lawyers;<sup>8</sup> English and US courts routinely saw fit to pre-empt tribunals’ jurisdictional rulings and to correct errors of law. A perception arose in England that satellite litigation surrounding English seat arbitration was causing English lawyers to lose arbitral business to France; this led ultimately to the English Arbitration Act 1996, which adopted a hands-off model with the English courts thereafter intervening in arbitrations only in the most exceptional of circumstances. That statute became a model for several other common law jurisdictions. The prevailing current Anglo-French philosophy of permitting maximal arbitral autonomy has been embraced by the judiciary in a number of other countries whose lawyers wish to capitalise upon international demand for arbitral services. Switzerland, Dubai, Singapore and Hong Kong have become international arbitration centres in their own rights. One reason the United States is not a contemporary centre for international arbitration is because its courts have not managed to develop the same hands-off approach to arbitration that was pioneered by the French and later extended to other jurisdictions across Europe.

The years since 1990 have seen the rise of investment arbitration. Foreign investors who claim their investments in the territory of another nation have been expropriated or otherwise treated unfairly may have a right to bring a claim before an international tribunal pursuant to an arbitration clause contained in a

---

<sup>7</sup> See e.g. Berthold Goldman, *Les conflits de lois dans l’arbitrage international de droit privé*, 109 bk. II Recueil des cours 347 (1964); Pierre Lalive, *Les règles de conflit de lois appliqués au fond du litige par l’arbitre international sigeant en Suisse*, 145 Recueil des cours 2 (1976) (the latter for a French Swiss confirmation of the French approach).

<sup>8</sup> See e. g. F. A. Mann, *Lex Facit Arbitrum*, in Pieter Sanders, ed., *International Arbitration Liber Amicorum for Martin Domke* (The Hague: Martinus Nijhoff 1957).

bilateral treaty or certain multilateral investment treaties such as the Energy Charter Treaty. These treaties first appeared in 1959, when West Germany signed the first "bilateral investment treaty" (BIT) with Pakistan. The original rationale for signature of these treaties was political: in the midst of the Cold War, if a country signed BITs it expressed its commitment to the market economy principles of free movement of capital and expressed opposition to socialist policies of nationalisation. These treaties were initially seen as harmless ideological decorations; although several hundred BITs were signed between 1959 and 1989, not a single arbitration was brought pursuant to them in that period. Even Tito signed a few (but not too many),<sup>9</sup> characteristic of his middle way policy between east and west. Indeed the early investment treaties contained no provisions relating to arbitration; clauses permitting aggrieved investors to commence arbitration claims were introduced only with the British standard form BITs in 1975, an innovation which subsequently caught on elsewhere. After the end of the Cold War, BITs became a badge of commitment to the new post-Cold War economic orthodoxy. Countries across the former communist east started signing them *en masse* in the final decade of the twentieth century, eager to embrace western institutions and values. In the 1990s investment arbitrations were still rare; the first ever claim was brought in 1990, the next in 1996, and there had been only a handful by the end of 1999. Thus sovereigns did not perceive investment claims as a significant commercial or political risk. By the end of the twentieth century the globe had been connected with a network of more than 2,500 BITs, the majority of which contained arbitration clauses.

## II. THE BALKAN LACUNA

From this brief history of the development of arbitration, it is not hard to see why the Western Balkans missed out. Embraced within the Ottoman and Austro-Hungarian Empires, historically such trade as had taken place within the region was with the rest of the empires of which the nations formed part. As such they fell within the purview of those empires' court systems. Neither empire was founded upon trade, and neither had democratic impulses. Thus the internal political pressures created by merchant classes in the west, to develop expeditious mechanisms for private resolution of commercial disputes, did not

---

<sup>9</sup> Both Sweden and France signed BITs with the Socialist Federal Republic of Yugoslavia in the 1970s.

exist. Because trade outside the empires was infrequent, the problem of selecting a neutral forum for resolution of international trade rarely arose.

While the rest of the world was undergoing two early bouts of globalisation, in the late nineteenth century and again in the 1920s, the Western Balkans remained outside these trends, enmeshed in political problems generated by the ebb and flow of imperial power. The Russo-Turkish war led to the Congress of Berlin in 1878. The Berlin treaty suppressed latent ethnic and territorial conflicts within the region, but Austria-Hungary's annexation of Bosnia in 1908 led to the Balkan wars that would ultimately trigger the First World War. In all this political chaos the prospects for trade with the outside world were few, and democratic accountability to an affluent merchant class was non-existent. After the First World War the new Kingdom of Serbs, Croats and Slovenes found itself economically isolated, a politically unstable poor, rural nation. King Alexander I installed dictatorial rule in 1929 after inter-ethnic rivalry resulted in the shooting of Croat MPs by Serb MPs on the floor of the Yugoslav Parliament; in 1934 Alexander himself was assassinated. The incentives for commercial cooperation sweeping the United States and Western Europe in the roaring economic growth of the 1920s overlooked Yugoslavia, whose legal system remained based upon that of an empire by then dissolved under the Treaty of Versailles and whose politics were focused on internal political conflicts. Albania also remained economically underdeveloped and politically unstable, existing under four different constitutional systems between 1918 and 1939 and operating under various levels of influence from fascist Italy.

After the end of World War II, Yugoslavia and Albania were plunged into different kinds of communist rule. Neither these models of state control of economic activity admitted room for international trade or private contractual flexibility. Major industries were nationalised. Commercial decisions were made not by entrepreneurs but by committees of communist party officials. Any major contract entered into by a socially owned enterprise would require the approval of the company's supervisory board, all of whom would be members of the communist cadre. These politically risk-adverse administrators had no interest in dabbling in a private form of dispute resolution, even had Yugoslav law made provision for it. Within a communist political hierarchy, commercial disputes were not resolved by impartial application of the law at all. Yugoslavia had courts, which by the standards of communist Eastern Europe were better than many. But those courts remained expressions of the power of the government rather than an impartial check upon it. Judges understood their role as lending legal legitimacy to the wishes of the communist political establishment. The judiciary would routinely take telephone calls from Communist party members advising them on how to decide cases. Since they

were appointed by the Communist party, failure to heed such advice could be critical to one's career. In such an atmosphere, corruption was natural. Legislation and civil procedure rules were drafted in such a way as to accord maximum flexibility to the pressurised Judge, consistent with maintaining a faade of judicial independence.

Legislation dating from the Communist era in Yugoslavia is intriguingly cryptic, and a perplexing system of judicial drafting persists to the present day, in which the merits of the case are obscured beneath layers of legal formalism. The result is that any legal analysis could follow from any set of facts. Such a system of judicial resolution is a world away from the incentives motivating international arbitrators, who have every reason to provide simple, commercially plausible and non-technical reasons for the decisions they reach. If they do otherwise, then their commercial clients, who want their disputes resolved in accordance with their perceptions of commercial fairness, will not retain them to arbitrate disputes again, and they will soon be out of work. In the post-World War II era, the culture of commercial dispute resolution in the former communist Eastern Europe developed in a direction antithetical to the principles of contemporary commercial arbitration.

On occasion Yugoslav companies were involved in international transactions, over which the jurisdiction of the fragile Yugoslav legal system would barely suffice. Yet this did not create an incentive for impartial international adjudication as it had in Western Europe. Where international contracts existed, they were not subject to ordinary commercial principles. In the 1970s, Tito's Yugoslavia engaged in commercial relationships of a kind with several other member states of the non-aligned movement. To pick just one example, Yugoslav enterprises were retained to deliver infrastructure improvements in Ba'athist Iraq. Yet those contracts did not foresee dispute resolution of the kind commercial contractors anticipate today. As contracts were typically negotiated between the sovereigns of two countries, any problems in implementation would be resolved using political means. The idea that a project which demonstrated cooperation between two politically aligned states would be left to the uncontrollable caprices of an independent private arbitral institution was unthinkable. The result was that the quality of service delivery under these international contracts was poor. Communist bureaucracies are not good at delivering commercial services. Nobody in Iraq complained, because there were bigger political interests at stake. This model of economic cooperation proved itself wanting with the collapse of the Soviet Union and the end of the Cold War.

Upon dissolution of Communist Eastern Europe in the early 1990s, rule of law deteriorated. Communist courts and legal systems were subject to partiality and political influence, but were held together by a one-party state seeking to

legitimise its rule. After its demise, multi-party politics and the chaos of shock transition to a market economy left the legal system flailing. As each new political party in part embraced the political traditions of the communists, judges found themselves suddenly subject both to political influence in multiple directions and to outright bribery. The judiciary and the police found themselves suddenly without direction, and tended to behave arbitrarily. Because the legal system had limited exposure either to complex commercial disputes or to the western legal tradition of reining in the executive when it overstepped its mandate, courts and lawyers found themselves slow to adjust to the demands placed upon them by a social system based upon free enterprise. Lawyers were unused to the fact-intensive nature of contemporary commercial dispute resolution, and legal doctrine was insufficiently sophisticated to predict the clear judicial outcomes commercial people require to settle their disputes in advance of costly trials. The history of accession of former communist countries of Eastern Europe to the European Union has in part been a story of adapting politicised legal systems to the demands of modern commerce, and this narrative remains incomplete.

For the countries of the former Yugoslavia these efforts were interrupted by the chaos of civil war. Milošević's Yugoslavia did not foster an environment in which impartial resolution of commercial disputes was encouraged. Instead the courts were purchased by war profiteers, as sanctions eliminated legitimate commerce and economic activity ground to a halt. Throughout its various conflicts Yugoslavia regressed into autarchy and the legal system was stripped of its best people. In this era the sort of sophisticated international commerce that arbitration exists to service died. With it, commercial law lost purpose. As criminal classes grasped the levers of power, they used the organs of the administration to suppress competition, including foreign competition. The countries of the Western Balkans became hostile to foreign investment because it posed a threat to these new domestic commercial interests. The black economy had captured an imperfectly democratic political system in an era when civil conflict had sent the educated middle classes and the values they nurtured into hiding.<sup>10</sup> While lawyers and the judiciary in the rest of Eastern Europe were learning the advantages of political impartiality and sophisticated resolution of commercial disputes, the Western Balkans replaced communism with kleptocracy. This system was and remains convenient to the powerful classes of

---

<sup>10</sup> For an analysis suggesting that policy reform (including dispute resolution) might improve foreign investment potential, see Dmitri Demkas, Balázs Horváth, Elina Ribakova and Yi Wu, *Foreign Direct Investment in Southeastern Europe: How (and How Much) Can Policies Help?*, IMF Working Paper WP/05/110, June 2005.

politicians-cum-businessmen in the region. Thus the promises of international arbitration remain a danger, and the region's legal culture may resist currents driving international commerce elsewhere in Europe.

Arbitration being private as a rule, it is difficult to gather public data about its prevalence in any country. But anecdotal evidence suggests it is relatively rare in the Western Balkans. The one area of arbitration about which public information is generally available, investment arbitration, reveals a relatively meagre record. Bosnia and Serbia have each signed sixteen BITs, Slovenia nineteen, Montenegro, Macedonia and Kosovo zero, Albania 24 and Croatia 40. By way of comparison, North Korea has signed thirteen, Cuba 29 and China 110. Unsurprisingly therefore, investment treaty arbitrations involving states in the region are also rare. There is one recorded claim against Serbia, two against Croatia and two against Albania, and none against Slovenia or Bosnia. By contrast, the Czech Republic has been the subject of at least eleven recorded investment treaty arbitrations, Romania six and Ukraine eight.<sup>11</sup>

It might be remarked that measuring the number of times a state has been sued is an unusual marker for the success of international arbitration as a tool for effective dispute resolution. But the unfortunate reality is that the small number of times Western Balkan countries have been sued in part reflects the fact that these countries are receiving comparatively little in the way of foreign investment. Given that a proportion of all investments will end up in a dispute resolution process, low levels of dispute resolution indicate low levels of investment, all other things being equal. (Being sued is not necessarily an indicator that a state treats its investors badly; Ukraine has never been found liable in any of the investment arbitrations brought against it.) The relatively modest number of BITs countries in the region have signed might be interpreted as a signal that the Western Balkans is not open for business. Current scholarly literature suggests that signature of BITs may signal a favourable business environment to foreign investors.<sup>12</sup> Therefore the converse may also be true: where a government has little interest in foreign investors (because it has been captured by domestic commercial interests), it declines to make favourable signals by participating in the regime of international investment law.

---

<sup>11</sup> Figures on the number of investment arbitrations are drawn from the database kept by Andrew Newcombe at the University of Victoria, British Columbia, Canada, and are up to date as of 27 September 2010. See <http://ita.law.uvic.ca/>

<sup>12</sup> See e. g. Eric Neumayer and Laura Spess, *Do bilateral investment treaties increase foreign direct investment to developing countries?*, *World Development* 33(10): 1567 (2005).

### III. ARBITRATION: A COMPELLING MODEL FOR THE FUTURE

The various arbitration laws that have been duly enshrined in the legal systems of the Western Balkans belie a cultural reluctance genuinely to permit independent and impartial experienced commercial lawyers adjudicate disputes where money and politics are at stake. Those laws represent token commitments to European ideals; but the hearts of the lawyers expected to implement them are not always as progressive. The legal culture of the region has traditionally preferred that disputes are resolved through political connections, personal contacts, corrupt payments and opaque compromises. This is an anathema to international arbitration, which offers impartial arbitrators of international stature who trade upon their reputations for resolving complex disputes in a way that litigants can respect. In international arbitration, the lawyers cannot reach a back-room deal with the Judge. The system is unnerving to those familiar with commercial practice in the Western Balkans, because it operates outside the murky political boundaries with which businessmen of the region have become comfortable. Because there is so significant a cross-over between government and commerce, businesspeople may prefer that their disputes are resolved through the quasi-political channels of domestic courts. They may take the view that before a politicised judicial forum, they are likely to get a better deal.

Nevertheless arbitration has two compelling attractions for the region, which make its greater embrace inevitable. First, as domestic businesses wish to expand they will need international partners. For all but the simplest import and export transactions underwritten by documentary credits, a credible dispute resolution system is axiomatic. This is particularly important where any sort of transaction is to take place over an extended time period, as is inevitable with almost all kinds of foreign investment and contracts for the provision of management services, technical expertise or long-term financing. Insisting upon dispute resolution using the region's fragile courts will deter many or even most foreign counterparts, because *ex hypothesi* they do not have the political connections necessary to influence the system and thus they (rightly) worry it will be biased against them. Moreover access to a transparent system of dispute resolution encourages a better class of foreign investor, more transparent in their dealings. Second, a corrupt system of foreign investment and dispute resolution benefits only political insiders. As politics of the region becomes increasingly open, a constituency of politically unconnected businessmen will emerge who want a system that will treat them fairly. The sort of economic development the rest of Eastern Europe has seen will come to the Western Balkans only when politics and business become separated, and entrepreneurship becomes an

opportunity open to all. Elite capture of the judicial system forecloses free competition, because it means that politically privileged entrepreneurs seldom need worry about legal restrictions whereas those without the same political access may find legal and administrative rules hinder them at every turn.

As a form of dispute resolution administered by private institutions, arbitration offers a competitive alternative to domestic courts. Therefore it may create an incentive for those courts to reform themselves: should they fail to do so, they will lose business and thus prestige as people opt not to use them. In this connection it is worth considering the use made by Russian businessmen of international arbitration. Russian courts are notoriously corrupt, as has been judicially recognised in England.<sup>13</sup> While Russian politicians and businessmen take advantage of their partial legal system to silence political opponents and harass adversaries in the midst of commercial disputes, in arm's length transactions between one-another and with foreigners Russia's businessmen typically choose arbitration in London governed by English law. English lawyers profit handsomely from resolving Russians' commercial disputes; yet there is no necessary connection between English law and Russia. It is a system Russians trust to administer justice impartially, because they have no confidence in their own courts. Arbitration allows the wheels of commerce to turn in an otherwise lawless world. Although Russian courts themselves have patchy records of enforcing international arbitration awards, the mechanism works nonetheless because Russians must do business abroad. Their bank accounts and offshore companies are in jurisdictions, including England, the BVI and Cyprus, where arbitration awards are enforced as a matter of course. Only a business working in autarchy can evade the reach of international arbitration. Moreover a wise government knows that enforcing arbitration awards is ultimately in the interests of its enterprises and thus its economy, because if those awards are not enforced then foreign companies will harbour reservations about doing business with that country in the future. Thus even the Chinese courts have started enforcing foreign arbitral awards against their own companies.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> *Cherney v Deripaska* Š2008Ć EWHC 1530 (Comm) (the Court allowing an action to proceed despite minimal connections with England on the basis that there was "a risk that substantial justice might not be done in the Russian court because of the risk of improper influences à I am persuaded that the risks inherent in a trial in Russia (assassination, arrest on trumped up charges and lack of a fair trial) are sufficient to make England the forum in which the case can most suitably be tried". See also *Norex Petroleum v Chubb*, 2008 ABQB 442 (Court of Queen's Bench of Alberta).

<sup>14</sup> See Fai Hung Cheung, Matthew Gearing, Mitchell Silk, Huawei Sun and Peter Thorp, *First ICC arbitral award enforced in China*, Allen & Overy Knowledge, 20 October 2009.



One of the ironies of international arbitration is that notwithstanding the various model arbitration laws that have been enacted in the Western Balkans, the quality of domestic legislation is not usually critical for arbitration to yield economic fruit. In practice few international arbitral tribunals will have their seats in the Balkans where a foreign party is involved. Certain cities have developed reputations for being efficient arbitral centres with facilities available to host arbitrations, *laissez-faire* courts and a healthy stock of qualified lawyers with experience of sitting as arbitrators. This does not limit the law applicable to a dispute; a tribunal in London or Geneva may apply Serbian law and both parties will typically be represented by local and international counsel. Commercial parties can have their disputes resolved under any set of legal principles they wish, familiar or unfamiliar. The important feature of international arbitration is that it is hoped the tribunal's impartiality is beyond reproach. Typically a panel of three arbitrators will sit, of which the chairman (whose vote is usually deciding) will be appointed by the arbitral institution and will be unknown to either party. Arbitrators' repeat business will be determined by their reputation for impartiality and high-quality rulings, not by their closeness to a political contact. Businesses across the Balkans can benefit from such a regime, whatever the state of their national law and irrespective of whether domestic arbitrations are commonplace.

International arbitration has its faults. Contrary to common impressions it is expensive, sometimes considerably more so than domestic litigation.<sup>15</sup> The reasons for this are obvious. Whereas in domestic court proceedings the taxpayer is subsidising the room, the Judge and the court administration (in virtually no jurisdiction in the world do court fees cover the costs of administering justice), in arbitration the disputing parties must pay for everything themselves. The procedure can be slow, since it is typically adversarial: parties' cases are prepared sequentially in writing, leading to a "trial" in which witnesses are cross-examined and legal submissions are made. These procedures take time to organise. Parties upset with the result have very limited recourse: few appeals are permitted. Yet the privacy and neutrality of the procedure have shown themselves that these prices are worth paying. It remains the global standard for international dispute resolution, and competition between arbitral institutions and arbitration lawyers will ensure that the process continues to meet businesses' commercial needs.

---

<sup>15</sup> This depends on the type of domestic litigation with which it is compared. Preparation of witnesses and documents tends to be time-intensive in arbitration, like litigation before common law courts which is generally more expensive than litigation before civil law courts.

MATTHEW PARISH,  
Lawyer, Geneva, Switzerland

ARBITRATION IN THE WESTERN BALKANS:  
THE EMERGING COMMERCIAL LANDSCAPE

Summary

The rise of international arbitration was driven by the globalisation of commerce in the nineteenth and twentieth centuries, and the development of international law to regulate relations between the Great Powers. The history of the Western Balkans region in the same period insulated it from these influences, and thus arbitration remained unfamiliar. In the communist period, arbitration represented the antithesis of the political purposes assigned by the communist authorities to the domestic legal system. In the wars following disintegration of the former Yugoslavia, institutional capacity was further weakened by elite capture of judicial institutions. That legacy persists to the present day; but its effect is to exclude a significant proportion of the potential levels of foreign investment in the region. International arbitration remains a valuable tool for escaping partial domestic court systems and its use is likely to increase as the Western Balkans becomes increasingly open to foreign direct investment.

*ALEKSANDAR ĆIRIĆ*

## **POSTUPAK REŠAVANJA SPOROVA PRED SVETSKOM TRGOVINSKOM ORGANIZACIJOM**

### U V O D

Jedna u nizu značajnih delatnosti Svetske trgovinske organizacije je njena uloga kao foruma za rešavanje međunarodnih trgovinskih sporova. Sporovi ove vrste nastaju kao posledica sukobljenih interesa u primeni mera spoljnotrgovinske politike pojedinih država. Kada zemlja-članica preduzme mere unilateralnog karaktera u okviru svoje spoljnotrgovinske politike koje, po oceni jedne ili većeg broja drugih država, protivureče sporazumima postignutim u okviru WTO, nastaje spor. Bilo koja treća zemlja – članica STO, koja ima interes u određenom predmetu spora, koji se razmatra pred organima WTO za rešavanje spora, ima pravo da se uključi u proces.

U praksi se najčešće događa da su predmet sporova ekonomska pitanja, koja se tiču: nepoštovanja statusa najpovlašćenije nacije; povrede principa nacionalnog tretmana; carinskog prava: carinskih dažbina; tarifnih ustupaka, kao i pitanja tehničkog karaktera u vezi sa neispunjenjem ili neurednim izvršenjem preuzetih obaveza iz sporazuma u okviru WTO. Države-članice WTO su se sporazumele da će, za slučaj da neka od njih smatra da je bilo koja druga članica povredila utvrđena pravila ponašanja međunarodnog trgovinskog prometa, koja su ustanovljena sporazumima u okviru pravnog sistema WTO, neće preduzimati

---

Dr Aleksandar Ćirić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu.

mere unilateralnog karaktera, već će koristiti višestrani sistem rešavanja sporova. To znači da spor može nastati u dvostranim odnosima, što je u praksi i najčešći slučaj, a da će se uvek rešavati u višestranom sistemu predviđenom pravilima *WTO*.<sup>1</sup> Postupak rešavanja sporova se zasniva na jasno određenim pravnim pravilima (*rull oriented aprouch*). Pri tome, konačni cilj postupka se ne iscrpljuje samo prostim donošenjem odluke u formalno-pravnom smislu. Odluka treba da omogući trajno i suštinsko otklanjanje nastalih konflikata. Sigurno je da bi celokupan mehanizam funkcionisanja *WTO* bez sredstava za rešavanje sporova, bio manje efikasan. Efikasno izvršenje odluka, koje se u sporovima donose, predstavlja svojevrsan vid garancije funkcionisanja i primene pravnog sistema zasnovanog na sporazumima u okviru STO.

## IZVORI PRAVA ZA REŠAVANJE SPOROVA

Osnovni pravni izvor, kojim se uređuje postupak rešavanja sporova u sistemu *WTO* je dokument donet 1994. godine u okviru Marokeškog paketa *WTO* sporazuma, pod nazivom »Understanding on Rules and Procedures Governing Settlement of Disputes« – »Agreement DSU«,<sup>2</sup> koji se nalazi u prilogu Sporazuma o *WTO*, sadržan u Aneksu broj 2.

»Agreement DSU« se primenjuje na sledeće faze postupka: a) konsultacije; b) rešavanje sporova između članica STO<sup>3</sup> i c) ispunjenje odluka i preporuka.

Njegova primena se odnosi na rešavanje sporova, koji nastaju u vezi sa primenom pravila predviđenih normativnim okvirima *WTO*. Predmet spora se tiče povrede prava i obaveza predviđenih celokupnim paketom sporazuma na nivou *WTO*, u odnosu na koje se primenjuje »Agreement DSU«. Pravila postupka predviđena »Agreement-om DSU« se primenjuju na konsultacije i sporove koji se odnose na prava i obaveze saglasno normama o osnivanju Svetske trgovinske organizacije, kao i na sporazume iz njegovih Aneksa, koji su označeni kao »covered agreements« – »pokriveni – garantovani sporazumik«, koji su izričito navedeni u Appendix-u I DSU.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Videti: Publication Trading Into the Future [http://www.commercialdiplomacy.org/manuals/wto\\_dispute.htm](http://www.commercialdiplomacy.org/manuals/wto_dispute.htm).

<sup>2</sup> <http://www.wto.org/english>.

<sup>3</sup> Videti: čl. 1. »Agreement-a DSU«.

<sup>4</sup> U grupu garantovanih sporazuma spadaju: Agreement Establishing the World Trade Organization; Multilateral Trade Agreements; Multilateral Agreements on Trade in Goods; General Agreement on Trade in Services; Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights; Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes; Plurilateral

»Agreement DSU« predviđa da države-članice potvrđuju svoju privrženost načelima utvrđenim za rešavanje sporova, koja su usklađena sa novim pravilima i procedurama iz njegovih odredbi.<sup>5</sup> Među njima su posebno značajni principi jednakog tretmana stranaka, princip operativnosti i efektivnosti, načelo prihvatljivosti procedure za sve stranke u postupku i t. d.

Važno je podvući da se uz »Agreement DSU« primenjuju i posebne dopunske materijalne norme, kao i norme o proceduri regulisanja sporova, koje su sadržane u sporazumima, iz njegovog priloga broj 2.<sup>6</sup> Kada postoji razlika između normi »Agreement-a DSU« i dopunskih pravila o proceduri iz Priloga br. 2, dopunska pravila, kao specijalna, imaju prioritet u primeni.<sup>7</sup>

Ukoliko se dogodi da sporna pitanja zadiru u norme više od jednog od »obuhvaćenih sporazuma«, postavlja se pitanje sukoba u primeni specijalnih ili dopunskih pravila pojedinih sporazuma. To pitanje mogu same stranke rešiti dogovorno. Za slučaj da one o tome ne postignu sporazum u roku od dvadeset dana od dana obrazovanja panela, koji u postupku rešavanja sporova ima ulogu tribunala, predsednik stalnog Organa WTO za rešavanje sporova – *Dispute Settlement Body* – *DSB*, uz prethodnu konsultaciju sa strankama, u roku od deset dana od dana podnošenja zahteva države – članice, određuje merodavne norme koje će se primeniti na rešavanje konkretnog spora.

---

Trade Agreements; Agreement on Trade in Civil Aircraft; Agreement on Government Procurement; International Dairy Agreement; International Bovine Meat Agreement. U praksi se postavilo pitanje primene DSU procedure na obezbeđenje prava garantovanih Sporazumom o trgovinskim aspektima intelektualne svojine. Radilo se o sporu »India-Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products«. Apelacioni organ je smatrao da, bez obzira na injenicu da je reto što se radi o prvom takvom sporu, TRIPS spada u sporazume na koje se primenjuje DSU. Videti: »Report of the Appellate Body«, WT/DS50/AB/R, od 19. decembra 1997, str. 13, par. 29; dokument je dostupan na sajtu – [www.wto.org](http://www.wto.org).

<sup>5</sup> Član 3. »Dogovora – DSU«.

<sup>6</sup> Prilog 2, pored Dogovora o pravilima i procedurama za rešavanje sporova, sadrži i specijalne i dopunske materijalne i procesne norme, koje se nalaze u »obuhvaćenim« sporazumima, među kojima su: Sporazum o primeni sanitarnih i fitosanitarnih mera (čl. 11,2); Sporazum o tekstu i odeci (čl. 2,14, 2,21, 4,4, 5,2, 5,4, 5,6, 6,9,6,10, 6,11, 8,1, 8,12); Sporazum o tehničkim barijerama u trgovini, (čl. 14,2 u vezi sa čl. 14,4); Sporazum o primeni čl. VI GATT 1994 (čl. 17,4 i 17,7); Sporazum o primeni čl. VII GATT 1994 (čl. 19,3–19,5); Prilog II.2 (ž), (čl. 3, 9, 21 Sporazuma o subvencijama i kompenzacionim merama (čl. 4,2–4,12, 6,6, 7,2, 7,10, 8,5, u vezi sa čl. 35, 24,4, 27,7); Prilog V Generalnog sporazuma o trgovini uslugama (čl. XXII: 3, XXIII: 3 Prilog u vezi sa finansijskim uslugama; Prilog 4 o avio transportnim uslugama.

<sup>7</sup> Videti: čl. 1. tač. 2. »Agreement DSU«. U sporu »Guatemala-Anti-dumping Investigation regarding Portland Cement from Mexico«, »Report of the Appellate Body«, WT/DS60/AB/R, 2. novembra 1998. godine, str. 24–25, par. 64–67, sajt [www.wto.org](http://www.wto.org).

## ORGANI ZA REŠAVANJE SPOROVA

»Agreement DSU« predviđa da funkciju specijalnog Organa za rešavanje sporova – Dispute Settlement Body – DSB, obavlja Generalni savet WTO, često označen kao Komitet za rešavanje sporova. DSB osniva dva organa i to: panel, za razmatranje konkretnih sporova, koji ima karakter arbitražnog veća ili tribunala, kao i Appellate Body – AB, koji u svojstvu drugostepenog organa rešava spor u postupku po žalbi na izveštaje, odluke i preporuke panela. Ukoliko je članica, koja se odlukom ili preporukom obavezuje na određeno postupanje, nezadovoljna, ona može izneti slučaj pred arbitražu.

Dakle, u rešavanje sporova su uključene tri, odnosno četiri unutrašnje institucije WTO: a) Organ za rešavanje sporova – *Dispute Settlement Body* – DSB; b) Paneli – *Panels*; c) Apelaciono telo – *Appellate Body* – AB, i d) Arbitraža – *Arbitration*, pod određenim uslovima.

a) Funkciju *Dispute Settlement Body* – DSB vrši Generalni savet WTO.<sup>8</sup> Kada postupa u svojstvu organa za rešavanje sporova, Savet primenjuje pravila postupka, koja se razlikuju od pravila postupka, koja važe za redovna zasedanja Saveta.<sup>9</sup> Savet, u osnovi, predstavlja kvazi-sudski organ, koji je pozvan da nepristrasno, brzo i efikasno postupa u granicama svoje nadležnosti.<sup>10</sup>

Savet, u ulozi *Dispute Settlement Body*, pored toga što osniva panele i apelacioni organ, razmatra i ocenjuje njihove izveštaje, sprovodi nadzor i kontrolu preporuka i odluka. On takođe rešava i pitanje primene sankcija za slučaj nezavršenja odluka od strane država-članica i odobrava suspenziju koncesija.<sup>11</sup> Savet u ulozi DSB donosi svoje odluke konsenzusom.

b) Paneli vode poreklo iz mehanizma rešavanja sporova prema Opštem sporazumu o carinama i trgovini (*General Agreement on Tariffs and Trade – GATT*) 1947. Imaju tri, a u posebnim slučajevima i pet članova (panelista), koje imanuje DSB sa spiska Sekretarijata WTO, uz uzimanje u obzir mišljenja zema-

---

<sup>8</sup> Generalni savet WTO se sastoji od predstavnika svih država-članica. O tome više videti: Aleksandar Lj. Ćirić, *Međunarodno trgovinsko pravo*, Opšti deo, Niš, 2010, str. 283–286.

<sup>9</sup> Videti: čl. IV:3. Sporazuma o osnivanju WTO.

<sup>10</sup> U godinama posle osnivanja WTO, Dispute Settlement Body – DSB je bio prinuđen da u mnogim slučajevima rešava veoma složene i često politizovane trgovinske probleme i sporove između uticajnih članica Organizacije. Mnoge odluke DSB izazivaju značajne polemike. Posebnu pažnju skreću pobornici zaštite životne sredine, koji smatraju da je obim načela slobode trgovine između država koncipiran na štetu interesima zaštite prirodne sredine. Videti: <http://ru.wikipedia.org/wiki>.

<sup>11</sup> Videti: Aleksandar Lj. Ćirić, *Svetska trgovinska organizacija kao forum rešavanja međunarodnih trgovinskih sporova*, Projekat »pristup pravosuđu, instrumenti za implemenaciju evropskih standarda u pravni sistem Republike Srbije, Niš, 2008, kao i čl. 2. st. 1. »Agreement DSU«.

lja-članica. U osnovi panel predstavlja tribunal, koji je nadležan da spor reši, u svojstvu prvostepenog organa.

c) Apelacioni organ je drugostepeno telo, koje postupa po podnetim žalbama na preporuke i odluke (izveštaje) panela, kao prvostepenog organa. Ima stalni karakter. Njegova struktura odražava strukturu država-članica *WTO*. Obrazuje ga Organ za rešavanje sporova. Ima sedam članova, iz reda stručnjaka sa priznatim autoritetom u oblasti prava i međunarodne trgovine, koji su nezavisni od uticaja vlada bilo koje države. Biraju se na period od četiri godine, sa mogućnošću obnavljanja mandata na još jedan izborni period. Članovi Apelacionog tela su dužni da prate načine rešavanja i onih spornih odnosa u kojima oni nisu članovi veća koje donosi konkretne odluke.<sup>12</sup>

Valja posebno napomenuti da paneli i Apelacioni organ, u određivanju pojma »garantovanih sporazuma« u smislu člana 1. st. 1. DSU, primenjuju pravila interpretacije međunarodnog javnog prava.<sup>13</sup> Međutim, donošenje konačne odluke o tome šta se smatra »garantovanim sporazumima«, na koje se primenjuje DSU, u nadležnosti je Ministarske konferencije i Generalnog saveta *WTO*.<sup>14</sup>

## O PROCESNOJ LEGITIMACIJI ZA POKRETANJE POSTUPKA

Pravo pokretanja postupka za rešavanje spora pred organima *WTO* imaju sve države – članice Organizacije. Svaka od njih samostalno donosi odluku o tome. Takva mogućnost svedoči o postojanju visoko liberalne i protivrečne koncepcije. Upozorava se da, inače nesporno priznato pravo na pokretanje postupka pred *WTO*, dobija karakter »*actio popularis*« (narodne tužbe), budući da, teoretski, svaka država-član *WTO*, može iskazivati interes zaštite od materijalnih povreda normi iz »garantovanih sporazuma«. <sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Videti: čl. 17. st. 1. »Sporazuma – DSU«.

<sup>13</sup> Videti: čl. 3. st. 2. DSU. Paneli i Apelacioni organ su ovu odredbu koristili da opravdaju primenu Bečke konvencije o ugovornom pravu iz 1969. godine. Tako je u sporu »Japan-Taxes on Alcoholic Beverages«, Apelacioni organ jasno izneo stav da odredbe o interpretaciji međunarodnih sporazuma sadržane u članu 31. st. 1. i članu 32. Bečke konvencije, predstavljaju »običajno pravo interpretacije međunarodnih ugovora«, u smislu člana 3. st. 2. DSU. Videti: »Report of the Appellate Body«, WT/DS8/AB/R; WT/DS10/AB/R; WT/DS11/AB/R od 4. oktobra 1996. godine, str. 10–12; dokument je dostupan na sajtu [www.wto.org](http://www.wto.org) O ovome videti: Predrag Cvetkovic, Sistem rešavanja sporova u okviru Svetske trgovinske organizacije, »Pravo i privreda«, V. Banja, br. 5–8/2006, str. 715.

<sup>14</sup> Videti: čl. IX: 2 *WTO* sporazuma.

<sup>15</sup> O tome više, videti: »Report of Appellate Body«, WT/DS27/R/USA, 22. Maj 1997, paragraf 132; [www.wto.org](http://www.wto.org), kao i: Cvetkovic (2006), 724.

»Agreement DSU« priznaje pravo svakoj državi-članici *WTO*, koja nije stranka u sporu, da pod određenim pretpostavkama učestvuje u postupku u ulozi zainteresovanog lica. Za realizaciju takvog prava potrebno je, dakle, da država-članica ima realni interes u vezi spornog pitanja, što je legitimije da svoj zahtev istakne usmeno, ili u pisanoj formi<sup>16</sup> u toku trajanja postupka, ili da inicira njegovo pokretanje u cilju realizacije takvog svog prava.<sup>17)</sup>

Pravila »Agreement-a DSU« predviđaju obavezu država da do pokretanja postupka objektivno ocene u kojoj je meri njihov zahtev opravdan.<sup>18</sup>

Kako smo napred istakli, predviđeni procesni mehanizam, pre svega, služi za rešavanje sporova, koji se tiču povrede obaveza predviđenih sporazumima u okviru *WTO*. Međutim, na osnovu ekstenzivnog tumačenja, koje prema našem mišljenju ima opravdanja, norme »Agreement-a DSU« se mogu primenjivati i na sporove nastalim između članica, kada jedna od njih smatra da joj je preduzetim merama nekog drugog člana *WTO* pričinjena šteta.

Član 26. tač. 1. »Agreement-a DSU«, pozivajući se na čl. *XXIII:1b GATT*-a, dopušta pokretanje postupka za rešenje spora i u slučaju kada mere neke od članica, koje su predmet spora, ne protivreče bilo kom sporazumu u okviru *WTO*. Drugim rečima, pokretanje postupka za rešenje spora je legitimno ukoliko se time omogućava otklanjanje trgovinskih ograničenja i prepreka, čak i kada ne postoji direktna povreda *WTO* sporazuma.

Dakle, uslov korišćenja postupka predviđenog »Agreement-om DSU«, se nalazi u činjenici, na osnovu koje država pokretač postupka za rešenje spora smatra da je mera neke druge države lišava koristi ili realizacije prava iz »garantovanih sporazuma«, čije su one potpisnici.

Teret dokazivanja činjenice o postojanju pretpostavki i uslova iz čl. 26. tač. 1. »Agreement-a DSU«, odnosno o nastupanju okolnosti lišenja koristi iz »garantovanih sporazuma«, bilo prouzrokovanja nemogućnosti realizacije ciljeva takvih sporazuma, leži na državi-članici koja je pokrenula postupak.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> Videti: čl. 10. st. 2. »Sporazuma – DSU«.

<sup>17</sup> Videti: čl. 10. st. 4. »Sporazuma – DSU«.

<sup>18</sup> Videti: čl. 3. tač. 7. DSU.

<sup>19</sup> U sporu »Japan-Film«, Panel je, primenjujući čl. 26. st. 1. »Dogovora – DSU«, utvrdio da se teret dokazivanja nalazi na strani Japana i da se odnosi na pitanje lišenja koristi iz »garantovanih sporazuma«, odnosno utvrđivanja činjenice o nedopuštanju realizacije njihovih ciljeva. Sm.: »Report of the Panel«, WT/DS44/R, ot 31. marta 1998. goda, str. 378, [www.wto.org](http://www.wto.org). Na osnovu, Cvetkovic (2006), 723.



## O POJEDINIM FAZAMA POSTUPKA

Uprkos činjenici što WTO ima sopstvena pravila procedure i što se nastojalo da sama procedura ne podseća na postupak pred sudovima i arbitražama, ipak ona ima brojne karakteristike i tih načina rešavanja sporova.

Postupak rešavanja sporova je strukturiran na način kojim se teži ostvarenju načela njegove ekonomičnosti (načelo procesne ekonomije – »judicial economy«), odnosno principu da se u okviru WTO sistema rešavaju samo pitanja koja su neophodna za ostvarivanje gore navednih ciljeva.<sup>20</sup>) Pre pokretanja postupka za rešenje spora, stranke imaju mogućnost da spor reše međusobnim dogovorom, na prijateljski i miran način.

### *Mirni načini rešavanja spora*

Kako je krajnji cilj mehanizma rešavanja sporova usredsređen na uklanjanje konflikata i konačno rešenje spora, a ne samo na formalno donošenje odluke o sporu, direktni pregovori, konsultacije i drugi vidovi mirnog načina rešavanja sporova u proceduri medijacije i dobrih usluga, se mogu svrstati u katalog načina rešavanja sporova u sistemu WTO.

Prva faza u procesu rešavanja sporova između vlada država-članica su konsultacije (*consultations*) između stranaka u sporu i obaveštavanje nadležnih organa WTO o nastalom sporu. Ukoliko zemlja-članica smatra da joj je neka druga članica nanela štetu, ima pravo da se, u cilju zaštite sopstvenih prava i prava svojih lica, obrati, bilo nezvanično ili diplomatskim kanalima, drugoj strani zahtevom za konsultacije, u proceduri direktnih pregovora. Zahtev za konsultacije se podnosi u pisanoj formi. Država-članica kojoj je zahtev upućen, dužna je da se o primljenom zahtevu izjasni u roku od 10 dana od dana njegovog prijema, kao i da

---

<sup>20</sup> Primer ovakvog rezonovanja je stav Apelacionog organa u sporu »United States-Measure Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India«. Apelacioni organ je, pozivajući se na načelo ekonomije postupka, odbio zahtev Indije (zasnovan na članu 11. DSU koji predviđa da su paneli obavezni da objektivno sagledaju činjenično stanje konkretnog spora, uzimajući u obzir odredbe WTO sporazuma, kao i da pri tome reše sva pitanja koja mogu biti od značaja za DSB prilikom donošenja odluke), da rešava pravna pitanja koja, po mišljenju Apelacionog organa, nisu od značaja za odluku u sporu. Pri tome je Apelacioni organ konstatovao da u ranijoj praksi rešavanja sporova u okviru GATT-a 1947 ima slučajeva da su paneli rešavali pravna pitanja koja nisu od neposrednog značaja za donošenje odluke u konkretnom sporu, ali da u DSU nema odredbe koja bi predviđala takvu obavezu panela ili apelacionog organa. Videti : Report of the Appellate Body, WT/DS33/AB/R, od 25 aprila 1997. godine, str. 19; dokument je dostupan na sajtu [www.wto.org](http://www.wto.org)).

pristupi konsultacijama najkasnije u roku od 30 dana. Ukoliko »razumni« rok od 30 dana istekne bez rezultata, ORS će omogućiti »tužiocu« primenu odgovarajućih privremenih mera u vidu suspenzije koncesija ili drugih obaveza po odgovarajućem sporazumu u odnosu na »tuženika«, osim ako takve zahteve tužioca DSB ne odbije konsenzusom, odnosno ukoliko takve mere zabranjuje sam konkretni sporazum WTO.

Kada se pregovori uspešno okončaju, strane u sporu obaveštavaju Organ za rešavanje sporova (DSB) i odgovarajuće Savete i Komitete,<sup>21)</sup> čime omogućuju dostavljanje informacije trećim državama-članicama WTO o činjenici da je problem postojao i da je on rešen.<sup>22)</sup> Za ovu fazu postupka, pravila »Agreement-a DSU« predviđaju rok od 60 dana.

Konsultacije imaju konfidencijalni karakter. One se pokreću i sprovode na način koji ne sme naneti štetu ili pogoršati poziciju bilo koje države-članice u bilo kom daljem postupku u procesu rešavanja spora.<sup>23)</sup>

Za slučaj da direktne konsultacije ne daju rezultat, strane se mogu obratiti Generalnom direktoru WTO, u cilju korišćenja dobrih usluga, mirenja i posredovanja (*good offices, conciliation and mediation*). Pomenute mere se mogu sprovoditi jedino u uzajamno usaglašenoj proceduri, dobrovoljno i uz saglasnost učesnika, odnosno stranaka.

Zahtev za sprovođenje procedure za mirno rešenje spora, stranke mogu istaći u bilo kojoj procesnoj fazi, uključujući i tok postupka pred panelom, uz pretpostavku da o tome postoji njihova međusobna saglasnost. Mere koje stranke preduzimaju u cilju mirnog načina rešenja spora se smatraju poverljivim i one ne utiču na pravo bilo koje strane u daljoj proceduri panelnog načina rešavanja spora, uključujući i postupak po žalbi pred Apelacionim organom. Takve mere nemaju ni prekluzivno dejstvo u odnosu na pravo stranaka da zahtevaju »sudski« – panelni način rešenja njihovog spora.<sup>24)</sup> One su korisne kada je uzrok spora nepravne prirode (političke nesaglasnosti i slično).

Dakle, ukoliko pokušaj da se spor reši direktnim pregovorima između stranaka u sporu, konsultacijama, pružanjem dobrih usluga, ili na drugi miran način, ne uspe u roku od 60 dana,<sup>25)</sup> od dana njegovog pokretanja, strane imaju pravo da

---

<sup>21)</sup> Čl. 3. st. 6. »Sporazuma – DSU«.

<sup>22)</sup> Čl. 3. »Sporazuma – DSU«.

<sup>23)</sup> Videti: čl. 4. st. 6. »Sporazuma – DSU«.

<sup>24)</sup> Videti: čl. 5. »Sporazuma – DSU«.

<sup>25)</sup> U izuzetnim okolnostima, kao što je na primer brzo kvarljiva roba, stranke u sporu su dužne da završe konsultacije najkasnije za 10 dana od momenta prijema zahteva. Ako konsultacija nije moguće rešiti spor u roku od 20 dana nakon prijema zahteva za njihovim sprovođenjem, država-članica se može obratiti molbom za osnivanje panela.

pokrenu proceduru za rešenje spora, shodno predviđenim pravilima »Agreement-a DSU«.<sup>26</sup>) Pretpostavka takvog načina rešavanja spora je obrazovanje »sudećeg« organa u prvom stepenu, koji predviđa »Agreement DSU« pod nazivom panel (tribunal, veće), koji je dužan da donese odgovarajuću odluku o nastalom sporu.

### *Rešavanje sporova primenom pravnih mehanizama WTO*

*Formiranje panela i njegova nadležnost.* – Najkasnije posle isteka roka od 60 dana od dana pokretanja procedure za miran način rešenja spora (konsultacioni stadijum), koja nije dala pozitivan rezultat jer stranke nisu rešile spor, zemlja-članica – tužilac preuzima dalju inicijativu. Ona podnosi zahtev *Dispute Settlement Body – DSB* i traži preduzimanje mera u cilju formiranja panela, kao organa za donošenje odluke o sporu u prvom stepenu. Zahtev za osnivanje panela se podnosi u pisanoj formi i sadrži podatke o eventualno sprovedenom postupku konsultacija, merama povrede prava i karakteru i prirodi spora.<sup>27</sup>)

Panel se konstituiše u roku od 30 dana od dana donošenja odgovarajuće odluke o njegovom sastavu od strane DSB. On se, po pravilu, sastoji od tri člana (panelista), koji se biraju sa utvrđene Liste stručnih lica. Ukoliko stranke saglasno zahtevaju, u roku od deset dana od momenta imenovanja sastava panela, panel može biti sastavljen od pet članova. Takav zahtev stranaka se dostavlja Sekretarijatu WTO na konačno odobrenje. Bez saglasnosti stranaka u sporu, sastav panela ne mogu činiti lica koja su njihovi državljani. Stranke se bez odlaganja obaveštavaju o sastavu panela. Treba napomenuti, da članovi panela istupaju kao nezavisni i nepristrasni stručnjaci, a ne kao zastupnici vlada, ili predstavnici i zastupnici bilo koje organizacije.<sup>28</sup>)

Nadležnost panela, prema »Agreement-u DSU«, osim ako se stranke nisu drukčije sporazumele, je da, »u svetlu merodavnih normi odgovarajućeg trgovinskog sporazuma u okviru WTO, razmotri zahtev za rešenje sporne pravne stvari, koji je konkretna država-članica podnela Organu za rešavanje sporova i da doneše zaključke, koji će omogućiti DSB donošenje odgovarajućih odluka i preporuka u vezi konkretnog spora«.<sup>29</sup> Postupak pred panelom je uređen je Appendix-om III DSU.

---

<sup>26</sup> Videti: čl. 4. »Sporazuma DSU«.

<sup>27</sup> Čl. 6. »Dogovora – DSU«.

<sup>28</sup> Čl. 8. st. 9. »Dogovora – DSU«.

<sup>29</sup> Čl. 7. »Dogovora – DSU«.

*Postupak pred panelom.* – Stranke u sporu, pre prvog sastanka, odnosno prvog »raspravnog ročišta«, dostavljaju panelu, podatke o predmetu spora, kao i svoje pozicije o činjeničnom i pravnom osnovu, sa odgovarajućim dokazima i argumentacijom.<sup>30</sup>

Nakon toga se zakazuje »prvo ročište« na kome zastupnici »tužioca« ističu svoje zahteve, a zastupnici »tuženika« odgovaraju na navode tužioca i iznose argumente svoje odbrane. Na »prvom ročištu« se mogu pojaviti i treća lica u čije interese spor zadire. Ona imaju pravo da iznesu svoje pozicije i zapažanja u vezi sa nastalim sporom. Treća lica dobijaju relevantne materijale od samih stranaka na prvom zasedanju panela.

Za slučaj da se u toku rasprave pojave pitanja naučno-tehničkog, ekonomskog, ili drugog profila stručnosti, panel može odrediti veštake od kojih će zatražiti odgovarajući nalaz i mišljenje.

Deo procedure pred panelom, koji u formalno-pravnom smislu najviše podseća na glavnu raspravu, odvija se na drugom sastanku (»ročištu«) pred panelom, i on se tiče suštine spora.

Zasedanja panela su zatvorena od javnosti. Stranke u sporu i zainteresovana treća lica nemaju obavezu da prisustvuju sednicama, ukoliko ih panel izričito ne pozove.

Posle odgovarajućeg razmatranja činjeničnog i pravnog osnova konkretnog spora, panel podnosi strankama u sporu međuizveštaj. On sadži stavove, zaključke, činjenični opis predmeta spora i dokaze. Stranke mogu podneti svoje primedbe na takav dokument i tražiti preispitivanje njegovog sadržaja. U roku od dve nedelje od prijema primedaba, panel ih je dužan razmotriti i u tom cilju može zakazivati dopunske sastanke sa strankama. Nakon toga, panel dostavlja strankama konačan izveštaj, a u dodatnom roku od tri nedelje, od dana njegovog dostavljanja strankama, izveštaj postaje dostupan svim članicama DSB.

Panel je dužan da razmotri predmet spora i da donese svoj konačni izveštaj, odnosno odluku o sporu, najkasnije u roku od šest meseci od dana pokretanja postupka. U hitnim slučajevima, uključujući i okolnosti da je reč o lako kvarljivoj robi, rok može biti skraćen do tri meseca.<sup>31</sup>

Kada panel oceni da on nije u stanju da izveštaj pripremi u ostavljenom roku od šest meseci, ili u pomenutim slučajevima, u roku od tri meseca, dužan je pismeno obavestiti Dispute Settlement Body – DSB o razlozima koji uslovljavaju prekoračenje rokova. Pri tom je panel dužan da da procenu perioda u kome će biti u mogućnosti da podnese izveštaj. U svakom slučaju panel je dužan da, od

---

<sup>30</sup> Prilog br. 3 – »Radne procedure« uz »Dogovora – DSU«, tačka 2.

<sup>31</sup> O tome više.: Г.М. Вельяминов, Международное экономическое право и процесс, »WoltersKluwer«, Moskva, 2004. str. 408.

datuma svog osnivanja do dostavljanja izveštaja svim članicama WTO, obavi zadatak najkasnije u roku od devet meseci. Ukoliko stranke u sporu nisu postigle međusobno prihvatljivo rešenje u drugom delu postupka, panel je dužan dostaviti DSB svoje zaključke i odluku u vidu pisanog izveštaja. U takvim slučajevima, u izveštaju panela se iznose utvrđene činjenice, primenljivost pravnih normi, osnovni smisao svakog od zauzetih stavova o konkretnim pitanjima, kao i odgovarajuće preporuke. Saglasno tač. 2. čl. 3. »Agreement-a DSU«, panel svojim zaključcima i preporukama, sadržanim u izveštaju, nema mandat da prizna veća ili manja prava i obaveze strankama u odnosu na ona koja su predviđena odgovarajućim trgovinskim sporazumom.

U slučajevima kada spor tokom postupka pred panelom bude rešen poravnanjem stranaka, izveštaj panela sadrži kratak opis predmeta spora i odgovarajuće zasvedočenje o tome kako je spor rešen.

Ukoliko panel smatra da je osporavana mera, koju je preduzimala konkretna članica, suprotna uslovima i primeni odgovarajućeg trgovinskog sporazuma WTO, on preporučuje konkretnoj članici Organizacije, preduzimanje mere, koja nije u suprotnosti sa normama konkretnog sporazuma. Panel ima pravo da predloži i načine kojima će članica WTO udovoljiti zahtevima konkretne predložene mere ili preporuke.

*Procedura usvajanja izveštaja panela i pravo apelacije.* – Procedura odobrenja, odnosno usvajanja izveštaja panela i pravo apelacije su dve odvojene faze u postpanelnom postupku.

*Usvajanje izveštaja panela.* – U cilju obezbeđenja potrebnog vremena za razmatranje izveštaja panela, izveštaj se pre isteka 20 dana od dana njegovog dostavljanja, ne razmatra od strane DSB u cilju njegovog prihvatanja.

Stranke u sporu imaju pravo da sa punim kapacitetom učestvuju u razmatranju izveštaja panela pred DSB. Članice, koje imaju primedbe na izveštaj panela, dostavljaju pismeno obrazložene razloge svog neslaganja u roku od deset dana pre sednice DSB, na kojoj će biti razmatran izveštaj panela.

U roku od 60 dana od dana dostavljanja izveštaja panela članicama WTO, izveštaj se prihvata na sednici DSB. Pod uslovom da ni jedna od stranaka ne saopšti svoju nameru da uloži žalbu Dispute Settlement Body, postiže se »konsenzus«,<sup>32</sup> a izveštaj panela se smatra konačno usvojenim.

Razmatranje izveštaja u cilju njegovog prihvatanja se neće sprovoditi ukoliko bilo koja od stranaka u sporu zvanično saopšti DSB o svojoj odluci da zahteva apelaciju. Međutim, ako je stranka obavestila DSB o svojoj nameri pokretanja apelacionog postupka, izveštaj se ne može prihvatiti sve dok se ne okonča žalbe-

---

<sup>32</sup> Ibidem, str. 408.

ni postupak. Takvo proceduralno rešenje ne šteti realizaciji prava država-članica, ako one na taj način ispoljavaju svoj stav u odnosu na izveštaj panela.<sup>33</sup>

*Apelacioni postupak.* – Pravo na apelaciju, ili pravo pokretanja postupka po žalbi, koje pripada strankama u postupku, nije obavezna faza. Ono podrazumeva postojanje prava na žalbu Apelacionom organu u cilju preispitivanja izveštaja panela.<sup>34</sup> Treća lica nemaju pravo podnošenja žalbe na izveštaj panela. Žalbeni postupak (apelacija) je usredsređen na pravna pitanja, koja su sadržana u izveštaju panela, kao i na pitanja njihovog tumačenja.

Treće lica, koja su obavestila Dispute Settlement Body o postojanju svog opravdanog interesa u odnosu na sporno pitanje među strankama, saglasno tački 2. člana 10. »Dogovora – DSU«, imaju pravo podnošenja pismenih podnesaka Apelacionom organu.

Apelacioni organ, kao drugostepeni organ i stalno telo, razmatra podnetu žalbu na izveštaj panela u sastavu od tri člana. Za okončanje postupka apelacije predviđen je rok u trajanju od 60 dana, odnosno najduže u periodu od 90 dana.

U postupku apelacije izveštaj panela može biti potvrđen, izmenjen, ili ukinut. Važno je međutim podvući da, saglasno sa tač. 2. čl. 3. »Agreement-a DSU«, Apelacioni organ nema pravo da prizna veća ili manja prava i obaveze, od onih koje su predviđene multilateralnim sporazumima u okviru WTO. Za slučaj da panel ili Apelacioni organ, kao drugostepeni, zakluče da mera koju je konkretna država članica unilateralno preduzela i povodom koje je spor nastao, nije u skladu sa odgovarajućim sporazumom u okviru WTO, preporučiće državi – »tuženiku« da svoje mere uskladi sa normama sporazuma u pitanju. Preporukama će Apelacioni organ, po pravilu, predložiti načine i mehanizme za njihovo sprovođenje u praksi.

*Ispunjenje donetih odluka i arbitražni postupak.* – Pretpostavka i pravni osnov izvršenja odluka i preporuka donetih u postupku rešenja konkretnog spora je pravnosnažni izveštaj. Izveštaj Apelacionog organa odobrava ORS u roku od 30 dana, od dana prijema. On podleže izvršenju, osim u slučajevima kada je izveštaj ukinut na osnovu »negativnog konsensusa« ORS.

Izveštaj panela protiv koga nije izjavljena žalba, kojom bi bio pokrenut postupak apelacije, je takođe podoban za izvršenje.

Efikasno ispunjenje odluka i preporuka Organa za rešavanje sporova (ORS–DSB) je neophodan uslov obezbeđenja efikasnog funkcionisanja sistema rešavanja sporova u okviru STO, što bi trebalo da predstavlja i interes svih država-članica.

<sup>33</sup> Čl. 16. st. 4. »Dogovora – DSU«.

<sup>34</sup> Čl. 17. »Dogovora – DSU«.

Nakon što izveštaj panela postane konačan, na savetovanju, koje se organizuje 30 dana posle usvajanja konačnog izveštaja panela ili izveštaja Apelacionog organa, stranke u sporu su obavezne da informišu DSB o svojim namerama u vezi sa izvršenjem preporuka i odluka iz konačnog izveštaja. Ukoliko je izvršenje, bez odlaganja, za »dužnika« nemoguće, njemu se ostavlja rok razumne dužine u kome je izvršenje preporuka ili odluke realno moguće. Rok razumne dužine određuje se »Dogovorom DSU« i on se tiče perioda vremena koji: a) predloži država-članica, pod uslovom da ga potvrdi DSB; b) je uzajamno usaglašen među strankama u sporu u periodu 45 dana posle datuma konačnosti odluke ili preporuke, ili ako takve saglasnosti nema, s) je određen od strane obavezne arbitraže, u toku 90 dana nakon konačnosti preporuka i odluke.

Razumni period vremena za izvršenje odluka i preporuka ne može preći 15 meseci od trenutka konačnosti izveštaja panela ili Apelacionog organa, ako se stranke nisu usaglasile o činjenici postojanja izuzetnih okolnosti, koje utiču na produženje predviđenog roka. Međutim, i kod postojanja objektivnih i nespornih teškoća, rok ne bi trebalo da prelazi 18 meseci.

Kada stranka koja je dužna ispuniti utvrđene obaveze u određenim rokovima, to ne učini, dužna je da stupi u pregovore sa »tužiocem«, u cilju utvrđivanja uzajamno prihvatljive kompenzacije. Kompenzacija i ustupci su mere privremenog karaktera, koje se mogu primenjivati za slučaj da se preporuke i odluke ne izvršavaju u toku razumnog roka. Kompenzacija je dobrovoljna i nije dopuštena ukoliko protivreči obuhvaćenim sporazumima. Ona se može ticati, na primer, odobravanja smanjenja carinskih tarifa od strane »tuženika« u oblastima koje predstavljaju interes za »tužioca«. Kada se ni posle isteka dvadeset dana ne postigne sporazum o kompenzaciji, »tužilac« može zahtevati od *DSB* mere u vidu obustavljanja od primene postojećih povoljnosti (suspenzija koncesija), predviđenih u okviru *WTO*, kojim se koristi »tuženik«. Suspenzija koncesija ima karakter i pravnu prirodu privremenih mera u slučajevima kada »tuženik« ne ispunjava svoje obaveze po donetim odlukama i preporukama u vezi konačno rešenog spora.

Prilikom ocene o postojanju uslova za obustavljanje primene određenih ustupaka u odnosu na stranku koja ne ispunjava odluke i preporuke, ili druge obaveze *WTO* koji se njenim sporazumom garantuju, »tužilac« ima pravo da primeni represivnu obustavu ustupaka u istom sektoru koji je predmet spora. Ukoliko preduzimanje takve represivne mere ne daje pozitivan efekat, obustava ustupaka se može proširiti i na druge sektore istog sporazuma, na kome se zasni-vaju odgovarajući pravni odnosi. Ali, ako se i takve mere pokažu nepraktičnim i

neefikasnim i ako su razlozi dovoljno ozbiljni, mera obustave u primeni ugovore-nih ustupaka može biti proširena i na druge sporazume u okviru WTO.<sup>35</sup>

Odobrena suspenzija koncesija se može primenjivati sve dok se kršenje utvrđenih normi ponašanja odgovarajućim sporazumom ne otkloni, ili dok »tuženik« ne ponudi rešenje za eliminisanje ili umanjenje koristi koju je imao sopstvenom povredom pravila ponašanja, odnosno dok se same stranke o tome ne dogovore.

Interesantno je rešenje koje predviđa »Agreement DSU« za slučaj da je člani-ca WTO, na koju se preporuka ili odluka odnosi, nezadovoljna vrstom i obimom kompenzacija i suspendovanih koncesija. U takvim okolnostima stranka se može obratiti arbitraži u okviru WTO. Arbitraža je sredstvo za hitno rešavanje nastalog spora u fazi izvršenja već donete odluke ili preporuke u predviđenom postupku. Arbitražni postupak se odvija pred prvobitnim panelom i mora se okončati u roku od 60 dana. Arbitraža je ovlašćena da utvrdi da li je nivo suspendovanih koncesija ili drugih mera jednak stepenu umanjenja koristi, kao i da li je predložena suspenzija dozvoljena samim sporazumom, a ako jeste da li su ispoštovane sve pravne norme, koje se na takvu suspenzivnu meru odnose.

Strane su dužne da prihvate odluku arbitraže kao konačnu i saglasne su da poštuju arbitražnu odluku (čl. 25. »Agreement-a DSU«). One ne mogu sporni odnos poveravati na rešavanje nekoj drugoj arbitraži.

Na kraju valja napomenuti da je za mehanizam rešavanja sporova pred STO karakteristično da je Organ za rešavanje sporova nadležan ne samo za donošenje odgovarajućih odluka i preporuka u vezi sa nastalim sporovima, već je on istovremeno i organ kontrole, koji direktno nadzire njihovo izvršenje.

## ZAKLJUČAK

Može se zaključiti da se osnovni cilj rešavanja trgovinskih sporova u okviru STO, iscrpljuje u nastojanju otklanjanja svake mere ili radnja koja je suprotna odredbama sporazuma u okviru WTO, kao i da se prevaziđe i reši svaki nastali spor u trgovinskim odnosima između njenih članica.<sup>36</sup> Takav cilj je u potpunosti u skladu sa načelom efikasnosti u radu i delovanju WTO, kao jednom od temeljnih principa čitavog oblika institucionalnog organizovanja svetske trgovine. Mehanizam rešavanja sporova WTO funkcioniše kao međunarodni privredni sud:

---

<sup>35</sup> Videti: Г.М. Вельяминов, navedeno delo, str. 410.

<sup>36</sup> Čl. 3. st. 7. »Agreement-a DSU«.



ima ustanovljenu jurisdikciju i postupak, sporovi se rešavaju primenom pravnih normi, odluke su obavezujuće za strane i predviđene su sankcije za nepoštovanje odluka.

Osnovni cilj sistema rešavanja sporova je da se garantuju prava država ugovornica zasnovana na sporazumima zaključenim u okviru WTO, s obzirom da je »efikasno rešavanje nastalih sporova od esencijalne važnosti za funkcionisanje WTO«. <sup>37)</sup> Ciljevi postupka rešavanja sporova su:

a) eliminisanje bilo koje mere ili radnje nekonzistentne sa odredbama sporazuma zaključenih u okviru WTO i

b) obezbeđenje uzajamno prihvatljivog prevazilaženja nesporazuma, koje bi bilo u saglasnosti sa pravilima WTO. Pri tome, prilikom rešavanja sporova vodi se računa o načelu ekonomičnosti postupka (načelo procesne ekonomije – »judicial economy«), odnosno principu da se u okviru WTO sistema rešavaju samo pitanja koja su neophodna za ostvarivanje gore navednih ciljeva.

ALEKSANDAR ĆIRIĆ, LL.D.,  
Professor, Faculty of Law,  
University of Niš

## THE DISPUTE SETTLEMENT PROCEDURE BEFORE THE WORLD TRADE ORGANIZATION

### Summary

In this paper, the author analyzes the procedure for settling international trade disputes between the members of the World Trade Organization (WTO). As a rule, these disputes are created at the bilateral level in cases where the WTO member states act in the capacity of subjects of international trade relations; yet, they are resolved at a multilateral level by applying the WTO dispute settlement mechanisms. In order to analyze the WTO procedure for settling international trade disputes, the author first provides an overview of the sources of law and dispute settlement bodies. The focal point of this paper is the dispute settlement procedure, which has helped in solving hundreds of trade disputes pertaining to the violation of rights and obligations under the international trade agreements constituting the WTO legal system.

In practice, the most common subject matters of dispute are economic issues concerning: the inobservance of the most-favored nation status; the violation of the national treatment principle;

---

<sup>37</sup> Videti: čl. 3. st. 2–3. DSU.

the use of dumping measures and subsidies; the control of customs tariff and tax rates; tariff concessions; the application of sanitary and phyto-sanitary measures; imposing technical barriers in trade relations, etc. In case a WTO Member state considers that some other Member state has violated the international trade rules of conduct established by the international agreements within the WTO legal system, the WTO membership obliges the Member states to use the multilateral system of settling disputes instead of taking unilateral action.

The dispute settlement procedure is based on the clearly established legal rules. Its overall objective is not only confined to reaching a formal decision or a ruling on a dispute. This final decision is expected to permanently and effectively eliminate the existing conflicts. There is no doubt that the operation of the entire WTO mechanism would not be so efficient without these dispute resolution instruments. This system of settling disputes is a guarantee for the application and successful operation of the entire system resting on the WTO agreements.

PREDRAG CVETKOVIĆ

## PRINCIP PRAVIČNOG PROCESA U PRAVU SVETSKE TRGOVINSKE ORGANIZACIJE

### U V O D

Princip pravičnog procesa (e. »due process«; »fundamental fairness«, »procedural fairness«) zasnovan je na pretpostavci da administrativni ili sudski postupak kojim se utvrđuje postojanje, sadržina ili obim prava i obaveza pravnih subjekata mora biti pravičan. Diskrecija organa koji sprovode proceduru trebalo bi da se realizuje na pravičan način.

Princip pravičnog procesa neophodna je komponenta bilo kog pravnog sistema koji teži legitimnosti i efikasnoj primeni. Legitiman proces je onaj koji omogućava da odluka bude doneta u skladu sa preovlađujućim shvatanjem strana u sporu u pogledu toga šta se smatra pravičnim procesom. Istovremeno, efikasnost pretpostavlja da proceduralna pravila obezbeđuju stabilnost sistema čije norme primenjuju, ali i fleksibilnost i prostor za progresivnu evoluciju.

Domen primene principa pravičnog procesa nije podoban za *in concreto* definisanje: sam princip pravičnosti koji leži u korenu prava na proceduralnu pravdu pravni je standard koji se različito manifestuje u pravnim sistemima, uključujući i sistem međunarodnog prava.

---

Dr Predrag N. Cvetković, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu.

Suštinski cilj principa pravičnog procesa je sprečavanje arbitrarnog sprovođenja postupka i promovisanje legitimnosti delovanja organa koji proceduru sprovode.

Imajući u vidu gore navedeno, za pravo Svetske trgovinske organizacije (dalje i: STO),<sup>1</sup> princip pravičnog procesa ima specifičan značaj: naime, što su organi koji sprovode određenu proceduru na većoj distanci od političkog organa koji ih je imenovao, to ostvarivanje legitimnosti određenog sistema u većoj meri zavisi od nivoa pravičnosti procedure koja pravila tog sistema sprovodi. U slučaju prava STO, paneli i apelaciono telo<sup>2</sup> nemaju direktnu odgovornost organima koji su ih imenovali (udaljeni su, dakle, od »političkog autoriteta« koji iza njih stoji): tim pre raste značaj sprovođenja pravične procedure za legitimitet prava STO.<sup>3</sup>

Princip pravičnog procesa u međunarodnom pravu ima proceduralnu i materijalno-pravnu manifestaciju.

Kao procesno pravilo, ukoliko sud ili drugi odgovarajući organ odbiju da sprovedu proceduru čiji je predmet zaštita prava stranog pravnog subjekta ili se ta procedura nepotrebno i neopravdano odlaže, odnosno postoje ozbiljni nedostaci u postupku njenog sprovođenja, radi se o »uskraćivanju pravde« (e. »denial of justice«) za koje je odgovorna država.<sup>4</sup>

U materijalno-pravnom smislu, princip pravičnog procesa zahteva da odluka bude zasnovana na logičnim, adekvatnim i razumljivim dokazima koji ne smeju biti kontradiktorni sa odlukom, te da odluka ne sme biti očigledno nepravdna.

U oba slučaja, da bi se smatralo da postoji povreda principa pravičnog procesa neophodno je da se ustanovi ozbiljno i namerno uskraćivanje pravde: greška organa koji proceduru sprovodi, nije dovoljna *per se* da se smatra da je jednoj od strana uskraćeno pravo na pravičan proces.

---

<sup>1</sup> Više o pravnom sistemu STO videti u: Cvetković, Predrag, Uvod u pravo Svetske trgovinske organizacije. U: Pravni život, tematski broj: Pravo i vreme, Beograd, Udruženje pravnik Srbije, 2009. god. 58, tom 4, br. 12 (2009), str. 767–778.

<sup>2</sup> Rešavanje sporova u okviru STO realizuje se kroz tri institucije: a) organ za rešavanje sporova (e. »Dispute Settlement Body«); b) panele; c) apelaciono telo. Procedura rešavanja sporova utvrđena je Dogovorom o pravilima i procedurama za rešavanje sporova (e. »Dispute Settlement Understanding«; dalje i: »DSU«; »DSU« sistem). O proceduri rešavanja sporova videti više u: Cvetković, Predrag, »Sistem rešavanja sporova u okviru Svetske trgovinske organizacije«, Pravo i privreda, br. 5–8/2006, str. 713–727.

<sup>3</sup> Videti: Howse, Robert, »Adjudicative Legitimacy and Treaty Interpretation in International Trade Law: The Early Years of WTO Jurisprudence«, u Weiler Joseph, (ed.), »The EU, the WTO and the NAFTA: Toward a Common Law of International Law«, 2000, str. 35, 43.

<sup>4</sup> Videti: Brownlie, Ian, »Principles of Public International Law« (6th edn, 2003).

## PRINCIP PRAVIČNOG PROCESA U PRAVU STO

Princip pravičnog procesa u pravu STO ima dva modaliteta primene. *Prvi modalitet* je obaveza panela i apelacionog tela da princip pravičnog procesa poštuju prilikom rešavanja sporova. *Drugi modalitet* primene jeste korišćenje principa pravičnog procesa u funkciji standarda procene ponašanja organa država članica prilikom sprovođenja procedura na nacionalnom nivou.

*Prvi modalitet: princip pravičnog procesa kao načelo u postupku pred panelima i apelacionim telom STO*

Princip pravičnosti usvojen je i prepoznat od strane panela i apelacionog tela STO, čiji je stav da su pravila DSU sistema nastala u cilju pravičnog, efikasnog i blagovremenog rešavanja sporova u okviru Svetske trgovinske organizacije.<sup>5</sup>

Elementi principa pravičnog procesa uključuju pravila poput: nepristrasnosti u odlučivanju (što je refleksija principa rimskog prava da niko ne može biti sudija u svojoj stvari; lat. »Nemo iudex in causa sua«); pravo strana da budu saslušane (lat. »Audiatur et altera pars«); zasnivanje odluke na logičnim, adekvatnim i razumljivim dokazima, koji ne mogu biti kontradiktorni sa odlukom.

A) *Princip nepristrasnosti* (»nemo iudex in causa sua«), koji prekludira organ procedure da donosi odluke ukoliko postoji razumni osnov sumnje u njegovu objektivnost, utvrđen je članom 8. 2. DSU: »Članovi panela biraće se tako da se obezbedi njihova nezavisnost...«. Član 8. 3. DSU predviđa da državljanima država koje su strane u sporu ili u njemu učestvuju kao treća strana ne mogu biti panelisti, osim ukoliko se strane u sporu ne saglase drugačije. Panelisti istupaju u individualnom svojstvu, a ne kao predstavnici vlada svojih država; države članice neće im davati instrukcije, niti će na njih uticati.<sup>6</sup> Prevencija pristrasnosti obezbeđuje se i mogućnošću da strane u sporu prigovore na predložene paneliste, ukoliko za takve prigovore iznesu ubedljive razloge.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Videti: Appellate Body Report, »United States Tax treatment for Foreign Sales Corporations« (dalje i: »US-FSC«), [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/621d.doc](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/621d.doc).

<sup>6</sup> Videti: čl. 8. st. 9. DSU. Ovo, međutim, ne isključuje mogućnost da činovnici država članica budu panelisti, ukoliko za to dobiju dozvolu svoje vlade (videti član 8. st. 8. DSU).

<sup>7</sup> Videti: čl. 8. st. 6. DSU.

Korespondentna, ali ne i identična odredba koja obezbeđuje nepristrasnost apelacionog tela (jednako kao i panela) predviđa da njegovi članovi ne mogu biti povezani sa vladom bilo koje države članice (e. »Unaffiliated with any Government«), te da neće učestvovati u rešavanju sporova ukoliko to učešće predstavlja direktni ili indirektni konflikt interesa.<sup>8</sup>

Komunikacija između članova panela i apelacionog tela sa stranama u sporu ili svedocima, a bez znanja ili saglasnosti druge strane u sporu, ustanovljava razumnu pretpostavku o pristrasnosti. Stoga je zabranjena *ex parte* komunikacija strana u sporu sa članovima apelacionog tela i panela pred kojima se spor rešava.<sup>9</sup>

B) *Pravo na saslušanje strana* zahteva od organa koji sprovodi proceduru i donosi odluku da strane u sporu prethodno obaveste o činjenicama spora, te o mestu i vremenu saslušanja. DSU ima više odredbi kojima manifestuje pravo na saslušanje stranaka. Ovo se pravo reflektuje kroz:

– obavezu članice koja traži konsultacije da notifikuje DSB tela o zahtevu za konsultacijama; zahtev mora biti u pisanoj formi i obrazložen, sa identifikacijom mera koje se osporavaju i naznaku pravnog osnova tužbe;<sup>10</sup>

– obavezu da zahtev za ustanovljavanjem panela bude u pisanoj formi, uz identifikaciju mera koje se osporavaju i kratak rezime pravne osnove kojim se problem jasno prezentira;<sup>11</sup>

– odredbom kojom se utvrđuje obaveza strana u sporu da svoje pisane predstavlke deponuje sekretarijatu kako bi se hitno prosledili panelu ili drugoj strani (stranama) u sporu.<sup>12</sup>

Potreba poštovanja principa pravičnog procesa, reflektovanog kroz načelo saslušanja strana u sporu, odražava se i u Pravilniku o sprovođenju apelacionog

---

<sup>8</sup> Videti: čl. 17. st. 3. DSU.

<sup>9</sup> Videti: čl. 18. st. 1. DSU. Videti Appellate Body Report, »US-Wheat Gluten«, [http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/us-wheatgluten\(ab\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/us-wheatgluten(ab).pdf), § 168.

<sup>10</sup> Videti čl. 4. st. 4. DSU; videti i: Report of the Panel, »Korea-Taxes on Alcoholic Beverages«, [http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanels/korea-alcohol\(panel\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanels/korea-alcohol(panel).pdf), § 10.23; Appellate Body Report, »Mexico Corn-Syrup (Article 21. 5.-US)«, <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/WT/DS/132abrw.doc>, § 54.

<sup>11</sup> Videti: čl. 6. st. 2. DSU. Videti i: Appellate Body Report, »India-Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products«, [http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/india-patents\(ab\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/india-patents(ab).pdf), § 93. Apelaciono telo je u svojim izveštajima navelo da »u procesu ustanovljavanja nadležnosti panela strane u sporu i treća lica moraju imati dovoljno informacija o zahtevu u pitanju, kako bi im se omogućilo da odgovore na argumentaciju i tvrdnje druge stranek«; videti: Appellate Body Report, »Brazil – Measures Affecting Desiccated Coconut«, op. cit., § 22.

<sup>12</sup> Videti: čl. 12. st. 6. DSU.

postupka (e. »Working Procedures for Appellate Review«).<sup>13</sup> Žalilac mora jasno izložiti tvrdnje o navodnim greškama panela<sup>14</sup>, odnosno izneti argumente za svoje stavove u pisanoj formi.<sup>15</sup> Praksa apelacionog tela je da odbacuje zahteve koji nisu na odgovarajući način definisani u podnesku nazvanom »Obaveštenje o žalbi«, čiji je cilj da tužiocu obezbedi dovoljno informacija o osnovama žalbe.<sup>16</sup>

Pravo na saslušanje strana u sporu ne znači da je panel obavezan da rešava o pitanjima koja mu nisu postavljena, niti su relevantna za rešavanje spora u pitanju. Međutim, član 11<sup>17</sup> i odredba člana 12. 7. DSU<sup>18</sup> daju osnov za zaključak da panel, zbog zahteva obezbeđenja »objektivne procene slučaja« mora imati marginu diskrecije da utvrđuje, analizira i daje odgovore i na pitanja koja strane u sporu nisu izričito postavile.

Mogućnost da panel ide izvan onoga što je predmet tužbenog zahteva države članice bila je predmet razmatranja panela i apelacionog tela. Tipičan primer shvatanja apelacionog tela o mogućnosti da paneli idu »in excessu« onoga što je »pitanje postavljeno pred njih« u smislu člana 11. DSU, jeste njegov stav u sporu »Chile-Price Band System«.<sup>19</sup> Apelaciono telo smatralo je osnovanom tvrdnju Čilea da je panel povredio član 11. DSU. Pri tome nije bilo osporeno pravo panela da razmatra i pitanja koja su izvan onoga što su svojim zahtevima tvrdile strane u sporu. To pravo paneli imaju u skladu sa obavezom objektivne

---

<sup>13</sup> Videti: [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/working\\_proceduresde.doc](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/working_proceduresde.doc).

<sup>14</sup> Videti: *ibid*, Rule 20. 2d).

<sup>15</sup> Videti: *ibid.*, Rule 22.

<sup>16</sup> »Prema našem mišljenju, obaveštenje o žalbi nije Brazilu dalo dovoljno činjenica u smislu člana 20. st. 2. Pravilnika o sprovođenju apelacionog postupka, na osnovu kojih je Brazil mogao zaključiti da SAD imaju nameru da podnesu žalbu zasnovanu na propuštanju panela da svoju odluku obrazloži na način predviđen članom 12. st. 7. DSU .... Stoga odbijamo da odlučujemo o tvrdnjama SAD u vezi povrede člana 12. st. 7. DSU od strane panela.« Videti: Appellate Body Report, »United States-Subsidies on Upland Cotton«, [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/267abr\\_e.doc](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/267abr_e.doc). § 495.

<sup>17</sup> »Funkcija panela je da pomogne DSB-u u obavljanju zadataka utvrđenih DSU i obuhvaćenim sporazumima. Shodno tome, panel mora sačiniti objektivnu procenu slučaja, uključujući objektivnu ocenu činjenica pred njim, primenljivost relevantnih obuhvaćenih sporazuma i saglasnost postupanja strana u sporu sa ovim sporazumima, te predati nalaz kojim će se pomoći DSB-u u donošenju preporuka ili odluka u vezi sa obuhvaćenim sporazumima.« Videti: član 11. DSU.

<sup>18</sup> »Kada strane u sporu nisu uspele da dođu do uzajamno zadovoljavajućeg rešenja, panel će u pisanoj formi podneti svoj nalaz DSB-u. U tim slučajevima, izveštaj panela će sadržati nalaz o činjenicama, primenljivost relevantnih odredbi i osnovne razloge za nalaz i preporuke koje dajek.« Videti: čl. 12. st. 7. DSU.

<sup>19</sup> Videti: Appellate Body Report, »Chile-Price Band System and Safeguard Measures Relating to Certain Agricultural Product« [http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/chile-agproducts\(ab\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/chile-agproducts(ab).pdf), § 176–177.

procene slučaja i načela dobre vere. Međutim, u ispunjavanju obaveze »objektivne procene slučaja« (utvrđene članom 11 DSU) panel mora osigurati poštovanje principa pravičnog procesa. Ovaj princip, koji je apelaciono telo smatralo nespor- nim načelom DSU sistema, zahteva da panel ne rešava pitanje koje nije postav- ljeno od strana u sporu a da pri tome liši drugu stranu prava da na takvo pitanje odgovori. U konkretnom slučaju, panel nije dao Čileu pravičnu mogućnost da odgovori na tvrdnju koju je iznela Argentina. Apelaciono je telo smatralo da je ti- me panel povredio pravo Čilea na sprovođenje pravičnog procesa.<sup>20</sup> Dakle, u ovom slučaju apelaciono telo je zauzelo načelan stav da paneli mogu ići izvan onoga što je »pitanja pred njima« (e. »matter before it«; videti čl. 11 DSU), uz ograničenje da se time ne sme kršiti pravo na pravičan proces koji ima druga strana u sporu. Ovakvo ekstenzivno tumačenje člana 11 (sa načelnim pravom da panel rešava pitanja koja mu nisu postavljena), zasnovano je, kao što je rečeno, na stavu da je princip pravičnog procesa neodvojivi deo DSU sistema.

S druge strane, ima slučajeva kada je apelaciono telo, postupajući u skladu sa principom procesne ekonomije, u određenim okolnostima podržalo stav panela da ne rešava pitanja koja nisu relevantna za rešavanje konkretnog spora. U sporu »US-Wool Shirts and Blouses«<sup>21</sup>, apelaciono telo je jasno definisalo stav da član 11 DSU ne obavezuje panel da rešava sva pitanja koja su strane postavile, već sa- mo ona koja su neophodna za izvršenje funkcija utvrđenih članom 3. 2. DSU (rešavanje konkretnog spora u pitanju).<sup>22</sup> Pri tome je odbacilo tvrdnju tužioca (Indije) da DSU sistem ima »dvostruki zadatak«: rešavanje sporova i »prevenciju sporova«. Umesto toga prihvatilo je (kao i panel) argumentaciju SAD da ništa u članu 11 DSU ne utvrđuje obavezu da panel rešava o svim postavljenim zahtevi- ma, bez da pri tome vodi računa o funkciji koju vrši. Ovaj stav SAD zasnovan je i na prethodnoj praksi »GATT ere«, koju je karakterisao stav da paneli odlučuju samo o pitanjima neophodnim za rešavanje spora u pitanju.<sup>23</sup> Navedeni princip prihvaćen je i u praksi STO panela i apelacionog tela.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> Ibid, § 176.

<sup>21</sup> Videti: Appellate Body Report, »United States-Measure Affecting Imports of Woven Wo- ol Shirts and Blouses from India«, p://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/us-woolshirts(ab).pdf (dalje i: »US-Wool Shirts and Blouses«).

<sup>22</sup> Apelaciono telo u sporu »US-Wool Shirts and Blouses« smatralo je da pozivanje Indije na član 3. 2. DSU kao argument da panel ima rešavati sva pitanja koja su strane u sporu postavile pred njega, nema osnova: član 3. 2. DSU nema za cilj da ohrabri ni panele niti apelaciono telo da, koristeći pravo na »razjašnjavanje odredbi obuhvaćenih sporazuma«, kreiraju pravo »izvan kontek- sta konkretnog spora«.

<sup>23</sup> Listu sporova iz »GATT ere« na koju se pozvalo apelaciono telo videti u napomeni br. 27 u izveštaju apelacionog tela u sporu »US – Wool Shirts and Blouses«.

<sup>24</sup> Videti: Appellate Body Report, »United States-Shirts and Blouses«, napomena 28.



C) U odredbama DSU ima normi koje su manifestacija principa pravičnog procesa otelotvorenog kroz zahtev da odluke moraju biti razumno obrazložene i zasnovane na logičnim dokazima. Ovaj se cilj postiže odredbom člana 7. st. 2. DSU, kojom se predviđa da panel mora analizirati »relevantne odredbe u bilo kom obuhvaćenom sporazumu ili sporazumima koje su navele strane u sporu«. Pored toga, zahtev da odluka bude adekvatno obrazložena, inkorporiran je kao odraz principa pravičnog postupka u odredbu član 12. 7. DSU. Ovom se odredbom zahteva od panela da u svom izveštaju iznese nalaz o činjenicama, primenljivosti određenih odredbi i osnovne razloge za nalaze i preporuke koje izveštaj sadrži. Navedeno pravilo, *mutatis mutandis*, važi i za postupak pred apelacionim telom: ono je dužno da razmotri sva pravna pitanja koja su predmet izveštaja panela kao i ispravnost pravne interpretacije panela<sup>25</sup>.

U praksi apelacionog tela potvrđeno je da je obaveza iz člana 12. st. 7. DSU »refleksija principa pravičnosti i pravičnog procesa koji usmerava interpretaciju DSU. Značaj ovog principa je od posebne važnosti u slučajevima kada je tokom rešavanja spora utvrđeno da se država članica ponašala suprotno obavezama preuzetim obuhvaćenim sporazumima<sup>26</sup>; ta država tada, u skladu sa načelom pravičnog procesa, ima pravo da zna razloge i obrazloženje takvog stava.«<sup>27</sup>

Paneli i apelaciono telo često su se u svojim izveštajima pozivali na odredbe člana 12. 7 i člana 11. DSU, u cilju obrazloženja svoje obaveze da izveštaje baziraju na objektivnoj proceni činjenica.

---

<sup>25</sup> Videti: čl. 17. 12. DSU.

<sup>26</sup> Prema članu 1. st. 1. DSU primenom pravila procedure sadržanih u ovom dokumentu mogu se rešavati svi sporovi koji proističu iz primene sporazuma zaključenih u okviru STO (e. »covered agreements«; »obuhvaćeni« sporazumi). Ovi sporazumi navedeni su u Appendix-u I DSU. Reč je o sledećim sporazumima: Sporazumu o osnivanju Svetske trgovinske organizacije; multilateralnim trgovinskim sporazumima obuhvaćenim Aneksom 1A Sporazuma o osnivanju STO (multilateralni sporazumi o trgovini uslugama), Aneksom IB (Opšti sporazum o trgovini uslugama), Aneksom 1C (Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine), Aneksom 2 (Dogovor o pravilima i procedurama za rešavanje sporova); plurilateralnim trgovinskim sporazumima (Sporazum o civilnim vazduhoplovima; Sporazum o vladinim nabavkama). Do 1997. godine u grupu plurilateralnih trgovinskih sporazuma spadali su i Međunarodni sporazum o mlekarstvu i Međunarodni sporazum o govedini, koji su prestali da važe 1997. godine. Paneli i apelaciono telo, u određivanju pojma »obuhvaćenih sporazuma« u smislu člana 1. st. 1. DSU vode se pravilima interpretacije međunarodnog javnog prava, na koja upućuje član 3. 2. DSU. Ipak, donošenje konačne odluke o tome šta se smatra »obuhvaćenim sporazumima«, u smislu utvrđivanja nadležnosti panela i apelacionog tela, u nadležnosti je Ministarske konferencije i Generalnog saveta STO. Videti: čl. IX: 2 STO sporazuma.

<sup>27</sup> Videti: Appellate Body Report, »Mexico Corn-Syrup«, Article 21. 5. – US), op. cit., § 107.

U sporu EC-Hormones<sup>28</sup> Evropska zajednica smatrala je panel zanemario dokaze koji su zasnovani na naučnoj ekspertizi, čime je propustio da izvrši objektivnu procenu na način utvrđen članom 11. DSU. Evropska zajednica tvrdila je da je panel pogrešno citirao i karakterisao određene stavove eksperata. Apelaciono telo je zauzelo stav da u ovom slučaju nema kršenja člana 11. DSU. Svoj stav zasnovalo je na argumentaciji da član 11. obavezuje panel da učini objektivnu procenu slučaja. U konkretnom slučaju panel je pogrešno interpretirao određene i zanemario druge dokaze, ali pri tome nije bilo arbitramosti, namernog ignorisanja ili očiglednog »iskrivljavanja« dokaza: stoga nije bilo kršenja člana 11 DSU.<sup>29</sup>

Ovakav »visoki prag tolerancije« apelacionog tela za činjenične nalaze panela u sporu »EC-Hormones«, zasnovan je na pretpostavci da je član 11 prekršen ukoliko se radi o ponašanju panela koje dovodi u sumnju njegovu dobru veru: ukoliko takve sumnje nema, nema ni prekršaja člana 11. Ovaj stav apelacionog tela potvrđen je u više kasnijih izveštaja.<sup>30</sup>

*Princip pravičnog procesa kao elemenat pretpostavljene nadležnosti panela i apelacionog tela STO.* – Princip pravičnog postupka može biti rukovodno načelo za rešavanje proceduralnih pitanja u slučajevima kada relevantne odredbe DSU ne sadrže pravila za njihovo regulisanje.<sup>31</sup> Tada panel ili apelaciono telo mogu, u skladu sa svojom pretpostavljenom nadležnošću i proceduralnim normama utvrđenim Dogovorom o pravilima i procedurama rešavanja sporova (DSU), rešiti određeno proceduralno pitanje rukovodeći se, između ostalog, i principom pravičnog procesa.

Primer primene načela pravičnog postupka u gore opisanom kontekstu, za pitanja koje je elemenat pretpostavljene nadležnosti panela i apelacionog tela (nadležnosti priznate s krajnjim ciljem efikasnog rešavanja pravnog pitanja koje je predmet takve procedure), jeste rešavanje dileme da li strane u sporu mogu biti reprezentovane od strane privatnih zastupnika koji nisu službenici vlada država

<sup>28</sup> Videti: Appellate Body Report, EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)« (dalje i: »EC-Hormones«); [http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/ec-hormones\(ab\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/ec-hormones(ab).pdf).

<sup>29</sup> Videti: ibid, § 131, 133, 253e).

<sup>30</sup> Videti: Appellate Body Report, »European Communities-Measures Affecting the Importation of Certain Poultry Products«, <http://docsonline.wto.org/DDFDocuments/t/WT/DS/69ABR.DOC>, § 15, 133; Appellate Body Report, »Australia-Measures Affecting Importation of Salmon«; <http://docsonline.wto.org/imrd/directdoc.asp?DDFDocuments/t/WT/DS/18ABR.DOC>, § 262–266.

<sup>31</sup> Apelaciono telo je u svojim izveštajima ukazivalo na nedostatak detaljnih pravila za sprovođenje postupka pred panelima i rešavanje pitanja koja nisu uređena DSU sporazummom. Videti: Appellate Body Report, »EC-Bananas III«, [tp://ctrc.sice.oas.org/TRC/Articles/Dispute/WTDS27ABR.doc](http://ctrc.sice.oas.org/TRC/Articles/Dispute/WTDS27ABR.doc), § 144.

članica. Navedeno pitanje ne rešava niti DSU niti drugi relevantni dokumenti. To su, međutim, učinili paneli i apelaciono telo. Panel koji je postupao u sporu »EC-Bananas III«, odbio je da prihvati predstavljanje država članica od strane privatnih advokata (predstavljanje tokom sastanka panela). Obrazloženje za ovakav stav uključivalo je sledeće argumente: ugrožava se poverljivost postupka; otvara se mogućnost sukoba interesa; još u »GATT« eri (eri važenja »GATT«-a 1947) predstavljanje država članica bilo je zadatak pre svega vladinih eksperata i službenika; kada se radi o zemljama u razvoju (što Santa Lusija koja je tražila mogućnost da bude predstavljena privatnim advokatima jeste), ovim državama članicama na raspolaganju stoji pravna pomoć Sekreterijata STO.

Mada u ovom delu odluka panela nije bila osporena u apelacionom postupku, apelaciono telo zaključilo je da ništa u Sporazumu o osnivanju STO, DSU ili Poslovniku o radu, kao ni u običajnom međunarodnom pravu ili praksi međunarodnih tribunala ne sprečava državu članicu da sastavi svoju delegaciju u postupku pred apelacionim telom.<sup>32</sup> Navodeći, takođe, da u praksi »GATT ere« nema izveštaja panela koji bi rešavao ovo pitanje, apelaciono telo obrazložilo je svoj stav činjenicom da je adekvatno zastupanje država u razvoju (koje često ne raspolazu odgovarajućim personalnim kapacitetima) od krucijalnog značaja za njihovo efektivno učešće u DSU proceduri.<sup>33</sup> Od odluke u sporu »EC-Bananas III« pravo država da angažuju privatne pravne savetnike potvrđeno je u više navrata, s ograničenjem da je obaveza takvih savetnika da postupaju u skladu sa DSU odredbama a posebno da poštuju obavezu poverljivosti.<sup>34</sup>

*Drugi modalitet: princip pravičnog procesa kao standard procene  
ponašanja organa država članica*

Princip pravičnog procesa dejstvuje ne samo u postupku pred panelom i apelacionim telom, već se primenjuje kao kriterijum za ocenu ponašanja država članica prilikom sprovođenja (nacionalnim propisima uređene) procedure u vezi implementacije obaveza predviđenih pravom STO.

---

<sup>32</sup> Videti: Appellate Body Report, »EC-Bananas III«, op. cit., § 10.

<sup>33</sup> Ibid, § 12.

<sup>34</sup> Videti: Report of the Panel, »Indonesia-Certain Measures Affecting the Automobile Industry« (dalje i: »Indonesia-Autos«); [http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanels/indonesia-autos\(panel\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanels/indonesia-autos(panel).pdf), § 14. 1 (Indonezija je u svoju delegaciju za postupak pred panelom uključila dva privatna savetnika).

Opisani modalitet principa pravičnog procesa može se naći u različitim obuhvaćenim sporazumima. Tako se, *exempli causa*, ovaj zahtev ogleda u pogledu trgovine uslugama, uređene GATS sporazumom (Sporazum o trgovini uslugama usvojen u okviru STO), u sledećim normama:

– zahtevu da države sprovedu proceduru na pravičan i konzistentan način (»U sektorima u kojima su preuzete specifične obaveze, svaka Država članica obezbediće da se sve mere opšte primene koje se odnose na trgovinu uslugama, primenjuju na razuman, objektivian i nepristrasan način«),<sup>35</sup>

– pravilu da, kada postoji zahtev za dobijanje odobrenja za pružanje usluge, nadležni organi države članice koja je propisala obavezu dobijanja odobrenja imaju obavezu da u razumnom roku od podnošenja potpunog zahteva (pri čemu se o »potpunosti« prosuđuje prema nacionalnom zakonodavstvu) obaveste podnosioca o odluci po zahtevu, te da ga bez neopravdanog odlaganja, na njegov zahtev, obaveste o statusu podnetog zahteva<sup>36</sup>;

– obavezi Saveta za trgovinu uslugama<sup>37</sup> da spreči korišćenje tehničkih standarda i pravila o dozvolama na način koji stvara nepotrebne prepreke trgovini uslugama.<sup>38</sup>

Norme slične gore navedenim nalaze se i u TRIPS sporazumu,<sup>39</sup> potom u Sporazumu o postupcima izdavanja uvoznih dozvola (e. »Agreement on Import

---

<sup>35</sup> Videti: član VI st. 1. GATS.

<sup>36</sup> Videti: čl. VI. St. 3. GATS.

<sup>37</sup> Savet za trgovinu uslugama jedan je od tri saveta ustanovljenih Sporazumom o osnivanju STO. Ovi saveti obavljaju najveći obim dnevnih i operativnih poslova. Uz Savet za trgovinu uslugama, postoje i Savet za trgovinu robom i Savet za trgovinske aspekte prava intelektualne svojine. Ovi saveti imaju mogućnost ustanovljavanja komiteta ili drugih pomoćnih tela, ukoliko je to neophodno za izvršenje njihovih zadataka. Videti: čl. IV:6 Sporazuma o STO. Tako je, na primer, Savet za trgovinu uslugama osnovao Radnu grupu za profesionalne usluge.

<sup>38</sup> Videti: čl. VI: 4. GATS.

<sup>39</sup> Tako TRIPS sporazum (Sporazum o trgovinskim aspektima intelektualne svojine (e. »Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights«) zahteva da procedura država članica koja se odnosi na sprovođenje i zaštitu prava intelektualne svojine bude pravična (čl. 41, st. 2.); ova procedura ne sme biti komplikovana ili povezana sa velikim troškovima, niti sme biti zasnovana na nerazumnim rokovima ili sprovedena sa neopravdanim odlaganjima. TRIPS sporazum takođe sadrži važne zahteve za realizaciju načela pravičnog procesa u odnosu na sprovođenje prava i pravila za zaštitu prava intelektualne svojine. Član 41, 2. zahteva da procedura država članica za sprovođenje ovih prava bude pravična i jednaka (e. »fair and equitable«). Ove procedure ne smeju biti bespotrebno skupe ili složene, niti će sadržati nerealne rokove ili nepotrebna kašnjenja. Odluke ovih organa trebalo bi da budu u pisanoj formi, obrazložene i stavljene na uvid stranama u sporu bez nepotrebnog odlaganja (čl. 41, st. 3). Titularima prava intelektualne svojine mora se dati mogućnost sprovođenja parnične procedure (građanskih sudskih postupaka) za zaštitu prava intelektualne svojine. Tužena strana ima pravo da bude blagovremeno i detaljno obavestena pisanim putem o detaljima spora, uključujući i osnov tužbenog zahteva. Videti: čl. 42. TRIPS sporazuma.

Licensing Procedures«),<sup>40</sup> Sporazumu o anti-dampingu<sup>41</sup>, Sporazumu o subvencijama i kompenzatornim merama i Sporazumu o zaštitnim merama.

Jedan od zahteva koji princip pravičnog procesa postavlja pred organe država članica je da obezbede mogućnost sudskog, upravnog ili arbitražnog ispitivanja administrativne mere iz oblasti carinskog režima u najkraćem mogućem roku.<sup>42</sup> Time se obezbeđuje pravo »privatne akcije« strane koja smatra da su njeni interesi oštećeni odlukom organa države članice i njenu mogućnost da, koristeći se pravom na sudsko (upravnopravno, arbitražno) preispitivanje te odluke, obezbedi zaštitu svojih prava u skladu sa načelima i principima prava STO.

*Princip pravičnog procesa kao standard procene ponašanja organa država članica: primer člana X:3a) GATT-a.* – Poreklo inkorporiranja principa pravičnog procesa u »obuhvaćenim« sporazumima nalazi se u nekadašnjem članu X:3a) GATT-a 1947 (danas GATT-a 1994), koji predviđa obavezu države članice da na jednoobrazan, nepristrasan i pravičan način primenjuje zakone, uredbe, sudske i administrativne odluke opšteg karaktera koje se odnose na carinsku klasifikaciju, carinsko vrednovanje proizvoda, carinske stope, poreze i ostale dažbine, kao i na zahteve, ograničenja ili zabrane u pogledu uvoza i izvoza ili transfera plaćanja u vezi sa njima, ili koji se tiču prodaje, distribucije, transporta, osiguranja, uskladištenja, inspekcije, izlaganja, transformacije, mešanja ili ma kojeg drugog korišćenja ovih proizvoda.<sup>43</sup> Imajući u vidu navedenu etiologiju, u nastavku sledi analiza izveštaja panela u kojima je ovaj član bio primenjivan (navedeni član GATT-a retko je bio argument u fazi apelacionog postupka). Ova analiza u najvećoj meri relevantna je i za korespondentne odredbe drugih »obuhvaćenih« sporazuma kojima se uređuje primena principa pravičnog procesa na postupke koji se sprovode pred državama članicama STO.

Uslov da se mere država članica sprovode jednoobrazno, nepristrasno i razumno (što je predviđeno odredbom člana X:3a) GATT-a), paneli, apelaciono telo,<sup>44</sup> kao i akademska javnost priznali su kao jedan od modaliteta sprovođenja principa pravičnog postupka u proceduri pred nadležnim organima država člani-

---

<sup>40</sup> »Pravila o postupcima za izdavanje uvoznih dozvola biće neutralna u primeni i sprovodiće se na pravedan i ravnoopravan način« (čl. 1. 3). Videti: [http://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/23-lic.pdf](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/23-lic.pdf).

<sup>41</sup> Videti: čl. 6. i čl. 12. Sporazum o primeni člana VI Opšteg sporazuma o carinama i trgovini-antidampingu; e. »Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 (antidumping)«.

<sup>42</sup> Videti: čl. X:3b) GATT-a; čl. VI: 2 GATS-a; čl. 41. 4. TRIPS-a.

<sup>43</sup> Detaljan spisak mera naveden je u članu X: 1. GATT-a.

<sup>44</sup> Videti: Appellate Body Report, »US-Shrimp«, § 183.

ca.<sup>45</sup> Osnovna svrha člana X:3 GATT-a je da ustanovi minimalni standard transparentnosti i proceduralne pravičnosti u sprovođenju trgovinske regulative.<sup>46</sup> Pri tome se:

- zahtev neutralnosti smatra sinonimom za izraz »nepristrasnost« koji označava jedan od segmenata prava na pravičnu proceduru;
- zahtev jednoobraznosti je refleksija prava na saslušanje (koje se mora omogućiti svim stranama u sporu);
- uslov razumnosti izraz je potrebe da odluka bude na odgovarajući način obrazložena i zasnovana na logičnim razlozima, što je jedna od premisa na kojoj počiva princip pravičnog procesa.

A) Načelo jednoobraznosti paneli su tumačili kao zahtev usmeren državi članici da osigura konzistentnost i prediktabilnost, odnosno, *summa summarum*, pravnu sigurnost prilikom sprovođenja mera navedenih u članu X:3 GATT-a.<sup>47</sup> Međutim, panel koji je postupao u sporu »Argentina-Hides and Leather« upozorio je da odredba člana X:3 ne sme da se interpretira ekstenzivno kao što je to slučaj sa pravilima kojima se uređuje načelo nediskriminacije.<sup>48</sup> Ovakvo ograničenje primene dužnosti jednoobraznog postupanja prilikom sprovođenja mera države članice, i njeno razlikovanje od obaveze nediskriminatornog ponašanja naglašeno je i u stavu panela koji je postupao u sporu »US-Stainless Steel«<sup>49</sup>. Naime, zahtev za jednoobraznim postupanjem ne znači da se svi proizvodi imaju tretirati jednako: ovaj zahtev je pre svega element zabrane diskriminacije: »Jednoobraznost primene i sprovođenja mera odnosi se na subjekte u sličnoj situaciji; nema mesta stavu da jednoobraznost primene i sprovođenja mera postoji i onda

---

<sup>45</sup> Videti: Bhala, Raj, »Modern GATT Law: A Treatise on the General Agreement on Tariffs and Trade«, 2005, Sweet & Maxwell, str. 452–453.

<sup>46</sup> Videti: Appellate Body Report, »United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products«, [http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/us-shrimp\(ab\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/us-shrimp(ab).pdf); (dalje i: »US-Shrimp«), § 183. Apelaciono telo objašnjava svoj stav u nastavku: »Netransparentna i ex parte priroda unutrašnje administrativne procedure i postupka sertifikacije iz člana 609 koji primenjuju nadležni službenici u »Odeljenju za zaštitu mora«... kao i činjenica da države čije su aplikacije odbijene nisu primile formalno obaveštenje o takvom odbijanju, uz nepostojanje formalne apelacione ili druge pravne procedure za ocenu odluke o odbijanju... suprotni su duhu, ako ne i samom tekstu člana X:3 GATT-a«.

<sup>47</sup> Videti: Report of the Panel, »Argentina-Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather«, [http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanels/argentina-bovinehides\(panel\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanels/argentina-bovinehides(panel).pdf), § 11. 83–11.84.

<sup>48</sup> Ibid, § 11.84.

<sup>49</sup> Videti: Report of the Panel, »United States-Anti-Dumping Measures on Stainless Steel Plate in Coils and Stainless Steel Sheet and Strip from Korea«, [http://www.wto.org/english/tra-top\\_E/dispu\\_e/179r\\_a\\_e.doc](http://www.wto.org/english/tra-top_E/dispu_e/179r_a_e.doc).

kada se relevantne činjenice konkretnog slučaja razlikuju.<sup>50</sup> U konkretnom slučaju, panel je smatrao da se postupak ispitivanja uslova za nametanje anti-dampinških dažbina u formi kompenzatornih mera koji su sprovele SAD, a osporila Južna Koreja, ne može smatrati (suprotno onome što je tvrdila Južna Koreja) »napuštanjem, bez presedana, ustanovljene politike sprovođenja postupka čiji je cilj da se definiše da li postoje uslovi za uvođenje anti-dampinških mera«: sprovođenje ovog ispitivanja, po stavu panela, nije bilo niti nerazumno niti suprotno zahtevu jednoobraznosti. Naime, različit rezultat ove procedure u konkretnim slučajevima posledica je postojanja distinkcije u pogledu in concreto uslova i drugih činjenica na kojima su ti slučajevi zasnovani. Takva razlika u ishodu ispitivanja koja se sprovode ne može se smatrati osnovom za zaključak da je prekršen zahtev jednoobraznog sprovođenja mere, ustanovljen članom X:3a) GATT-a.

B) Zahtev nepristrasnosti kao drugi uslov upućen državama članicama prilikom sprovođenja mera utvrđenih članom X:1 GATT-a takođe je bio predmet interpretacije panela. Tako je panel koji je postupao u sporu »Argentina-Hides and Leather« smatrao da postoji stalna opasnost narušavanja načela nepristrasnosti postupka uvek kada u njemu učestvuje pravni subjekat sa postojećim ili potencijalnim poslovnim interesom koji je u konfliktu sa komercijalnim interesom pravnog subjekta povodom čijeg se prava postupak sprovodi. Tako, lice sa konfliktnim interesom može prilikom primene carinskih propisa doći do poverljivih informacija na koje, inače, nema pravo.<sup>51</sup> U konkretnom slučaju, panel je zaključio da organi države koja je sprovodila postupak (Argentina) nisu na odgovarajući način otklonili rizik zloupotrebe poverljive informacije od strane učesnika postupka sa konfliktnim poslovnim interesom, te da je stoga narušeno načelo pravičnog procesa. Čini se da je panel proširivanjem primene zahteva poverljivosti (konfidencije), utvrđenog članom X:1, i na član X:3b) GATT-a u delu koji se odnosi na zahtev nepristrasnog ponašanja, stvorio potencijal za konfuziju u budućoj primeni ovih odredbi.

C) Kriterijum razumnosti, kao treći zahtev zasnovan na principu pravičnog procesa i upućen državi članici koja sprovodi određene mere, analizirao je panel koji je postupao u sporu »Dominican Republic – Import and Sale of Cigarettes«.<sup>52</sup> Ova analiza učinjena je u svetlu tvrdnje Hondurasa da je Dominikanska Republika primenivala sopstvene poreske propise na uvezene cigarete na nera-

---

<sup>50</sup> Videti: *ibid*, § 6. 51.

<sup>51</sup> Videti: Report of the Panel, »Argentina-Hides and Leather«, *op. cit.*, § 11.100–11.101.

<sup>52</sup> Videti: Report of the Panel, »Dominican Republic-Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes«, [http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanels/dr-cigarettes\(panel\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanels/dr-cigarettes(panel).pdf).

zuman način. Panel je ustanovio da tripartitni zahtev iz člana X:3a) GATT-a (jednoobraznost, nepristrasnost i razumnost) nije kumulativan, već alternativan. Moguće je, dakle, da je država prekršila obavezu sprovođenja postupka na način definisan članom X:3a) čak i u odsustvu dokaza da je taj postupak sproveden pristrasno i bez poštovanja jednoobraznosti: dovoljno je da je taj postupak sproveden nerazumno.<sup>53</sup> Pozivajući se na naziv člana X GATT-a (»Objavljivanje i administriranje trgovinskih propisa«), panel je smatrao da uobičajeno značenje reči »razumno« upućuje na značenje koje se daje frazama »u skladu sa razlozima«, »proporcionalno«<sup>54</sup> »bez očiglednog viška ili manjka onoga što bi se moglo smatrati odgovarajućim«, »suprotno od apsurdnog« etc.<sup>55</sup>

U skladu sa gore navedenim kriterijumima, panel je smatrao nerazumnim (i stoga, povredom obaveze iz člana X:3 b) način na koji je Dominikanska Republika sprovodila odredbe svog poreskog zakona koji se ticao oporezivanja stranih cigareta, kao i odredbe o utvrđivanju poreske osnovice za primenu poreskih stopa.<sup>56</sup>

D) U pojedinim izveštajima panela prisutan je stav da kršenje tripartitnog standarda iz člana X:3b) GATT-a (jednoobraznost, nepristrasnost, razumnost) nije po sebi dovoljno da bi se smatralo da je došlo do kršenja obaveze iz navedenog člana: ovi su paneli smatrali da standardi iz člana X:3b) nisu prekršeni ukoliko nalaz o povredi ovih standarda prilikom sprovođenja postupka utvrđenog nacionalnim pravom države članice nije praćen nalazom o povredi neke druge norme STO,

<sup>53</sup> Ibid, § 7. 383.

<sup>54</sup> Princip proporcionalnosti (e. »proportionality principle«; n. »Verhältnismässigkeitsgrundsatz«) jedan je od bazičnih principa sistema regulisanja međunarodnih ekonomskih odnosa. Princip proporcionalnosti u pravu ima dvostruko značenje: uže i šire. U užem smislu, princip proporcionalnosti je vodič za ostvarivanje balansa između konkurentnih pravopolitičkih ciljeva. Tako je načelo proporcionalnosti instrument definisanja limita sprovođenja određenih propisa, pri čemu je limit takvog sprovođenja zaštita ljudskih prava i sloboda (ova ograničenja postoje u nacionalnim ustavnopravnim sistemima i u međunarodnom pravu). U širem smislu, proporcionalnost je odraz ideje da između sredstva i cilja mora postajati razumni odnos. U pravnom smislu, ova ideja definisana je kroz stav o potrebi postojanja balansa između povrede određene pravne norme i sankcije koja tu povredu prati. U kontekstu prava STO, proporcionalnost je sublimirana kroz rečenicu: »povreda trgovinskog sporazuma ne može opravdati uzimanje talaca kao odgovor«. Videti više u: Andenas, Mads; Zlepting, Stefan, »Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective«, Texas International Law Journal, Vol. 42, 2007, str. 372–428 (Glava IV: Proportionality in Public International Law, str. 398–404).

<sup>55</sup> Videti: Report of the Panel, »Dominican Republic-Import and Sale of Cigarettes«, op. cit., § 7. 385.

<sup>56</sup> Ibid, § 7. 385.



Panel koji je postupao u sporu »US-Hot Rolled Steel«<sup>57</sup> ovu je rezervu pravdao time da smatra neodgovarajućim da panel utvrđuje da li je ponašanje organa država članica konzistentno sa njihovom sopstvenom regulativom: naime, ukoliko nema kršenja određene odredbe prava STO, jedino što se može smatrati predmetom ispitivanja panela je upravo pitanje saglasnosti postupanja države članice sa njenim sopstvenim propisima donetim u cilju sprovođenja određenih mera trgovinske politike.<sup>58</sup>

Stav panela u sporu »US-Hot Rolled Steel«, da njegov mandat nije ispitivanje da li se država članica ponaša u skladu sa sopstvenim pravnim pravilima, zasnovan je na polazištu koje STO sistem sagledava kao strukturu baziranu na principu reciprociteta i koncesija, čija pravila isključuju mogućnost da se poštovanje sopstvenih pravnih pravila od strane države članice ocenjuje pred nekom drugom instancom izvan te države. Suprotan pristup doveo bi do mogućnosti da STO paneli i, posebno, apelaciono telo, budu »sudovi poslednje nade« (e. »courts of last resort«), pa u krajnjem i »Svetski ustavni trgovinski sud«. Za ovakav razvoj u savremenom trenutku nema puno entuzijazma, osim načelnih akademskih de lege ferenda razmatranja, bez jasno lociranog i definisanog pravopolitičkog zaleđa.<sup>59</sup>

---

<sup>57</sup> Videti: Report of the Panel, »US-Hot Rolled Steel« (»United States-Anti-Dumping Measures on Certain Hot Rolled Steel Products from Japan«), [http://www.wto.org/english/tratop\\_E/dispu\\_e/184r\\_a\\_e.doc](http://www.wto.org/english/tratop_E/dispu_e/184r_a_e.doc), § 7.267.

<sup>58</sup> Ibid. U ovom slučaju predmet spora bilo je sprovođenje procedure utvrđivanja postojanja uslova za uvođenje anti-dampinskih mera, definisane pravom SAD. Japan je osporio pet različitih kategorija »akcija« koje su organi SAD sproveli u ovom slučaju. Panel je u konkretnom slučaju našao da je ponašanje organa SAD suprotno relevantnim odredbama Sporazuma o anti-dampingu. Stoga je ispitivanje ispunjenosti standarda iz člana X:3b) STO u konkretnom slučaju bilo opravdano (imajući u vidu postojanja povrede odredbe Sporazuma o anti-dampingu). A contrario, da ovog kršenja nije bilo, ne bi bilo ni osnova za ispitivanje standarda utvrđivanja u skladu sa načelom pravičnog postupka, utvrđenih u članu X:3b) GATT-a.

<sup>59</sup> Videti više u: Ćirić, Aleksandar, Cvetković, Predrag, »O pravu Svetske trgovinske organizacije: pro et contra konstitucionalne prirode«, Pravo i privreda, Beograd, Udruženje pravnika u privredi Srbije, 2009. – Br. 1–4 (2009), str. 481–494.

PREDRAG N. CVETKOVIĆ, LL.D.,  
Assistant Professor, Faculty of Law,  
University of Niš

## ”DUE PROCESS” PRINCIPLE IN THE WTO LAW

### Summary

”Due Process” principle is an inextricable part of every legitimate and efficiency applied legal system. Its scope of application is determined by the following fact: the abovementioned principle has distinctive manifestations in different legal environments. The international law is not an exception. In its core, ”due process” is aimed to prevent arbitrary character of the legal procedure, as well to promote the legitimacy of the bodies which carry out the procedure in question. The same premise is also valid in the case of the WTO law. ”Due process” principle is manifested by two main modalities. The first one is the obligation of the WTO panels and appellate body to apply and respect this principle in the procedure of dispute settlement. This modality is based on the premise that rules for dispute settlement in the framework of the WTO system, embodied in the ”Dispute Settlement Understandings” (DSU), were created exactly with the purpose of providing the basis for fair resolving of WTO disputes. Having this in mind three main features of due process principle in the case of first modality can be derived: impartiality; right to be heard; the demand to base the rulings on the logical, adequate, self-evident and non contradictory reasons. The other modality of due process principle application is its function as the criteria for evaluation of WTO member states acts and conduct in terms of implementation of their obligations as defined in WTO law. There are many forms of this ”due process” principle modality, which can be identified in different WTO ”covered” agreements. Both modalities are mutually effective and contribute decisively to the establishment of due process principle as one of the core principles of WTO law.

*DRAGO DIVLJAK*

## **UGOVOR O MEĐUNARODNOJ DISTRIBUCIJI**

### **U V O D**

U korpusu većeg broja modernih autonomnih ugovora trgovinskog prava sve veći značaj ima ugovor o distribuciji. Zbog sve snažnije internacionalizacije privrede,<sup>1</sup> a saglasno svojoj prirodi i sadržini, ovi ugovori vrlo često imaju međunarodni karakter, što ima značajne pravne implikacije. To i inače njegovu kompleksnu strukturu čini još složenijom, a pravne probleme vezane za ovu specifičnu grupu međunarodnih trgovinskih ugovora, još aktuelnijim.

Kao međunarodni, ugovor o distribuciji je ušao u našu poslovnu i pravnu praksu. Pitanje aktuelizacije proučavanja distributivnih pravnih poslova u sadašnjem trenutku leži u činjenici sve češćeg korišćenja u međunarodnom poslovanju naših kompanija. Stoga je neophodno njegovo češće predstavljanje i analiziranje i u našoj pravnoj teoriji. Rad koji sledi je rezultat takvog nastojanja. Razmotriće se pristup i pravna pravila o ovom ugovoru, nastala na nadnacionalnom, odnosno međunarodnom nivou.

---

Dr Drago Divljak, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu. Rad je posvećen projektu »Pravo Srbije u evropskoj perspektivi«, br. 149042 koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

<sup>1</sup> Šire o procesima internacionalizacije i globalizacije: Voznesenska, N.N; *Rossia v mirovom procese dviženia kapitalov, Predprinamatelskoe pravo v XXI veke*, Moskva, 2002, strana 109–110.

*Uopšte*

Ugovor o distribuciji kao ugovor autonomnog prava, koji, iako sve eskpanzivnije prihvaćen nema precizno zaokruženo pravno određenje. Ni njegovo osnovno određenje nije lišeno polivalentnosti i nedoumica. Naime, pojam ugovora o distribuciji u uporednom pravu ima svoje uže i šire značenje,<sup>2</sup> a on se pojavljuje u različitim ugovornim oblicima i nazivima, a svaki od njih ima posebna pravna obeležja, ugovorni sadržaj i područje primene.<sup>3</sup>

Kao i drugi noviji ugovori nastali u poslovnoj praksi koji su još u fazi definitivnog uobličavanja, ni ugovor o distribuciji, po pravilu, nije regulisan zakonskim putem, niti ih pokrivaju posebna autonomna uniformna pravila.

Belgija je jedna od malobrojnih zemalja sveta, koja ima posebnu zakonsku legislativu iz obe oblasti. To je učinjeno donošenjem posebnog zakona 1961. godine, a izmenjenog deset godina kasnije, 1971. godine. I kao takav, i on ima elemente nekompletnosti.<sup>4</sup> Rudimentarna indirektna pravila postoje i u francuskom pravu, koja se primenjuju i na distribitivne pravne poslove.<sup>5</sup> Slična situacija fragmentarne regulisanosti je prisutna i u nekim zemljama izvan EU.<sup>6</sup> Osim u Belgiji, u većini evropskih zemalja ugovor o distribuciji je neimenovan, atipični ugovor autonomnog trgovinskog prava i nije uređen u posebnim zakonima, već se kao izvori njegovog pravnog uređenja koriste sudska praksa, opšta pravila ugovornog prava i pravila o ugovorima koji uređuju izvršavanje kontinuiranih ugovornih obaveza kao što je prvenstveno ugovor o trgovinskom zastupanju ili ugovor o prodaji.

---

<sup>2</sup> U užem smislu to je poseban trgovinski ugovor autonomnog prava (*sui generis*), dok u širem smislu može označavati grupu ugovora koji za cilj imaju masovnu i kontinuiranu prodaju različite vrste robe, kao što su: ugovor o trgovinskom zastupanju, ugovor o franšizingu, ugovor o lizingu i ugovor o distribuciji u užem smislu.

<sup>3</sup> Naime, postoje različite vrste ugovora o distribuciji: ekskluzivna, neekskluzivna distribucija, ekskluzivna kupovina i selektivna distribucija. Šire: Ugovori o distribuciji u pravu i poslovnoj praksi Hrvatske i EU, Zagreb, 2005, str. 12 i dalje.

<sup>4</sup> Tako su pitanja prava i obaveze snabdevača i distributera u slučaju jednostranog raskida iz ozbiljnih razloga, a posebno u vezi sa obavezama iz tog raskida, regulisana opštim pravnim pravilima Građanskog zakonika Belgije.

<sup>5</sup> Ono direktno ne reguliše ugovor o distribuciji ali je karakteristično po tome što ima »Zakon o pravnom okruženju« iz 1989. godine koji predstavlja okvir za delovanje trgovačkih društava. To je tzv. »La loi Doubin« kojim se nameće obaveza o ekstenzivnom informisanju pre zaključenja ugovora. Radi se o obavezi one ugovorne strane koja daje pravo korišćenja trgovačkog imena, trgovačkog ili zaštićenog znaka u zamenu za ekskluzivitet ili kvazi-ekskluzivitet druge ugovorne strane.

<sup>6</sup> Takav je slučaj u Hrvatskoj. Horak, H., op. cit., str. 27.

U našem pravu je situacija slična velikoj većini drugih evropskih prava. To praktično znači da ne postoje pravni propisi, niti običajno pravo koji bi na direktan način regulisali ove poslove. S obzirom da ugovori o distribuciji nisu uređeni ZOO, na ove ugovore se primenjuje opšti deo ZOO, odnosno osnovna načela ugovornog prava i norme koje su zajedničke za sve vrste ugovora.<sup>7</sup>

Distribucija ima raznovrsne ekonomske funkcije, što je odlučujuće doprinelo njenoj ekspanziji. Suštinski, ona predstavlja specifičan metod plasmana robe i ekspanzije na tržište.<sup>8</sup> Potreba za distribucijom robe na ovakav način postoji u nacionalnim okvirima, a još više na inostranom tržištu, a proizilazi iz neophodnosti proizvođača da obezbedi kontinuiran plasman robe na ta tržišta. U tom smislu, distribucija se pokazuje kao optimalni metod u uslovima nepoznavanja stranog tržišta i nepostojanja sopstvene prodajne mreže, pri čemu klasični ugovori o kupoprodaji i trgovinskom zastupanju gube na adekvatnosti za složene odnose koji se javljaju u vezi sa ovakvom vrstom masovne i kontinuirane prodaje robe u inostranstvu.

Rast značaja međunarodnog ugovora o distribuciji neminovno zahteva i kreiranje nadnacionalnih i međunarodnih instrumenata pravne regulacije, pre svega u cilju obezbeđenja poželjnog nivoa pravne sigurnosti, ali i pravičnije distribucije rizika i odgovornosti ugovornih strana. Pravnim aspektima ugovora u distribuciju<sup>9</sup> u prekograničnom poslovanju posvećuje se pažnja kako na regionalnom, tako i na univerzalnom planu. U tom pogledu posebno su relevantni napori koji se čine u okviru Evropske unije, odnosno Međunarodne trgovinske komore.

### *Ugovor o distribuciji u pravu Evropske unije*

U okviru EEZ, odnosno EU, razumljivo, prvo, nastaju pravna pravila isključivo usmerena na javnopravne aspekte ovih ugovora, koji se odnose na zaštitu slobodne konkurencije na tržištu. Na taj način se ovaj ugovor prvobitno, posmatra, problematizuje i reguliše isključivo sa aspekta prava konkurencije.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Moguće je, eventualno, uz veći oprez primeniti analogiju sa ugovorom o trgovinskom zastupanju.

<sup>8</sup> U tom pogledu je blizak nekim drugim ugovorima, kao što je npr. ugovor o franšizingu. Vidi: Dnes, A. W., *Franchise contracts*, The Nottingham Trent University, 1999, str. 1093.

<sup>9</sup> O mogućem posmatranju ugovora o distribuciji: Dean, M.J., *International Distribution Overview of Relevant Distribution Laws: Europe March 2007*.

<sup>10</sup> Šire o tome: Ritter, L., Braun, W. D., Rawlinson, F., *EC Competition Law*, Kluwer Law International: Cambridge, 2000, Roth, P.M., Bellamy, Ch., Child, G., *European Community Law of Competition*, London: Sweet and Maxwell, 2001, Goyder, D. G., *EC Competition Law*, Oxford University Press: New York, 2003.

Oni se stavljaju u kontekst ograničenja ugovorne slobode u zaključivanju vertikalnih ugovora, što oni po svojoj prirodi i jesu, i to u obliku različitih ograničenja što ih snabdevači, odnosno proizvođači nameću distributerima.<sup>11</sup> Uspostavljanje takve isključive pravne veze,<sup>12</sup> ima svoje puno opravdanje u zaštiti obezbeđenja nesmetanog funkcionisanja jedinstvenog tržišta u okviru EU.

Stavljajući u prvi plan problem zloupotrebe slobode ugovaranja u tržišno nedozvoljene svrhe, kao što je narušavanje lojalne konkurencije i stvaranja i zloupotrebe monopolskog položaja. U EU se kreira relativno kompleksna struktura pravnih pravila vezanih za ovaj ugovor ali složen i sofisticiran zaštitni instrumentarij.<sup>13</sup> U tom pogledu, značajnu ulogu imaju i primarni i sekundarni izvori prava EU.

U prvom redu to je čl. 81. Ugovora o EZ kojim su zabranjeni sporazumi između kompanija koji imaju cilj ili učinak sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje tržišne konkurencije među državama članicama, ali i izuzeci od te zabrane.<sup>14</sup> Navedene odredbe su operacionalizovane donošenjem odgovarajućih uredbi. Za ugovore o ekskluzivnoj distribuciji je bila relevantna Uredba 67/67, koja je zamenjena novom Uredbom 83/83.<sup>15</sup> Uz ovu uredbu je doneta i Uredba 84/83 o isključivoj kupovini i Uputstvo Komisije u vezi uredbi 83/83 i 84/83. Napred pomenute uredbi zamenjene su novom Uredbom 2790/99<sup>16</sup> koja je u primeni od 2000. godine i koja uvodi novine koje se odnose i na ugovore o ekskluzivnoj distribuciji. Ona je fragmentarnog karaktera, jer se njom regulišu sadržaji koji su dopušteni kroz ograničavajuće klauzule, te obaveze ugovornih strana. Na ovaj način je omogućeno izuzimanje ugovora o distribuciji od zabrana sadržanih u članu 81(3) Ugovora o EZ.

---

<sup>11</sup> Dean. M.J., op. cit., str. 14–15.

<sup>12</sup> Tako ga neki autori isključivo i klasifikuju kao ugovor koji pripada ugovorima sa područja zaštite lojalne konkurencije na tržištu: Horak, H., op. cit., str. 11; Jagi, T., Utjecaj uređenja ugovora o distribuciji u europskom pravu tržišnog natjecanja na harmonizaciju europskog ugovornog prava, Zbornik Ekonomskog fakulteta u Zagrebu, godina 7, br. 2, 2009, str. i dalje.

<sup>13</sup> Ona uključuje i zaštitu obezbeđenu i nacionalnim pravom zemalja članica: Dean. M.J., op. cit., str. 4, 5.

<sup>14</sup> Prema čl. 81. st. 3 izuzeci su mogući ukoliko su kumulativno ispunjena četiri uslova, od kojih su dva pozitivna, a dva negativna: 1. doprinos unapređnju proizvodnje ili distribucije robe i/ili usluga, podsticanju tehnološkog ili ekonomskog razvoja, 2. pružanje potrošačima odgovarajuće koristi, 3. njima se ne mogu preduzetnicima namećati ograničenja koja nisu neophodna za postizanje navedenih ciljeva i da 4. preduzetnicima omogućavaju isključivanje znatnog dijela konkurencije s tržišta, za robe i/ili usluge koje su predmet ugovora.

<sup>15</sup> Directive 86/653.

<sup>16</sup> Regulation 2790/99.

U ovoj oblasti važni su i drugi rezultati rada i praksa Evropske Komisije,<sup>17</sup> koja ima nadležnost da odlučuje o povredi prava konkurencije izazvanih vertikalnim sporazumima i da nalaže mere radi otklanjanja štetnih posledica u slučaju povrede. Od posebne važnosti su i presude Evropskog suda.<sup>18</sup>

Tek u novije vreme, nakon vrlo serioznog bavljenja zloupotrebom slobode ugovaranja kod ugovora o distribuciji, u okvirima EU pažnja se okreće materijalno-pravnim aspektima ovog ugovora i nastaju projekti usmereni ka toj problematici. Naime, radna grupa koja je radila na kreiranju Evropskog građanskog zakonika, u okviru izučavanja najvažnijih pitanja vezanih za obligaciono pravo, posebno principa evropskog ugovornog prava, pažnju je posvetila i pojedinim ugovorima. Osim standardno nezaobilaznog ugovora o prodaji, u fokus procesa evropeizacije ugovornog prava, kako ga neki autori karakterišu navedena nastojanja,<sup>19</sup> je stavljen, između ostalog i ugovor o distribuciji, zajedno sa ugovorom trgovinskom zastupanju i franšizingu.

Kao rezultat takvog pristupa, u studiji koja je pomenuta grupa objavila pod nazivom »Principles of European Law – Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts« (Principi evropskog prava – Ugovori o trgovinskom zastupanju, franšizingu i distribuciji), 2006. godine prezentovan je set predloženih pravila o navedenim ugovorima.<sup>20</sup>

Stvaranje navedenih pravila imalo je za cilj i stimulisanje razvoja nadnacionalne, ali i nacionalne legislative privatnog prava u okvirima Evropske unije. Istovremeno, ono svedoči o progresivnom rastu značaja navedenih ugovora i potrebi ozbiljnijeg rada na njihovom regulisanju na međunarodnom nivou. S druge strane, čisto akademski pogled na ovu problematiku, što ovaj projekat jeste,

---

<sup>17</sup> Tako, npr. Commission Notice on the Definition of the Relevant Market OJ 1997 C372/5, Commission Notice on Agreements of Minor Importance, OJ C368, 22/12/2001.

<sup>18</sup> U tom pogledu je važan slučaj *Consten & Grunding* Commission iz 1966. god. (1966 ECR 429) zahvaljujući kojem je došlo do promene stava koji je do tada bio preovlađujući, i čija je suština u tome da vertikalni sporazumi ne mogu naštetiti konkurenciji. Nakon ovog slučaja sve više preovlađuju suprotni stavovi i pravno se sankcionišu ovakvi ugovori.

<sup>19</sup> Chagny, M., *European Review of Contract Law*. Volume 6, Issue 2, Pages 217–220, /May/2010.

<sup>20</sup> Videti: *Principles of European Law – Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts*, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Articles and Comments, [Interim Edition], Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group) Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, Edited by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke, str. 1027–1120; Hesselink, M., Rutgers, J. W., Bueno Diaz, O., Scoton, M., Veldman, M., *Principles of European Law: Commercial Agency, Franchise, and Distribution Contracts: Commercial Agency, Franchise, and Distribution Contracts v. 4* (European Civil Code Series), OUP Oxford (2006).

nosi rizik nedovoljne korespondencije sa stanjem i potrebama poslovne prakse, bez obzira što on istovremeno, omogućava postizanje optimalnijeg balansa interesa u ugovornim klauzulama za obe ugovorne strane. Navedene studije i predlozi pravila su podjeljeni u dve celine. U prvom se nalaze zajednička pravila za navedene ugovore,<sup>21</sup> a u drugom specijalne odredbe koje se odnose svaku pojedinačnu vrstu ovih ugovora. Zajedničko grupisanje navedenih ugovora i njihov zajednički normativni obuhvat u ovom projektu može biti sporno sa aspekta, ipak, njihovih različitih ekonomskih funkcija i konkretne sadržine<sup>22</sup> bez obzira na njihovu načelnu bliskost.

Posebne odredbe o ugovoru distribuciji date su u 12 članova, sistematizovanih u tri celine, koje se odnose na opšte definisanje ugovora i obaveze ugovornih strana, distributera i snabdevača, odnosno proizvođača.<sup>23</sup> Kao i u celom projektu,<sup>24</sup> i ovde se putem definicije pokušava dati ugovoru esencijalna pravila. Pomenuta radna grupa definiše opšti ugovor o distribuciji kao takav ugovor kod koga se jedna ugovorna strana (snabdevač) obavezuje da snabdeva drugu ugovornu stranu (distributera) s proizvodima na trajnijoj osnovi (duži vremenski period) a distributer se obavezuje da kupuje proizvode i da ih prodaje u svoje ime i za svoj račun.<sup>25</sup> U istom članu se osim ove opšte definicije, daju i određenja posebnih vrsta ugovora kao što su ugovor o ekskluzivnoj distribuciji, selektivnoj distribuciji i ekskluzivnoj kupovini.<sup>26</sup>

---

<sup>21</sup> Opšte odredbe su date u 13 članova, u četiri celine.

<sup>22</sup> O ugovorima o franšizingu u kontekstu evropskog prava: *Franchising in European Contract Law (A comparison between the main obligations of the contracting parties in the Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (PEL CAFDC), French and Spanish law*), by Odavia Bueno Diaz, *European Legal Studies*, vol 8, Sellier European law publishers, 2008.

<sup>23</sup> *Principles of European Law: Commercial Agency, Franchise, and Distribution Contracts*, op. cit., str. 257–272.

<sup>24</sup> *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, op. cit., str. 208, str. 9–10.

<sup>25</sup> Član 4:101 stav 2. »Principles of European Law – Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts« (*Principi evropskog prava – Ugovori o trgovinskom zastupanju, franšizingu i distribuciji*).

<sup>26</sup> Tako se u trećem stavu istog 4:101 člana navodi da je ugovor o ekskluzivnoj distribuciji takav ugovor o distribuciji kod koga se snabdevač obavezuje da snabdeva proizvodima samo jednog distributera na određenoj teritoriji ili određenu grupu kupaca. U četvrtom stavu se definiše da je ugovor o selektivnoj distribuciji takav ugovor o distribuciji kod koga se snabdevač obavezuje da snabdeva proizvodima bilo direktno ili indirektno samo određenim distributerima koji su odabrani po određenim kriterijumima. U petom stavu se navodi da je ugovor o ekskluzivnoj kupovini te se određuje kao takav ugovor o distribuciji kod koga se distributer obavezuje da kupuje proizvode samo od snabdevača ili drugog lica koga odredi snabdevač.



*Model ugovori Međunarodne Trgovinske Komore*

Kada govorimo o nadnacionalnom, odnosno međunarodnom regulisanju distributivnih poslova od značaja je angažman nevladinih međunarodnih organizacija. U tom smislu posebno se izriče rad Međunarodne Trgovinske Komore u Parizu koja je u svom radu, inače, izradila veći broj model ugovora.<sup>27</sup> U ovom slučaju od posebnog značaja su model međunarodni ugovori koji se odnose na distributivne pravne poslove. Polazeći od sve izraženijih ekonomskih i pravnih potreba, ova organizacija trgovaca je izradila Model međunarodnog ugovora o distribuciji i Model međunarodnog ugovora o selektivnoj distribuciji.<sup>28</sup> Modele je izradila Komisija MTK za trgovačko pravo i praksu – Commission on Commercial Law and Practice (»CLP Commission«).

Navedeni modele imaju sve karakteristike model ugovora MTK uopšte. Oni su specifičan metod harmonizacije trgovačkih ugovora, koji ima svoje prednosti u odnosu na druge metode autonomne unifikacije.<sup>29</sup> Stvaranjem ovih model ugovora, MTK je privrednicima omogućila da, dobiju na uvid osnovna pravila i mehanizme ovih ugovora i time sebi olakšaju put do konkretnog međunarodnog trgovačkog ugovora. Logično je onda da ovakav koncept model ugovora nije dat po sistemu, uzmi ili ostavi, što je logično, jel navedena funkcija pomoći tek tada dolazi do izražaja.

Naprotiv, on je vrlo fleksibilan, jel ugovorne strane ga mogu uzeti samo za osnovu, pri čemu ga samostalno mogu prilagođavati svojim interesima i potrebama.<sup>30</sup> Model fleksibilno balansira interese svih učesnika u poslu, ne favorizujući ni jedan posebno.<sup>31</sup>

---

<sup>27</sup> To naročito važi za zadnjih desetak godina. To su modeli ugovora ICC Model International Sale Contract (ICC Publication No 556), ICC International Franchising Contract (ICC Publication No 557), ICC Model Occasional Intermediary Contract (ICC Publication No 619), ICC Short Form Model Contracts (ICC Publication No 634), ICC Model Commercial Agency Contract – 2<sup>nd</sup> edition – (ICC Publication No 644), ICC Model Contract for the Turnkey Supply of an Industrial Plant (ICC Publication No 653), ICC Model Mergers and Acquisitions Contract I – Shares Purchase Agreement (ICC Publication No 656). Vidi: Ercüment, E, H., ICC Model Contracts, str 1 (<http://erdem.erdem.com/pdf/ICC%20model%20contracts-Tezic%20Armagan.pdf>).

<sup>28</sup> ICC Model Distributorship Contract – sole importer-distributor – 2, ICC Model Selective Distributorship Contract (ICC Publication No 657).

<sup>29</sup> Schmitthoff, C.: »The Unification or Harmonisation of Law by Means of Standard Contracts and General Conditions«, International Comparative Law Quarterly, 17, 1968, str. 551.

<sup>30</sup> ICC Model Distributorship Contract, Introduction, par. 9.

<sup>31</sup> Van Houtte, H.: »ICC Model Contracts«, International Business Law Journal, No. 3 2003, str. 264.

Osim navedenog, stvaranje ovih model ugovora ima za cilj da svojom preciznoću umanju mogućnost različitih interpretacija ugovora i time poveća stepen pravne sigurnosti u međunarodnom poslovanju.

Bitna odrednica navedenih model ugovora je da posebno naglašava i prilagođava svoja pravila međunarodnom karakteru navednih ugovora.<sup>32</sup> Zato se njihovo kreiranje zasniva na potrebama međunarodne trgovine, a ne na potrebama država. On pokušava da se i dodatno odvoji od nacionalnih prava, preferirajući korišćenje međunarodnih izvora, pa i UNIDROIT-a principa međunarodnih trgovačkih ugovora – The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.<sup>33</sup>

U sadržinskom pogledu, navedni model ugovori o distribuciji sadrže korisni uvodni deo, bitan za razumevanje osnovnih pravila. Osnovni deo model ugovora sadrži odredbe o uzajamnim pravima i obavezama ugovornih strana, izmeni ugovora, ograničavajućim odredbama i sl. Između ostalog sarži i upućujuće odredbe o rešavanju sporova i arbitražnu klauzulu. Preferira se Arbitraža MTK iz više razloga,<sup>34</sup> mada je praksa u ovom pogledu raznolika.<sup>35</sup> Takođe se sastoji i od aneksa.

MTK je posebnu pažnju posvetila ugovoru o ekskluzivnoj distribuciji, što je i logično jer se oni najčešće koriste u međunarodnoj trgovini. Prema ovom Modelu »govor o ekskluzivnoj distribuciji su generalni ugovori na osnovu kojih preprodavac (distributer) organizuje distribuciju proizvođačevih (snabdevačevih) proizvoda u određenoj teritoriji«. Istovremeno se utvrđuju elementi bliže povezanosti između ugovornih strana i oni se prema modelu manifestuju na sledeće načine: a) u svojstvu preprodavca distributer vrši unapređenje i/ili organizaciju distribucije na teritoriji koja mu je dodeljena; b) snabdevač dodeljuje distributeru privilegovan položaj na teritoriji; c) odnos po pravilu ima svoje trajanje, uređuju se poslovi za saradnju koja, po pravilu, ne može biti epizodna; d) odnos zasniva prilično blisku vezu između stranaka. Distribucija snabdevačeve robe je uobičajeno praćena ograničenjem distributerove slobode delovanja, konkretno oba-

---

<sup>32</sup> Ercüment, E, H., op. cit., str. 4.

<sup>33</sup> Introduction to the Model Selective Distributorship Contract; Introduction to the Model Distributorship Contract.

<sup>34</sup> Više: Ercüment, E, H., op. cit., str 10.

<sup>35</sup> O sporovima iz ove oblasti i njihovoj učestalosti pred arbitražama vidi: Quyen C. T., Les différends liés à la rupture des contrats internationaux de distribution dans les sentences arbitrales CCI, thesis, Paris II, Paris 2002, 11 and 330–331 (figures relating to 1984–2000), prema: Dessemet, F., Arbitration and International Distributor Agreement, str. 2.

vezom uzdržavanja od konkurencije; e) praktično uvek distributer distribuiru robu označenu žigom».<sup>36</sup>

## ZAKLJUČAK

Priroda i ekonomske funkcije ugovora o distribuciji su neminovno uslovile međunarodne dimenzije ovog ugovora, koje dobijaju sve više na značaju stalnom internacionalizacijom privrede. To neminovno zahteva i kreiranje nadnacionalnih i međunarodnih instrumenata pravne regulacije. Razumljivo, i to u okviru EEZ, odnosno EU, nastaju pravna pravila usmerena na javnopravne aspekte ovih ugovora, koji se odnose na zaštitu slobodne konkurencije na tržištu. Tek u novije vreme, u okvirima EU nastaju projekti usmereni na materijalno-pravna pitanja navedenog ugovora. Poseban iskorak čini Međunarodna trgovinska komora, koja kreira specifični model ovog ugovora sa ciljem da podigne stepen pravne sigurnosti i izvrši pravičniju raspodelu rizika i odgovornosti ugovornih strana. Iako, usled navedene prirode i limitirane usmerenosti, značaj ove regulative nije preterano velik, ipak je to bitan korak napred u pogledu normiranja ovog ugovora, posebno ako se uzme u obzir hronični nedostatak pravnih pravila na nacionalnom nivou.

DRAGO DIVLJAK, LL.D.,  
Professor, Faculty of Law,  
Novi Sad

## INTERNATIONAL DISTRIBUTION AGREEMENT

### Summary

The nature and economic functions of contracts on distribution have inevitably conditioned the international dimensions of this type of contracts, which are getting more and more in

---

<sup>36</sup> Međunarodna praksa u trgovini podrazumevala je da postoji ekskluzivna distribucija i kada se distribuiru roba bez žiga. Suprotno od nje, insistira da je ugovor o ekskluzivnoj distribuciji samo onaj ugovor koji je zaključen povodom distribucije robe sa žigom.

significance due to constant internationalization of economy. This inevitably requires the creating of supra-national and international instruments of regulation through legislation. Understandably, in terms of temporal relations, legal rules directed towards public-law aspects of those contracts, which refer to protection of free competition on the market, arise first within the EEC, namely the EU. Only recently, the projects directed towards material-legal issues of the above-mentioned contracts appeared within the EU. The International Chamber of Commerce has made a special step forward since it created a specific model of this contract aimed at raising of the level of legal certainty and executing more equitable distribution of risks and responsibilities of contracting parties. Although the significance of this type of regulation is not too high due to the above-mentioned nature and limited designation, it is still a significant step forward in terms of standardization of such contracts, in particular taking into account a chronic lack of legislation at the national level.

IVANKA SPASIĆ

## UGOVORI O FAKTORINGU I FORFETINGU

– Savremeni oblici finansiranja u privredi –

### UGOVORI O FAKTORINGU I FORFETINGU KAO INSTRUMENTI FINANSIRANJA *Osnovne sličnosti i razlike*

Problem finansiranja je jedan od najvećih problema sa kojim se, u svojoj praksi, susreću privrednici. Klasičnim načinima obezbeđivanja finansijskih sredstava kao što su korišćenje gotovinskih sredstva ili kreditiranje, savremena poslovna praksa je dodala i neke nove. Ove nove načine finansiranja predstavljaju, između ostalih<sup>1</sup>, oblici ustupanja nedospelih potraživanja, koji se u praksi realizuju putem ugovora o faktoringu i forfetingu.

Kao specifični oblici finansiranja faktoring i forfeting posao nastali su u savremenoj poslovnoj praksi, prevashodno anglosaksonskih zemalja; iz matičnih zemalja ovi poslovi su se dosta brzo proširili i na ostale zemlje sa razvijenom tržišnom privredom, a nešto kasnije doživeli su prilično uspešnu afirmaciju (narочito faktoring) i u zemljama u razvoju i tranziciji.

---

Dr Ivanka Spasić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Privredna Akademija, Novi Sad.

<sup>1</sup> U širem smislu reči i leasing posao je, takođe, vid finansiranja, ali ipak specifičan; naime, kod leasinga finansira se nabavka investicione opreme (i samo nje) a ne pribavljaju se sredstva za realizaciju trgovinskih poslova, kao što je to slučaj recimo kod faktoringa.

Kao bankarski poslovi i faktoring i forfeting predstavljaju specifične oblike kreditiranja, donekle slične eskontnom poslu, ali, dok je faktoring veoma pogodan kao izvor kratkoročnog finansiranja<sup>2</sup>, forfeting se koristi isključivo kod prodaje dugoročnih potraživanja.

Iako su na prvi pogled veoma slični, ugovori o faktoringu i forfetingu se prilično razlikuju u nekim svojim bitnim elementima. Najznačajnija razlika postoji u vezi sa (već pominjanim) tipom potraživanja koja se ustupaju; dok se kod faktoring posla radi o ustupanju kratkoročnih potraživanja, kod forfeting posla se uvek radi o ustupanju, odnosno prodaji, dugoročnih potraživanja.

Kod faktoring posla, u praksi evropskih zemalja, najčešće postoji tzv. *globalna cesija*; naime, organizaciji – faktoru se ustupaju sva potraživanja jednog klijenta prema različitim saigovaračima<sup>3</sup>. Forfeting posao karakteriše obrnuta situacija po pitanju oblika potraživanja koja se ustupaju, ne postoji tzv. globalna cesija, ustupa se (prodaje) isključivo pojedinačno potraživanje.

Kod ugovora o faktoringu obezbeđenje potraživanja (koje se ustupa) nije obavezno, kod ugovora o forfetingu, međutim, obezbeđenje potraživanja nekim od uobičajenih oblika obezbeđenja (ugovora) je bitan element ovog ugovora (te je stoga, razume se, obavezno).

Kod ugovora o forfetingu kreditna ustanova (forfeter) se redovno (unapred) odriče prava na regres (prema klijentu); odricanje od prava na regres je još jedna od bitnih specifičnosti forfeting posla. Kod faktoring posla finansijska institucija – faktor se može ali svakako ne mora odreći prava na regres prema klijentu<sup>4</sup>.

Što se tiče subjekata koji se bave poslovima preuzimanja odnosno otkupa (nedospelih) potraživanja (faktoring i forfeting), može se reći da su privredni subjekti koji se bave ovim poslovima specijalizovani, ove firme (faktori odnosno forfeteri) su dobro upoznate sa stanjem na tržištu, odnosima ponude i tražnje, potrebama tržišta za određenim sredstvima, kreditnom sposobnošću i likvidnošću privrednih subjekata. Korišćenje usluga ovih specijalizovanih finansijskih subjekata obezbeđuje klijentima neophodna finansijska sredstva, ali i znatno umanjuje

---

<sup>2</sup> Faktoring posao predstavlja jedan od oblika koji se često koriste kod kratkoročnog finansiranja trgovine, v R. Kovačević, Značajna uloga faktoringa kao instrumenta finansiranja izvoza – iskustva njihovih članica EU, »Ekonski anali«, 2005, br. 165, str. 81.

<sup>3</sup> Klijent prenosi na faktora sva svoja potraživanja koja su nastala po osnovu različitih ugovora robnog prometa; ti ugovori naravno mogu biti i najčešće jesu zaključeni sa različitim ugovornim partnerima.

<sup>4</sup> U zavisnosti od toga da li se faktor odriče prava na regres ili ne, postoje i različiti oblici faktoring poslova (faktoring sa pravom na regres i faktoring bez prava na regres). Osim ovog osnova i podele postoje, razume se, i drugi osnovi za deobu faktoring poslova (pa shodno tome i druge podele).

rizike naplate potraživanja. Preuzimajući naplatu potraživanja specijalizovane organizacije koje se bave otkupom potraživanja, utiču na podizanje opšteg nivoa likvidnosti privrednih subjekata i privrede uopšte, pri čemu unapređuju i sigurnost poslovanja, naročito kada se radi o znatno komplikovanijim međunarodnim transakcijama.

## UGOVOR O FAKTORINGU

Kao bankarski posao faktoring pripada grupi specijalnih kreditnih poslova<sup>5</sup>. Ekonomski gledano faktoring predstavlja određenu tehniku naplate trgovačkih potraživanja čijom primenom klijent ustupa faktoru, banci ili eventualno nekoj drugoj specijalizovanoj finansijskoj instituciji, (nedospela) potraživanja koja ima prema trećim licima po osnovu (različitih) ugovora u privredi, radi naplate (tih) potraživanja. Korišćenje ove (specifične) tehnike značajno smanjuje troškove poslovanja i poboljšava likvidnost učesnika u trgovinskom prometu.

Faktoring posao se realizuje putem ugovora o faktoringu, obligacionog ugovora između klijenta (prodavca, izvoznika, poverioca) i faktora (banke ili druge specijalizovane finansijske institucije), na osnovu koga se vrši prenos potraživanja i rizika naplate sa klijenta na banku odnosno faktora.

Uporedna pravna teorija pod ugovorom o faktoringu podrazumeva takav ugovor kojim se jedna strana – faktor obavezuje da preuzme (nedospela, kratkoročna) potraživanja druge strane – klijenta, da ih naplati, u svoje ime i za svoj račun, a klijentu, odmah ili u tačno preciziranom roku<sup>6</sup>, isplati protivrednost potraživanja i (pod izvesnim uslovima) garantuje naplatu, a klijent se obavezuje da za to faktoru isplati odgovarajuću naknadu<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> V. M. Vasiljević, *Trgovinsko pravo*, Beograd, 2006, str. 290.

<sup>6</sup> Ovaj rok je u principu kratak; značaj ovakvog finansiranja i jeste u tome da klijent dođe do finansijskih sredstava brzo, pre dospelosti potraživanja prema svojim saugovaračima.

<sup>7</sup> V. I. Spasić–M. Todorović, *Međunarodni finansijski leasing i međunarodni faktoring*, Beograd, 1989, str. 19. Različite definicije faktoringa videti kod V. Gorenc, *Faktoring cesija, Privreda i pravo*, 1982, br. 3, str. 3; S. Carić, *Nove pojave u pravnom regulisanju robnog prometa*, Novi Sad, 1976, str. 3; B. Pavičević, *Ugovori o leasingu, franschisingu, faktoringu i forfeitingu*, Beograd, 1992, str. 45; M. Todorović, *Ugovor o faktoringu*, magistarski rad, Pravni fakultet u Beogradu, 1979, str. 14; M. Vasiljević, *op. cit.*, str. 290; R. Đurović, *Međunarodno privredno pravo*, Beograd 1977, str. 418; A. Ćirić–R. Đurović, *Međunarodno trgovinsko pravo, posebni deo*, Niš, 2005, str. 275; J. Vilus–S. Carić–S. Šogorov, *Međunarodno privredno pravo*; Beograd, 1989, str. 430; S. Carić–M. Vitez–J. Veselinović, *Privredno pravo*, Novi Sad, 2006, str. 241.

Što se tiče uobičajenih ugovornih karakteristika ugovor o faktoringu je dvostrano – obavezan, ugovor sa trajnim izvršavanjem prestacija, formalan, ugovor *intuitu personae* (ugovor kod koga lične karakteristike stranaka imaju posebnog značaja) i, konačno, ovaj ugovor je neimenovan<sup>8</sup>. U poslovnoj praksi se ovaj ugovor najčešće realizuje kao ugovor po pristupu.

Ugovor o faktoringu sadrži elemente brojnih klasičnih ugovora, prvenstveno ugovora o cesiji, kreditu, garanciji, ugovora o delu i komisionu<sup>9</sup>. Bez obzira na evidentno postojanje zajedničkih elemenata, ugovor o faktoringu se, sa pomenutim obligacionim ugovorima, nikako ne može izjednačavati, budući da su, uprkos postojećim sličnostima, razlike između faktoringa i ovih ugovora ipak mnogo značajnije<sup>10</sup>.

Što se tiče pravne prirode ugovora o faktoringu najoportunije ga je tretirati kao specifičan – *sui generis* ugovor<sup>11</sup>.

Budući da je ugovor o faktoringu nastao u zemljama common law-a, na temelju ustanove *assignment-a*, određene poteškoće nastaju kada se ovaj ugovor primenjuje u praksi zemalja kontinentalne pravne tradicije<sup>12</sup>. Te poteškoće su naročito izražene kada se radi o međunarodnim faktoring poslovima<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> Upređno pravo uglavnom ne uređuje faktoring posao zakonskim propisima. Na međunarodnom planu, međutim, faktoring posao je uređen odredbama UNIDROIT Konvencije o međunarodnom faktoringu, usvojene u Otavi 1988. god.

<sup>9</sup> O sličnostima i razlikama ugovora o faktoringu i drugih ugovora opširnije kod N: Joubert, op. cit., str. 90–100; isto I. Spasić, Specifičnosti factoring posla i ugovora o faktoringu, Pravni život, 2009, br. 12, str. 629.

<sup>10</sup> Recimo ugovor o faktoringu se razlikuje od cesije po širini prestacija koje se kod ovog posla pružaju klijentu; od ugovora o delu faktoring se razlikuje po karakteru radnji koje faktor obavlja za klijenta (one su prevashodno pravnog karaktera); ugovor o faktoringu se razlikuje i od ugovora o komisionu budući da faktor prema trećim licima istupa u svoje ime i za svoj račun.

<sup>11</sup> V. I. Spasić, op. cit., str. 629–630.

<sup>12</sup> To se, pre svega, odnosi na (ne)mogućnost prenosa ukupnih potraživanja (globalna cesija) ili budućih potraživanja.

<sup>13</sup> Zbog postojećih poteškoća oko realizacije faktoring poslovanja, 1988. godine je, na inicijativu i uz angažovanje UNIDROIT-a, usvojena međunarodna konvencija o faktoringu. Konvencija UNIDROIT-a o međunarodnom faktoringu i Konvencija UNCITRAL-a o prenosu potraživanja u međunarodnoj trgovini, doneta nešto docnije, koncipirale su odgovarajuća rešenja najvažnijih pitanja u vezi sa faktoring poslom. Rešenja koja su, na međunarodnom planu, ponudile ove dve konvencije mogu istovremeno predstavljati solucije za uređenje ovog posla i u nacionalnim okvirima (budući da većina zemalja kako razvijenih tako i nerazvijenih nije faktoring posao uređila pravnim propisima). UNIDROIT Konvencija o međunarodnom faktoringu, doneta je u Rimu 28. V 1988. god., a Konvencija UNCITRAL-a o prenosu potraživanja u međunarodnoj trgovini usvojena je 2001. god.



## FUNKCIJE FAKTORING POSLA

Factoring posao ima više funkcija i sve su od veoma velikog značaja<sup>14</sup>. Različite funkcije faktoringa doprinose ostvarivanju finansijske i pravne sigurnosti naplate potraživanja.

Kako je već naglašeno faktoring predstavlja izuzetno značajan izvor finansiranja obrtnog kapitala u savremenoj privredi<sup>15</sup>, pa se može reći da je finansiranje njegova osnovna i najvažnija funkcija. Obezbeđenje naplate potraživanja je takođe vrlo značajna funkcija faktoringa; faktor vodi računa o bonitetu (kreditnoj sposobnosti) dužnika, pa se, u slučaju da dužnik ne podmiri svoje obaveze, odriče prava na regres prema klijentu. Pored ove dve suštinske funkcije, faktoring ima i uslužnu funkciju. Firma – faktor vodi ažurnu evidenciju o naplatama potraživanja od kupca, o rokovima dospeća potraživanja prema kupcima, ispituje kreditnu sposobnost (bonitet) dužnika, vodi knjigovodstvo klijenta, obračunava poreze i provizije i sl. Pored ovih bitnih usluga faktor može da vrši i druge usluge koje nisu najneposrednije vezane za faktoring ugovore ali imaju posrednog značaja za njegovu realizaciju (analiza tržišta, statistika obavljanja prometa i sl.).

U poslu faktoringa pojavljuju se redovno tri subjekta učesnika koji stupaju u međusobne odnose, to su faktor, prodavac – isporučilac robe odnosno davalac usluge (klijent) i kupac odnosno korisnik usluge, koji se u ovom odnosu javlja u ulozi dužnika. Subjekti učesnici trostranog privrednog odnosa stupaju u međusobne odnose; faktor i klijent zaključuju ugovor o faktoringu na osnovu koga klijent ustupa faktoru jedno ili više potraživanja (prema svome dužniku), a za uzvrat dobija naknadu u određenom procentu od ustupljenih potraživanja. Taj procenat redovno iznosi oko 80–90% ustupljenog potraživanja.

Po zaključenju ugovora o faktoringu dužnik mora biti obavешten da ubuduće svoje obaveze iz ugovora sa prodavcem odnosno davaocem usluga ima izvršiti faktoru<sup>16</sup>.

U poslu izvoznog (međunarodnog) faktoringa pojavljuje se još više subjekata učesnika u poslu; to su domaći faktor, domaći izvoznik, strani korespondentni faktor i uvoznik. Domaći faktor u ovom složenom odnosu ustupa potraživanja korespondentnom faktoru radi naplate. Moguća je i drugačija varijanta izvoznog (međunarodnog) faktoringa kod koga domaći faktor stupa u direktan kontakt sa uvoznikom, preko svoje strane filijale.

---

<sup>14</sup> V. N. Joubert, op. cit., str. 89.

<sup>15</sup> O savremenim trendovima u razvoju faktoringa v. R. Kovačević, op. cit., str. 83 i dalje.

<sup>16</sup> Obaveza obavешtavanja dužnika o prenosu potraživanja na faktora predviđena je u svim nacionalnim pravnim sistemima, Zakonski propisi predviđaju obavezu obavешtavanja u pisanoj formi, ali identičan efekat imaju i savremena sredstva komunikacije. Ko će, u konkretnom slučaju, biti obavешtan da obavesti dužnika određuje se u ugovoru (o faktoringu).

Kako je već rečeno, finansiranje prodavaca robe odnosno davaoca usluga, koje se obavlja putem faktoringa, je najvažnija funkcija faktoring posla. Ustupljena potraživanja se isplaćuju neposredno po ustupanju odnosno najkasnije u roku dospeća; na taj način klijenti obezbeđuju neophodna novčana sredstava koja im omogućavaju dalje poslovanje<sup>17</sup>.

Firme faktori vrše i usluge naplate potraživanja, kao jednu od svojih funkcija; moguće je da (firma) klijent prenese na faktora sva svoja potraživanja prema (svim) svojim dužnicima (globalna cesija potraživanja), rasterećujući se tako obaveza oko naplate svih tih potraživanja i usmeravajući svu svoju pažnju na svoju osnovnu i redovnu delatnost.

U poslu faktoringa faktor se može i odreći prava na regres u odnosu prema klijentu, čime preuzima ulogu jemca naplate njegovih potraživanja (*del credere*). Da bi maksimalno smanjio rizik naplate potraživanja faktor preuzima na sebe ispitivanje boniteta klijentovih dužnika. U ugovorima o faktoringu faktori zadržavaju za sebe pravo da, u slučaju lošeg boniteta nekog dužnika, odbiju da jamče za naplatu njegovog duga. U ovom slučaju, (za razliku od *del credere* faktoringa) rizik naplate snosi klijent. Razumljivo je da faktoring sa jemstvom podrazumeva i veće naknade za firmu faktora.

Pored usluga naplate potraživanja usluge faktora redovno uključuju i vođenje knjigovodstva za klijenta.

Uloga faktora je naročito značajna u poslovima izvoza-uvoza, budući da on, preuzimajući određene obaveze kao što je naplata potraživanja ili ispitivanje boniteta, obezbeđuje kontinuirano funkcionisanje posla.

## VRSTE FAKTORING POSLOVA

Postoji više podela faktoring poslova (i pripadajućih im ugovora) u zavisnosti od (različitih) kriterijuma koji se uzimaju za osnov klasifikacije.

Budući da faktori mogu obavljati više različitih funkcija koje su sve vrlo značajne za faktoring posao jedna od najznačajnijih podela ima u osnovi obim funkcija koje sadrži određeni faktoring posao. U zavisnosti od toga koje se od (mogućih) funkcija realizuju kod konkretnog faktoring posla (kreditiranje, obezbeđenje plaćanja, pružanje stručnih usluga) postoji pravi faktoring, kod koga su zastupljene sve pomenute funkcije i nepravi ili kvazi faktoring kod koga izostaju neke od funkcija; prvenstveno funkcija preuzimanja rizika insolventnosti dužni-

---

<sup>17</sup> Korišćenjem faktoringa klijenti mogu odmah da nabavljaju novu robu od dobavljača ne čekajući isplatu od kupca što im obezbeđuje niže nabavne cene.

ka, dakle funkcija obezbeđivanja plaćanja<sup>18</sup>. Kod pravog faktoringa faktor preuzima klijentova kratkoročna potraživanja iz ugovora (o prodaji robe ili vršenja usluga) sa trećim licem, vrši avansno plaćanje (kreditiranje) klijenta, vođenje poslovne evidencije odnosno knjigovodstva, kao i preuzimanje rizika insolventnosti kupca (dužnika iz ugovora o prodaji robe ili vršenja usluga).

Pored ove, u neku ruku najznačajnije, podele postoje i podela na otkriveni (ili otvoreni) factoring i neotkriveni (skriveni) faktoring<sup>19</sup>. Ova podela je naročito specifična za anglosaksonsko pravo.

Kod otkrivenog faktoringa izvoznik (klijent) cedira na faktora svoja potraživanja prema inostranom kupcu, imajući istovremeno obavezu da o cesiji potraživanja obavesti inostranog kupca i pozove ga da dugovanu kupovnu cenu isplati faktoru. Postoje dve »varijante« otkrivenog faktoringa; kod prve izvoznik svoja potraživanja prema inostranom kupcu definitivno prenosi na faktora i prestaje biti stranka u osnovnom poslu, na njegovo mesto stupa faktor kao novi povetilac (cesija potraživanja). Za ustupljeno potraživanje faktor isplaćuje klijentu (izvozniku) određenu vrednost tog potraživanja, uz odbitak kamate, troškova i provizije. Ova vrednost ide i do 95% knjigovodstvene vrednosti potraživanja u zavisnosti od obima prometa, bilansnog stanja kupca i rizika koji preuzima faktor. Kod druge varijante otkrivenog faktoringa izvoznik (klijent) ustupa faktoru potraživanje samo radi naplate; cesija se ovde ne vrši u cilju definitivnog prenosa potraživanja na faktora već samo da bi faktor naplatio potraživanje od inostranog kupca u svoje ime a za račun domaćeg izvoznika (klijenta)<sup>20</sup>.

Neotkriveni faktoring je dosta složen pravni posao kod koga se pred trećim licem prikriva postojanje faktora u poslu; kod ove vrste faktoringa izvoznik prodaje faktoru robu namenjenu izvozu, za gotovinu. Faktor (kao prikriveni nalogađavac) ovu robu preprodaje, na kredit, preko izvoznika, inostranom kupcu. Pred inostranim kupcem se pojavljuje samo klijent, koji nije vlasnik robe jer je ona prodana faktoru. Klijent istupa u svoje ime a za račun faktora (kao njegov komisionar). Ovakva veoma komplikovana transakcija omogućuje uvećavanje cene (budući da je u nju uračunata faktorova zarada i kratkoročni kredit dat izvozniku). Korišćenjem ovakve transakcije izvoznik dobija gotovinu bez obzira što se roba prodaje na kredit. Faktor, s druge strane, dobija znatno veću proviziju<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> V. B. Pavićević, op. cit., str. 52; nešto drugačiji koncept zastupa prof. M. Vasiljević, citirano delo, str. 292.

<sup>19</sup> V. B. Pavićević, op. cit., str. 50–51.

<sup>20</sup> Uloga faktora je ovde slična ulozi komisionara (faktoring posao je i nastao iz komisionog posla); v. B. Pavićević, op. cit., str. 51.

<sup>21</sup> Opširnije B. Pavićević, op. cit., str. 51–52.

Jedna od značajnijih podela faktoring poslova je i ona na faktoring sa ili bez prava (faktora na) regres. Kod faktoringa sa pravom na regres, u slučaju nemogućnosti faktora da naplati potraživanje, on ima pravo regresa prema klijentu, dok kod faktoringa bez prava na regres, u slučaju izostanka isplate, faktor preuzima celokupan rizik naplate potraživanja, naravno uz višu proviziju<sup>22</sup>.

Faktoring se može razvrstavati i po teritorijalnom kriterijumu, pa tako, razume se, postoje domaći i međunarodni faktoring, u zavisnosti od toga da li se ugovor zaključuje između klijenta i faktora u istoj zemlji ili ne.

Imajući u vidu broj subjekata učesnika u faktoring poslu moguća je podela na indirektni i direktni faktoring; kod indirektnog (međunarodnog) faktoringa pojavljuju se dva faktora izvozni i uvozni. Moguće je da se neke od podela međusobno »preklapaju«.

#### ODNOSI UGOVORNIH STRANA U FAKTORING POSLU

U poslu faktoringa pojavljuju se tri subjekta učesnika (ukoliko nije u pitanju međunarodni faktoring, koji podrazumeva učešće i domaćeg i stranog faktora u poslu).

Odnos između faktora i klijenta reguliše se ugovorom, a uobičajeni instrument za prenos potraživanja u ugovoru je cesija<sup>23</sup>; treba specijalno naglasiti da cesija potraživanja u nekim zemljama nije dopuštena, pa se umesto nje koristi personalna subrogacija<sup>24</sup>.

Cesija, odnosno ustupanje potraživanja, vrši se na osnovu sporazuma (ugovora) između ustupioca (*cedenta*) i primaoca (*cessionara*), pri čemu saglasnost dužnika (*cesus-a*) nije potrebna<sup>25</sup>. Uslov koji obavezno mora biti ispunjen da bi cesija bila punovažna je obaveštavanje dužnika (notifikacija) o ustupanju potraživanja. U zemljama civil law-a uobičajen je sistem notarskog obaveštavanja dužnika; za razliku od kontinentalnih, zakonodavstvo i praksa anglosaksonskih zemalja primenjuju sistem registracije potraživanja. Primena registracionog sistema ima dvojaku funkciju, pored obaveštavanja dužnika o prenosu potraživanja,

---

<sup>22</sup> V. N. Joubert, op. cit., str. 91.

<sup>23</sup> Ugovor o faktoringu naravno ne treba identifikovati sa cesijom.

<sup>24</sup> U Francuskoj cesija potraživanja nije dozvoljena u skladu sa opštim pravilima ugovornog prava; opširnije v. T. Rajčević, op. cit., str. 426.

<sup>25</sup> U već pomenutoj Francuskoj, da bi se izvršilo punovažno ustupanje potraživanja, potrebno je ne samo notarsko obaveštenje dužnika, već i njegov pristanak; to u velikom broju slučajeva otežava pa i onemogućava prenos potraživanja te je za potrebe faktoring posla upotrebljen drugi institut a to je personalna subrogacija.

registracija služi i kao sredstvo obezbeđenja faktora budući da ustanovljava prvenstvo naplate u njegovu korist.

Pored razlika u sistemima obaveštavanja dužnika o izvršenoj cesiji (odnosno o promeni poverioca) razlike između civil i (pojedinih) zemalja common law-a postoje i u pogledu dopuštenosti ugovaranja zabrane ustupanja potraživanja. U zemljama kontinentalnog prava ali i u Engleskoj ugovaranje zabrane ustupanja potraživanja je dopušteno<sup>26</sup>; nepoštovanje ove zabrane kao posledicu proizvodi ništavost izvršenog ustupanja (u tom slučaju cesionar ne može izvršiti naplatu potraživanja od dužnika). Stanovište američkog Jednoobraznog trgovinskog zakonika (UCC-a) je sasvim suprotno, naime, apsolutno je zabranjeno ugovaranje zabrane ustupanja potraživanja. Ova apsolutna zabrana ustupanja potraživanja odgovara vrlo jakim privrednim subjektima koji se pojavljuju kao kupci u velikom broju poslova nabavke.

Na osnovu odredaba ugovora o faktoringu (između klijenta i faktora) klijent (prodavac, vršilac usluga) ustupa faktoru svoja (uglavnom nedospela odnosno buduća potraživanja iz ugovora o prodaji ili vršenju usluga, zaključenog sa kupcem roba odnosno usluga)<sup>27</sup>.

Prema kupcu roba odnosno usluga faktor ima položaj poverioca u ugovoru iz koga ustupljeno potraživanje potiče. U skladu sa odredbama ugovornog prava kupac (dužnik) može istaći prema faktoru sve prigovore koje je imao i prema njegovom prethodniku (klijentu).

## UGOVOR O FORFETINGU

Isto kao faktoring i forfeiting posao može biti oblik finansiranja korišćen u privredi.

Forfeiting posao (odnosno ugovor o forfeitingu ili forfeitiranju) koristi se isključivo u međunarodnim poslovnim transakcijama, za razliku od faktoringa koji se koristi kako u domaćim tako i u međunarodnim poslovnim transakcijama.

U poslu (međunarodnog) forfeitinga uvek učestvuju domaći izvoznik (prodavac), bankarska ustanova-forfeter i inostrani kupac (uvoznik). Pored ovih »glavnih« subjekata učesnika u poslu mogu sudelovati i drugi privredni subjekti,

---

<sup>26</sup> Engleski Law on Property Act iz 1925. italijanski Codice civile, par. 1260, švajcarski Zakonik o obligacijama čl. 164 st. 1 itd.

<sup>27</sup> Ukoliko su u pitanju dospela potraživanja ne postoji kreditna funkcija faktoringa već samo usluga naplate za drugoga (u svoje ime a za račun drugoga).

pre svega banka uvoznik (koja obavlja određene poslove u vezi sa forfetiranjem), posrednička banka itd.

Privredni (bankarski) posao forfetinga se sastoji u prodaji dugoročnih spoljnotrgovinskih potraživanja<sup>28</sup>; kod ovog složenog pravnog posla izvoznik (klijent, prodavac) prodaje (uz odgovarajući diskont) banci ili specijalizovanoj instituciji svoje spoljnotrgovinsko potraživanje (potraživanje prema inostranom kupcu), koje nije opterećeno mogućnošću regresnih zahteva. Forfeting predstavlja specifičan vid finansiranja budući da prodavac (izvoznik), prodajući nedospelo spoljnotrgovinsko potraživanje, odmah dobija novčana sredstva (koja su mu neophodna za poslovanje), a forfeter (finansijska institucija) dobija odgovarajuću naknadu (po osnovu ugovora o forfetingu) i naravno nedospelo potraživanje koje je »otkupio«. Kod forfeting posla forfeter se odriče prava na regres prema klijentu (prodavcu) u slučaju da otkupljeno potraživanje ostane nenaplaćeno; odricanje od prava na regres predstavlja bitnu specifičnost ovog posla<sup>29</sup>.

Komitent je, sa svoje strane, dužan da banci (forfeteru) preda odgovarajuće isprave o dugu, kao i da joj isplati troškove, proviziju i eskontnu kamatu (koje predstavljaju diskont).

Predmet ugovora o forfetingu je uvek dugoročno potraživanje, koje mora biti obezbeđeno nekim od ugovornih sredstava obezbeđenja<sup>30</sup>.

Rizik (ne)naplate potraživanja snosi banka forfeter koja se, prilikom zaključenja ugovora, odrekla prava na regres od svog klijenta.

Potraživanja koja su predmet ugovora o forfetingu potiču najčešće iz ugovora o isporuci opreme ili kompletnih industrijskih objekata i uređaja, ili izvođenja investicionih radova u inostranstvu ili drugih sličnih ugovora sa trajnim izvršavanjem prestacije.

Što se osobina ugovora o forfetingu tiče ovaj ugovor je dvostrano obavezan i teretan, zaključuje se intuitu personae (od značaja je personalitet lica sa kojim se zaključuje ugovor). Ugovor o forfetingu je formalan i formularan. Ugovor o forfetingu ima u sebi elemente aleatornosti budući da forfeter preuzima rizik naplate budućeg, nedospelog, dugoročnog potraživanja; rizik je i uvećan činjenicom da se forfeter odriče prava na regres prema klijentu (prodavcu potraživanja)<sup>31</sup>.

Što se tiče sličnosti i razlika sa drugim ugovorima već je istaknuto da forfeting ima najviše sličnosti sa ugovorom o faktoringu, oba ugovora predstavljaju

<sup>28</sup> V. S. Carić–M. Vitez–J. Veselinović, op. cit., str. 250; isto M. Vasiljević, op. cit., str. 293.

<sup>29</sup> Odatle zapravo potiče naziv ovog posla – *forfeit* – odricanje (od prava na regres).

<sup>30</sup> V. Kapor – Carić, Ugovori robnog prometa, Novi Sad, 2007, str. 541.

<sup>31</sup> O aleatornosti forfeting ugovora i njegovim eventualnim sličnostima sa poslovima osiguranja videti kod B. Pavićević, op. cit., str. 69 i dalje.

instrumente realizacije bankarskih poslova kod kojih se cediraju potraživanja u cilju pribavljanja finansijskih sredstava za kreditiranje izvoza, razliku predstavlja činjenica da se kod faktoringa prenose potraživanja koja dospevaju za plaćanje u okviru tradicionalnih 60, 90 i 180 dana (kratkoročna potraživanja) a kod forfetinga se radi o prenosu dugoročnih potraživanja (sa rokom dospeća između 6 meseci i 6 godina). Kod faktoringa se obično ustupaju sva potraživanja jednog klijenta »globalna cesija« dok se kod forfetinga ustupa isključivo pojedinačno potraživanja. Potraživanje kod forfetinga mora biti obezbeđeno nekim od sredstava uobičajenog ugovornog obezbeđenja potraživanja. Kod forfetinga forfeter se odriče prava na regres prema klijentu ukoliko ne naplati otkupljena potraživanja; kod faktoringa odricanje od prava na regres je moguće (*del credere factoring*), ali nije obavezno kao kod forfetinga. Izvesne sličnosti postoje i između ugovora o eksontnom kreditu i ugovora o forfetingu. Kod oba ugovora visina kamate zavisi od ponude i tražnje novčanih sredstava na finansijskom tržištu, sa tom razlikom što na visinu kamate kod forfetinga utiču i drugi činioци, pre svega stepen rizika koji preuzima banka forfeter, bonitet trećeg lica (dužnika-cezusa), vrsta obezbeđenja potraživanja i sl. Kod eskontnog kredita stepen rizika banke je sveden na bonitet same hartije od vrednosti. Ugovorom o eskontnom kreditu finansiraju se inače isključivo kratkoročna potraživanja (kao kod faktoringa) za razliku od forfetinga kod koga se radi o dugoročnom potraživanju<sup>32</sup>.

#### PRENOS (USTUPANJE) POTRAŽIVANJA KOD UGOVORA O FORFETINGU

(Dugoročno) potraživanje kod ugovora o forfetingu može da se prenese (ustupi) na tri načina: cesijom, otkupom meničnog potraživanja i prenosom dokumentarnog akreditiva.

Prenos potraživanja cesijom predstavlja zapravo zamenu poverioca pri čemu potraživanje koje je predmet ugovora o forfetingu ostaje nepromenjeno. U ovom slučaju važe opšta pravila o građanskopravnoj cesiji (ustupanju potraživanja).

U međunarodnoj bankarskoj praksi forfetiranje se vrši najčešće putem otkupa meničnog potraživanja. Za razliku od cesije koja je dosta jednostavna i nesporna kod otkupa meničnog potraživanja može da se javi problem, naime, u zemljama ženevskog meničnog sistema, nije dozvoljeno unošenje menične klau-

---

<sup>32</sup> O sličnostima i razlikama forfetinga i drugih ugovora opširnije videti kod Kapor–Carić, op. cit., str. 548 i dalje; isto B. Pavićević, op. cit., str.67.

zule »bez regresa« u trasiranu menicu; budući da je odricanje od regresa bitni element posla forfetiranja ovaj oblik ustupanja potraživanja primenjuje se kod sopstvenih menica (kod kojih je upotreba klauzule »bez regresa« dozvoljena) ili pak korišćenjem angloameričkih menica kod kojih je upotreba klauzule »bez regresa« takođe dopuštena.

Potraživanje iz ugovora o forfetingu može da se prenese i putem dokumentarnog akreditiva, svoje pravo u pogledu kupovne cene isporučene robe ili izvršene usluge komitent može da prenese na banku forfetera putem dokumentarnog akreditiva ako je ovakav način predviđen u finansijskoj klauzuli ugovora o kupoprodaji (izvoznom poslu). U vreme dospelosti plaćanja forfeter podnosi akreditivnoj banci dokumenta kojima dokazuje da su ispunjeni svi uslovi za isplatu akreditivnog iznosa. Komitent prenosi na banku forfetera akreditiv i na taj način finansira posao<sup>33</sup>. Da bi akreditiv mogao da se prenese potrebno je da se sa tim slože svi učesnici u akreditivnom poslu.

## NORMATIVNO REGULISANJE FAKTORING I FORFETING POSLOVA

Što se normativnog regulisanja tiče, budući tvorevine poslovne prakse, faktoring i forfeting uglavnom nisu detalno uređeni pravnim propisima.

Kada se radi o faktoringu zemlje common law-a i rimske pravne tradicije imaju donekle različite pristupe u vezi sa konceptom faktoringa i njegovim pravnim uređenjem; različitost konceptualnih stavova stvara određene (pravne) probleme, prvenstveno zemljama civil law-a, budući da su ove zemlje morale da usklade specifičnosti faktoringa sa pravilima (svoga) građanskog prava. Najveći problem zemalja civil law-a predstavljala je nemogućnost ustupanja budućih i ukupnih potraživanja (tzv. »globalna cesija«)<sup>34</sup>.

---

<sup>33</sup> Opširnije kod B. Pavičević, op. cit., str. 73.

<sup>34</sup> U Francuskoj je, umesto instituta cesije, kao pravni osnov prenosa potraživanja korišćena personalna subrogacija; pošto ni time nisu rešeni svi problemi faktoring posla, donet je propis (*Loi Deilly*) koji je omogućio jednostavniji prenos budućih potraživanja (odredbe ovog propisa ipak nisu imale naročiti učinak). Belgija je, za razliku od Francuske, unela u svoje pozitivno pravo potrebne izmene te je omogućila primenu cesije. U italijanskoj poslovnoj i pravnoj praksi faktoring je dosta uspešno korišćen uprkos postojanju određenih pravnih poteškoća koje je veoma efikasno prevazilazila sudska praksa. Nemačka praksa je omogućavala realizaciju faktoring poslova korišćenjem dosta komplikovanog sistema okvirmih ugovora i većeg broja konkretnih ugovora o prenosu potraživanja.



SAD i Velika Britanija nisu imale neke naročite probleme u vezi sa pravnim uređenjem faktoring posla budući da faktoring i vodi poreklo iz institucija anglosaksonskog prava; i jedna i druga zemlja imaju određene propise koji regulišu najvažnija (ne sva) pitanja u vezi sa realizacijom faktoringa<sup>35</sup>.

Jedan (doduše mali) broj zemalja u tranziciji doneo je svoje propise o faktoringu<sup>36</sup>.

Na međunarodnom planu faktoring posao je uređen odredbama Konvencija o međunarodnom faktoringu, usvojene u Otavi, 1988. pod pokroviteljstvom UNIDROIT-a. Konvencija je stupila na snagu 1995. god. Polazeći od velikog broja postojećih modaliteta Konvencija je definisala ugovor o faktoringu kao ugovor na osnovu koga se isporučilac obavezuje da na faktora prenese postojeća ili buduća potraživanja iz ugovora o prodaji robe odnosno vršenja usluga zaključenih između isporučioaca i njegovog kupca odnosno korisnika usluga (dužnika). Pretpostavka je da se radi o trajnim poslovnim odnosima između ugovornih strana.

Konvencija je predvidela četiri osnovne funkcije faktoringa, tu spadaju finansiranje isporučioaca, vođenje knjigovodstva, naplata potraživanja i zaštita od propusta u plaćanju dužnika. U skladu sa odredbama Konvencije faktor treba da vrši bar dve od četiri navedene funkcije.

Konvencija je, kao bitan uslov za punovažnosti ugovora o faktoringu, istakla postojanje obaveštenja o prenosu potraživanja koje se mora uručiti dužniku (notifikacija).

Najznačajnije odredbe Konvencije tiču se, naravno, prava i obaveza ugovornih strana. U skladu sa odredbama Konvencije moguć je prenos postojećih i budućih potraživanja, a moguće je i ugovaranje globalne cesije. Konvencija je, dakle, prihvatila koncept cesije kao načina prenosa potraživanja<sup>37</sup>.

Za razliku od faktoringa, ugovor o forfetingu nije pravno regulisan u uporednom pravu niti međunarodno. Budući da je ovaj ugovor tvorevina bankarske i poslovne prakse na njega se primenjuju pravila autonomnog međunarodnog trgovačkog prava, opšti uslovi poslovanja (forfeting organizacija), tipski i formularni ugovori kao i odgovarajuće norme trgovinskog i obligacionog prava (zemlje čije pravo je merodavno u određenom konkretnom ugovornom odnosu).

---

<sup>35</sup> U SAD faktoring posao je uređen odredbama UCC-a (Odeljak 9–106); V. Britanija uređuje pojedina pitanja vezana za faktoring poslove posebnim odredbama (recimo odredbe o obaveštavanju dužnika).

<sup>36</sup> Ruska Federacija i Moldavija.

<sup>37</sup> Opširnije v. I. Spasić, Prodaja nedospelih potraživanja kao jedan od mogućih oblika finansiranja u privredi, *Pravo i privreda*, 2010, br. 7–10, str. 87–88.

NORMATIVNO UREĐENJE FAKTORINGA  
I FORFETINGA U SRBIJI  
*Predloženi tekst (pred)nacrta GZ*

Određene inicijative na planu normativnog uređivanja faktoring i forfeting poslova pokrenute su i u Srbiji. Predlog normativnog uređenja ovih poslova koincidirao je sa inicijativom za donošenjem celovitog teksta Građanskog zakonika u Srbiji.

Tekst prednacrta (budućeg) Građanskog zakonika<sup>38</sup> u »uvodnim napomenama«<sup>39</sup> pominje unošenje u tekst (budućeg) GZ i nove ugovore franchising, faktoring, forfeting i ugovor o distribuciji; bez obzira na pomenuto nabranje u uvodu, iz priloženog teksta je izostalo (predloženo) uređenje forfeting ugovora.

Što se tiče faktoring ugovora Tekst prednacrta je predložio izmenu postojećeg predloga definicije posla faktoringa (čl. 1274) pri čemu je koncipirao alternativno dve varijante (užu i širu varijantu<sup>40</sup>).

Ponudeni tekst utvrđuje sadržinu faktoring ugovora, utvrđujući koji su elementi (koji čine sadržinu) bitni a koji ne<sup>41</sup>. U skladu sa ponuđenim Tekstom obaveznom formom ugovora o faktoringu se smatra pismena forma.

Ponudeni tekst prednacrta zakonika je predvideo da se mogu ustupati postojeća ili buduća potraživanja (određena ili određiva), pri čemu je tačno precizirao koji se momenat smatra momentom ustupanja postojećih<sup>42</sup> a koji budućih potraživanja<sup>43</sup>.

Na osnovu ponuđenih zakonskih odredaba klauzule o zabrani ustupanja potraživanja neće imati dejstva u odnosima između klijenta i faktora.

Predloženi tekst zakona je predvideo prava faktora na naplatu i snošenje rizika u vezi sa naplatom (u zavisnosti od vrste faktoring posla odnosno obima potraživanja koja se ustupaju). Tekst prednacrta je predvideo i odgovornosti klijenta za postojanje ustupljenog potraživanja kao i njegovu naplativost.

---

<sup>38</sup> Deo koji se tiče Obligacionih odnosa, Beograd, 2009, (knjiga druga).

<sup>39</sup> Strana 8 Teksta.

<sup>40</sup> Šira varijanta ima u vidu rešenja UNIDROIT Konvencije o faktoringu, koja ima u vidu četiri funkcije faktoringa od kojih moraju konkretno postojati bar dve.

<sup>41</sup> Bitnima se smatraju određivanje potraživanja koja se prenose, utvrđivanje momenta dospelosti potraživanja, načina, vremena i mesta plaćanja, kao i naknade koju faktor naplaćuje za svoje usluge.

<sup>42</sup> Momenat zaključenja ugovora o faktoringu.

<sup>43</sup> Momentom ustupanja budućih potraživanja smatra se momenat njihovog nastanka, ako ugovorom nije drugačije određeno.

Što se tiče obaveštavanja dužnika, predloženi tekst je utvrdio da su klijent ili faktor (po ovlašćenju dužnika), obavezni da obaveste dužnika o izvršenom ustupanju; ukoliko bi došlo do propusta u obaveštavanju dužnika ovaj ne bi bio u obavezi da izvrši isplatu faktoru, ali njegova obaveza prema isporučiocu bi ostala na snazi.

Konačno, u skladu sa odredbama predloženog teksta prednacrta (budućeg) GZ, dužnik bi mogao da ističe faktoru sve one prigovore koje bi mogao isticati i prema isporučiocu.

Tekst sadrži i odredbe o prigovorima koji stoje na raspolaganju dužniku u odnosu prema faktoru (to su oni prigovori koje je dužnik mogao istaći i prema svom saugovaraču odnosno klijentu).

Tekst prednacrta je predvideo i sukcesivni faktoring.

Ukoliko ostanu u datoj formi predložene odredbe (budućeg) nacionalnog propisa koje se tiču faktoring posla, uglavnom slede uobičajenu poslovnu praksu i rešenja iz UNIDROIT Konvencije o međunarodnom faktoringu.

IVANKA SPASIĆ, LL.D.,  
Professor, Faculty of Law, Business Academy,  
Novi Sad

## FACTORING AND FORFETING CONTRACTS AS A METHOD OF TRADE FINANCEING

### Summary

Successful business practice needs constant sources of financial means. One of the key problems of business practice is how to provide these financial means. Among many possibilities (like cash or credit, for example) modern business practice resorts to the assignment of short-term and long-term claims as a very good source for providing the necessary financial means. The assignment of short term and long term claims represents the special technique or method of financeing in modern banking practice. This special method is realised by factoring and forfeiting contracts.

In this article the autor analyses the special characteristics of factoring and forfeiting contracts, their similarities and differences, and their national and international normative regimes.



TAMARA MILENKOVIĆ-KERKOVIĆ

## DA LI JE SRBIJI POTREBAN ZAKON O FRANŠIZINGU

### UVOD ILI ZAŠTO JE TEŠKO REGULISATI UGOVOR O FRANŠIZINGU

Kada je u jeku američkog građanskog rata između Severa i Juga 1863. god. pronalazač igle za šivaću mašinu, Jevrejin *Isaac Merit Singer* odobravao pravo izabranim trgovcima da na konjskim zapregama, i na tačno određenim teritorijama, prodaju njegove šivaće mašine, znao je da će tako unaprediti prodaju u zemlji pogođenoj ratom, kao i da će učvrstiti svoju konkurentsku prednost na tržištu. Ono, što tada nije, niti je mogao znati je, da je svojom inventivnošću stvorio *Prvi sistem franšizinga*. Sto godina kasnije ta je solucija postala fenomen i dovela do »najveće komercijalne revolucije koja se širi kao prah od baruta«. <sup>1</sup> Ovaj poslovni koncept, koji koristeći instrumente ugovornog prava, dovodi do vertikalnog povezivanja pravno nezavisnih ali ekonomski integrisanih subjekata, stvara efekte statusnih grupacija povezanih preduzeća (grupe društava). Putem franšizinga se ostvaruje veza između subjekata u poslovnom sistemu a na osnovu pravnog posla – ugovora o franšizingu kojim jedna ugovorna strana, davalac franšizinga (*franchisor*) prenosi uz naknadu drugoj ugovornoj strani, korisniku franšizinga

---

Dr Tamara Milenković-Kerković, profesor Ekonomskog fakulteta Univerziteta u Nišu.

<sup>1</sup> Le franchising – une revolution commerciale – Information specialisee sur Comite de la distribution«, br. 3/71 str. 3. nav. prema Draškić, M. »Ugovor o franšizingu«, Institut društvenih nauka, Centar za pravna i politikološka istraživanja, Beograd, 1983, str. 9.

(*franchisee*) čitav set prava industrijske i intelektualne svojine (pravo na korišćenje žiga, trgovinskog i uslužnog znaka, naziva, patenta, prava na licencu, *know-how*, industrijski dizajn, logo i dr.) kao i pravo na proizvodnju ili/i distribuciju davaočevih proizvoda i usluga, pod nadzorom davaoca franšizinga, a kako bi se pred trećim licima ostvario privid identiteta davaoca i primaoca franšizinga. Putem ovog poslovnog koncepta »kloniranja uspešnog preduzeća« ostvaruju se veoma uspešno, divergentni interesi ugovornih strana.

Pravna odvojenost i nezavisnost ugovornih strana (*de iure*) i njihova istovremena ekonomska (*de facto*) povezanost stvaraju nesklad karakterističan za većinu novih ugovora autonomnog trgovinskog prava (lizing, kontratrgovinski poslovi, faktoring i dr.) ali je ta diskrepancija obeležje i drugih pravnih instituta, poput statusnih formi grupa društava (institut »lifting the veil« kod povezanih društava u domaćem Zakonu o privrednim društvima iz čl. 373) kao i drugih ustanova, niklih u okviru pragmatičnog anglo-američkog prava (ustanova *trust*).<sup>2</sup> Franšizing (eng. *franchising*) tako postaje ne samo ekonomski, marketinški i socijalni fenomen, kojim je moguće objasniti i uzroke globalizacije svetskog tržišta, već je to i pravni institut, koji je više decenija predmet izučavanja pravne literature, a poslednjih godina, ugovor o franšizingu (*franchising agreement*) sve više postaje i povod legislativne delatnosti u okviru nacionalnih pravnih sistema, ali i predmet procesa unifikacije privatnog prava u okviru međunarodno priznatih agencija poput UNIDROIT (*International Institute for the Unification of Private Law*) i ICC (*International Chamber of Commerce*).

Zašto je teško regulisati franšizing?

Pre svega, zbog nerešenog pitanja njegove pravne prirode, kao i kompleksnog predmeta ugovora, zbog velikog broja pravnih disciplina, sa kojima je franšizing povezan<sup>3</sup> ali i zbog protivljenja davalaca franšizinga – ekonomski snažnijeg partnera u liku najvećih multinacionalnih korporacija, da se regulativom franšizinga u ovaj ugovorni odnos unese ekvivalencija. Kako je život uvek inventivniji od prava, regulisanje obligaciono-pravnih dejstava ugovora o franšizingu može se pokazati kao veoma destimulativno za razvoj ovog instituta, a nametnuti subjektima rešenja za franšizing poslovni odnos, makar i kroz dispo-

<sup>2</sup> Više o tome, a pre svega o uzrocima nesaglasnosti pravnih i ekonomskih efekata videti u Milenković-Kerković T. »Pravni aspekti i pravna priroda međunarodnih kontratrgovinskih poslova«, doktorska disertacija, Beograd, 2003.

<sup>3</sup> Više o tome, UNIDROIT *Legal Guide to International Master Franchise Arrangements*, 1998. Rev. 2007. pp. 264–271. Izvod Vodiča, sačinjenog da bude priručnik svim učesnicima u franšizing aranžmanima može se naći na veb stranici [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org), kao i preveden na srpski jezik pod naslovom »UNIDROIT Vodič za međunarodne master franšizing sporazume«, Ekonomski fakultet, Niš, 2010.

zitivna pravila može da ovaj pravni posao zatvori u beskorisne regule i udalji ga od stvarnih potreba poslovne prakse.<sup>4</sup> Zbog toga su nacionalna zakonodavstva dugi niz godina bila veoma uzdržana i oprezna prema pitanju regulisanja ovog instrumenta nove *lex mercatoria*. Pored toga, još od 1989. godine, na samom početku svoje aktivnosti vezane za franšizing, UNIDROIT se susreo sa velikim pritiscima i opiranjima davalaca franšizinga, što je sasvim sigurno uticalo i na prirodu dokumenata, kojima je ova organizacija izvršila unifikaciju prava u oblasti franšizinga (umesto Konvencije, kako je to učinjeno kada se radilo o lizingu i faktoringu, UNIDROIT je do danas doneo Vodič za međunarodne master franšizing sporazume iz 1998. god. i Model zakon o predugovornom obaveštavanju iz 2002. godine).<sup>5</sup>

Do pre samo desetak godina je ugovor o franšizingu u svim zakonodavstvima (osim u američkom federalnom zakonu i francuskom *Loi Dubin*) bio neimenovan ugovor (*contractus innominatus*), tako da se, kako u pravnoj nauci, tako i u sudskoj praksi brojnih zemalja, ali i od strane međunarodnih udruženja za franšizing pojavljuju brojne definicije ovog složenog ugovornog odnosa.<sup>6</sup> Teškoće u definisanju ugovora o franšizingu posledica su, ne samo pojmovne razuzdenosti ugovora o franšizingu i njegovog kompleksnog predmeta, brojnih i

---

<sup>4</sup> Primera radi, istraživanja uticaja legislative na broj franšiznih preduzeća u Španiji od donošenja regulative pokazuju pad broja preduzeća u odnosu na period pre donošenja Zakona, kojim se u Španiji predviđa obavezna registracija ugovora, kao i preduzeća koja se bave franšiznim poslovanjem. Videti, Victora Bordonaba, Laura Lucia, Yolanda Polo »Effect of New Regulation on Franchise Performance: An Explanatory Study of Spain, 4th International Conference on Economics of Networks, September 2009, Sarajevo«.

<sup>5</sup> Više o tome, Milenković-Kerković, T. »Autonomni ugovori trgovinskog prava«, Ekonomski fakultet, Niš, 2009, str. 115–119.

<sup>6</sup> UNIDROIT, koji kao međuvladinu organizaciju sačinjavaju predstavnici vlada 58 država članica, najstarija je i istovremeno jedna od tri najznačajnije institucije (pored UNCITRAL-a – Komisije UN za pravo međunarodne trgovine i ICC – Međunarodne trgovinske komore iz Pariza) koja se bavi ujednačavanjem i harmonizacijom prava međunarodne trgovine (vid. čl. 1 Statuta UNIDROIT »The purposes of the International Institute for the Unification of Private Law are to examine ways of harmonising and coordinating the private law of States and of groups of States, and to prepare gradually for the adoption by the various States of uniform rules of private law«). Od svog osnivanja 1926. god. u okviru Lige naroda UNIDROIT se bavi ujednačavanjem prava, pre svega u oblasti međunarodne trgovine, pa je u toku svoje duge istorije Institut kreirao izuzetno značajne instrumente, poput Konvencije o međunarodnom finansijskom lizingu i međunarodnom faktoringu, a po značaju među instrumentima koje je su stvorili eksperti Instituta su UNIDROIT Načela međunarodnih trgovinskih ugovora 1994. god. sa revizijom 2004. god. sa idejom stvaranja supranacionalnog prava. Institut je još sredinom osamdesetih godina uočio značaj franšizinga, pa je 1986. god. formirana Studijska grupa za izradu Pravnog vodiča za međunarodne master franšizing aranžmane. Prilikom izrade te studije uočeno je preko trideset definicija ovog ugovornog odnosa. Videti, Peters. L., Schneider M. »Franchising Contract, Preliminary study«, UNIDROIT, October 1986, pp. 5.

raznovrsnih prava i obaveza ugovornih strana, različitih varijeteta u kojima se on javlja u privrednom životu, već razlike nastaju i zbog kontradiktornog poimanja ovog pravnog posla od strane pravnih autora, a pre svega zbog nesaglasnosti, koje stvara pitanje pravne prirode ugovora o franšizingu (ugovor *sui generis* ili *mixti iuris*).<sup>7</sup>

Franšiza kao predmet ugovora o franšizingu veoma je kompleksan pojam, koji ne predstavlja pravo (jer objektivno pravo još uvek nije kreiralo imanentne mehanizme, kojima se franšiza može direktno zaštititi), ali se ona sastoji od niza prava i pravu sličnih ovlašćenja, poput prava na licencu žiga, trgovinske i uslužne marke, naziva, logoa, *know-how*, i u zavisnosti od tipa ugovora franšiza podrazumeva pravo na proizvodnju ili prodaju proizvoda ili vršenja usluga, koje je stvorio ili razvio davalac, odnosno preuzimanje davaočevog poslovnog koncepta, ali uz pravo davaoca na nadzor i vršenje kontrole nad radom i poslovanjem primaoca, uz istovremenu obavezu primaoca franšize da sledi uputstva dobijena od davaoca. Složenost predmeta ugovora o franšizingu, kao i činjenica da se kroz ugovor trgovinskog prava stvara franšizing poslovna kooperacija, koja ima formu i efekte subjekta statusnog prava, nesumnjivo je jedan od uzroka opreza nacionalnih zakonodavaca da pristupe regulisanju ovog autonomnog trgovinskog posla.

Pored složenosti i velikog broja varijeteta u kojima se franšizing javlja<sup>8</sup>, još jedan od razloga koji dovode do teškoća u regulisanju franšizinga je što je ovaj

<sup>7</sup> Više o pravnoj prirodi ugovora o franšizingu videti, Mlikotin-Tomić, D. »Ugovor o franšizingu«, Zagreb, 1986, str. 141–144; Skaupz, W »Der Franchise Vertrag–ein neuer Vertragstyp«, Der Betriebsberater, 1992, str. 47–52, Vasiljević, M. »Trgovinsko pravno«, 2004, str. 545, Milenković-Kerković, T. »Ugovor o franšizingu – tajna uspeha«, Niš, 1998, str. 169–176.

<sup>8</sup> Kao i sva ostala, i tipološka pitanja su kod franšizinga veoma kompleksna. Više je pode-  
la ali je standardna ona, koja franšizing deli na industrijski (proizvodni) franšizing, distributivni i  
franšizing usluga, kao i podela na proizvodno-distributivni i franšizing poslovnog formata. Pored  
ovih podela, koje se bave samom delatnošću franšizinga, odnosno njegovim metodama u trgovini,  
prisutna je i klasifikacija koja razlikuje tipove pravnih instrumenta kroz koje se franšizing ostvaru-  
je. Prvi od njih je tzv. jedinstveni ugovor o franšizingu (*unit agreement*) kod koga davalac direktno,  
kroz samo jedan pravni instrument ustupa prava na franšizu individualnom korisniku franšizinga.  
Kroz ugovor o zonskom proširenju (*area development agreement*) davalac prenosi primaocu prava  
da vrši franšiziranu delatnost otvarajući veliki broj poslovnih jedinica na tačno određenoj teritoriji,  
na kojoj mu ne smeju konkurisati drugi korisnici, a u poslednje vreme javlja se i tzv. *corner*  
*franchising*, kod koga se teritorija, na kojoj davalac garantuje ekskluzivitet franšize sužava sasvim,  
tako da se i u okviru jednog grada može otvoriti na desetine franšiziranih prodavnica. *Master*  
*franchising agreement* (ugovor o master franšizingu) je ugovorna forma, koja je najznačajnija u  
međunarodnom franšizingu, i kod koje davalac master franšizinga ustupa lokalnom partneru–pri-  
maocu franšizinga ekskluzivno pravo da na teritoriji čitave zemlje ili drugoj dogovorenoj teritoriji  
nudi tzv. subfranšize zaključujući ugovore o franšizingu sa domaćim priamocima franšizinga. Kod  
ove kompleksnog ugovornog odnosa involvirana su dva ugovora i tri ugovorne strane, tako da mul-  
tiugovorna forma master franšizinga podrazumeva međunarodni sporazum o master franšizingu iz-



ugovor, kao retko koji u oblasti trgovinskog prava, povezan sa brojnim i raznovrsnim pravnim područjima, od kojih je većina predmet nacionalne ali i međunarodne regulative. Pored obligacionog i ugovornog prava, u zemljama koje poznaju bipolarizam u regulisanju ugovornog prava, ugovor o franšizingu spada u oblast prava, koja reguliše trgovinske ugovore, a povezan je sa pravilima koja regulišu zastupanje i agenturu (*agency law*) kao i ugovore o distribuciji, kao što su i pravila vezana za lizing i osiguranje nezaobilazna prilikom zaključenja ugovora o franšizingu u praksi. Pored prava svojine, franšizing je neposredno povezan sa finansijskim i poreskim pravom, kao i sa pravom intelektualne svojine i pravilima kojima se štiti lojalna konkurencija, pravom zaštite potrošača i pravilima o garanciji za ispravnost proizvoda, radnim pravom, kao što je od neposrednog interesa za subjekte u ovim transakcijama i pravo transfera tehnologije, pravila o stranim ulaganjima i administrativna pravila o spoljnoj trgovini. Pored velikog broja pravnih oblasti koje tangira, franšizing predstavlja ugovorni odnos između ekonomski neravnopravnih partnera, gde su davaoci franšizinga velika i moćna preduzeća (nosioci *goodwill-a*), dok su sa druge primaooci franšizinga najčešće mala preduzeća ili preduzetnici, najčešće bez iskustva, subjekti koji kroz preuzimanje oprobane i uspešne formule poslovanja žele da »bez rizika« uđu u obećanu zemlju uspeha i profita. Brojne zloupotrebe i prevarna delovanja do kojih je došlo u toku izvršavanja ugovora o franšizingu, izraz su abuzivnog korišćenja ekonomske nadmoći davalaca franšizinga, koji precenjivanjem vrednosti franšize, zloupotrebom svoga prava na prevremeni raskid ugovora, i neplaćanjem nadoknade za uvećani *goodwill* po prestanku ugovora teško oštećuju ekonomski slabijeg partnera – primaoca franšizinga. Pored toga, istorija američke regulative ugovora o franšizingu pokazuje da su se davaoci franšizinga, preko svojih asocijacija i otvoreno suprotstavljali svakom pokušaju zakonodavca da imperativnim pravilima reguliše obligaciono-pravne efekte ovog ugovora, prepuštajući ovaj ugovor autonomiji volje ugovornih strana, namećući korisnicima svoje uslove, u vidu unapred odštampanih (adhezionih) ugovora, tako da su svi predlozi zakona o franšizingu (Hart Bill, Mikva Bill i dr.) nailazili na neuspehe.<sup>9</sup>

---

među master davaoca i sub-davaoca, i domaći ugovor o franšizingu između lokalnog (sub-davaoca) i domaćeg korisnika franšizinga. Pored toga, pravnoj se literaturi u tipologiju ugovora o franšizingu svrstava se i *joint venture franchising*, gde davalac franšizinga i lokalni korisnik stvaraju na ciljnom tržištu zajedničko preduzeće, koje dalje zaključuje master ugovore sa davaocem franšizinga, i u zemlji nastavlja sa davanjem podfranšiza. Više o tome UNIDROIT, *Legal Guide on International Master Franchise Agreement, Rome*, 1998, rev. 2008, pp. 187–192.

<sup>9</sup> Draškić, M. »Ugovor o franšizingu«, Beograd, 1983; Spasić, I. »Franchising posao«, Beograd, 1996; Milenković-Kerković, T. »Ugovor o franšizingu-tajna uspeha«, SKC, 1998, Niš, str. 25; Parivodić, M. »Pravo međunarodnog franšizinga«, Beograd, 2003.

Uporedno-pravna iskustva pokazuju da se ugovor o franšizingu putem nacionalne legislative može urediti na tri načina.<sup>10</sup> Prvi je je donošenje pravnih pravila obligaciono-pravnog karaktera, kojima se reguliše ugovorni odnos između davaoca i korisnika franšizinga (*relationship law*), dok druga vrsta zakonskog uređenja ne zadire u sam ugovorni odnos franšizinga, već se bavi samo jednom fazom u zaključenju ugovora-segmentu koji prethodi zaključenju ugovora, i to kroz regulisanje obaveze predugovornog davanja podataka (*disclosure law*), dok je treći metod regulative onaj, koji franšizing normira administrativnim pravilima o registraciji (i odobrenju) ugovora o franšizingu, čime se nastanak ugovora podvrgava diskrecionom pravu i odobrenju, odnosno dozvoli državnih organa (*registration law*). U uporednom zakonodavstvu, koje je do devedesetih godina prošlog veka postojalo samo u SAD (na federalnom nivou), delom u Kanadi i Francuskoj, da bi se nakon toga pojavio primetan porast nacionalne regulative, posebno u zemljama u tranziciji, mogu se uočiti pre svega tendencije da se ova tri metoda kombinuju (zakonodavstva Malezije, Koreje, Meksika, Španije, Indonezije), samo retka zakonodavstva ne uređuju oblast predugovornog obaveštavanja (Rusija, kao i zakonodavstva pod njenim uticajem, poput Litve, Kazahstana i Belorusije) dok najveći broj nacionalnih legislativa sadrži imperativna pravila o predugovornom obaveštavanju. Pravila o registraciji i odobrenju ugovora pokazala su se veoma destimulišuća, pa su ukinuta u većini zakonodavstava koja su ih predviđala (Kanada).

Poslednjih godina, tačnije od 2007. god. ponovo postaje u Srbiji aktuelno poslovanje putem uspostavljanja franšiznih koncepata. Iste je godine u okviru Privredne komore Srbije osnovan Centar za franšizing koji svojom promotivnom, savetodavnom i posredničkom aktivnošću umnogome pomaže kako uvoz stranih tako i uspostavljanje domaćih franšizinih sistema.<sup>11</sup> Pored brojnih stranih franšiza (Fornetti, Office 1 Superstore, Zara, Mango, IQS, RE/MAX) i mnogih drugih koje su proteklih godina pristigle u Srbiju, dolazi i do uspostavljanja domaćih franšiznih sistema, jedan novi kvalitet u razvoju franšizinga u Srbiji, predstavlja uspostavljanje domaćih franšiznih sistema od kojih su među najpoznatijima AMC-a (*Afrodite Mode Collection*), DIS-a, Dve šmizle, *ComTrade*, E-Dučana, Svet-a perli i drugih domaći davaoci franšizinga, koji uvodi nove vrednosti franšiznog poslovanja na srpsko tržište. Osnivanje nacionalnog udruženja koje okuplja učesnike u franšiznom poslovanju u toku 2009. god. pod nazivom

<sup>10</sup> Peters, L. »Recent Legislation and the UNIDROIT Model Franchise Disclosure Law«, *Business Law International*, Vol 5, No1 January 2004, pp. 52–53; Kozuka, S »Overview of the Draft Model Law of Unidroit on Franchising«, *Tokio Internet Law Journal* 20021/12, [www.tokzo-internetlawjournal.com](http://www.tokzo-internetlawjournal.com), p. 3–4.

<sup>11</sup> [www.pks.rs/franchising](http://www.pks.rs/franchising).

SURF (Srpsko udruženje za razvoj franšizinga) dovešće i do međunarodnog priznanja ovih aktivnosti u Srbiji i to kroz učlanjenje u EFF (*European Franchise Federation*) ali i kroz organizovanje prvog Sajma franšizinga u Srbiji u novembru 2010. god. Sva ova dešavanja aktuelizuju pitanje pravne regulative ugovora o franšizingu u domaćem zakonodavstvu. Ovo pitanje još je više postralo aktuelno nakon aktivnosti Radne grupe za privredne ugovore Komisije za izradu Građanskog zakonika, koju je krajem 2006. god. osnovala Vlada Republike Srbije, koja je u materiju koja reguliše tzv. nove privredne ugovore uvrstila i pravila za regulisanje ugovora o franšizingu u budućem Građanskom zakoniku, i to kao jedan od mogućih modela regulisanja, koji je zajedno sa otvorenim pitanjima i dilemama u regulisanju franšizinga ponuđen srpskoj pravničkoj i stručnoj javnosti.<sup>12</sup>

#### MEDUNARODNO UNIFORMNO REGULISANJE FRANŠIZINGA

U pravu Evropske unije ugovor o franšizingu nije imenovan ugovor ali su značaj i rasprostranjenost ovog poslovnog koncepta, sporovi vođeni pred nacionalnim sudovima (poznati slučaj venčanica »Pronuptia«)<sup>13</sup>, i odluka Suda pravde doveli u toku 1988. god. do usvajanja Uredbe br. 4087/88, kojom se efekti ugovora o franšizingu *en bloc* izuzimaju od restriktivnih odredbi prava konkurencije EU, a koji je sadržan u čl. 85(3) Ugovora o osnivanju ove najveće evropske integracije (od 1999. god. nakon Amsterdamskog sporazuma, ovaj član, koji je osnov čitavog prava konkurencije EU je prenumerisan u čl. 81). Ovo, tzv. Blok izuzeće za ugovore o franšizingu, koje je propisivalo vrste odredbi, koje su sa stanovišta prava konkurencije zabranjene kod ugovora o franšizingu, prestalo je da važi 31. maja 2000. god. kada je zamenjeno novom Uredbom br. 2790/1999 (pored franšizinga ovaj akt se odnosi na sve sporazume, koji sadrže tzv. vertikalna ograničenja). Međutim, iako više nije na snazi, definicija franšizinga iz ovog akta smatra se jednom od najpotpunijih u pravnoj literaturi.<sup>14</sup> Ova je definicija ko-

---

<sup>12</sup> »Vlada Republike Srbije – Komisija za izradu Građanskog zakonika, Rad na izradi Građanskog zakonika Republike Srbije«, Beograd, 2007, str. 289–299.

<sup>13</sup> Videti, Vilus, J. »Međunarodni sporazumi o franšizingu«, Novi ugovori od značaja za privredni razvoj Jugoslavije«, Beograd, 1995, str. 11–12.

<sup>14</sup> »Ugovor o franšizingu je sporazum kojim jedno preduzeće – davalac franšizinga ustupa drugom – korisniku franšizinga u zamenu za neposrednu ili posrednu finansijsku naknadu, pravo korišćenja franšizinga u cilju marketinga posebnih vrsta roba i/ili usluga; minimum obaveza koje taj sporazum mora da sadrži odnosi se na: korišćenje zajedničkog naziva ili oznake radnje ili jednoobrazno prezentiranje lokala i/ili sredstava prevoza; prenos know-how od strane davaoca korisniku

rišćena i kasnije, od strane evropske (EFF – *European Franchising Federation*) ali i nacionalnih udruženja za franšizing, prilikom kreacije Etičkih kodeksa za franšizing ovih asocijacija. Treba istaći da je i nekadašnje, sada nepostojeće udruženje za franšizing tzv. Jugoslovenska franšizing federacija prihvatila Evropski etički kodeks za franšizing.

Uvidevši značaj, koji na međunarodnom nivou ima franšizing, UNIDROIT je odmah nakon Konferencije u Otavi 1988. god., a na predlog Kanade, oformio Studijsku grupu za izradu pravila u oblasti franšizinga. Taj je dugogodišnji rad u okviru ove međuvladine organizacije doveo do najznačajnije međunarodne regulative u oblasti franšizinga, i to kako po širini zahvata i kvalitetu rešenja, tako i po svom kasnijem uticaju na nacionalna zakonodavstva. Najpre je 1998. god. izdat Vodič za međunarodne master franšizing sporazume<sup>15</sup>, koji predstavljaju multidisciplinarni skup informacija i praktičnih uputstava za brojne aspekte franšizinga, namenjenih pre svega ugovornim stranama kod ovog pravnog posla. Vodič najpre pruža objašnjenje temeljenih koncepata franšizinga, ekonomski značaj posla, njegove ugovorne varijetete, prava i obaveza ugovornih strana, finansijska i pitanja vezana za intelektualnu svojinu, pitanje poverljivih informacija, problema odgovornosti i osiguranja, pa do administrativnih i pitanja primene merodavnog prava. Po svom značaju nameće se solucija iz Vodiča za rešenje najtežeg pitanja kod franšizinga – problema veze između ugovora kod multiugovorne strukture ugovora o master franšizingu i odgovornosti master davaoca domaćem primaocu franšizinga.

Još jedan instrument međunarodne regulative u oblasti franšizinga, namenjen, kao i Vodič UNIDROIT, samim učesnicima u transakciji, i koji može biti od pomoći i u budućoj poslovnoj praksi srpskog franšizinga je Tipski međunarodni ugovor o franšizingu, koji je 2000. god. izradila Međunarodna trgovinska komora (ICC) iz Pariza, u cilju olakšanja tehnike zaključenja ovih ugovora.<sup>16</sup>

Drugi instrument, koji je UNIDROIT kreirao u oblasti franšizinga odnosi se na franšizing u nacionalnim okvirima i namenjen je vladama zemalja, koje po prvi put odluče da regulišu ugovor o franšizingu. Tokom izrade Vodiča, studijska grupa, sačinjena od najznačajnijih franšizing pravnika (L. Peters, M. Mendelsohn, Ph. Zeidmann i dr.) uočila je ogroman značaj, koji, kako prilikom zak-

---

franšizinga; kontinuirano pružanje trgovačke i tehničke pomoći davaoca franšizinga korisniku za vreme trajanja sporazuma.« (Prev. T.M.K) Commission regulation (EEC) No 4087/88 of 30. November 1988. on the application of Article 85(3) of Treatz to categories of franchisee agreements.

<sup>15</sup> UNIDROIT *Guide to International Master Franchising Arrangements*, Rome, 1998, p. 300.

<sup>16</sup> *The ICC Model International Franchising Contract/Tipski međunarodni ugovor MTK o franšizingu*, Beograd, 2002.

ljučenja ugovora o franšizingu, tako i u toku njegove kasnije primene, ima predugovorno obaveštavanje primaoca primaoca franšizinga (*disclosure requirements*) o najvažnijim pitanjima, koja su od značaja za donošenje njegove utemeljene odluke za ulazak u franšizing poslovni sistem. Pravila o predugovornom obaveštavanju bila su suština zakonskih rešenja u SAD (FTC Pravila iz 1979. god.) gde je iskustvo sa franšizingom bilo najduže, sudska praksa najobimnija, a zloupotrebe davalaca franšizinga najraširenije. Prikupljajući najkvalitetnija rešenja postojeće (uglavnom *common law*) regulative i prakse, UNIDROIT je u toku 2002. god. (nakon petogodišnjeg rada) izdao Model zakon o predugovornom obaveštavanju kod ugovora o franšizingu (u daljem tekstu Model zakon UNIDROIT) koji je namenjen pre svega onim državama, koje po prvi put unose franšizing u svoju zakonsku regulativu.<sup>17</sup> Ovaj je instrument tzv. *soft law* oblik unifikacije materije u oblasti franšizinga, jer kao Model zakon predstavlja neobavezujući i fleksibilni instrument međunarodnog prava, koji za razliku od rigidnijih instrumenta, poput na pr. Konvencije, ostavlja državama mogućnost da pravila iz Model zakona prilagode svojim potrebama, pa iako korišćenje Model zakona dovodi do manjeg stepena uniformnosti u primeni (jer svaka zemlja samostalno prihvata pojedina rešenja i menja ih prema svojim potrebama) ovaj instrument garantuje širu prihvaćenost na međunarodnom nivou.<sup>18</sup>

U cilju što šire prihvaćenosti, kao i efekta jednoobraznosti budućih nacionalnih zakonskih rešenja, Model zakon se služi tehnikom i stilom primerenijim *common law*-u, tako da na samom početku, u drugom od ukupno deset članova, pruža definicije pojmova korišćenih u daljem tekstu instrumenta (poput *franchise agreement*, *development agreement*, *disclosure document*, *franchise*, *master franchise* i dr.) a što je bila nužna posledica velike pojmovne razrađenosti ovog instituta. Na taj su način prevaziđene teškoće u pogledu definisanja segmenata kod ugovora o franšizingu, o kojima je bilo reči u uvodnom delu ovog rada. Iako svojom definicijom<sup>19</sup> obuhvata samo ono što je u literaturi poznato kao »franšizing poslovnog formata« (*business format franchising*) Model zakon svojom

---

<sup>17</sup> UNIDROIT Model Franchise Disclosure Law, Rome, September, 2002 na sajtu [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org) sa obrazloženjem – Explanatory Report.

<sup>18</sup> Videti, Goode, R. Kronke, H McKendrick E. Wool J. »Transnational Commercial Law – International Instruments and Commentary« 1-publ. Oxford, OUP, 2004, pp. 295–296.

<sup>19</sup> »... pravo koje prenosi jedna strana (davalac franšizinga-franchisor) ovlašćujući o zahteva-jući od druge strane (korisnika franšizinga-franchisee) u zamenu za neposrednu ili posrednu finansijsku naknadu, angažovanje u poslovima prodaje robe ili usluga za svoj račun, a na osnovu sistema koji određuje davalac franšizinga kroz pružanje know-how i pomoći, propisivanja u suštinskom delu načina obavljanja franšizing poslovanja, uključujući značajnu i kontinuiranu kontrolu od strane davaoca franšizinga, a koji je suštinski povezan sa trgovinskim žigom, uslužnim žigom, nazivom ili logotipom, koji je odredio davalac franšizinga.«

neobavezujućom prirodom pruža mogućnost da se u definiciju, a time i u oblast primene zakona, unesu i drugi tipovi ugovora o franšizingu.

Sušтина rešenja, koje nudi Model zakon je utvrđivanje obaveze davaoca franšizinga da u određenom roku (najmanje 14 dana, bilo pre potpisivanja ugovora o franšizingu ili pre plaćanja franšizing naknade) preda budućem primaocu franšizinga dokument (u pisanoj formi i u bilo kom formatu) sa svim relevantnim i redovno ažuriranim podacima (čl. 3. i 4. Modela), koji su neophodni za donošenje utemeljene odluke primaoca, a sankcija za neizvršenje ili neuredno izvršenje ove obaveze davaoca franšizinga je mogućnost primaoca franšizinga da u određenom roku zahteva poništaj već zaključenog ugovora o franšizingu. Još jedna karakteristika ovog Model zakona, koja govori o prevalentnosti anglo-američke pravne tehnike je i to, što su njegovi ključni članovi – br. 5 (*Exemptions from Obligations to Disclose* – Izuzeci od obaveze obaveštavanja) i br. 6. (*Informations to be Disclosed* – Podaci o kojima je neophodno obaveštavanje) koji predviđaju izuzetke od obaveze davanja podataka, kao i obaveštenja, koja je Davalac obavezan da dostavi, izuzetno ekstenzivni i detaljni. To je, i u toku izrade ovog instrumenta, naišlo na kritike pravnika sa područja *civil law*-a, čija tehnika formulisanja podrazumeva uopštene i kratke odredbe, umesto dugih i sveobuhvatnih lista podataka, čime se doduše ide u prilog pravnoj sigurnosti ali se istovremeno opterećuje tekst budućeg zakonskog akta. Dok je u prethodnoj verziji Model zakona postojao zahtev da tekst dokumenta bude na jeziku, koji je u službenoj upotrebi u sedištu korisnika, ovaj je zahtev izostavljen iz usvojene verzije Model zakona. Sigurno je da ovaj zahtev može da predstavlja, pogotovu u uslovima srpske privrede, značajno sredstvo za zaštitu domaćih primalaca franšizinga, kao ekonomski inferiornije ugovorne strane. Lista podataka, koje informativni dokument mora da sadrži veoma je široka i kreirana je po uzoru na, pre svega američko, kanadsko i australijsko zakonodavstvo, koja su u regulisanju franšizinga imala najviše iskustva i čija je i sudska praksa najbogatija. Model zakon u čl. 6 predviđa da informativni dokument, koji se budućem primaocu predaje pre ulaska u ugovorni odnos mora da sadrži i podatke koji, po prirodi stvari neće biti obuhvaćeni odredbama budućeg ugovora o franšizingu, i to informacije o prošlosti davaoca franšizinga (stečaj, bankrotstva, sudski sporovi, privredni prestupi i dr.) podaci o poslovnom iskustvu davaoca i njegovih rukovodilaca, kao i njihovih povezanih društava, podaci o stanju i statusu intelektualnih i prava industrijske svojine, koji su predmet franšizinga, finansijski i drugi podaci. Pored toga, u dokument se moraju uneti i podaci koje bi, uobičajeno trebalo da sadrži i sam ugovor (u kom slučaju Model zakon zahteva da se dokument pozove na odredbe iz ugovora) a ukoliko tih podataka u ugovoru nema, onda je njihovo unošenje u informativni dokument obavezno. Ove se informacije odnose na raskid ili obnovu ugovora, visinu ulaganja, obuku i njene troškove, odredbe o zabra-

ni post-ugovorne konkurencije, visinu naknade, mogućnosti i ograničenja prenoša ugovora, teritorijalne i druge restrikcije itd. Od posebnog značaja je čl. 8 Model zakona o predugovornom obaveštavanju, koji predviđa pravne posledice neispunjenja ili neurednog ispunjenja (prevara, davanje pogrešnih ili nepotpunih podataka) obaveze predugovornog obaveštavanja. One se sastoje u primaočevom pravu da traži poništaj ugovora o franšizingu, kao i pravo na naknadu štete, a predviđeni su i rokovi za ostvarivanje tog prava (čl. 8(2)) a kao posebna mera zaštite primaoca franšizinga predviđeno je da se primalac ne može unapred odreći prava koja mu ovaj akt garantuje (čl. 10).

Značaj ovog međunarodnog instrumenta je veoma veliki, a njegov je cilj približavanje buduće nacionalne franšizing regulative, što bi svakako delovalo podsticajno na razvoj ovog pravnog posla. Kvalitet rešenja Model zakona UNID-ROIT, ali i renome i dosadašnja aktivnost ove međuvladine organizacije doprineće unifikaciji prava u ovoj oblasti na nacionalnom nivou, čime će se u najširim razmerama obezbediti minimum garantovane zaštite budućih primalaca franšizinga. Izlišno je isticati koliko je u domaćim uslovima potpuno nerazvijenih franšizing odnosa, neophodna edukacija, i pre svega pravna zaštita ekonomski inferiornijeg partnera kroz predugovorno obaveštavanje primalaca franšizinga, a oni će, prirodni stvari, kod franšizinga sa međunarodnim elementom biti domaći privredni subjekti.

## DA LI JE POTREBNO REGULISATI FRANŠIZING – REŠENJA U NACIONALNIM ZAKONODAVSTVIMA

Pozitivna i negativna iskustva rešenja nacionalne uporedne legislative, mogu da pomognu domaćem zakonodavcu prilikom donošenja odluke da li i kako treba regulisati franšizing.

Na američkom kontinentu je franšizing i pored svog stogodišnjeg prisustva, kao i nakon neuspeha brojnih predlagača da zakonski regulišu njegova obligaciono-pravna dejstva, prvi put regulisan tek 1979. god. i to na federalnom nivou donošenjem od strane Federalne trgovačke komisije (FTC) tzv. *Rule on Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures*. Ovo je prvi Zakon koji je utvrdio imperativno pravilo o obavezi predugovornog obaveštavanja, kojim se davalac obavezuje da već pri prvom kontaktu, a najkasnije deset radnih dana pre zaključenja ugovora, ili pre prijema bilo kakve uplate, potencijalnom primaocu preda primerak ugovora, kao i dokument sa propisanim detaljnim informacijama, svrstanih u 20 kategorija. Ta obaveštenja moraju biti ažurirana jednom godišnje, a odnose se na iskustvo, prošlost, sudske i arbitražne sporove, koje je vodio davalac ili njegovi rukovodioci, finan-

sijске podatke, kojima se potencijalni primalac upoznaje sa visinom svojih novčanih obaveza prema davaocu, kao i sa procenjenim obimom troškova i ulaganja. Pored toga, informacije moraju da sadrže i podatke o međusobnim pravima i obavezama ugovornih strana, pogotovu o onim obavezama, koje se odnose na zabranu kupovine robe ili usluga od strane drugih snabdevača, kao i druga teritorijalna i druga ograničenja i zabrane, podatke o finansijskom stanju davaoca potkrepljene računovodstvenim i revizorskim izveštajima, podatke o patentima, licencama, izboru lokacije, obuci osoblja i troškovima obuke, a obavezno je unošenje podataka koji omogućavaju kontakt sa bivšim primaocima franšizinga. Ovaj federalni propis predstavlja minimum u zaštiti primaoca, jer pored ove postoje i regulativa na državnom nivou, tako da neke od država direktno primenjuju *FTC Rule* ili kao što je to do sada učinilo sedamnaest američkih država usvaja svoje specifično zakonodavstvo, koje sadrži i ne samo obavezu obaveštavanja, već i obligaciono-pravna dejstva ugovora, dok jedan broj država zahteva i registraciju ugovora. Usvojen je takode, u toku 1993. god. na nivou američko-kanadskog udruženja *NASSA (North American Securities Administrators Association)* a potom usvojen i od *FTC* formular, koji sadrži 23 zahteva sa predugovornim obaveštenjima tzv. *UFOC (Uniform Franchise Offering Circular)* i predstavlja u svih pedeset američkih država najautoritativniji dokument kojim se obaveza obaveštavanja može izvršiti.<sup>20</sup> Na teritoriji Kanade jedino je pokrajina Alberta imala zakon o franšizingu, koji je pored obaveze obaveštavanja sadržao i obavezu registracije, koja je kritikovana kao »drakonska«, tako da je noveliranim Zakonom iz 1995. god. ova obaveza ukinuta. Danas, specifično franšizing zakonodavstvo od 2000. god. ima i provincija Ontario, dok u Kvebeku (gde se primenjuje *civil law*) ugovor o franšizingu regulišu norme Građanskog zakonika iz 1994. god. o ugovorima po pristupanju.

Francuska je bila prva evropska zemlja koja je 1989. god. propisala obavezu predugovornog obaveštavanja Zakonom br. 89–1008, nazvanim *Loi Doubin*, a koji se odnosio na sve ugovore o distribuciji, dok je ta obaveza kod ugovora o franšizingu razrađena podzakonskim aktom donetim 1991. god. ali bez uređivanja posledica neizvršenja ove obaveze na zaključeni ugovor o franšizingu. To je obogatilo francusku sudsku praksu, ali nije uvećalo pravnu sigurnost.

Devedesete godine donose veliki porast franšizing zakonodavstva, i to putem primene različitih sredstava pravne tehnike, pa tako Brazil 1994. god., Malezija 1998. god., Kazahstan i Koreja u toku 2002. god. donose *lex specialis* za franšizing, dok zemlje poput Meksika 1991. god., Španije 1996. god. i Japana

<sup>20</sup> Više o UFOC i sadržini ovog dokumenta na sajtu [www.nasa.org](http://www.nasa.org) i [www.franchise.org](http://www.franchise.org) O tekstu federalnog *FTC Rule* više Ph. Zeidman u *United States*, p. 2 in *Survey of Foreign Law and Regulations Affecting International Franchising*, 2nd edition, ABA, Chicago, 1990.



(regulisao još 1973. god. franšizing u okviru Zakona o malim i srednjim preduzećima) unose pravila o predugovornom obaveštavanju i registraciji u zakone kojima se regulišu druge oblasti, poput industrijske svojine (primer Meksika). Dok je brazilski Zakon primer čiste franšizing *disclosure* regulative, koji kao posledicu neizvršenja ove obaveze predviđa rušljivost ugovora, sa druge strane Malezija je primer najobimnijeg specifičnog franšizing zakona (sadrži 61 član) i predstavlja kombinaciju veoma komplikovanih i za davaoca opterećujućih pravila o registraciji (sa preteranim ovlašćenjima tela – *Registrar of Franchises*, imenovanog od Ministra, a koje odobrava svaku pojedinu franšizu, pa ima čak i pravo da prekine već registrovane franšize), predugovornih zahteva (koji začudo ne propisuju sadržinu dokumenta o obaveštavanju) kao i strogih pravila obligacione prirode kojima se imperativno uređuje trajanje ugovora (najmanje pet godina), njegov prestanak, raskid itd. Malezijsko zakonodavstvo predstavlja primer preterane državne intervencije u oblast franšizinga, sa jasnim ciljem zaštite domaćih korisnika.

Ima zemalja koje odredbe o franšizingu unose u postojeće, novelirane ili nove kodifikacije, poput Hrvatske koja je izmenama Zakona o trgovini 1999. god. samo unela u ovaj akt definiciju franšizinga, ali ga nije i uredila, dok veoma potpunu franšizing legislativu donosi Albanija, koja je u svoj, tokom 1994. god. novelirani, Građanski zakonik unela veoma detaljna pravila o franšizingu, sa ciljem zaštite primaoca franšizinga. Tako albanska kodifikacija pored definicije, sadrži i brojne obaveze davaoca franšizinga, poput zaštite primaoca franšizinga od pravnih pretenzija trećih lica, kao i zahtev za obaveštavanje primaoca franšizinga u predugovornoj fazi. Pored ovih, prisutna su u ovoj veoma detaljnoj albanskoj regulativi i pravila obligacionog karaktera o pisanoj formi, bitnim elementima i trajanju ugovora, kao i ograničenjima raskida ugovora pre ugovorenog roka. Takođe, radi zaštite domaćih korisnika uvodi se ograničenje prava davaoca franšizinga da po isteku ugovornog odnosa konkurenciju bivšeg primaoca franšizinga zabranjuje duže od godinu dana.

Mali broj zemalja predviđa, poveden primerom ruskog Građanskog Zakonika iz 1996. god. samo obligaciono-pravna kao i pravila o registraciji franšizinga bez ikakvih normi o obavezi predugovornog obaveštavanja. Ovaj primer slede i druga tranziciona zakonodavstva, poput pomenutog Kazahstana, a to države čine i kroz građanske kodifikacije, poput one u Litvi krajem 2000. god., dok je za primer restriktivnih normi, bez *disclosure* obaveze najslikovitiji primer Belorusije čiji Građanski zakon iz 1999. god. predviđa normu koja je raritet u svetskim okvirima, po kojoj se ugovor o franšizingu može zaključiti »samo u slučajevima izričito predviđenim zakonom«.

Markantni su primeri regulisanja franšizinga i podzakonskom regulativom (primeri Indonezije, Rumunije i Kine, čija je regulativa doneta 1997. god.) a ko-

ju, zbog prirode akata, najčešće karakteriše prenormiranost. Tako, primera radi Indonezija veoma ekstenzivno reguliše franšizing, kako kroz zahteve za obaveštavanjem, tako i kroz zahteve sa registracijom kako ugovora o franšizingu, tako i dokumenta o obaveštavanju. *Ratio* ove uredbe je zaštita kako domaćih proizvoda (što je karakteristika i indonežanske kontratrgovinske prakse) tako i domaćih primalaca franšizinga, ali je ta zaštita prenaplašena brojnim imperativnim propisima, počev od jezika dokumenta, ugovaranja domaćeg prava kao merodavnog, kao i obavezom da ugovorne strane prednost moraju dati domaćim proizvodima i uslugama, a čak se propisuje, koji će delovi zemlje imati prednost prilikom registracije.

Najpotpuniju i po rešenjima najkvalitetniju franšizing regulativu ima Australija, na šta je sasvim sigurno uticalo i iskustvo i značaj nacionalnog udruženja za franšizing, čija je uloga bila presudna u donošenju Poslovnog kodeksa 1990. god. čija su rešenja bila izuzetno kvalitetna ali njihova primena neuspešna usled neobavezujuće snage ovoga akta. Tek će usvajanjem pravno obavezujućeg Kodeksa ponašanja u oblasti franšizinga 1998. god. ova oblast biti adekvatno regulisana i to putem predugovornog obaveštavanja. Ta nova regulativa sadrži i dva, u uporednoj legislativi retka ali istovremeno praktična rešenja. Prvo je norma, po kojoj su kod zaključenja ugovora o subfranšizingu (koji nastaje nakon zaključenog master franšizing sporazuma) oba davaoca (i davalac master franšizinga i davalac subfranšizinga) obavezni da primaocu daju dokument sa obaveštenjima, ili da to mora biti objedinjen dokument. Drugim se pravilom predviđa obavezno podvrgavanje sporova u oblasti franšizinga mediaciji kao alternativnom načinu rešavanja sporova.

I italijansko franšizing zakonodavstvo iz 2006. god. nudi odgovor na naslovno pitanje ovog teksta, ali i pokazuje značaj i presudni uticaj, koji je u dugom i teškom procesu donošenja zakona imalo veoma moćno Italijansko udruženje za franšizing (*Associazione Italiana del Franchising – AIF*) sa sedištem u Milanu.<sup>21</sup> Ovaj kratki Zakon br. 129 o disciplini kod trgovinskog udruživanja (franšizinga) od 6. maja 2004. god.<sup>22</sup> je i pored *civil law* tradicije italijanskog prava rađen ne samo koncepcijski, već i po karakteru pravila koja sadrži, u skladu sa *common law* pristupom, a inspirisan je bez sumnje Model zakonom UNIDROIT. Značaj

<sup>21</sup> Više o pozitivnoj italijanskoj regulativi Frignani, A. »Proposed Franchise Bill for Italy and Laws Fostering Franchising(Financial Incentives)«, u *International Journal of Franchising*, Vol. 1, ISS. 2, 2003, 6–15; Milenković-Kerković, T. »Zakonsko i uniformno regulisanje ugovora o franšizingu i nova italijanska legislativa«, *Pravo i privreda*, 5–8/2005, str. 363–379; Milenković-Kerković, T. »The Main Directions in Comparative Franchising Regulation – UNIDROIT Initiative and Its Influence«, *European Research Studies*, Vol. XIII, Issue (1), 2010, pp. 103–118.

<sup>22</sup> Lege no. 129 Norme per la disciplina dell'€ affiliazione commerciale (o franchising), *Gazzetta Ufficiale* n. 120 del 124 maggio 2004.

sveobuhvatne i kvalitetne definicije ugovornog odnosa franšizinga pokazuje i ovaj zakonski tekst, koji veoma detaljno definiše i franšizing, ali i pojedine njegove forme (*corner, master i development franchising*) kao i *know-how, royalties, davaočevi proizvodi* itd. I ovaj zakon je kombinacija obligaciono-pravnih sa obavezama predugovornog obaveštavanja, pa pokazuje da je tridestogodišnje prisustvo franšizinga donelo dragocena iskustva u pogledu pitanja, koja nužno moraju da se uredi. Obim informacija koje se moraju pružiti u predugovornoj fazi je manji nego kod Model zakona UNIDROIT, pa se primat daje slobodi ugovaranja, ali se, za razliku od francuskog zakonodavstva predviđa poništaj ugovora kao sankcija za prevaru, i na to ovlašćuje ne samo primaoca, već i davaoca koji je primio lažne informacije od svog primaoca u toku trajanja ugovornog odnosa, jer ovaj zakon ne reguliše samo segment pre zaključenja, već i sam »život« ugovora o franšizingu.

#### REGULATIVA UGOVORA O FRANŠIZINGA U SRBIJI *DE LEGE FERENDA*

Dok se na planu nove *lex mercatoria* odvija primetan proces deregulacije, prelaska sa rigidnih i čvrstih na »meke« oblike regulative (*model law, vodiči, Principi, tipski ugovori*) sa druge strane na nacionalnom planu odvija se upravo obrnut proces. Tako, ugovori nove *lex mercatoria* nastali u praksi poslovnih subjekata, iako nastaju izvan sfere nacionalnog suvereniteta počinju vremenom da zaokupljaju pažnju zakonodavaca, pa nekadašnje pravne praznine tzv. novih ugovora počinju da se popunjavaju, najpre pravilima raznih »mekih« instrumenata, koji se kao »primenljivo pravo« koriste u odsustvu pravih zakonskih regula. Sa razvojem instituta određenog ugovora zakonodavstva počinju da postojeće praznine popunjavaju pravilima »čvrstih« zakonskih ili podzakonskih instrumenata.

Otkrivanje informacija pre ulaska u poslovni odnos franšizinga (*disclosure*), koja je danas prisutna u najvećem broju zemalja koje su do sada regulisale franšizing, omogućava očuvanje ravnoteže uzajamnih davanja, a sankcija za neizvršenje obaveze je pravo na raskid ugovora i naknada štete, koju je zbog nedostatka predviđenih informacija pretrpeo korisnik franšizinga.

Ovome svakako treba dodati i motiv zaštite interesa ekonomski slabijeg ugovornog partnera. Zaštita interesa korisnika franšizinga, istovremeno predstavlja ne samo sredstvo zaštite od zloupotreba ekonomske neravnoteže koja je ovom ugovoru imanentna, već se intervencijom zakonodavca štiti i savesno i pošteno ponašanje kod ugovora o franšizingu.

Uporednopravni pregled zakonodavstva upućuje na zaključak da je *disclosure* pristup najzastupljeniji, da obaveze registracije postaju sve nepopularnije, a

da uređenje obligacionopravnih dejstava franšizinga postaje sve prihvaćeniji metod, veoma često kombinovanjem obligaciono-pravnih sa *disclosure* pravilima. Dve trećine od ukupnog broja zemalja koje su do ovoga trenutka regulisale franšizing prihvatilo je *disclosure* model regulisanja ugovora o franšizingu.

Smatramo da bi predloženo ustanovljavanje obaveze registracije koje kod ugovora o franšizingu predlažu kreatori Modela srpske regulative *de lege ferenda* trebalo zameniti drugom imperativnom odredbom kojom se ustanovljava zahtev na strani davaoca franšizinga, koji ga obavezuje da 15 dana pre zaključenja ugovora o franšizingu ili pre isplate naknade u bilo kom obliku, da korisniku franšizinga uruči zajedno sa primerkom ugovora i dokument u pismenoj formi koji sadrži određene kategorije obaveštenja. Ta se obaveštenja odnose na podatke o davaocu franšizinga (poslovno ime, robin i uslužni žig, statusni oblik, visinu registrovanog kapitala, sedište, poslovno iskustvo), podatke o odgovornosti (građansko-pravnoj i krivičnoj odgovornosti) i osuđivanosti davaoca franšizinga i njegovih rukovodilaca za poslednjih pet godina, podatke o broju i statusu aktuelnih korisnika franšizinga, kao i podatke o bivšim korisnicima franšizinga, opis franšize, podatke o pravima intelektualne svojine, kao i robi i uslugama, podatke o finansijskom stanju davaoca franšizinga i njegovim prihodima, kao i izvode iz ugovora koji se odnose na sledeće odredbe, i to: trajanje ugovora i uslovi za obnovu ugovora, odredbe o obuci, ekskluzivnim pravima, prestanku ugovora, restrikcijama koje se odnose na teritoriju ili potrošače, visina i oblik naknade koju korisnik plaća davaocu franšizinga, odredbe o zabrani ugovornog i post-ugovornog konkurisanja između ugovornih strana, pravo na prenos prava i ustupanje ugovora, merodavno pravo i nadležni sud, tj. način rešavanja sporova. Ukoliko bi za pravnu tehniku budućeg zakonika ovakva odredba o predugovornom informisanju opterećujuća i previše detaljna ona se može predvideti i podzakonskim aktom, a u zakonik se *de lege ferenda* može uneti imperativna norma o predugovornom obaveštavanju opštijeg karaktera.

Tako će se i Srbija putem zakonodavstva *de lege ferenda* priključiti krugu zemalja koje imaju modernu franšizing regulativu i koja pored normi kojima regulišu obligaciono-pravna dejstva ugovora o franšizingu predviđa i obavezu predugovornog pružanja podataka na strani davaoca franšizinga.

## ZAKLJUČAK

Nakon donošenja, od strane domaćeg zakonodavca odluke o tome da li ugovor o franšizingu uopšte zahteva regulativu, sledeće je pitanje metoda, pravne tehnike i instrumenta te regulative, a najoptimalniji put u ovom trenutku bi bio

*lex specialis*, dopunjen uredbom koja precizno propisuje sadržaj dokumenta sa obaveštenjima, dok drugu mogućnost predstavlja unošenje definicije i pravila o franšizingu u Zakon o obligacionim odnosima. Mišljenja smo da cilj regulative treba da bude samo propisivanje predugovorne obaveze obaveštavanja, uz svaka-ko, propisivanje efekata nepoštovanja te obaveze u vidu rušljivosti ugovora (čl. 122 ZOO) kao i naknade štete, uz uklanjanje mogućnosti budućeg primaoca franšizinga da se tog prava unapred odrekne. Prilikom odgovora na pitanje obima i vrste informacija, koje dokument treba da sadrži, treba primeniti regulativu prisutnu u američkom federalnom zakonodavstvu, odnosno rešenja Model zakona UNIDROIT, uz nužna uopštavanja, koja zahteva domaća pravna tradicija orijentisana ka *civil law*-u. Francusko iskustvo ukazuje na značaj propisivanja posledica neizvršenja obaveze obaveštavanja. Takode i primer Malezije, koja je preteranom državnom intervencijom u autonomnu oblast franšizinga dovela do rapidnog pada broja zaključenih ugovora treba da ukaže domaćem zakonodavcu da je regulisanje predugovornih zahteva dovoljan obim zaštite potencijalnih primalaca franšizinga, dok su pravila o registraciji zaključenih ugovora, ne samo opterećujuća za učesnike u transakciji, već i predstavljaju trošak za državu, koja mora da formira posebno telo za praćenje i registraciju ovih ugovora. Posebno je stimulativna praksa odobravanja ili dozvole svakog pojedinačnog ugovora, pa takvu vrstu zaštite domaćih subjekata umesto administrativnim pravilima treba, svakako, prepustiti ekonomskim zakonitostima i principima tržišta. U prilog zaključku da u domaćem zakonodavstvu *de lege ferenda* zaštita domaćih subjekata treba da se ostvaruje isključivo samo kroz propisivanje obaveze predugovornog obaveštavanja, govore i primeri Litve, ali i podzakonska regulativa Indonezije i Rumunije, koja preteranim involviranjem u sam ugovorni odnos franšizinga sputava ovaj pravni posao. Rešenja australijskog Kodeksa o dvostrukoj obavezi obaveštavanja kod ugovora o subfranšizingu, kao i pravila o rešenju spora kroz ustanovu medijacije, koje predviđa i najnovije italijansko zakonodavstvo, omogućila bi da se medijacija kao novi institut našeg procesnog prava iskaže na pravi način.<sup>23</sup>

Do donošenja srpske regulative o obavezi predugovornog obaveštavanja kod ugovora o franšizingu potrebno je stvoriti i okruženje povoljno za franšizing poslovni odnos. Aktivnosti Centra za franšizing pri PKS i osnivanje Srpskog udruženja za razvoj franšizinga, njegovo uključenje u Evropsku franšizing federaciju, a time i direktna primena Evropskog kodeksa etike u franšiznom poslovanju,

---

<sup>23</sup> Zakon o posredovanju – medijaciji donet je 15. novembra 2004. god. a stupio je na snagu 23. februara 2005. god., Službeni glasnik RS, broj 18/2005.

izdanje prevoda Vodiča UNIDROIT za međunarodne master franšizing sporazume, predstavljaju značajne korake u promociji i edukaciji poslovne javnosti, čime će budućoj legislativi olakšati polje i obim primene. Zaštita domaćih korisnika treba *de lege ferenda* da bude u ravnoteži sa principom slobode ugovaranja, a zadatak buduće franšizing regulative u Srbiji treba da bude domaći franšizing i da ga učini ne samo atraktivnim, već i sigurnim.

TAMARA MILENKOVIĆ-KERKOVIĆ, LL.D.,  
Professor, Faculty of Economics, Niš

## DOES SERBIA REALLY NEED FRANCHISING LEGISLATION

### Summary

There are various obstacles to the process of legislation of the franchising agreement. Among the reasons which are opposed to such legislation is their specific nature, complexity of the parties commitments which enables "lending of success" as the consideration of the agreement. Beside, franchising is the form of business that touches upon many different areas of law, the majority of which are regulated domestically and at times also internationally. Beside the UNIDROIT Guide on International Master Franchising Arrangements 1998 (rev.2008) the relevant international unification of the law on franchising is completed by the International Institute for the Unification of Private Law (Rome). This uniform regulation – Model Franchising Disclosure Law is clearly addressed to legislators, which goal should be unification of the disclosure requirements on international level.

The autor proposes enacting of domestic franchise disclosure legislation, to obtain the most appropriate legal instrument in order to permit the prospective franchisee to make an informed decision as to whether or not to acquire the franchise. Those domestic regulation *de lege ferenda* should have one primary goal – protection of the franchisee as the economically weaker and less experienced contractual party in the franchising agreement. The autor also concludes that legislation of the registration requirement of the franchising contract as well as relationship law (which regulates some specific obligation terms of the franchising contract) is unnecessary in domestic conditions. Relationship terms of the franchising contract should be leave over to party autonomy as the main principle of contract law.

MARIJA KRVAČAC

## NORME NEPOSREDNE PRIMENE I MEĐUNARODNI UGOVOR O GRAĐENJU

### U V O D

U regulisanju pojedinih privatnopravnih odnosa sa elementom inostranosti država prevashodno polazi od sopstvenih, naročito značajnih interesa. Naime, u sferi snažnih interesa države zakonodavac može izričito predvideti primenu domaće prava, nezavisno od prava merodavnog na osnovu domaće kolizione norme. Ovakav koncept normi predstavlja izraz posebnog metoda regulisanja privatnopravnih odnosa sa elementom inostranosti i deo koncepta prinudnih normi *lex fori*. Pored toga u pojedinim doktrinama, kao što je francuska, prisutno je i stanovište da su norme neposredne primene samo posebna kolizijska pravila, različita od klasičnih po svom sadržaju i cilju.<sup>1</sup>

Termin »norma neposredne primene« i njegovo sadržinsko uobličenje vezuje se za francuskog teoretičara Franceskakisa.<sup>2</sup> U svom učenju on ističe da propisi zakona koji zahtevaju trenutnu primenu, odnosno norme neposredne primene, spadaju u materijalnopravne norme *lex fori*. Njihova primena je obavezna na polju zaštite političkog, ekonomskog i društvenog stanja zemlje, nezavisno od

---

Dr Marija Krvačac, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Prištini, Kosovska Mitrovica.

<sup>1</sup> V. Loussourn Y., Bourel P., *Droit international privé*, Paris, 1993, 120.

<sup>2</sup> Bliže Franceskakis F., *La théorie du renvoi et les conflits de systemes en droit international privé*, 1958, 697.

toga da li se radi o unutrašnjem pravnom pitanju ili pitanju međunarodnog privatnog prava.

U nastojanjima da izdiferenciraju nedvosmislene kriterijume na osnovu kojih se sa sigurnošću može utvrditi da se radi o normi neposredne primene, teoretičari međunarodnog privatnog prava daju različite definicije. Norme neposredne primene se tako definišu kao prinudna materijalna pravila koja na eksplicitan ili na implicitan način određuju oblast svoje sopstvene primene, odnosno nameću sopstvenu merodavnost bez posredovanja kolizione norme.<sup>3</sup> Svim definicijama je zajedničko da su norme neposredne primene nezavisne od kolizionopravne tehnike regulisanja privatnopravnih odnosa sa elementom inostranosti i da se primenjuju na teritoriji određene države, kao imperativne norme. Reč je o propisima suštinski značajnim sa aspekta funkcionisanja države foruma. Nacionalna regulativa ne postavlja nedvosmislene kriterijume pomoću kojih bi se sa sigurnošću znalo da se radi o normi neposredne primene tj. o propisu koji se mora primeniti, tako da se njen prinudan karakter mora izvući iz same sadržine i svrhe.

Propisi kojima se štite ekonomski interesi domaće države u poslovnom i platnom prometu sa inostranstvom odražavaju poseban interes države i govore u prilog njihove obavezne primene. Bilo bi teško zamisliti primenu kolizione norme koja bi uputila na primenu stranog prava za domaće poslove uvoza i izvoza kao i za devizne poslove, za regulisanje antimonopolskog ponašanja i dr. Norma neposredne primene se najčešće uređuju poslovi međunarodne trgovine u kojima se prepliću javnopravni i privatnopravni interesi, kao i režim nepokretnosti, neki radnopravni odnosi, sigurnost saobraćaja, zaštita životne okoline i dr.

Po svojim karakteristikama norme neposredne primene su najbližnje normama koje čine domaći javni poredak, te ih pojedini teoretičari međunarodnog privatnog prava nazivaju »kristalizovanim normama javnog poretka«.<sup>4</sup> Uprkos tome što je njihova primena nezavisna od kolizionog vezivanja domaćeg prava, ustanove javnog poretka i norme neposredne primene se ne mogu poistovećivati. Do pozivanja na ustanovu javnog poretka dolazi tek nakon upućivanja kolizione norme na merodavno pravo dok je primena normi neposredne primene nezavisna od kolizionih pravila. Sudija se može pozvati na korekciju u redovnoj primeni kolizione norme radi zaštite osnovnih principa na kojima počiva domaće pravo dok prinudne propise mora primeniti kada su oni deo *lex fori* kao i kada su sadržani u merodavnom pravu *lex causae*.

<sup>3</sup> V. Bordaš B., Sukob zakona kod ugovora o transferu tehnologije sa elementom inostranosti, Novi Sad 1989. (doktorska disertacija) 145.

<sup>4</sup> Kao što to čine znameniti engleski teoretičari Daysi i Moriss.



## PRIMENA NORMI NEPOSREDNE PRIMENE

Direktno regulisanje situacija sa elementom inostranosti manifestuje se kroz posebna pravila *lex fori*. Prinudni propisi mogu biti deo zakona, izvora kolizionih normi ili posebnog zakonskog teksta.

O normama neposredne primene govori švajcarski zakonodavac, na taj način što utvrđuje da se umesto prava određenog Zakonom o međunarodnom privatnom pravu može uzeti u obzir odredba nekog drugog prava koje će se primeniti prinudno ako prema švajcarskom pravnom shvatanju to zahtevaju legitimni i očigledno pretežni interesi jedne stranke a i predmet je usko povezan sa tim pravom. Uzimanje u obzir odredbe drugog prava ocenjuje se s obzirom na njenu svrhu i posledice primene na adekvatnu odluku prema švajcarskom pravnom stanovištu.<sup>5</sup> Većina nacionalnih prava ne predviđa opšta pravila koja bi nadležnom organu dala ovlašćenje da neposredno primenjuje norme na privatnopravni odnos sa elementom inostranosti, tako da ih je teško razlikovati od imperativnih propisa nacionalnog prava. Nemački zakonodavac je u tom pogledu napravio izuzetak i predvideo da kolizione norme ne utiču na primenu odredaba nemačkog prava koje na imperativan način uređuju određenu situaciju bez obzira na pravo merodavno za ugovor.<sup>6</sup> Slična pravila sadrži i italijanski Zakon o reformi sistema međunarodnog privatnog prava.<sup>7</sup>

Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja Srbije ne sadrži opštu odredbu kojom bi nadležni sud bio ovlašćen da primenjuje domaće prinudne propise. Pravila o primeni normi neposredne primene domaći propisi vezuju za normiranje pojedinih situacija sa elementom inostranosti, kao što je to slučaj sa obaveznom primenom Zakona o stranim ulaganjima na svaki ugovor o ulaganju u domaća preduzeća, bez obzira na pravo merodavno na osnovu autonomije volje.<sup>8</sup>

Savremeno međunarodno privatno pravo prihvata koncepciju u okviru koje će sud ili drugi nadležan organ postupiti po nalogu zakonodavca i primeniti normu neposredne primene ako je ona *lex fori*. Ovakav stav je potvrđen i od strane Međunarodnog suda pravde u sporu pokrenutom od strane Holandije protiv Švedske, povodom primene Haške konvencije o starateljstvu nad decom. Spor se odnosio na holandanku Elizabet Bol, sa boravištem u Švedskoj u kojoj je i stavljen pod starateljstvo. Staratelj sa domicilom u Holandiji zahtevao je da mu se

---

<sup>5</sup> V. čl. 19 švajcarskog ZMPP.

<sup>6</sup> V. čl. 34. nemačkog ZMPP.

<sup>7</sup> V. čl. 17. italijanskog ZMPP.

<sup>8</sup> V. čl. 1. srpskog Zakona o stranim ulaganjima.

dete preda, temeljeći svoj zahtev na holanskom pravu koje je, kao *lex nationalis*, bilo merodavno prema Haškoj konvenciji. Sud je odlučio da mere koje se odnose na zaštitu maloletnika a koje predstavljaju norme neposredne primene švedskog prava imaju primat nad redovno merodavnim holandskim pravom na koje je uputila Haška konvencija o zaštiti maloletnika.<sup>9</sup>

Na primenu normi neposredne primene mogu uputiti i jednostrane kolizionne norme. U većini slučajeva se radi o propisima javnopravne prirode kao što su privredni propisi u pogledu zaštite interesa nacionalne privrede, zaštite ekonomski slabije strane, u odnosu na pravo konkurencije i dr. Koncept normi neposredne primene čine i propisi koji se odnose na zaštitu maloletnika, zaštitu oštećenog i dr.

Kada je norma neposredne primene deo merodavnog prava *lex causae* uobičajeno se polazi od stanovišta da se one moraju primeniti, s obzirom da je reč o prinudnim normama sistema čija je merodavnost već utvrđena. Ipak, može se priznati dejstvo stranih imperativnih normi neposredne primene ukoliko za to postoji interes domaće države bez obzira na to da li su one deo *lex causae* ili prava neke druge zemlje, da li su javnopravne ili privatnopravne prirode. Javnopravni karakter većine normi neposredne primene predmet je doktrinarnih rasprava, ali je odgovor na pitanje šta se može smatrati javnim a šta privatnim pravom kao i značaj takve podele za rešavanje sporova različit od države do države. Sa aspekta teorije međunarodnog privatnog prava ova podela je bez značaja.<sup>10</sup>

U praksi ovo razlikovanje se pravi pre u smislu da bi se ukazalo na prisustvo »viših« državnih interesa u određenom pravnom odnosu.<sup>11</sup> Budući da sa kolizionopravnog aspekta u pojedinim zemljama razlikovanje javnog i privatnog prava još uvek ima značaj, postavlja se pitanje kvalifikacije tj. da li se pravilo stranog merodavnog prava *lex causae* smatra pravilom javnog ili privatnog prava, kao i po kom nacionalnom pravu to treba utvrditi. Ako sud kvalifikuje neko pravilo *legis causae* kao deo javnog prava iz toga nužno proizilazi pitanje njegove primene. Najčešći razlog neprimene leži u pozivanju na princip teritorijaliteta i pored tendencije eksteritorijalne primene ovih normi tj. da norme neposredne primene, najčešće deo javnog prava, treba primeniti osim ako se njima vređa domaći javni poredak. To je stav i Instituta za međunarodno pravo izražen u Rezoluciji (utemeljenoj na izveštaju P. Lalive), koja ističe da upućivanje na strano pravo obuhvata i zakone javnopravnog karaktera uz pridržaj klauzule javnog po-

<sup>9</sup> Slučaj Boll (prema Knoepfler, Schweizer, *Precis de droit international privé Suisse*, Berne, 1995, 129).

<sup>10</sup> Sajko K., *Uloga javnog prava u MPP*, PP br. 9–10, 1986, 406.

<sup>11</sup> Bliže Van Rooj, *Conflict of Laws and Public Law*, *Nederlands Reports to the Twelsh, International Congress of Comparative Law*, Sidney–Melburn, 1986, Haag 1987, 175.

retka.<sup>12</sup> Upućivanje kolizionog pravila domaćeg prava ima se razumeti tako da ono obuhvata sva strana supstancijalna pravila i da, pritom, činjenica da pravilo merodavnog prava pripada javnom pravu nije od značaja. U tom smislu države mogu postići dogovor kako na dvostranom tako i na širem nivou.

Pred nadležnim organom se može postaviti i pitanje primene normi neposredne primene trećeg prava koje nije pravo foruma niti pravo države na koje su uputile kolizivne norme polaznog prava. Normama neposredne primene uređuju se kompleksni i značajni pravni odnosi sa elementom inostranosti, kao što je režim stranih investicija, međunarodni transfer tehnologije, oblici privrednih kooperacija sa stranim pravnim subjektima, deviznopravni odnosi i dr. u okviru kojih se može postaviti pitanje njihove primene. Sud može primeniti strane prinudne propise ili ih samo uzeti u obzir u meritornom odlučivanju. Uslovi primene normi neposredne primene trećeg prava počivaju, uglavnom, na proceni sudije od slučaja do slučaja o tome da se na određenu situaciju odnosi dati propis i da spor ostvaruje tesnu vezu sa zemljom koja je propis donela.

Rimska konvencija o merodavnom pravu za ugovorne odnose,<sup>13</sup> predstavlja jedan od malobrojnih ugovora kojim je regulisana ova problematika. Konvencija sadrži obaveštenja međunarodnim arbitrima na temelju kojih mogu da primene prinudne propise neke druge države sa čijim pravom činjenično stanje održava bližu vezu ako se i u krajnjoj meri se prema pravu države čiji su to prinudni propisi, oni mogu primeniti bez obzira na pravo merodavno za ugovor. Osim toga konvencija predviđa da se sporazumom stranaka ne može isključiti primena prinudnih propisa poretka za koji je ugovor u celini ili delimično vezan.<sup>14</sup> Radi se o tome da je konvencijom određeno polje primene izabranog prava zbog primene prinudnih propisa. Stranački izbor stranog prava ne utiče na primenu prava tj. prinudnih propisa te države te se ne mogu isključiti ugovorom.<sup>15</sup> Konvencijska rešenja preuzeta su u Rim I Uredbi br. 593/2008 EU o pravu merodavnom za ugovorne obaveze<sup>16</sup> i Rim II Uredbi br. 864/2007 o merodavnom pravu za vanugovorne obaveze,<sup>17</sup> prema kojoj ukoliko su svi bitni elementi slučaja u trenutku kada se štetni događaj odigrao vezani za državu čije pravo nije izbor stranaka, pravo neke druge države ne mogu derogirati imperativne norme prava u naj-

---

<sup>12</sup> L'application du droit public étranger, *Annuaire* 65, 1975, 157.

<sup>13</sup> Sl. L. EZ, C 282 od 31.09.1980; V. Čl. 7. Konvencije.

<sup>14</sup> V. čl. 3. st. 3. Rimske konvencije; Bliže Lagarde P., *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, *Rev. crit. DIP*, 1991, 317.

<sup>15</sup> V. čl. 3. st. 3. Rimske konvencije.

<sup>16</sup> OJ 2008 L 177/6.

<sup>17</sup> OJ 2007 L 199/40.

tešnjoj vezi. Naime, kada lice iz iste države ugovore primenu prava neke druge države za vanugovornu obavezu, koja proizilazi iz akata nastalih u celosti na teritoriji te prve države dogovorom se ne može odstupiti od imperativnih odredbi prava prve države.<sup>18</sup>

Pozivanje na primenu ove vrste propisa domaćeg zakonodavstva vrši se, po pravilu, u situacijama i kod radnji koje se odvijaju u preciznom pravnom okruženju, što znači da ih stranke i sud moraju poznavati. Briga o autonomnom privrednom razvoju domaće zemlje je u osnovi primene pravila neposredne primene. Na ovom mestu ćemo bliže analizirati značaj i ulogu normi neposredne primene u realizaciji investicionih radova sa međunarodnim obeležjem.

### PRAVILA NEPOSREDNE PRIMENE ZEMLJE IZVRŠENJA GRAĐEVINSKIH RADOVA

Brojni su vidovi međunarodnog posla građenja kojim upravlja pravo mesta izvršenja radova tj. lokalno pravo. Ugovor o građenju ih uzima u obzir ili da bi promenio njegov domašaj, odnosno područje važenja ako je reč o javnim radovima ili da bi izmenio njegovo dejstvo.

Propisi o izvođenju građevinskih radova su teritorijalne primene. Oni upravljaju svim poslovima građenja realizovanim na teritoriji države koja ga propisuje. Predmet propisa o gradnji je višestruk tj. odnosi se na objekat izgradnje (razgraničenje parcela, urbanističko pravo, pribavljanje materijala i opreme, tehničke karakteristike dela i dr.), izvođenje radova (dozvola za gradnju, pitanje higijene i bezbednosti, nadzori i inspekcije i dr.) kao i na učesnike u realizaciji gradnje (saglasnost preduzeća, stručna osposobljenost i dr.). Izvođač je u obavezi da poštuje lokalni propis o gradnji na bazi kojeg lokalne nadležne vlasti nadziru građevinsku delatnost u zemlji.

U pravila neposredne primene zemlje izvršenja radova nesumnjivo spada imperativ pribavljanja dozvole za izgradnju. Neretko se u samom ugovoru o izvođenju investicionih radova naznačuje ugovorna strana koja je u obavezi da u tom cilju preduzima potrebne korake kod nadležnih vlasti. Gotovo u svim slučajevima je to investitor odnosno vlasnik posla, koji je u obavezi da pribavi sva dokumenta u odnosu na planiranje, podelu na zone ili druge dozvole slične vrste i da obešteti izvođača (za sva potraživanja, sporove, naknadu štete, troškove i namete).

---

<sup>18</sup> V. čl. 14. st. 2. st. 3. Rim II Uredbe.

Suštinski predmet propisa o izgradnji je očuvanje bezbednosti i higijene kao i zaštita životne sredine i društvenog područja u zemlji realizacije radova. Posebni uslovi FIDIC (Međunarodno udruženje inženjera konsultanata)<sup>19</sup> predviđaju da izvođač mora da preduzme sve mere opreza, o sopstvenom trošku, da bi obezbedio sigurnost svog osoblja i radne snage, kao i odgovarajući smeštaj na gradilištu, zdravstvenu zaštitu, opremu za pružanje prve pomoći, zalihe i dr. Većina nacionalnih propisa predviđa imenovanje odgovornog lica na gradilištu zaduženog isključivo za pitanje bezbednosti.<sup>20</sup>

Teško je utvrditi granicu između lokalnog propisa neposredno primenljivog na svaku gradnju na tlu domaće zemlje i nekih imperativnih pravila privatnog prava. Razlika je značajna u meri u kojoj bi strane mogle da se oslobode prinudnih normi lokalnog prava označavanjem nekog drugog prava kao merodavnog za ugovor. Poslovi gradnje su uvek podčinjeni neposredno primenljivom propisu o građenju. Naime, neke odredbe lokalnog prava koje se odnose na sistem odgovornosti graditelja posle prijema objekta ili na obavezu osiguranja imaju nesumnjivo teritorijalno značenje. Ova pravila se prirodno vezuju za nepokretnost čiji je graditelj pozvan da nadoknadi štetu do koje je došlo u periodu garancije u odnosu na vlasnika objekta, kao i u odnosu na treća lica i na kupce sagrađenog objekta.

Ako ugovorne strane kao merodavno odaberu neko drugo a ne pravo zemlje izvođenja radova tj. lokalno pravo za svoj ugovorni odnos, pravila o garanciji po završetku radova mogu u odnosima izvođača i vlasnika objekta poprimiti karakter pravila neposredne primene.<sup>21</sup>

Dakle, norme o merama sigurnosti kod izvođenja poslova građenja u inostranstvu predstavljaju imperativna pravila sa teritorijalnim dejstvom. Ona određuju obligacioni odnos vlasnika dela i izvođača radova počev od potrebnih dozvola za izgradnju i projekte, propise o odgovornosti izvođača pripremnih ra-

---

<sup>19</sup> FIDIC je osnovan još 1913. u Belgiji. Tada je udruženje imalo 5 članova. Bivša SFRJ je 1983. kao Zajednica konsalting organizacija Jugoslavije postala članica FIDIC. Udruženje je još 1956. g. donelo opšte uslove za izvođenje građevinskih radova a 1963. g. i opšte uslove za isporuku opreme sa montažom. Istovremeno od strane FIDIC izdati su i prvi opšti uslovi za sklapanje ugovora između investitora i inženjera konsultanata poznati pod nazivom IGRA. Opšti uslovi FIDIC su menjani i revidirani u nameri da se odgovori na mnogobrojne kritike. Oni se u velikoj meri oslanjaju na britanske opšte uslove. U suštini oni su preuzeti britanski opšti uslovi posebno oni koje je izradio Britanski institut za građevinski inženjering.

<sup>20</sup> L. Anderson Gaylon, Site safety – The design professional's dilemma, ICLR 1989, 186.

<sup>21</sup> Ph. Fouchard, Le responsabilité des constructeur-s en droit international privé, Izveštaj br. 330 o imperativnim odredbama čl. 1192 i dr. francuskog Građanskog zakona.

dova i nacрта opštih pravila o strukturi zemljišta i instalacija pa do prilagodavanja cene promenjenim okolnostima i propisima.<sup>22</sup>

*Domen lokalnog neposredno merodavnog socijalnog prava*

Zajedno sa propisom o gradnji pitanje neposredno primenljivog socijalnog prava najviše zaokuplja pažnju stranog izvođača radova. Treba istaći da međunarodnim ugovorom o radu ne upravlja obavezno pravo zemlje izvršenja radova a da je autonomija volje ugovornih strana ograničena. Naime, izbor nekog drugog prava a ne onog koje bi objektivno trebalo primeniti ne može lišiti radnika neophodne zaštite koju mu obezbeđuju imperativna pravila tog prava.

Rimskim sporazumom se predviđa da treba praviti razliku na bazi toga da li radnik uobičajeno obavlja svoj rad u istoj zemlji ili to nije slučaj,<sup>23</sup> da bi se odredilo pravo sa kojim ugovor o radu ostvaruje nejtešnju vezu. Po prvoj pretpostavci merodavno bi bilo pravo zemlje u kojoj radnik uobičajeno vrši svoj rad, čak i ako je privremeno poslat u drugu zemlju. Po drugoj merodavno je upravo pravo zemlje gde se nalazi ustanova koja je uposlila radnika kao pravo države u kojoj se obavlja rad *lex loci laboris*. Isto važi i za radnike koji vrše svoj rad na više gradilišta različitih država.<sup>24</sup> Kada poslodavac ne obavlja redovno rad u jednoj zemlji ili obavlja rad na otvorenom moru merodavno je pravo države poslovnog mesta u kome je radnik zapošljen.<sup>25</sup>

S druge strane, više odredbi lokalnog prava ima karakter normi neposredne primene. Pitanjima kao što je plaćeno odsustvo ili naknada zbog otpuštanja, u načelu, upravlja lokalno pravo, nezavisno od nacionalnosti radnika i od prava merodavnog za glavni ugovor.<sup>26</sup>

Norme neposredne primene lokalnog prava mogu precizirati uslove sastava osoblja izvođača radova ili pak zapošljavanja novih radnika. Uobičajeno, ugovori o investicionim radovima obavezuju izvođača radova da uposli radnike među lokalnom radnom snagom.<sup>27</sup> U tom pogledu pojedini nacionalni zakoni utvrđuju

---

<sup>22</sup> Cigoj S., Način rešavanja sporova i međunarodno pravo, u Izvođenje investicionih radova, Jugoslovenski centar, Institut za uporedno pravo, Beograd 1989, 127.

<sup>23</sup> Čl. 6. par. 2.

<sup>24</sup> P. Lagarde, Le nouveau droit international privé des contrats apr'ès l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980, Rev. Crit. DIP 1991, 317.

<sup>25</sup> V. Čl. 5 st. 3. i čl. 6. st. 2.

<sup>26</sup> J. Mayers, Labour law considerations for the international contractor, IBL 1985, 114.

<sup>27</sup> Zakonom u Saudijskoj Arabiji predviđeno je da strani izvođač mora da zaposli lokalnu radnu snagu u 75%.

zabranu diskriminacije u procesu zapošljavanja prema polu, starosti, rasi ili verskoj pripadnosti.<sup>28</sup>

Pridržavajući se imperativnih odredbi lokalnih propisa o radu ugovorom o građenju često se naznačuje iznos naknade za rad i uslovi rada koje treba obezbediti na gradilištu, maksimalni broj radnih sati, kao i mere koje treba preduzeti da bi se strana radna snaga vratila u domovinu. Tako Posebni uslovi FIDIC predviđaju da izvođač mora isplatiti zaradu i pridržavati se uslova rada koji nisu ništa manje povoljni od uslova predviđenih u trgovinskom poslovanju ili industriji zemlje u kojoj se radovi izvode.

Socijalna zaštita lokalne radne snage i radnika na strani izvođača radova koji su napustili domovinu podleže načelu teritorijaliteta, pa se shodno tome oni ne mogu pozivati na propise zemlje svog domicila, osim u slučaju suprotne odredbe ugovora o radu. Pravo mesta izvršenja radova predstavlja merodavno pravo dok izvođač ima obavezu da uplati kotizacije u lokalne fondove za socijalnu zaštitu. Kada je reč o javnim radovima onda se ugovorom često utvrđuju i načini isplate kao i cena kotizacija.

### *Carinski propisi*

Izvođač radova ima obavezu da preduzme sve što je potrebno u cilju pribavljanja svih ovlašćenja, dozvola i odobrenja koja su utvrđena carinskim propisom mesta izvršenja radova da bi mogao da uveze i ponovo izveze materijal, opremu i druge proizvode potrebne za izvršenje ugovora. Pored toga izvođač radova je u obavezi da plati određenu carinu, takse i poreze. Treba istaći da se ugovorom po pravilu utvrđuje obaveza vlasnika radova da pomogne izvođaču kako u procesu izvršenja carinskih obaveza tako i u ponovnom izvozu privremeno uvezenog materijala i opreme. I pored toga izvođač ostaje odgovorna ugovorna strana za posao carinjenja i ponovnog izvoza.

Kod realizacije ugovora o javnim radovima, nacionalnim propisima o uvozu se mogu odobriti oslobađanja u pogledu uvoza svih materijala koje treba uk-

---

<sup>28</sup> Npr. standardni oblik ugovora Južne Karoline čl. 6. »Bez diskriminacije u zapošljavanju (A) Ugovorna strana i njegovi podugovornici neće vršiti diskriminaciju u odnosu na bilo kog zaposlenog ili kandidata prema polu, rasi, veri, boji, religiji, godinama starosti, statusa veterana rata ili hendikepiranosti, nacionalnog porekla osim ako je u odnosu na pol, godine, hendikepiranost određeno da se takvo ograničenje u zapošljavanju vezuje za prihvatanje načela savesnosti i poštenja. (C) U slučaju nepridržavanja ugovorne strane ili podugovornika ove klauzule, vlasnik može da raskine ugovor u celini ili delimično ili da zahteva od ugovorne strane da raskine ugovor po postupcima priloženim u čl. 34 bez dodatnih troškova za vlasnika.«

ljučiti u gradnju i ovlašćenja koja se tiču privremenog uvoza materijala potrebnih za izvršenje radova.

### *Propisi o porezima*

Poreska sa socijalnom problematikom predstavlja u pravom smislu domen u kojem se ogleda složenost međunarodnog posla građevinskih radova. Poštovanjem načela teritorijalитета teško se izbegava dvostruko oporezivanje, kada je reč o poreskim ali i kada je reč o socijalnim pitanjima, ako ne postoji poreski sporazum između zemlje izvršenja radova i zemlje izvoznika. Tako, izvođač u zemlji izvršenja radova ima obavezu plaćanja poreza na oblik organizovanja tj. društvo kroz oporezivanje dobiti koju ostvari u toj zemlji. Dobit rizikuje da bude ponovo oporezovana u zemlji porekla ako ova poreska zakonodavstva nemaju isto shvaćanje principa teritorijalитета. U tom pogledu se naziru dva stava. Neke zemlje, posebno razvijene, zauzimaju stanovište da delatnosti stranog preduzeća treba da dostignu izvestan nivo da bi im se dobit oporezivala. S druge strane, zemlje u razvoju, polazeći od toga da nije potrebno da strano preduzeće raspoláže stabilnom ustanovom na njihovoj teritoriji, oporezuju svaku dobit ostvarenu nekom delatnošću na lokalnom nivou. Suprotno tehničici stabilne ustanove ovde je rizik dvostrukog oporezivanja znatan.

Problematika poreza često se uređuje državnim ugovorom tako što »poništava« zakonodavstvo na snazi. Ipak, potpuno oslobađanje nije moguće postići, kao što je to bio slučaj sa ugovornom klauzulom glavnog ugovora između francuskog izvođača radova i ministarstva zemlje Srednjeg Istoka u kojoj je stajalo: »Izvođač, njegovi podizvođači i njihovo osoblje oslobađaju se plaćanja svih poreza, taksi, taksenih marki i svih finansijskih državnih dažbina bez obzira na područje njihove primene. U slučajevima kada bi izvođač, iz bilo kog razloga, bio obavezan da u krajnjoj liniji po bilo kom osnovu snosi takse, poreze koji su u vezi sa izvršenjem ovog ugovora državna uprava se obavezuje da u potpunosti isplati njihov iznos izvođaču na njegov prvi zahtev.«<sup>29</sup>

### *Devizni propisi*

Teritorijalna primena karakteriše sistem devizne kontrole u poslovanju sa inostranstvom svake države. Nacionalni devizni propisi izražavaju dva kriteriju-

---

<sup>29</sup> Prema P. Glavinis, *Le contract international de construction*, Paris 1990, 645.



ma vezivanja i to: mesto boravišta lica i situs dobara (uključujući ulazak i izlazak sa nacionalne teritorije). Shodno tome imperativni propisi predviđaju da se domaća moneta koristi kako u transferu imovine koja pripada domaćem stanovništvu tako i u transferu imovine koja se nalazi na domaćoj teritoriji.<sup>30</sup>

Ugovorne strane ne mogu da se »oslobode« deviznih propisa zemlje izvršenja radova izborom nekog drugog merodavnog prava za međunarodni ugovor o građenju. Ugovorni forum mora uzeti u obzir propis o deviznoj kontroli zemlje izvršenja radova da bi procenio da li mu je suprotna izvorna odredba. Prema čl. VII sporazuma Bretton Woods »Ugovori koji se odnose na devize, monetu jedne od država članica, koji bi bili u suprotnosti sa propisom o deviznoj kontroli te države ne mogu imati obaveznu snagu na teritoriji ma kog drugog člana.«<sup>31</sup> Ovaj tekst je prihvaćen kao pravilo u međunarodnom trgovinskom pravu.

U pogledu izbora obračunskog novca tj. monete ugovora prisutna je težnja da se stranama ugovornicama pruži mogućnost očuvanja ugovornih odnosa od dejstva kolebanja deviza. Izbor monete na osnovu koje se izračunava ugovorna cena i moneta u kojoj će biti isplaćena ugovorna cena »pokorava« se opravdanoj brizi ugovornih strana da obezbede očuvanje vrednosti ugovornih obaveza tj. da odrede cenu po kojoj jedan gradi a drugi kupuje.<sup>32</sup> Izbor obračunskog novca ne može biti nezavisan od postojanja klauzule o indeksaciji – garanciji od pada vrednosti novca ni od plaćanja cene (plaćanje u ratama, plaćanje na kredit, itd.). Klauzule »zlato« ili »vrednost zlata« se ne koriste jer su teške za upotrebu i imaju nesigurnu vrednost u nacionalnim pravnim porecima.<sup>33</sup> Kada je reč o klauzula-ma o održavanju novčane vrednosti one se najčešće zasnivaju na jednoj ili više valuta ili na sastavljenoj moneti.

Sistem FIDIC uslova počiva na predhodnom određivanju obračunskog kursa za usvojeni obračunski novac. Obračunski kurs se ima primeniti na obračun ugovorne cene bez obzira na promene koje nastanu u kursu izabrane valute u odnosu na monetu strana u ugovoru.

---

<sup>30</sup> F. Gianviti, Le controle des changes étranger devant le jude national, Rev. crit. DIP 1980, 479, 659.

<sup>31</sup> Ibid.

<sup>32</sup> F. Martinet, Les aspects juridiques des project internationaux de bâtiment et de travaux publics, 60. Kolokvijum Instituta CCI za upravljanje međunarodnim planovima o javnim radovima, Paris 1984.

<sup>33</sup> Bliže S. Silard, Clauses de maintien de la valeur dans les transactions internationales, JDI 1972, 213.

*Drugi propisi javnog poretka*

Za razliku od propisa neposredne primene poseban propis kao deo javnog poretka zemlje izvršenja radova ne može biti izdvojen posebnom klauzulom državnog ugovora. Unošenje ovih odredbi u tekst ugovora ne utiče na njihovu primenljivost i u pravnom pogledu je bez značaja. Tako, posebni uslovi FIDIC podsećaju izvođača da će morati da se prilagodi eventualnim merama lokalne vlasti u suzbijanju epidemije, tj. izvođač mora da se pridržava svih propisa i naredbi i da primeni sve mere koje je odredila Vlada i preduzeli zdravstveni i sanitarni organi uprave radi suzbijanja i lokalizovanja epidemije. U istom duhu i smislu je i obaveza izvođača u skladu sa zakonima zemlje izvođenja radova, naredbama i drugim propisima u odnosu na upotrebu alkoholnih pića i drugih opijata od strane njegovih podizvođača, zastupnika, rukovodećeg osoblja ili radne snage.

Osim toga, izvođač mora da preduzima odgovarajuće mere da bi sprečio svaku nezakonitu nasilnu ili nemoralnu radnju od strane ili između svog rukovodećeg osoblja i radne snage da bi obezbedio održavanje reda i zaštitu lica i dobara u blizini radova. Nezakonitost se ima ceniti u skladu sa pravom mesta izvršenja radova.

## PRAVO MESTA IZVRŠENJA UGOVORA I UGOVOR

Izvođač radova je u obavezi da se pridržava propisa tj. normi prava mesta izvršenja građevinskih poslova. S tim u vezi izvođač mora da, uključujući i davanje svih obaveštenja i plaćanja, poštuje odredbe: a) svih nacionalnih ili državnih zakona, naredbi ili drugih zakonskih odredbi ili svih propisa ili rešenja koja potiču od strane lokalnih organa vlasti ili bilo koje druge propisno ustanovljene vlasti, b) pravilnika svih javnih organa i društava čija dobra ili prava na bilo koji način ometaju ili mogu da ometaju radovi. Poštovanje lokalnog propisa je jedno ali je razmatranje uticaja ovog propisa na ugovor o građevinskim radovima drugo. Uslovi FIDIC predviđaju nekoliko klauzula koje uzimaju u obzir dejstvo neposredne primene lokalnog propisa na izvesne vidove izgradnje, ali je osnovno načelo sadržano u već gore navedenoj. Predmet ove klauzule nije ništa drugo do uzimanje u obzir dejstva neposredne primene lokalnog propisa na ugovor. Ona ne predstavlja klauzulu o merodavnom pravu. Strane nemaju ovlašćenje da lokalni propis učine merodavnim ili da odstrane njegovu primenu osim ako je reč o državnom ugovoru koji pomoću klauzule opšteg prava može da izmeni područje

njegove nadležnosti. Interes da se ugovorom uredi dejstvo lokalnog propisa opravdava se time da se situacije koje reguliše tiču ne samo izvođača radova već i naručioca građevinskog posla. Ugovor tako može da označi stranu koja će biti dužna da preduzme sve korake potrebne za dobijanje traženih ovlašćenja kao i za posledice nepreduzimanja ovih radnji na ugovornom planu.

Naručilac građevinskog posla mora da pruži izvođaču radova neophodnu pomoć u poštovanju lokalnog propisa i izvršenju ugovorne obaveze. Postojanje opšte dužnosti na saradnji i pružanje pomoći od strane vlasnika posla koji po pretpostavci bolje poznaje lokalno pravo i upravnu praksu svoje zemlje je ne sumnjivo. Ona spada u posebnu obavezu koja je čas obligacija cilja čas prosta obaveza sredstava. U nekim slučajevima naručilac posla pruža pomoć izvođaču tek na njegov zahtev. Nezavisnost vlasnika građevinskog posla u odnosu na nadležnu građevinsku vlast može biti određujuća za procenu područja u kome postoji obaveza saradnje sa izvođačem radova kod organa lokalne uprave.

## PRAVILA NEPOSREDNE PRIMENE ZEMLJE IZVOĐAČA RADOVA

Odvijanje međunarodne operacije gradnje u zemlji izvršenja radova dovodi do toga da su prinude koje proizilaze iz domaćih propisa daleko važnije od prinuda koje proističu iz pravnog poretka zemlje porekla izvođača radova. Postoje prinudni propisi čija primena može direktno da utiče na izvršenje ugovora o građenju i drugi koji se manje tiču samog ugovora, mada upravljaju nekim aspektima operacije gradnje. Propisi neposredne primene zemlje izvoznika tj. zemlje čiju pripadnost ima izvođač pripadaju naročito ovoj drugoj kategoriji, zbog čega ih ugovorne strane uzimaju u obzir manje od drugih. Uzimanjem u obzir prinuda koje trpi izvoznik tj. izvođač u zemlji osnivanja ugovorne strane izražavaju volju da njihov pravni posao bude važeći po principima više nacionalnih prava, tako da poštovanje propisa zemlje izvoznika tj. izvođača postaje stvar ugovora.

Smatra se da strane ugovornice poznaju norme nacionalnog zakonodavstva o građenju koje upravljaju planiranom operacijom. Ako se ugovor ne izjasni o saglasnosti posla gradnje sa propisom zemlje izvoznika za prinude koje iz njega proisteknu odgovornost prećutno preuzima izvođač. Pritom izvođač nema mogućnost da se pozove na pravilo neposredne primene prava svoje zemlje da bi opravdao neizvršenje ugovora ako ugovor ovo pravilo nije označio kao uslov izvršenja. Ako bi npr. izvođač ponudio svoje usluge vlasniku građevinskog posla

i pored postojanja propisa u svojoj zemlji koji mu to zabranjuje, to bi nužno značilo nemogućnost pozivanja na istu zabranu da bi se oslobodio svojih ugovornih obaveza.

Moglo bi se postaviti pitanje u kojim uslovima bi ugovoreni forum mogao ili trebao da primeni imperativne propise zemlje izvoznika kada zakon te zemlje nije merodavan za ugovor. Rimski ugovor daje izvesna obaveštenja kojima međunarodni arbitar može da se rukovodi, kao što je pre svega preporuka koja se odnosi na međunarodnu operaciju gradnje u celini, a po kojoj mora da postoji veza između celine ugovora i prava zemlje koje nije merodavno pravo kao i da operacija građenja mora da ostvaruje tesnu vezu sa zemljom koja nije zemlja čijem pravu je potčinjen ugovor. U svetlu ovog uslova primena imperativnih propisa zemlje naručioca posla lakše se može opravdati od primene zakona iste vrste zemlje izvoznika tj. stranog izvođača. I najzad, merodavan propis mora da bude primenljiv na situaciju u skladu sa pravom zemlje izvoznika koje je dužno da odredi njegovo polje primene.<sup>34</sup> Izuzev ovog poslednjeg uslova merodavnosti imperativnih propisa ostala dva počivaju na vrhovnoj proceni sudije koji je dužan da od slučaja do slučaja odluči da li se na operaciju odnosi dati zakon i da li ona ostvaruje tesne veze sa zemljom koja je donela taj zakon. Čak i ako su sjedinjeni ovi uslovi sudija nije dužan da pripiše dejstvo imperativnom zakonu koji ne predstavlja merodavno pravo.

Međunarodni arbitar je u boljem položaju od državnog sudije u proceni celishodnosti pripisivanje dejstava prinudnim propisima prava koje nije merodavno za ugovor o građevinskim radovima.<sup>35</sup> On nema nikakve obaveze u odnosu na državu porekla zakona koji može da zaustavi posao građenja. Ova nezavisnost ga tim više ovlašćuje da u isto vreme odredi kada jedna država ima pravo – i koje – da upravlja nekim aspektima operacije gradnje – i kojim – i kada neprimenjivanje propisa prava te zemlje nanosi štetu njenom interesu da upravlja ovim poslom, koju transnacionalni poredak sa nacionalnim pravnim porecima ne bi trebalo da toleriše.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> P. Mayer, *Les lois de police étrangères* JDI 1981, 277.

<sup>35</sup> Tako slučaj *Reggazoni v. Sethia*, (gornji dom) *Chambre des Lords*, JDI 1961, 1141 (zapažanje Lipstein): »1956. g. Britanski sudovi su poništili ugovor za koji je bilo merodavno englesko pravo, zbog kršenja indijskog zakona. Radilo se o isporuci jute poreklom iz Indije za Južnu Afriku. Indijska vlada je u okviru borbe protiv aparthejda donela odluku o embargu za svu robu upućenu u Južnu Afriku. *Queens Bench Division* je proglasila da je ugovor potčinjen engleskom zakonu *invalid and unenforceable* (nevažeci i neizvršivi) zaključen uz kršenje zakonske zabrane koju je potpisala strana prijateljska država. Gornji dom je oslobodio prodavca svake odgovornosti«.

<sup>36</sup> Y. Derains, *L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international*, *Rev. arb* 1986, 375 (cit); V. zapažanje istog autora povodom slučaja i odluke CCI br. 6142/1990 JDI 1990, 1045.

## ZAKLJUČAK

Ugovori o investicionim radovima u pravnoj teoriji i praksi spadaju u krug najbrojnijih i najsloženijih. Deo ugovornih odnosa podleže javnopravnim propisima zemlje vlasnika radova i oni ne mogu biti regulisani pravom merodavnim za ugovor, ukoliko je to neko drugo pravo. To su propisi koji imaju teritorijalno dejstvo.

Međunarodni karakter operacije gradnje može se smatrati vezom celine činjenica koje uključuju više pravnih poredaka s jedne strane i celine pravnih normi koje tek treba odrediti s druge strane. Ovakav karakter gradnje međutim može se smatrati i svedočanstvom njegove pripadnosti višenacionalnom pravnom poretku koji upravlja međunarodnim ugovorom i postoji zajedno sa prinudama proizašlim iz unutrašnjih pravnih poredaka.

Nacionalna zakonodavstva regulišu izvođenje građevinskih radova na području odnosne zemlje. Ipak, većina pravila sadržana u zakonicima pojedinih zemalja nije kogentnog karaktera tj. takvog prisilnog karaktera da se ugovorne strane ne bi mogle sporazumeti i o drugim rešenjima za svoj ugovorni odnos. Zakonska pravila po pravilu se primenjuju u slučajevima ako stranke nisu na izričit način neko pitanje regulisale u svom ugovoru. Ako su stranke neko pitanje drugačije uredile primenjuju se na ugovorni odnos ona pravila o kojima su se stranke saglasile osim u slučajevima kada bi ugovor bio proptivan nekim prisilnim normama ili javnom poretku zemlje čije se pravo primenjuje. Za one koji izvode radove u inostranstvu nepraktično je da se stalno upoznaju sa zakonskim i sudskim rešenjima pojedinih zemalja a posebno svaki put sa novim ugovornim uslovima i rešenjima sadržanim u njima.

Ove okolnosti su uticale na kretanja ka unifikaciji uslova za izvođenje građevinskih radova u inostranstvu. U definisanju uniformnog prava prisutna je isprepletanost međunarodnog i unutrašnjeg prava. Metod neposrednog regulisanja ugovornog odnosa sa elementom inostranosti manifestuje se kroz unifikaciju i harmonizaciju delova građanskog i trgovačkog prava. Osim toga prisutna je tendencija primene supstancijalnog naspram kolizionog metoda. Ovo iz razloga što je kolizionni metod vodio primeni međunarodnog privatnog prava koje označava primenu državnog prava.

MARIJA KRVAVAC, LL.D.,  
Professor, Faculty of Law,  
Kosovska Mitrovica

DIRECTLY APPLICABLE RULES  
AND INTERNATIONAL CONTRACT  
OF CONSTRUCTION

Summary

In the theory of law and in the practice a contract for investments works is considered as the most numerous and the most complex one. Every larger investment activity is related to a series of legal operations that may cause numerous difficulties in the finalization of these activities. For one part of contractual relationship are subject to legal regulations of the country where the works are effected if some other law is inapplicable. These are regulations that have territorial effect. The implementation of applicable law for the main contract is primarily based on the concept of a parties' autonomy will.

Determination of uniform construction contract law should consider both the international and domestic elements as well as a number of other elements considered in trade transactions that influences development of international trade relations. However, there are numerous problems arising out of the contract provisions and national laws regulating this multifaceted contract. They could be solved by setting of substantial instead of collision method. Nevertheless, the collision method as an international private law mechanism always involves national law. On the contrary, direct method of international private law in these contracts manifests itself through the unification and harmonization in both civil and trade laws.

SLAVKO ĐORĐEVIĆ

## KVALIFIKACIJA KAO UZROK PROTIVREČNOSTI PRAVNIH NORMI

– Primena prilagodavanja u Međunarodnom  
privatnom pravu –

### U V O D

Prema preovlađujućem mišljenju u literaturi<sup>1</sup>, prilagodavanje se određuje kao metodološko sredstvo međunarodnog privatnog prava kojim se koriguje rezultat primene različitih pravnih poredaka na jedan životni odnos sa elementom inostranosti. Korekcija se vrši modifikovanom primenom postojećih (merodavnih) ili stvaranjem novih kolizionopravnih ili materijalnopravnih normi.

---

Dr Slavko Đorđević, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

<sup>1</sup> J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 4. Aufl., Tübingen 2001, 228–229; J. Kropholler, »Die Anpassung im Kollisionsrecht«, *FS Ferid* 1978, 279 i dalje; G. Kegel, *Internationales Privatrecht*, 4. Aufl., München 1977, 147; H. Neuhaus, *Die Grundbegriffe des IPR*, Tübingen 1976, 353 i dalje; G. Kegel, K. Schurig, *Internationales Privatrecht*, 8. Aufl., München 2000, 307; G. Kegel, »Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatercht«, *FS Lewald* 1953, 282 i dalje; B. von Hoffmann, *Internationales Privatrecht*, 7. Aufl., München 2002, 216–217; A. Junker, *Internationales Privatrecht*, München 1998, 234; MünchKomm/Sonnenberger (1983), Einl zum IPR, 147; L. Raape, F. Sturm, *Internationales Privatrecht I*, München 1977, 259 i dalje; G. Dannemann, *Die ungewollte Diskriminierung in der internationalen Rechtsanwendung*, Tübingen 2004, 420; A. Jakšić, »Pravna sigurnost u međunarodnom privatnom pravu i problem prilagodavanja«, *Pravni život* 11–12/1994, 2050; A. Jakšić, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 2008, 277 i dalje; M. Stanivuković, M. Živković, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 2008, 370.

Primena više prava na jedan životni odnos redovno predstavlja posledicu primene kolizionopravnog metoda, koji je po svojoj prirodi analitički metod<sup>2</sup>. Naime, prilikom određivanja merodavnog prava, činjenično stanje sa elementom inostranosti se »razlaže« na pojedina pravna pitanja (npr. na pravnu i poslovnu sposobnost, formu, sadržinu i dejstvo pravnog posla, ugovornu i vanugovornu odgovornost, naslednopravna i stvarnopravna pitanja i dr.), za koja je zakonodavac formulisao posebne kolizione norme koje upućuju na primenu različitih pravnih poredaka (tzv. fragmentarna primena merodavnih pravnih poredaka)<sup>3</sup>.

Događa se, neretko, da norme ovih pravnih poredaka nisu u međusobnoj saglasnosti, tako da njihova kombinovana primena vodi rezultatu koji odstupa od rezultata koji bi se dobio kada bi se bilo koji od ovih pravnih poredaka u celini primenio na slučaj u pitanju.

Ovakvi rezultati se, u teoriji i praksi međunarodnog privatnog prava, nazivaju protivrečnostima pravnih normi koje se uklanjaju primenom metode prilagođavanja<sup>4, 5</sup>.

S obzirom da primena analitičkog metoda međunarodnog privatnog prava predstavlja postupak tumačenja i primene kolizionih normi, prouzrokovanje fragmentarne primene različitih pravnih poredaka uslovljeno je opštim institutima međunarodnog privatnog prava – naročito kvalifikacijom, vezivanjem prethodnog pitanja, mobilnim sukobom zakona i ustanovom renvoi. Svi ovi instituti, dakle, predstavljaju potencijalne uzroke protivrečnosti pravnih normi.

U ovom radu pažnju posvećujemo analizi kvalifikacije u međunarodnom privatnom pravu, kao uzroku nastanka protivrečnosti pravnih normi. Ova analiza obuhvata i ispitivanje uticaja samog procesa kvalifikacije na uklanjanje odnosno sprečavanje nastanka protivrečnosti pravnih normi, kao i na samu primenu i izbor oblika prilagođavanja (materijalnopravnog ili kolizionopravnog prilagođavanja) u konkretnom slučaju.

---

<sup>2</sup> Tako W. Goldschmidt, »Die philosophischen Grundlagen des internationalen Privatrechts«, *FS Martin Wolff*, Tübingen 1952, 208.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> B. von Hoffmann, 216; J. Kropholler (2001), 231; A. Junker, 234; D. Loschelders, *Die Anpassung im IPR*, Heidelberg 1995, 114 i dalje; G. Kegel (1977), 147; G. Kegel, K. Schurig, 307; A. Jakšić (1994), 2041 i dalje; M. Stanivuković, M. Živković, 368.

<sup>5</sup> Novija literatura predlaže da se protivrečnost pravnih normi zameni pojmom neželjeni nejednaki tretman koji obuhvata i probleme fragmentarnog odlučivanja o jednom životnom odnosu u različitim pravnim porecima (od strane sudova odnosno organa različitih država). Tako G. Dannemann, 154.



## PROCES KVALIFIKACIJE I PROTIVREČNOST PRAVNIH NORMI

Kvalifikacija<sup>6</sup> se, prema preovlađujućem mišljenju u literaturi, definiše kao jedinstveni proces koji podrazumeva supsumpciju jednog pravnog pitanja (koje proizilazi iz činjeničnog stanja sa elementom inostranosti) pod odgovarajuću pravnu kategoriju kolizione norme, s jedne strane, i supsumpciju materijalnopравnih normi merodavnog prava, takode, pod pravnu kategoriju odabrane kolizione norme, s druge strane<sup>7</sup>. Iz ove definicije proizilazi da se kvalifikacija sastoji iz dve faze<sup>8</sup>: u prvoj fazi (tzv. prva kvalifikacija), supsumpcijom pravnog pitanja pod odgovarajuću pravnu kategoriju vrši se izbor kolizione norme; u drugoj fazi (tzv. druga kvalifikacija) vrši se izbor merodavnih materijalnopравnih normi. Otuda sledi da pravno pitanje i supstancijalne norme merodavnog prava predstavljaju predmet kvalifikacije u međunarodnom privatnom pravu<sup>9</sup>.

Imajući u vidu opisani proces kvalifikacije, nije teško zamisliti »njegovu ulogu« u uzrokovanju fragmentarne primene različitih pravnih poredaka i nastanku protivrečnosti pravnih normi. Naime, iz jednog jedinstvenog životnog odnosa neretko proizilaze različita međusobno povezana pravna pitanja koja se zasebno kvalifikuju, tj. supsumiraju se pod pravne kategorije različitih kolizionih normi

---

<sup>6</sup> U literaturi ne postoji jedinstvena saglasnost gotovo ni o jednom pitanju koje je vezano za problem kvalifikacije u međunarodnom privatnom pravu. Saglasnosti, dakle, nema o pojmu, predmetu, statutu kvalifikacije i, što je najvažnije za nas, o uticaju kvalifikacije na situacije koje zahtevaju prilagodavanje. Vidi pregled mišljenja kod H. Weber, *Die Theorie der Qualifikation*, Tübingen 1986, 78 i dalje, 203 i dalje.

<sup>7</sup> Tako J. Kropholler (2001), 110; N. Neuhaus, 112 i dalje; H. Weber, 230; D. Looschelders, 140–141. Zanimljivo je da u našoj literaturi kvalifikaciju, kao jedinstveni dvofazni proces, definiše samo prof. Jakšić (vidi A. Jakšić, »Član 9 ZMPP-a i osnovni pojmovi međunarodnog privatnog prava«, *Dvadeset godina Zakona o međunarodnom privatnom pravu – Zbornik radova*, Niš 2004, 59). Gotovo svi ostali domaći autori zastupaju teoriju stepenaste kvalifikacije, prema kojoj kvalifikacija nije jedinstveni proces, već postupak podeljen u dva stepena, gde važe različita merila (vidi M. Dika, G. Knežević, S. Stojanović, *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Beograd 1991, 35 i dalje; T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, *Međunarodno privatno pravo*, Novi Sad 2001, str. 99 i dalje; T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, V. Pavić, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 2007, 128–129; M. Stanivuković, M. Živković, 245 i dalje).

<sup>8</sup> Kvalifikaciju u međunarodnom privatnom pravu gotovo svi autori dele u dve osnovne faze, bez obzira da li je shvataju kao jedinstven proces ili stepenasto. Vidi *ibid*.

<sup>9</sup> Tako D. Looschelders, 141. U doktrini međunarodnog privatnog prava je već dugo vremena sporno šta je predmet kvalifikacije. Prema jednim, predmet kvalifikacije je činjenično stanje odnosno životni odnos, prema drugima pravna pitanja, prema trećima pravni odnosi, prema četvrtima pravni zahtevi, prema petima pravne norme i, najzad, ima i onih koji smatraju da predmet čine pravna pitanja i pravne norme. Pregled i kritiku ovih mišljenja vidi kod H. C. Heyn, *Die »Doppel-« und »Mehrfachqualifikation« im IPR*, Frankfurt am Mein 1986, 17 i dalje.

forumu (tzv. prva kvalifikacija) koje upućuju na različite merodavne pravne poretke. Događa se da su pravne norme, koje slede jedan isti cilj, u jednom merodavnom pravnom poretku »smeštene« u jednoj pravnoj oblasti (grani prava), a u drugom merodavnom pravnom poretku u drugoj pravnoj oblasti (grani prava). S obzirom da tzv. druga kvalifikacija »nalaže« i supsumiranje merodavnih pravnih normi pod pravne kategorije »izabranih« kolizionih normi foruma, može se dogoditi da odabrane kolizivne norme ne pozivaju na primenu one pravne norme različitih pravnih poredaka koje treba da ostvare željeni cilj (tada nastaje tzv. pravna praznina<sup>10</sup> – nedostatak normi), odnosno da pozivaju na primenu pravne norme iz različitih pravnih poredaka, koje u zajedničkoj primeni ne mogu na pravičan način da ostvare svoje ciljeve (tada nastaje tzv. kumulacija normi)<sup>11</sup>. U tom slučaju, kombinovana primena (međusobno neusklađenih) pravnih normi različitih pravnih poredaka vodi nepravičnom rezultatu koji nijedan od involviranih pravnih poredaka ne želi, tj. rezultatu koji odstupa od rezultata koji bi se dobili, kada bi se na kompletan životni odnos primenio svaki od ovih pravnih poredaka ponaosob. Nastaje, dakle, protivrečnost pravnih normi<sup>12</sup>.

Tipičan primer neostvarenja ciljeva merodavnih pravnih poredaka odnosno nastanka pravne praznine i kumulacije normi, kao oblika protivrečnosti pravnih normi, jeste čuveni tzv. slučaj udovice (ili tzv. »švedski slučaj«) koji se pojavio u

<sup>10</sup> Pravnu prazninu (tj. nedostatak normi), o kojoj ovde govorimo, treba strogo razlikovati od uobičajenog pojma pravne praznine, pod kojom se podrazumeva društveni odnos koji nije regulisan pravom (opštim pravnim normama), iako bi zbog društvenog interesa trebalo da bude regulisan (tako R. Lukić, B. Košutić, D. Mitrović, Uvod u pravo, Beograd 2001, 402). Jedna ovakva praznina popunjava se tumačenjem (najčešće primenom opštih pravnih načela). S druge strane, kod pravne praznine, kao oblika protivrečnosti pravnih normi, nije reč o nepostojanju normi koje bi se primenile na dati slučaj, već o izostanku primene onih normi koje treba da ostvare određeni cilj. Na sam slučaj se, dakle, primenjuju pravne norme, čiji je izbor izvršilo domaće koliziono pravo, ali taj izbor nije odgovarajući. Zato se ove pravne praznine ne popunjavaju tumačenjem, već se uklanjaju prilagodavanjem, kako bi se došlo do rezultata koji bi se dobio primenom »izostalih« pravnih normi.

<sup>11</sup> U tom smislu W. Goldschmit, 208 i dalje; tako i G. Dannemann, *ibid.*, str. 278.

<sup>12</sup> U literaturi protivrečnosti pravnih normi koje su definišane na opisan način označavaju, po ugledu na Kegela, kao teleološke protivrečnosti (Sollenswidersprüche; so soll nicht sein). Prema Kegelu, protivrečnosti pravnih normi mogu biti i logičke. Logičke protivrečnosti (Seinswidersprüche; so kann nicht sein) proizvode logički nemoguć rezultat i postoje kada se, usled kombinovane (fragmentarne) primene različitih pravnih poredaka, u krajnjem rezultatu više materijalnih dobara deli nego što ih zapravo ima, odnosno ona ostaju nepodeljena. U novijoj literaturi je zauzeto stanovište da je razlikovanje logičkih od teleoloških protivrečnosti prilično neodređeno, te da logičke protivrečnosti najčešće ne spadaju u pravne situacije u kojima je dopušteno primeniti prilagodavanje (tako G. Dannemann, 238, 252–253). Mi se priklanjamo ovom stanovištu. Nažalost zbog ograničenog obima ovog rada ne možemo dati bliže objašnjenje (ipak, za objašnjenje vidi S. Đorđević, Prilagodavanje u međunarodnom privatnom pravu, doktorska disertacija, Beograd 2010, str. 54 i dalje).

nemačkoj literaturi krajem devetnaestog veka i bez kojeg nijedna studija o problemu prilagodavanja ne može početi<sup>13</sup>. Za potrebe ovog rada konstruisaćemo slučaj udovice<sup>14</sup> (obe varijante) u kome protivrečnost merodavnih pravnih normi nastaje kao posledica primene kolizionih normi našeg Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja (ZRSZ).

Pretpostavimo da se švedski državljanin oženio državljankom Srbije u Engleskoj, gde su bračni drugovi živeli. Suprug iznenada umire i ostavlja suprugu i dva brata kao zakonske naslednike. U njegovu zaostavštinu ulazi, između ostalog, i imovina koja se nalazi u Srbiji, za čije nasleđivanje bi (shodno čl. 72. ZRSZ) mogli biti nadležni naši sudovi. Nasledni statut je shodno čl. 30. ZRSZ pravo Švedske, koje prihvata upućivanje našeg prava, s obzirom da i švedsko međunarodno privatno pravo predviđa državljanstvo ostavioaca kao tačku vezivanja za određivanje naslednog statuta<sup>15</sup>. Prema švedskom naslednom pravu, preživeli bračni drug nema nasledno pravo na zaostavštini, već to imaju isključivo ostaviočevi krvni srodnici, jer švedski pravni poredak obezbeđuje preživelog bračnog druga putem normi o bračnoimovinskom režimu, dajući mu polovinu imovine stečene u braku<sup>16</sup>. S druge strane, za bračno-imovinske odnose,

---

<sup>13</sup> Slučaj udovice je prvi konstruisao nemački profesor Filip Hek (Philip Heck, »Besprechung von: Carl Ludwig von Bar, Theorie und Praxis des internationalen Privatrecht, 2. Aufl., Hannover 1889«, in: *ZHR* 38 (1890), 305–319 (311)) krajem devetnaestog veka, a njegovu švedsko-nemačku varijantu Nojbeker (F. K. Neubecker, *Der Ehe- und Erbvertrag im internationalen Verkehr*, Leipzig 1914, 281).

<sup>14</sup> Praktični značaj slučaja udovice nije veliki. Kao primere iz sudske prakse, u kojima su se sudovi suočili sa problemima u ovom slučaju, literatura navodi svega nekoliko odluka (vidi OGH 29.11.1989, *ZfRV* 31, 1990, 306; LG Mosbach, *Beschl. v. 18.3.1997*, 2 T 177/96, *IPRspr.* 1997, Nr. 119; *Beaudoin v Trudel*, 1937, *DLR* 216, 217f, 220, 221 ff (CA Ontario)), u kojima, međutim, nije bilo uvek primenjeno prilagodavanje (tako OGH 29.11.1989, *ZfRV* 31, 1990, 306). Uprkos tome, literatura neumorno i iznova pokušava da baci više svetla na rešavanje problema prilagodavanja u slučaju udovice. Čak su i neke države donele zakonske norme kojima se uređuje primena prilagodavanja radi uklanjanja protivrečnosti pravnih normi koje nastaju u ovom slučaju (npr. Par. 13. 26. Glava Zakona o dopuni Zakona o nasleđivanju od 2002. g. Finske; vidi A. Reich, »Neue Kollisionsnormen im finnischen Erbgesetzbuch«, *IPRax* 6/2002, 548).

<sup>15</sup> Par. 1. Zakona od 1.7.1937. godine: »...*Za nasleđivanje stranog državljanina merodavno je njegovo domovinsko pravo*«. Vidi H. Dörner, Art. 25, 26 EGBGB: J. von Staundinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin 2000, 520.

<sup>16</sup> Naslednopravni položaj supružnika u Švedskoj je poslednjih decenija drastično poboljšan, tako da danas nadživeli supružnik ima i nasledna prava na imovini preminulog bračnog druga (vidi Ministry of Justice, Sweden, *Family Law, Information on rules*, Stockholm Januar 2000, 48 i dalje). U vreme nastanka slučaja udovice važno je gore navedeno pravilo (da udovica nema nasledna već samo bračnoimovinska prava – vidi npr. M. Clausnitzer, *Die güter- und erbrechtliche Stellung des überlebenden Ehegatten nach dem Kollisionsrecht der Bundesrepublik Deutschland und der USA*, Konstanz 1986, 5). U ovom radu mi ćemo koristiti staro pravilo švedskog prava iz razloga što je slučaj udovice poznat i pod nazivom »švedski slučaj«.

merodavno je shodno čl. 36. st. 2. englesko pravo, koje prihvata upućivanje, obzirom da se i prema engleskom kolizionom pravu bračnoimovinski režim prosuđuje prema pravu domicila bračnih drugova<sup>17</sup>. Prema bračno-imovinskom pravu Engleske preživeli bračni drug ne dobija ništa, pošto ovaj pravni poredak obezbeđuje preživelog bračnog druga putem naslednopravnih normi, dajući mu pravo da zahteva ostaviočeve predmete za ličnu upotrebu, određeni novčani iznos, kao i pravo da nasledi polovinu preostale zaostavštine preminulog bračnog druga<sup>18</sup>. Dakle, usled kombinovane primene naslednog i bračnoimovinskog statuta, naši sudovi bi se suočili sa nastankom protivrečnosti pravnih normi u obliku pravne praznine, tj. situacije u kojoj nema materijalno-pravnih normi čijom primenom bi se finansijski obezbedio preživeli bračni drug. On, dakle, ne dobija ništa, premda mu oba pravna poretka daju pravo na imovini preminulog bračnog druga. Nastaje, dakle, rezultat koji nijedan od involviranih pravnih poredaka ne želi.

Do kumulacije normi pred našim sudovima bi moglo doći u sledećoj konstelaciji činjenica. Pretpostavimo da se naša državljanka udala za Austrijanca i da bračni drugovi žive u Švedskoj. Tokom zajedničkog godišnjeg odmora u Srbiji suprug iznenda umre i iza sebe ostavi suprugu i dva brata, kao i zaostavštinu koja se nalazi u Srbiji. Nasledni statut je shodno čl. 30. austrijsko pravo, koje prihvata upućivanje (čl. 28. st. 1. austrijskog ZMPP<sup>19</sup>). Prema naslednom pravu Austrije, preživeli bračni drug ima pravo na trećinu zaostavštine, dok prema normama o bračnoimovinskom režimu ovog pravnog poretka ne dobija ništa<sup>20</sup>. S druge strane, za bračno imovinske odnose između supružnika merodavno je, shodno čl. 36. ZRSZ (pravo zajedničkog domicila), švedsko pravo koje, takođe, prihvata upućivanje<sup>21</sup>. Prema švedskim normama o bračnoimovinskom režimu videli smo

<sup>17</sup> Ovo pravilo važi za pokretnu bračnu imovinu. Za nepokretnosti je merodavno *lex rei sitae*. Vidi J. H. C. Morris, *The Conflict of Laws*, London 2000, 447 i dalje; J. H. C. Morris, *Conflict of Laws* London, 1984, 333 i dalje.

<sup>18</sup> Tako H. P. Schrömmel, H. Faßold, K. Bauer, *Internationales Erbrecht – Österreich*, München 2003, 66.

<sup>19</sup> Par. 28. st. 1. ZMPP Austrije: »Nasleđivanje za slučaj smrti se uređuje prema personalnom pravu ostavioca u vreme njegove smrti«. Vidi tekst celog zakona prevedenog na srpski kod M. Živković, *Međunarodno privatno pravo – nacionalne kodifikacije*, Beograd 1996, 19 i dalje.

<sup>20</sup> Vidi par. 787. AGZ. Vidi i G. Kegel, K. Schurig, 316.

<sup>21</sup> U švedskom međunarodnom privatnom pravu za imovinska dejstva braka je, u odstustu autonomije volje bračnih drugova, merodavno pravo njihovog zajedničkog uobičajenog boravišta u trenutku zaključenja braka (vidi par. 3. i 4. Zakona o međunarodnim pitanjima u vezi sa bračnom imovinom od 23.5.1990. godine). O švedskom međunarodnom privatnom pravu vezanom za porodičnopravna i naslednopravna pitanja, uključujući i navedeni zakon, vidi više kod R. Hausmann, Anh zu Art. 4. EGBGB, u: J. von Staundinger, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit*

da preživeli bračni drug ima pravo na polovinu bračno-imovinske mase, dok prema naslednopravnim normama nema prava na zaostavštinu. Usled kombinovane primene ovih materijalnopravnih normi, preživeli bračni drug bi dobio više nego kada bi se na celokupni životni odnos primenilo samo švedsko pravo ili samo austrijsko pravo.

Kao što se može videti, fragmentarna primena naslednog i bračnoimovinskog statuta, koja je uzrokovana kvalifikacijom, dovodi do toga da se pozivaju na primenu one naslednopravne i bračnoimovinske norme dva različita pravna poretka koje ne mogu da ostvare cilj finansijskog obezbeđenja preživelog bračnog druga, odnosno one norme jednog i drugog statuta koje ga, doduše, ostvaruju, ali na nepravičan način.

Najzad, važno je napomenuti da je verovatnije da se u praksi dogodi takav slučaj udovice u kojem ona, usled kombinovane primene naslednog i bračnoimovinskog statuta, dobija određeni deo imovine koji je manji ili veći od onoga što bi dobila kada bi se na ceo slučaj primenilo bilo jedno bilo drugo pravo, nego slučaj u kojem udovica dobija sve ili ništa<sup>22</sup>.

---

Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Einleitung zum IPR, Art. 3–6 EGBGB, Neubearbeitung von Dieter Blumenwitz, Reiner Hausmann, Fritz Sturm, Gudrun Sturm, Berlin, 2003, 127 i dalje.

<sup>22</sup> Na primer, u nemačkoj sudskoj praksi (LG Mosbach, Beschl. v. 18.3.1997, 2 T 177/96, IPRspr. 1997, Nr. 119) pojavio se slučaj u kojem je preživeli bračni drug usled fragmentarne primene austrijskog naslednog statuta i nemačkog bračnoimovinskog statuta dobio više, nego što bi mu svaki od ovih pravnih poredaka samostalno dao (kumulacija normi). Činjenice u ovom slučaju su bile sledeće: Ostavilac, austrijski državljanin, oženio se Nemicom. Oboje su živeli u Nemačkoj i imali dvoje dece. Ostavilac je umro je bez testamenta. Prema nemačkim kolizionim normama, za nasledivanje je bilo merodavno austrijsko pravo, a za bračnoimovinski režim nemačko pravo. Shodno par. 757. st. 1. austrijskog OGZ, preživeli bračni drug nasleđuje 1/3 zaostavštine ostavioca. Prema nemačkom bračnoimovinskom pravu (par. 1371. st. 1. nemačkog BGB), ako su imovinski odnosi bračnih drugova okončani smrću jednog od njih, a pri tom se nisu ostvarili uslovi za razvrgnuće zajednice priraštaja imovine, tada se nasledni deo preživelog bračnog druga uvećava za zaostavštine (vidi objašnjenje kod J. Kropholler, *BGB, Studienkommentar*, München 2003, 807–809). Obzirom da se uslovi za razvrgnuće zajednice priraštaja nisu u ovom slučaju ostvarili, nemački sud je bio dužan da nasledni deo bračnog druga uveća za pomenuti udeo u zaostavštini. U konačnom rezultatu, preživeli bračni drug je, kombinovanom primenom austrijskog naslednog prava i nemačkog bračnoimovinskog prava, trebalo da dobije 7/12 ( $1/3 + = 7/12$ ) zaostavštine. Međutim, kada bi se ceo slučaj podvrgnuo samo austrijskom pravu, bračni drug bi dobio jednu trećinu zaostavštine prema austrijskim naslednopravnim normama (prema austrijskim bračnoimovinskim normama ne dobija ništa, obzirom da se one primenjuju samo kada brak prestaje razvodom). S druge strane, kada bi se na ceo slučaj primenilo nemačko pravo, preživeli bračni drug bi dobio polovinu zaostavštine – prema naslednopravnim normama (par. 1931. st. 1. BGB), koja se uvećava za još jednu četvrtinu prema bračnoimovinskim normama nemačkog prava (par. 1371. st. 1. BGB). Prema tome, kombinovanom primenom austrijskog naslednog i nemačkog bračnoimovinskog statuta, preživeli bračni drug dobija više (7/12), nego kada bi se na ceo slučaj potpuno primenio bilo jedan (1/3) bilo drugi (1/2) pravni poredak.

## UTICAJ KVALIFIKACIJE NA SPREČAVANJE NASTANKA PROTIVREČNOSTI PRAVNIH NORMI

U literaturi ima mišljenja da sprovođenje samog postupka kvalifikacije može uticati na sprečavanje nastupanja protivrečnosti pravnih normi<sup>23</sup>.

Naime, ako se ima u vidu da se kvalifikacija pravnih pitanja i pravnih normi vrši u odnosu na pravnu kategoriju odgovarajuće kolizionne norme, odlučujuće je kako će se tumačiti pravni pojmovi (instituti, pravni odnosi) sadržani u pravnim kategorijama kolizionnih normi. Zato je potrebno utvrditi na koji način odnosno prema kojim merilima (merilima kog prava) treba tumačiti ove pravne pojmove odnosno kolizionne norme u kojim su oni sadržani. O tome je u doktrini međunarodnog privatnog prava izneto niz teorija (tzv. teorije kvalifikacije) koje se, ponekad, međusobom toliko razlikuju, da se može dogoditi da primena jedne teorije vodi fragmentarnoj primeni različitih pravnih poredaka i, time, uzrokovanju protivrečnosti pravnih normi, dok primena druge (odnosno drugih) nema takve neželjene posledice. Prema tome, opredeljenje za određenu teoriju kvalifikacije može biti veoma značajno za sprečavanje nastupanja protivrečnosti pravnih normi<sup>24</sup>. Zato, pre nego što se upustimo u obrazlaganje primene prilagođavanja radi uklanjanja protivrečnosti pravnih normi koja je uzrokovana kvalifikacijom, smatramo da je neophodno ispitati kakav uticaj pojedine teorije kvalifikacije mogu imati na sprečavanje odnosno nastupanje ovog neželjenog rezultata. Posebnu pažnju posvetićemo tzv. »strogoj« *lex fori* kvalifikaciji, stepenastoj kvalifikaciji i funkcionalnoj (teleološkoj) kvalifikaciji.

### *»Stroga« lex fori kvalifikacija*

Kod tzv. »stroge« *lex fori* kvalifikacije<sup>25</sup>, ne vrši se samo supsumpcija pravnog pitanja pod pravnu kategoriju odgovarajuće kolizionne norme u skladu sa sistematikom građanskog prava *lex fori*, već se i odabir merodavnih (stranih) materijalno-pravnih normi vrši prema pravnim merilima domaćeg pravnog poretka<sup>26</sup>. Ovakav način kvalifikacije često može prouzrokovati situacije u kojima nedosta-

---

<sup>23</sup> Tako D. Looschelders, 142; G. Dannemann, 457 i dalje.

<sup>24</sup> *Ibid*

<sup>25</sup> Tako D. Looschelders, 145.

<sup>26</sup> G. Melchior, *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrecht*, Berlin-Leipzig 1932, 115 i dalje; F. Kahn, »Gesetzkollisionen: Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts«, in: *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht Bd. I*, München–Leipzig 1928, 114 i dalje.

ju pravne norme koje bi se imale primeniti na dati slučaj<sup>27</sup> i to iz razloga što domaće pravo i *lex cause* jedno isto pravno pitanje sistematski drugačije klasifikuju u svojim pravnim poretcima. U ovim situacijama redovno nastupa protivrečnost pravnih normi. Na primer<sup>28</sup>, A i B, državljani Srbije, studiraju zajedno na Univerzitetu u saveznoj državi Njujork (SAD). Za vreme košarkaške utakmice studentskih timova 1996. godine, A u poluvremenu udari B i nanese mu lakšu telesnu povredu. Ubrzo, zatim, pomire se i zaborave incident. A se vrati u Srbiju kao svršeni pravnik, dok B ne uspe da okonča studije. 2003. godine B se seti incidenta i zatraži pred sudom u Srbiji da mu A nadoknadi štetu nastalu nanošenjem lake telesne povrede. Naš sud, shodno kolizionoj normi iz čl. 28. ZRSZ, treba da primeni pravo države Njujork, kao pravo koje je merodavno za ocenu deliktnog zahteva lica B. Pravo države Njujork, međutim, ne poznaje institut zastarelosti kao institut materijalnog prava, već jedino institut *statutory limitation* koji se u pravu ove države smatra procesnopravnim institutom i po funkciji odgovara procesnopravnoj pretpostavci »tuživost subjektivnog prava«. U skladu sa *statutory limitation* oštećeni gubi pravo da podnese tužbu protiv štetnika nakon isteka roka od šest godina.

Ako bi se naš sud rukovodio merilima »stroge« *lex fori* kvalifikacije, najpre bi konstatovao da je pitanje zastarelosti prava na naknadu štete, prema shvatanju srpskog pravnog poretka, materijalnopravno (obligacionopravno, građanskopravno) pitanje koje potpada pod pravnu kategoriju kolizione norme koja određuje merodavno pravo za sadržinu spornog vanugovornog odnosa (dakle, koliziona norma iz čl. 28. ZRSZ). Ova koliziona norma upućuje na pravo države Njujork<sup>29</sup>. S obzirom da se, prema teoriji »stroge« *lex fori* kvalifikacije, i izbor pravnih normi merodavnog pravnog poretka, koje treba primeniti na dati slučaj, vrši u skladu sa merilima domaćeg (srpskog) prava, pravna kategorija kolizione norme iz čl. 28. ZRSZ može »birati« samo pravne norme iz materijalnog (obligacionog odnosno građanskog) prava države Njujork iz razloga što se, prema shvatanju našeg prava, pravne norme o zastarelosti nalaze u našem materijalnom (obligacionom odnosno građanskom) pravu. Pošto pravo države Njujork ne poznaje materijalnopravni institut zastarelosti, naš sud ne bi, imajući u vidu meri-

---

<sup>27</sup> Tako E. Rabel, »Das Problem der Qualifikation«, *RabelsZ* (1931), 255; D. Looschelders, 145.

<sup>28</sup> Ovaj primer je preuzet iz A. Jakšić, S. Đorđević, *Praktikum za međunarodno privatno i međunarodno građansko procesno pravo*, Beograd 2004, 78 (slučaj 17.).

<sup>29</sup> Mišljenja smo da je kod primene čl. 28. ZRSZ isključen ranova (tj. isključena je primena čl. 6. ZRSZ). Vidi S. Đorđević, »Ustanova uzvratanja i prepućivanja (*renvoi*) u međunarodnom deliktom pravu«, *Pravni sistem Srbije i Standardi Evropske unije i Saveta Evrope, Knj. 2* (ur. S. Bejatović), Pravni fakultet u Kragujevcu, Institutu za pravne i društvene nauke, Kragujevac 2007, 431 i dalje.

la »stroge« lex fori kvalifikacije, mogao da primeni njujorške procesnopravne norme o statutory limitation, već bi potraživanje iz deliktnopravnog odnosa oglasio nezastarivim i licu B bi dosudio naknadu<sup>30</sup>, bez obzira što je rok za podizanje tužbe i prema našem pravu i prema pravu Njujorka istekao. Ovakav rezultat ne želi ni naše pravo ni pravo države Njujork. U starijoj uporednopravnoj (pretežno nemačkoj) literaturi sudske odluke, koje su se bavile kvalifikacijom statutory limitation na način koji smo opisali u prethodnom pasusu, pravdale su se time da se kvalifikacija ne bavi pitanjem, da li u anglosaksonskom pravu postoji institut koji funkcionalno odgovara materijalnopravnom institutu zastarelosti u kontinentalnim pravima, već da li inostrani institut pripada materijalnom ili procesnom pravu<sup>31</sup>. Ako bi rezultat glasio da je potraživanje nezastarivo, moglo bi se eventualno pribeći primeni instituta javnog poretka<sup>32</sup>. Ovakvo obrazloženje se, svakako, ne može prihvatiti, jer rezultat, da je sporno potraživanje nezastarivo, ne nastaje zbog primene stranog prava čije je dejstvo suprotno osnovnim vrednostima lex fori, već isključivo zbog merila prema kojim se vrši kvalifikacija pravnih pitanja. Zato se ovaj rezultat može ukloniti ili prilagodavanjem ili kvalifikacijom koja bi se sprovela na valjan način.

### *Stepenasta kvalifikacija*

S obzirom da teorija klasične lex fori kvalifikacije nije davala zadovoljavajuće rezultate, u doktrini se razvila teorija o stepenastoj kvalifikaciji.

Nastala u italijanskoj literaturi<sup>33</sup>, teorija stepenaste kvalifikacije je u današnje vreme pretežno zastupljena u Austriji<sup>34</sup> i Švajcarskoj<sup>35</sup>, a možemo reći da

<sup>30</sup> Na isti način je postupio i nemački Reichsgerischt u čuvenom slučaju Tenesi menice, gde je takode bilo sporno pitanje zastarelosti (RG 4.1.1882, RGZ 7, 21). S obzirom da je u ovom slučaju za potraživanje iz menice bilo merodavno pravo Tenesija, koje ne poznaje materijalnopravni institut zastarelosti, već samo procesnopravnu pretpostavku tuživosti subjektivnog prava, nemački sud je ovo potraživanje oglasio nezastarivim. Rasprave o ovom slučaju vidi kod H. Weber, 174 i dalje; D. Looschelders, 146 i dalje; G. Dannemann, 463–464.

<sup>31</sup> G. Melchior, 135 fn. 1.

<sup>32</sup> *Ibid.*

<sup>33</sup> R. Ago, *Teoria del dritto internazionale privato*, Padua 1934, 145 (Teilabdruck in deutscher Übersetzung in: P. Picone, W. Wengler, *Internationales Privatrecht*, Darmstadt, 1974, 35–49); D. Anzilotti, *Corso di lezioni di diritto internazionale*, Rom 1933, 162; P. Feodozzi, *Trattato di diritto internazionale*, Volume IV – il diritto internazionale privato – teorie generali diritto civile, 1939, 183–203 (citirano prema H. C. Heyn, 24, fn. 34).

<sup>34</sup> F. Schwind, *Internationales Privatrecht*, Wien 1990, 28–29; L. Scheucher, »Einige Bemerkungen zum Qualifikationsproblem«, *ZfRV* 2 (1961), 232; protiv ove teorije M. Schwimann, *Internationales Privatrecht*, 2. Auflage, Wien 1999, 20 i dalje.

<sup>35</sup> A. Schnitzer, *Handbuch des IPR*, Bd. I, 4. Auflage, Basel 1957, 102 i dalje.



je vladajuća i u našem međunarodnom privatnom pravu<sup>36</sup>. Ona se temelji na postulatu da proces kvalifikacije u međunarodnom privatnom pravu nije jedinstven, već podeljen u dva stepena. U prvom stepenu, vrši se izbor kolizione norme, tj. vrši se supsumpcija spornog pravnog pitanja pod odgovarajuću pravnu kategoriju kolizione norme, i to isključivo u skladu sa shvatanjima domaćeg prava (*lex fori*). Odabrana koliziona norma ne upućuje na odgovarajuće građanskopravno područje merodavnog prava, već na celokupno merodavno pravo (tzv. drugi stepen – otvoreno upućivanje), tako da se činjenično stanje nanovo kvalifikuje u skladu sa shvatanjima merodavnog prava, te se utvrđuje koje materijalnopravne norme treba primeniti (*lex cause kvalifikacija*)<sup>37</sup>.

Posledica primene stepenaste kvalifikacije se ogleda u tome da se u gore prikazanom slučaju imaju primeniti norme njujorškog procesnog prava o *statutory limitation*, čime se izbegava nastupanje protivrečnosti pravnih normi i eventualna primena metode prilagođavanja<sup>38</sup>. Međutim, ako se ima u vidu slučaj udovice, teorija stepenaste kvalifikacije nije od velike pomoći. Naime, u fazi izbora kolizione norme, prema merilima domaćeg prava, dolazimo do rezultata da se na pitanje nasleđivanja preživelog bračnog druga primenjuje čl. 30., a na pitanje podele bračne imovine čl. 36. st. 2. ZRSZ. Kada koliziona norma za nasleđivanje iz čl. 30. ZRSZ uputi na švedsko pravo, ona shodno ovoj teoriji ne upućuje na švedsko nasledno pravo, već na celokupno švedsko pravo koje samo određuje prema kojim materijalnopravnim normama se namiruje preživeli bračni drug. S obzirom da nasledno pravo Švedske finansijski ne obezbeđuje preživelog bračnog druga, već to čine norme bračno-imovinskog prava, prema teoriji stepenaste kvalifikacije potonje norme se pozivaju na primenu. S druge strane, koliziona norma za imovinska dejstva braka iz čl. 36. st. 2. upućuje na celokupno austrijsko pravo, a ne samo na njegove bračnoimovinske norme koje finansijski ne obezbeđuju preživelog bračnog druga. Pošto se odabir normi, koje finansijski obezbeđuju preživelog bračnog druga, vrši prema merilima merodavnog prava, čl. 36. st. 2. će pozvati na primenu naslednopravne norme Austrije kojima je data ta funkcija. U krajnjem rezultatu, dolazi do kumulativne primene normi koje imaju istu funkciju, tako da preživeli bračni drug dobija više nego što bi dobio kada bi se svaki od ovih poredaka zasebno primenjivao. Nastaje, dakle, protiv-

---

<sup>36</sup> T. Varadi, *Međunarodno privatno pravo*, Novi Sad 1990, 68; T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, 110; M. Stanivuković, M. Živković, 245 i dalje; M. Dika, G. Knežević, S. Stojanović, 40; suprotno A. Jakšić (2004), 59 i dalje.

<sup>37</sup> Tako L. Scheuher, 232; T. Varadi, 67–68; M. Stanivuković, M. Živković, 260; D. Looschelders, 147.

<sup>38</sup> Stepenasta kvalifikacija je, dakle, pogodna za izbegavanje pravnih praznina. Tako L. Scheuher, 232; D. Looschelders, 149.

rečnost pravnih normi koja se mora ukloniti prilagođavanjem ili se njeno nastupanje može sprečiti primenom neke druge teorije kvalifikacije<sup>39</sup>.

Prema tome, ni teorija stepenaste kvalifikacije nije uvek pogodna da spreči nastanak protivrečnosti pravnih normi<sup>40</sup>.

### *Funkcionalna (teleološka) kvalifikacija*

Prema savremenom shvatanju, kvalifikaciju u međunarodnom privatnom pravu treba vršiti prema smislu i cilju (funkciji) kolizione norme, odnosno njene kategorije za nadovezivanje<sup>41</sup>. To znači da je, prilikom izbora kolizione norme, potrebno utvrditi funkciju odnosno cilj spornog pravnog pitanja u konkretnom slučaju, pa zatim naći pravnu kategoriju odgovarajuće domaće kolizione norme koja sledi iste ciljeve (funkciju)<sup>42</sup>. Kada se na ovaj način izvrši izbor kolizione norme i dođe do merodavnog pravnog poretka, potrebno je materijalnopravne norme stranog merodavnog prava shvatiti prema njihovom smislu i cilju, tj. utvrditi kakvo značenje (odnosno funkciju) one imaju u pravnom poretku kome pripadaju i, zatim, ih uporediti sa ciljem i funkcijom kategorije za nadovezivanje izabrane kolizione norme. Kategorija za nadovezivanje »privlači« (»bira«) samo one norme merodavnog pravnog poretka, koje joj funkcionalno odgovaraju<sup>43</sup>. Prema tome, funkcionalnu kvalifikaciju treba poimati tako da ona povezuje elemente *lex fori* kvalifikacije sa elementima uporednopravne kvalifikacije<sup>44, 45</sup>.

---

<sup>39</sup> Uporedi D. Looschelders, 149 i dalje; G. Dannemann, 459 i dalje.

<sup>40</sup> Uopšte o kritici teorije stepenaste kvalifikacije vidi L. Mistelis, *Charakterisierung und Qualifikation im internationalen Privatrecht*, Tübingen 1999, str. 196–198; A. Jakšić (2004), 65 i dalje.

<sup>41</sup> J. Kropholler (2001), 122; J. Basedow, »Qualifikation, Vorfrage und Anpassung im Internationalen Zivilverfahrensrecht«, *Materielles Recht und Prozessrecht und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der internationalen Zwangsvollstreckung*, Bielefeld 1992, 134; G. Kegel, K. Schurig, *IPR*, str. 305; K. Schurig, *Kollisionsnorm und Sachrecht*, Berlin 1980, 222; B. von Hoffmann, K. Thorn, *Internationales Privatrecht*, 9. Auflage, 2007, 229 i dalje; B. von Hoffmann, 215; M. Schwimann, 17; H–C. Heyn, 29; G. Danneman, 464 i dalje; A. Jakšić (2004), 76.

<sup>42</sup> J. Kropholler (2001), 122 i dalje; H–C. Heyn, 29.

<sup>43</sup> U tom smislu *Ibid.*; A. Jakšić (2004), 76; M. Schwimann, 17; B. von Hoffmann, K. Thorn, 230; G. Danneman, 464. Vidi i odluku Saveznog suda Nemačke BGH 19.12.1958, BGH 29, 137.

<sup>44</sup> Tako B. von Hoffmann, K. Thorn, 229.

<sup>45</sup> U našoj doktrini se pod funkcionalnom kvalifikacijom uglavnom podrazumeva kvalifikacija pravnog pitanja odnosno pravne ustanove koja je nepoznata našem pravu. Kod ove kvalifikacije sud ispituje funkciju i karakteristike nepoznate ustanove, koje ona ima u pravu iz koga dolazi, da

U literaturi preovlađuje shvatanje da funkcionalna (teleološka) kvalifikacija može sprečiti pojavu velikog broja protivrečnosti pravnih normi, koje inače nastaju primenom drugih teorija kvalifikacije<sup>46</sup>.

Primenom funkcionalne kvalifikacije svakako se rešavaju problemi vezani za institut *statutory limitation* u anglosaksonskom pravu, jer iz smisla i cilja kolizione norme iz čl. 28. st. 1. ZRSZ, odnosno njene pravne kategorije (vanugovorna odgovornost za štetu), proizilazi da ona privlači sve one pravne norme države Njujork koje, shodno svom smislu i cilju, služe utvrđenju postojanja prava na naknadu štete i realizaciji tog prava. Nesumnjivo je da norme o *statutory limitation* imaju za cilj da se utvrdi, da li se ovo pravo može ostvariti.

Do istog rezultata (uklanjanje odnosno sprečavanje nastupanja protivrečnosti pravnih normi) se može doći i u mnogim drugim slučajevima. U literaturi međunarodnog privatnog prava često se navodi jedan slučaj iz nemačke sudske prakse<sup>47</sup>, u kome je došlo do nastanka protivrečnosti merodavnih pravnih normi (pravne praznine), a koje su se mogle izbeći funkcionalnom (teleološkom) kvalifikacijom. Činjenice iz ovog slučaja iznećemo onako kako su one utvrđene pred nemačkim sudom: Grk sa prebivalištem u Nemačkoj umire 1971. g. i iza sebe ostavlja suprugu i dvoje nepriznate vanbračne dece. Nemačka koliziorna norma za nasleđivanje upućuje na grčko pravo, koje prihvata upućivanje. Prema grčkom naslednom pravu, vanbračna deca, međutim, nemaju nasledna prava na zaostavštini, već mogu podneti zahteve za izdržavanje koje se obezbeđuje iz zaostavštine<sup>48</sup>. S druge strane, za zahteve za izdržavanje merodavno je, prema nemačkom kolizionom pravu (čl. 1 Haške konvencije o izdržavanju), nemačko porodično pravo. Prema tadašnjem nemačkom porodičnom pravu (par. 1615a, 1615 BGB), nepriznata vanbračna deca nisu imala zahteve za izdržavanje prema zaostavštini, ali su imala nasledna prava prema par. 1934a BGB. Kombinacijom nemačkog prava izdržavanja i grčkog naslednog prava nastala je situacija u kojoj deca nemaju nikakva prava prema zaostavštini, premda da se primenjuje samo jedno od ova dva prava na ceo ovaj slučaj, deca bi se namirila iz zaostavštine ostavioca<sup>49</sup>. Primenjujući funkcionalnu kvalifikaciju, nemački sud je trebalo da kolizionu normu za nasleđivanje interpretira tako da ona pozove na primenu one

---

bi mogao da pronađe srodnu ustanovu domaćeg prava, te najzad da odabere odgovarajuću kolizionu normu (vidi M. Stanivuković, M. Živković, 250; T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, 109; T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, V. Pavić, 128). Funkcionalna kvalifikacija o kojoj mi ovde govorimo predstavlja širi pojam od ovog slučaja.

<sup>46</sup> J. Basedow, 134; G. Danemann, 466; D. Looschelders, 150 i dalje.

<sup>47</sup> LG Aurich 1.12.1975, IPRspr. 1975, Nr. 95.

<sup>48</sup> Čl. 1545 AK.

<sup>49</sup> LG Aurich 1.12.1975, IPRspr. 1975, Nr. 95.

norme merodavnog grčkog prava koje finansijski obezbeđuju decu nakon smrti njihovog roditelja. Bez sumnje je da bi ova koliziona norma pozvala norme o izdržavanju grčkog prava, jer je upravo njihova funkcija u grčkom pravnom poretku da finansijski obezbede vanbračne potomke ostavioca, što odgovara funkciji (odnosno smislu i cilju) nemačke kolizione norme za nasleđivanje<sup>50</sup>.

S druge strane, u literaturi ne postoji jedinstven stav o tome da li je moguće primenom funkcionalne kvalifikacije izbeći protivrečnosti pravnih normi u slučaju udovice. Prema jednom stanovištu, primenom funkcionalne (teleološke) kvalifikacije trebalo bi pozvati na primenu naslednopravne norme bračnoimovinskog statuta na uštrb bračnoimovinskih normi naslednog statuta, iz razloga što »zahvat« u bračnoimovinske norme može stvoriti daleko veće komplikacije, nego kada je reč o »zahvatu« u naslednopravne norme<sup>51</sup>.

Prema drugom stanovištu, koje i mi zastupamo, teleološka (funkcionalna) kvalifikacija nije u svakom slučaju pogodna da spreči nastanak protivrečnosti pravnih normi, osobito u slučaju udovice, iz razloga što i ona ima svoje granice. Ove granice se ogledaju u činjenici da zakonodavci neretko jedan jedinstveni cilj kolizionopravnog regulisanja dele na više podciljeva (podfunkcija) koje dodeljuju različitim kolizionim normama, a koje, pak, imaju u vidu zaštitu različitih kolizionopravnih interesa učesnika pravnog odnosa<sup>52</sup>. Otuda, podela jedinstvenog cilja kolizionopravnog regulisanja može voditi dvostrukoj kvalifikaciji jednog istog pravnog pitanja i, time, izboru merodavnih materijalopravnih normi različitih pravnih poredaka, čija primena može uzrokovati protivrečnost pravnih normi<sup>53</sup>.

Posmatrano iz ugla našeg međunarodnog privatnog prava, nemoguće je na jedinstven način kvalifikovati pitanje finansijskog obezbeđenja preživelog bračnog druga (tj. nemoguće je ovo pitanje supsumirati pod pravnu kategoriju samo jedne kolizione norme, koja bi uputila na primenu jednog merodavnog prava), jer je ova funkcija data dvema kolizionim normama (za nasleđivanje iz čl. 30. i za imovinska dejstva braka iz čl. 36 ZRSZ), kojima se štite različiti interesi. Kolizionom normom iz čl. 36. ZRSZ štite se interesi bračnih drugova, tako da će ona pozvati na primenu materijalopravne norme merodavnog prava koje imaju istu ili sličnu funkciju. S druge strane, kolizionom normom iz čl. 30. ZRSZ štite se interesi ostavioca i naslednika (bračni drug je jedan od naslednika), tako da ona poziva na primenu norme merodavnog prava koje imaju isti cilj. Zbog toga se u krajnjem rezultatu događa da preživeli bračni drug dobije »premalu ili pre-

---

<sup>50</sup> Tako G. Dannemann, 466–467.

<sup>51</sup> *Ibid.*, 466.

<sup>52</sup> D. Looschelders, 154.

<sup>53</sup> *Ibid.*; H. Neuhaus, 354.

više« u odnosu na ono što bi dobio kada bi se na ceo slučaj primenio bilo bračno-  
imovinski bilo nasledni statut.

Prema tome, u slučaju udovice neželjeni materijalnopravni rezultati se ne  
mogu ukloniti ni funkcionalnom kvalifikacijom, te je zato neophodno pribeći pri-  
lagodavanju.

## PRILAGOĐAVANJE

Videli smo da teorija o funkcionalnoj (teleološkoj) kvalifikaciji (kojoj pre-  
ma našem mišljenju treba dati na značaju i u našem međunarodnom privatnom  
pravu) nije uvek u mogućnosti da spreči nastanak protivrečnosti pravnih normi,  
naročito kada pojedini pravni poreci (kao što je naš) pojedine funkcije koliziono-  
pravnog regulisanja dele između više kolizionih normi. U tom slučaju, »prouzro-  
kovana« protivrečnost pravnih normi mora se ukloniti prilagođavanjem. Pre nego  
što prikazemo kako se primenom prilagođavanja uklanjaju protivrečnosti pravnih  
normi nastali u slučaju udovice, važno je da se ukratko osvrnemo na opšta pitanja  
primene same metode prilagođavanja.

### *Kolizionopravno i materijalnopravno prilagođavanje i princip zakona najmanjeg otpora*

S obzirom da se prilagođavanje određuje kao modifikovana primena kolizi-  
onopravnih ili merodavnih materijalnopravnih normi, nedvosmisleno proizilazi  
da ono može biti međunarodno privatnopravno (kolizionopravno) i materijalnop-  
ravno.

Kolizionopravno prilagođavanje se definiše kao uklanjanje protivrečnosti  
pravnih normi ponovnim određivanjem merodavnih materijalnopravnih normi<sup>54</sup>,  
koje se postiže menjanjem odnosno modifikovanom primenom kolizionih normi  
ili ad hoc stvaranjem novih kolizionih normi<sup>55</sup>. Menjanje odnosno modifikacija  
se vrši tako što se jednoj kolizionoj normi proširuje, a drugoj redukuje polje pri-  
mene, dok stvaranje nove kolizione norme podrazumeva neprimenu »postojećih«  
(»redovnih«) kolizionih normi. Materijalnopravno prilagođavanje se određuje

---

<sup>54</sup> Tako G. Dannemann, 437.

<sup>55</sup> Uporedi J. Kropholler (2001), 232; G. Kegel, K. Schurig, 310; D. Looschelders, 195 i  
dalje.

kao uklanjanje protivrečnosti pravnih normi modifikovanom primenom merodavnih materijalno-pravnih normi i stvaranjem nove materijalno-pravne norme, pri čemu domaća kolizionna pravila (koja su uputila na primenu merodavnih normi) ostaju nepromenjena<sup>56</sup>. Pod modifikovanom primenom merodavnih materijalno-pravnih normi treba razumeti dopunjavanje odnosno ograničavanje polja njihove primene, kao i njihovu svesnu neprimenu.

Kojoj od ove dve metode treba dati prednost u konkretnom slučaju, utvrđuje se na osnovu tzv. »principa zakona najmanjeg otpora«, koji se, uprkos različitim poimanjima u literaturi<sup>57</sup>, smatra osnovnim rukovodećim principom u primeni metode prilagođavanja.

Princip »zakona najmanjeg otpora«, kao merilo prema kojem se vrši izbor između kolizionopravnog i materijalno-pravnog prilagođavanja<sup>58</sup>, uveo je nemački profesor Gerhard Kegel (Gerhard Kegel)<sup>59</sup>. Prema Kegelu, odluka o kolizionopravnom odnosno materijalno-pravnom prilagođavanju donosi se, u prvom redu, vrednovanjem međunarodno-privratno-pravnih interesa. U obzir dolaze svi kolizionopravni interesi (stranka, prometa, države) koji su u jednom slučaju izraženi, pri čemu centralno mesto dobija interes za ostvarenjem unutrašnje harmonije odlučivanja i interes za »realnim odlučivanjem«, obzirom da smisao uklanjanja protivrečnosti merodavnih pravnih normi Kegel prvenstveno vidi u očuvanju ovih interesa<sup>60</sup>. Cilj realnog odlučivanja je donošenje smislenih odluka – odluka koje se mogu sprovesti<sup>61</sup>. Da bi se prilagođavanjem donela jedna takva odluka, slabije interese treba žrtvovati u korist jačih. Koji su interesi slabiji, a koji jači, moguće je jedino utvrditi u konkretnom slučaju. Prema Kegelovom istraživanju, primenom principa zakona najmanjeg otpora češće dolazi u obzir primena kolizionopravnog prilagođavanja, obzirom da se njime jednostavnije dolazi do »realne« odluke<sup>62</sup>.

<sup>56</sup> Uporedi J. Kropholler (2001), 235 i dalje; G. Kegel, K. Schurig, 310 i dalje; G. Kegel (1953), 282 i dalje; G. Dannemann, 444; D. Looschelders, 164 i dalje; K. Schurig, 236 i dalje.

<sup>57</sup> O različitim shvatanjima principa zakona najmanjeg otpora vidi kod S. Đorđević, 165 i dalje.

<sup>58</sup> Ali i izbor koju od više kolizionih normi treba prilagođavati, te u kom od više merodavnih pravnih poredaka treba vršiti materijalno-pravno prilagođavanje.

<sup>59</sup> G. Kegel (1977), 148; G. Kegel, K. Schurig, 311.

<sup>60</sup> Vidi *Ibid.*; G. Kegel (1953), 276; G. Kegel, »Das Ordnungsinteresse an realer Entscheidung im IPR und im internationalen Privatverfahrensrecht«, *FS Drobniig*, Tübingen 1998, 317 i dalje.

<sup>61</sup> G. Kegel, K. Schurig, 126, 311.

<sup>62</sup> *Ibid.*

Bližoj konkretizaciji principa »zakona najmanjeg otpora« u mnogome je doprineo nemački profesor Gerhard Daneman<sup>63</sup>. Polazeći od Kegelovih stavova, Daneman je razvio nekoliko pravila koja su, prema njegovom mišljenju, obuhvaćena pomenutim principom, i na osnovu kojih se mogu rešiti gotovo sva pitanja vezana za primenu prilagođavanja (između ostalih i izbor kolizionopravne ili materijalnopravne metode). Prvo, Daneman, baš kao i Kelgel, smatra da prilagođavanje treba da vodi »realnoj odluci (realnom odlučivanju)«<sup>64</sup>. »Realno odlučivanje« bi trebalo da »proizvede« rezultat koji bi se dobio da nije došlo do protivrečnosti pravnih normi. Drugo, prilagođavanje ne bi smelo da prouzrokuje nove neželjene rezultate i njegovo preduzimanje ne sme da vredi ustavnopravne norme, tj. ne sme biti u suprotnosti sa osnovnim i najvišim principima domaćeg pravnog poretka<sup>65</sup>. Treće, prilagođavanje treba vršiti u onim pravnim normama koje su za to najpogodnije. Na primer, u merodavnom materijalnom pravu jednostavnije (pogodnije) je prilagođavati dispozitivne nego imperativne pravne norme. Četvrto, izbor odgovarajuće metode prilagođavanja u velikoj meri zavisi od uzroka nastanka protivrečnosti pravnih normi<sup>66</sup>. Kada kvalifikacija, kao uzrok nastanka fragmentarne primene različitih pravnih poredaka, vodi nastanku protivrečnosti pravnih normi, Daneman smatra da je jednostavnije predzeti kolizionopravno nego materijalnopravno prilagođavanje.

Prema našem mišljenju, treba slediti stavove pomenutih autora, pri čemu treba imati u vidu da je reč o opštim smernicama na osnovu kojih se vrši izbor između kolizionopravnog i materijalnopravnog prilagođavanja, a ne o čvrstim pravilima. Dolazimo, dakle, do zaključka da je prilagođavanje pravnih normi uvek stvar konkretnog slučaja.

### *Prilagodavanje u slučaju udovice*

U doktrini i praksi preovlađuje mišljenje da protivrečnosti pravnih normi u slučaju udovice treba prvenstveno uklanjati kolizionopravnim prilagođavanjem – ekstenzijom odnosno redukcijom pravnih kategorija kolizionih normi koje se primenjuju na dati slučaj<sup>67</sup>. Smatra se da je preduzimanje ovog oblika prilagođava-

---

<sup>63</sup> Vidi G. Dannemann, 435–437.

<sup>64</sup> *Ibid.*, 436.

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> *Ibid.*, 444 i 439.

<sup>67</sup> Vidi G. Kegel (1977), 149 i dalje; D. Looschelders, 195 i dalje, 293 i dalje; A. Jakšić (1994), 2050.

nja jednostavnije, te da princip »zakona najmanjeg otpora« opravdava njegovu primenu<sup>68</sup>. Međutim, u literaturi je zastupljen i stav da se ne može unapred tvrditi da se protivrečnosti pravnih normi u slučaju udovice uklanjaju isključivo kolizionopravnim prilagođavanjem, već da odluka o tome kako treba prilagođavati (kolizionopravno ili materijalopravno) zavisi od okolnosti konkretnog slučaja<sup>69</sup>.

S obzirom da smo već istakli da je prilagođavanje pravnih normi uvek stvar konkretnog slučaja, nema sumnje da podržavamo drugonavedeni stav. Naime, zaista nije moguće dati jedno opšte rešenje za uklanjanje protivrečnosti pravnih normi u slučaju udovice, koje bi važilo unapred za neodređeni broj slučajeva. Da li treba pristupiti materijalopravnom ili kolizionopravnom prilagođavanju, te da li treba prilagođavati norme naslednog ili bračnoimovinskog statuta odnosno kolizionu normu za nasleđivanje ili za imovinska dejstva braka, može se oceniti samo ako se razmotre sve okolnosti konkretnog slučaja. Ipak, ako se ima u vidu »princip zakona najmanjeg otpora« (čija je uloga odlučujuća u izboru jedne od ovih metoda) i kvalifikacija, kao uzrok nastanka protivrečnosti pravnih normi u slučaju udovice, mišljenja smo da je moguće dati odgovarajuće (opšte) smernice za rešavanje pomenutih problema.

Shodno principu zakona najmanjeg otpora, u jednom konkretnom slučaju slabije interese treba žrtvovati u korist jačih. To znači da treba tražiti najjednostavnije rešenje, imajući u vidu ostvarenje interesa za realnim odlučivanjem i interesa stranaka. Postavlja se pitanje, koje je rešenje najjednostavnije?

U literaturi je više puta iznet stav da je »zahvat« u pravne norme (bilo bračnoimovinskog bilo naslednog statuta), kojima se uređuje bračnoimovinski režim, veoma komplikovan<sup>70</sup> i da može voditi nepremostivim teškoćama ili čak nepravičnim rezultatima. Ako bismo se, na primer, kod uklanjanja »pravne praznine« opredelili za prilagođavanje materijalopravnih normi bračnoimovinskog statuta, ono bi se moralo izvršiti tako što bi se u okviru bračnoimovinskog statuta »kreiralo« novo pravno pravilo na osnovu kojeg bi preživeli bračni drug dobio pravo na bračnoimovinski zahtev<sup>71</sup>. Međutim, kreiranje jednog takvog pravila bilo bi veoma komplikovano. Naime, da bi nadživeli bračni drug uopšte mogao da ima pravo na bračnoimovinski zahtev, mora da postoji zajednički stečena imovina za vreme trajanja braka, koje, pak, u slučaju pravne praznine redovno nema iz razloga što su bračni drugovi živeli u režimu odvojene (posebne) imovine. Tako, u gore prikaznom primeru (varijanta-pravna praznina) bračni drugovi su živeli u režimu odvojenih imovina pod okriljem merodavnog engleskog prava. Otuda

<sup>68</sup> *Ibid.*

<sup>69</sup> Tako J. Kropholler (2001), 232; G. Dannemann, 467; G. Kegel, K. Schurig, 315.

<sup>70</sup> Tako G. Dannemann, 466; D. Looschelders, 306–311.

<sup>71</sup> Tako D. Looschelders, 304.



kreiranje pravila u engleskom bračnoimovinskom pravu, na osnovu kojeg nadživeli bračni drug treba da dobije deo bračne imovine, nije moguće i protivi se smislu i cilju engleskog pravnog poretka. Čak i kada bi se činilo mogućim da se u okviru bračnoimovinskog statuta razvije jedno takvo pravilo, nastao bi problem prilikom utvrđivanja kriterijuma na osnovu kojih bi trebalo odrediti visinu bračnoimovinskog zahteva.

Do »zahvata« u pravne norme, kojima se uređuje bračnoimovinski režim, dolazi i ako za uklanjanje pravne praznine izaberemo prilagođavanje kolizione norme za nasleđivanje<sup>72</sup> (čl. 30 ZRSZ). Pod prilagođavanjem kolizione norme za nasleđivanje podrazumeva se ekstenzija (proširenje) njene pravne kategorija koja je praćena redukcijom kolizione norme za imovinska dejstva braka (čl. 36. ZRSZ) – prema tome, na celokupni životni odnos (slučaj udovice) isključivo se primenjuje nasledni statut. Isključivom primenom naslednog statuta nadživeli bračni drug (koji usled fragmentarne i kombinovane primene naslednog i bračnoimovinskog statuta nije dobio ništa) se namiruje putem bračnoimovinskih normi, koje mu obezbeđuju učešće u bračnoj tekovini. Ekstenzija kolizione norme za nasleđivanje i primena bračnoimovinskih normi naslednog statuta imaju smisla, samo ako su bračni drugovi živeli u režimu zajedničke imovine, jer je u tom slučaju nadživeli bračni drug mogao da se nada deobi. Međutim, pravna praznina obično nastaje iz razloga što bračnoimovinski statut, pod čijim okriljem su bračni drugovi živeli, predviđa režim odvojenih dobara, te nadživelom bračnom drugu ne daje pravo na bračnoimovinski zahtev. U tom slučaju, nadživeli bračni drug ne može očekivati da dobije deo zajedničke imovine koju predviđa nasledni statut<sup>73</sup>, jer ona ne postoji. Imajući ovo u vidu, čini se da isključiva primena naslednog statuta neprimereno pogoduje nadživelom bračnom drugu, a da, s druge strane, može štetiti interesima nužnih naslednika i poveriocima ostavioca, s obzirom da priznanje prava na bračnoimovinski zahtev može u velikoj meri umanjiti vrednost zaostavštine<sup>74</sup>.

S obzirom na prethodno rečeno, zaključujemo da treba odabrati ono rešenje koje ne dira u bračnoimovinski režim. Otuda, u obzir dolazi prilagođavanje materijalno-pravnih (nasledno-pravnih) normi naslednog statuta ili prilagođavanje (ekstenzija) kolizione norme za dejstva braka. S druge strane, kada kvalifikacija, kao uzrok fragmentarne primene različitih pravnih poredaka pred jednim forumom, vodi nastanku protivrečnosti pravnih normi, nema sumnje da je jednostavnije preduzeti kolizionopravno nego materijalno-pravno prilagođavanje. Prema tome,

---

<sup>72</sup> Samostalnu primenu naslednog statuta zagovara starija literatura. Vidi A. Schnitzer, 116; G. Kegel (1953), 285; E. Frankenstein, *Internationales Privatrecht*, Bd. IV, Berlin 1935, 328.

<sup>73</sup> Tako D. Looschelders, 307.

<sup>74</sup> *Ibid*

mogao bi se zauzeti stav da je u slučaju udovice načelno najjednostavnije pristupiti kolizionopravnom prilagođavanju i to ekstenziji kolizione norme za imovinska dejstva braka. Pri tom, neophodno je napomenuti da je reč o načelnom stavu odnosno o preporuci (smernici) koja ne mora biti opravdana u svakom konkretnom slučaju. Na ovaj način ne isključujemo mogućnost da se primene i ostali oblici prilagođavanja, ukoliko je to prikladnije, s obzirom na okolnosti konkretnog slučaja.

Na kraju, ostaje nam da na predloženi način rešimo »naše« slučajeve udovice. U prvom slučaju kombinovanom primenom engleskog bračnoimovinskog statuta i švedskog naslednog statuta nastala je pravna praznina – preživeli bračni drug je ostao praznih šaka. Ovu protivrečnost uklanjamo tako što proširujemo pravnu kategoriju kolizione norme za imovinska dejstva braka iz čl. 36. ZRSZ, a redukujemo kolizionu normu iz čl. 30. ZRSZ. Nakon ove ekstenzije odnosno redukcije, i pitanje nasleđivanja preživelog bračnog druga je obuhvaćeno kolizionom normom iz čl. 36. ZRSZ, što znači da se pravni položaj preživelog bračnog druga ocenjuje u celini prema engleskom pravu. Prema normama engleskog prava, bračni drug dobija polovinu zaostavštine ostavioca, njegove predmete za ličnu upotrebu i određeni novčani iznos<sup>75</sup>. U drugom slučaju, kombinovanom primenom austrijskog naslednog statuta i švedskog bračnoimovinskog statuta nastala je kumulacija normi – bračni drug je dobio više od onoga što mu daje svaki od ovih pravnih poredaka ponaosob. Ekstenzijom kolizione norme iz čl. 36. odnosno redukcijom kolizione norme iz čl. 30. ZRSZ, bračni drug se namiruje isključivo (u celini) prema švedskom pravu, tako da dobija polovinu zajedničke bračne imovine.

---

<sup>75</sup> O ovom pravilu engleskog prava vidi kod H. P. Schrömmel, H. Faßold, K. Bauer, 66.

SLAVKO ĐORĐEVIĆ, LL.D.,  
Assistant Professor, Faculty of Law,  
Kragujevac

## CHARACTERIZATION AND ADJUSTMENT IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

### Summary

In this paper author analyzes the relationship between the characterization of legal issues in cases with foreign element and the method of adjustment.

The adjustment is defined as methodological mean of private international law by which courts or other authorities intentionally modify or ignore conflict rules or applicable substantive rules of law in order to correct or avoid the result of application of different national laws in given case, that is unintended by any of these national laws. In theory and practice of private international law these results are known as contradictions of legal norms (contradictions of applicable rules of different national laws).

The application of several national laws in cases with foreign element and occurrence of contradictions of legal norms arise as a consequence of conflict rule method which is the analytic method by its nature. This means that all basic institutes of private international law (especially characterization of legal issues, incidental question, renvoi and *conflict mobile*) can cause the contradictions of legal norms. In this paper author analyzes only the occurrence of these contradictions caused by characterization of legal issues.

First, author describes how the contradictions of legal norms occur in the process of characterization of legal issues. In the characterization process, a case with foreign element splits on several connected legal issues for which legislator created different conflict rules. If these conflict rules refer to different national laws, it can be appeared that the rules of these laws are not coordinated. The application of non-coordinated rules of different national laws usually produces the contradiction of legal norms which should be removed by adjustment method.

Second, author examines whether the characterization process can have the influence on prevention of contradictions of legal norms. He finds that it depends on which characterization theory is applied. According to his opinion, the theory of teleological characterization is convenient for avoiding the contradictions of legal norms in many cases. However, in some cases it is not possible. Therefore, the adjustment method should be applied.

Third, author examines whether the characterization of legal issues, as a cause of contradictions of legal norms, can have the influence on the choice of different methods of adjustment (adjustment of conflict rules or adjustment of applicable substantive rules of law) in cases, in which these contradictions can not be avoided by theory of teleological characterization. He finds that it can be one of the main indicators for adjustment of conflict rules of the forum.



*KAREL MAREK*

**TO GENERAL MATTERS OF BUSINESS LAW  
AND THE CONCLUSION OF COMMERCIAL  
CONTRACTS IN THE CZECH REPUBLIC**

INTRODUCTION

Business Law of Contract is a very problematic area for foreign persons carrying business in the Czech Republic, and it troubles Czech business subjects themselves.

The Czech Commercial Code is formed by its general provisions which specify the range of regulations and the basic concepts.

Provisions on business activities of foreign persons (who on principle transact business on the same conditions as Czech subjects) form a specific chapter of part one of the Commercial Code. Provisions on Commercial Register can also be found in part one. Business Accounting represents an independent chapter of part one of the Code. The last chapter of part one is called Economic Competition and it deals with the conduct in business competition, unfair competitive behaviour and means of legal protection against unfair competition (forbidden limitations of competition are regulated by public law).

Part two, apart from general provisions on business companies, regulates general commercial partnership, limited partnership, limited liability companies, joint stock companies and, in an individual chapter, co-operatives. The content of this part confirms the fact that the Commercial Code is code of rules which

---

Dr Karel Marek, docent Pravnog fakulteta, Brno, Češka Republika.

contains issues earlier included in a whole range of regulations (e. g. on joint stock companies and co-operatives).

The name of the third part is Business Obligations. Some provisions on legal acts, some provisions on the conclusion of contracts, provisions on discharge of an obligation by performance, some provisions on the discharge of a non-performed obligation, provisions on securing an obligation, some provisions on the set-off of claims etc. are located here. Whenever there is "some" in the name of the provision, we have to realise that the rest of the provisions relating to the issue are to be found in civil legal regulations, especially in the Civil Code. This does not mean, however, that if there is not the "some" in the headline, the civil legal regulation is sufficient.

As practical experience has shown, solving questions concerning the Civil Code provisions and the Commercial Code is not easy at all. In practice, attentive observation of the practice of courts is fully recommended (which holds generally). It has been certified (and a whole range of Commercial Code commentaries tries to solve this) that a good idea is to mark in the code when the regulation is in the Commercial Code, when it is in the Civil Code only and when Civil Code provisions are valid, but with variations and supplements of the Commercial Code.

For practice it is also recommended to mark in a good way those provisions of the third part of the Commercial Code with mandatory rules (amendments of acts to Commercial Code change the number of peremptory rules, there was a significant change by the Act No. 370/2000 Collection of Law, so-called harmonisation measure, and the Act No. 501/2001 Collection of Law, so-called technical measure).

The third part of the code is not further divided, as it was in the previous Economic Code, according to the object of obligation fulfilment (obligations concerning product delivery, preparation and execution of a capital construction, etc.), but according to the content of the obligation or according to the type of contract. In the third part, Special Provisions on Contractual Obligations in International Trade can also be found. The code ends with the Common, Transitory and Concluding Provisions (the fourth part of the law).

## TO THE CONCEPTS OF CONTRACT LAW

After a publishing of the Commercial Code, business obligatory relations in legal literature – including commentary literature – were divided into the so-called *absolute business obligatory relations* (enumerated in § 261 section 3; this enumeration was changed by novelizations), *relative business obligatory*

*relations* (if conditions in § 261 section 1 and 2 were fulfilled), *facultative business obligatory relations* (on the basis of a parties agreement according to § 262 of the Commercial Code) and *absolute non-business obligatory relations* (or absolute civil relations, according to § 261 section 6 of the Commercial Code). In short, the so-called absolute business, relative business, facultative business and absolute non-business was and is being spoken of (with the knowledge of its inaccuracy and with a practical need for brief expression).

Legal regulation has changed and the question is whether and how to keep or correct this established terminology. The following lines deal with this topic. These matters have already been discussed both in legal press and commentary literature.

A very important change of the legal regulation is, in this connection, the change of the provision of § 262 of the Commercial Code. More specifically, it is the statutory text of § 262 of the Commercial Code, section 4. Originally, the provision of § 262 section 4 was suggested in a more condensed version, and even with this version, difficulty was feared.

The today's version of § 262 section 4 of the Commercial Code says: in relations according to § 261 or subordinated to the Commercial Code by agreements according to section 1, provisions of this part will be used if something else does not follow from this law or from a specific legal regulation; provisions of the Civil Code or specific legal regulations on consumer contracts, accessory contracts, abuse clauses and other provisions for the protection of user must be used when it is for the benefit of contracting party that is not a businessperson. The contracting party that is not a businessperson is responsible for the breach of obligation in these relations according to the Civil Code and provision of the Civil Code will be used for the party's common obligations. (The Slovak Commercial Code does not contain this legal regulation at present.)

### *Absolute Business (Type business)*

The interpretation of the provision of § 262 section 4 does not seem easy today. One of the questions arising from the current version of § 262 section 4 of the Commercial Code is whether the conception of "absolute business" can still be used for relations regulated by the provision of § 261 section 3 of the Commercial Code, according to which the relations named in this paragraph are regulated by the third part of the Commercial Code, irrespective of the nature of the participants.

Let us remind that the so far used concept of *absolute business* does not express that the above mentioned relations would be regulated only by the Commercial Code. This would be in conflict with, among others, the provision of § 1 section 2 of the Commercial Code (scheme 1.). The concept of absolute business was to express that the mentioned relations will be absolutely, i. e. without fulfilling other conditions, always commercial-legal and will be principally regulated by the Commercial Code first, even though today they are also regulated by the provision of § 262 section 4. We follow the provision of § 1 section 2, only if some matters cannot be solved according to the commercial-legal provisions, they shall be resolved in accordance with the civil law provisions. In the event that such issues cannot be resolved in accordance with the civil law provisions, they shall be considered according to trade usage (commercial practice) and, in the absence of this, according to the principles upon which this Commercial Code is based. The provision of § 262 section 4, however, intersects even this regulation. The fact that these are always firstly commercial-legal relations (even though e. g. a non-businessperson will be responsible for the breach of obligation according to the Civil Code and this special provision will be used on the first place) does not change. The provision of § 261 section 3, says that "this part (understand the third one) of law regulates (irrespective of the nature of the participants) relationship of obligations" (which are mentioned here).

In this situation, those who will still use the term "absolute business" cannot be judged. Those who will do so should, however, point out (if suitable, with regard to their recipients, e. g. students or the general public) the above mentioned relevant regulations, above all § 1 section 2 and § 262 section 4. The pro of this solution is a preservation of continuity of the current terminology in legal articles, commentaries, etc. up to now. The con might then be a wrong understanding of the term as related to other than commercial-legal regulations which do intersect "absolute business", above all according to § 262 section 4.

We should value and respect the authors who search for a new term which would describe the character of relations regulated in § 261 section 3 in a better way. From such a point of view we should think of a suggestion of terms such as "type business" or "nominal business". Not even the authors of these terms will probably be able to avoid a notice that these relations were earlier called absolute business (term suitable e. g. for searching in lexicons etc.), whereas the term should express that the relations are initially commercial-legal and this is given by their concrete naming in § 261 section 3, while with relative business, conditions mentioned in the provision of § 261 section 1 or § 261 section 2 must be fulfilled so that these could be classified as business obligation relations, there is no enumeration in the Commercial Code. It should be suitable with certain



recipients (e. g. business sphere employees), they could be warned that these are not terms for contract definition and type contracts, they are, naturally, different terms. Mainly *type business* and *nominal business* form the contract types mentioned in § 261 section 3 and other mentioned obligations, i. e. obligation of the promise of compensation. Even with the terminology conception it is necessary to mention an intersection with § 262 section 4.

It is suitable to point out (especially while talking to non-lawyers), that not all contract types lie within the nominal (or type) business, but only those enumerated in § 261 section 3. When using new terminology, the use of the terms of the same category will not be possible. These will be absolute (the use of the Commercial Code is initial without fulfilling the conditions) or relative (with fulfilling the conditions). No matter if we use traditional or new terminology, we will have to at least comment on the other one.

### *Relative Business*

The provision of § 262 section 4 of the Commercial Code is an intersection, or, more precisely, it markedly penetrates all types of businesses (except for obligatory relations regulated by § 261 section 7, which, naturally, are not commercial-legal, even though they are regulated by § 261). Thus it also penetrates *relative business*.

Relative businesses, which are originally commercial-legal if given conditions are fulfilled, are usually divided, according to the limitation by § 261 section 1 and § 261 section 2, into: obligatory relations among businesspersons, if it is obvious from the beginning with regard to the circumstances that they refer to their enterprising activity, obligatory relations between the state (for this purpose, even state organisations that are not businesspersons are considered as a state when making contracts from a content of which it is clear that their aim is to satisfy public needs) or a municipality (here, Slovak Commercial Code mentions, apart from the above mentioned subjects, also a corporate body created by law as a public institution and apart from public needs it also mentions that these may as well concern the operation of the mentioned non-enterprising subjects itself) and businesspersons during their enterprising activity, if these concern securing of needs.

Even though the issue became more difficult with the use of the provision of § 262 section 4, the fact whether original commercial-legal regulation will be concerned is influenced by the conditions set in § 261 section 1 and section 2. For that reason, the used term *relative business* would not have to be changed,

which is considered to be favourable. This favourable situation does not exist in the case of the regulation set by § 261 section 6 in the first sentence. The original text of the Commercial Code sets that contracts among persons mentioned in § 261 section 1 and section 2, which are not regulated in chapter II. of the third part of the Commercial Code, are regulated only by the provisions of the Civil Code. That is why the term *absolute non-business* was used.

However, the today's version of § 261 section 6 in the first sentence sets that these contracts are regulated by relevant provisions on this type of contract in the Civil Code and the Commercial Code. Because the term *absolute non-business* thus can not be used any longer, there is a suggestion of using the term *varied business* or *combined business*. This is naturally fully possible, with a notice of the difference between *varied businesses* from the so-called mixed contracts. Perhaps another solution could be taken into account: such a type of business could be distinguished within *relative business*, because it concerns contracts between persons mentioned in § 261 section 1 and section 2 and is also regulated by the Commercial Code (even though it is at the same time also regulated by relevant provisions on this type of contract in the Civil Code).

A division according to another criterion would be added to the above mentioned division of relative business (divided according to set conditions into: 1. modified in section 1 § 261, 2. modified in section 2 § 261). Relative business could thus be divided into those with which we use: the *contract type from the Commercial Code* (naturally with the exception of the contract types mentioned in § 261 section 3), the so-called *unnamed contract made according to the Commercial Code* (see first sentence of § 269 section 2), and the *contract type from the Civil Code* (according to § 261 section 6).

#### *Civil-Legal Relations (Absolute Non-Business)*

The so-called *absolute non-business* of today are the contracts made in compliance with the provisions of § 261 section 7. This provision contains a brief text: the contract of insurance is regulated by the Civil Code and special laws.

We would welcome if the contract of insurance had the same conditions as other types of contract from the Civil Code (according to § 261 section 6). By naming it individually, the legislator did not want to express that it is a contract according to § 261 section 6 and that the only difference is that it is also regulated by special laws. Other contracts are also regulated by special laws. Probably it was only conceived as civil-legal (see professor J. Bejček in his quoted work and the commentary of professor J. Dedič et. al., and also the

commentary quoted in note 4 on the first place). The fact that it is a civil-legal contract does not seem to be a very systematic solution (which, after our discussion, cannot be motivated by a great number of existing contracts of insurance), but from the point of view of the valid legal regulation it must be respected.

### *Facultative Business*

Still, according to § 262 of the Commercial Code there is a possibility that parties may agree that their mutual obligations which are not listed in section 261 will be governed by this code. The used term *facultative business* could thus be preserved. The intersection of the provision of § 262 section 4 is then also valid for this type of business obligatory relations.

The questions mentioned can, naturally, be discussed and a hitherto argumentation of the authors that have commented on them can be considered correct. Where the problem is not only in a terminology but also in a use of legal regulations of individual directives (see provision § 261 section 7), there are, for the time being, no court decisions. (The Slovak Commercial Code of today does not contain § 261 section 7.) However, we do not suggest to make partial amendatory acts of the Commercial Code to find solutions for individual problems (not only those mentioned here) of the third part of the Commercial Code. It appears more suitable to devote time to re-codification.

## THE CONCLUSION OF COMMERCIAL CONTRACTS

Commercial contracts are concluded by entrepreneurs as well as non-business entities. Where entrepreneurs are not concerned, they are also subject to the regulation in Section 262 (4) of the Commercial Code (the provisions of par. 4 are not contained in Section 262 of the Slovak Commercial Code).

Civil contracts will be the case in other than the above-specified CASE (including contracts concluded pursuant to Section 261 (7) of the Commercial Code; the provisions of par. 7 are not contained in Section 261 of the Slovak Commercial Code).

The regulation of commercial contractual relationships is found in Part III of the Commercial Code, i.e. in Sections 261 to 755 of the Commercial Code. This regulation is in principle non-mandatory, i.e. the parties may derogate from

it or exclude it except for the so-called mandatory provisions that are in principle determined in Section 263 of the Commercial Code, namely the specific provisions are listed in par. 1 and defined in par. 2. There occur situations in the Commercial Code where individual provisions refer to the application of other provisions (whether accordingly or *mutatis mutandis*). In our opinion, it would be appropriate if non-mandatory provisions referred to the application of non-mandatory provisions and mandatory provisions to the application of mandatory provisions. However, there are also cases where non-mandatory provisions (not indicated in Section 263) refer to the application of mandatory provisions. We hold the view for these cases that such "non-mandatory" provisions can be neither excluded nor changed. We then refer to the so-called derived mandatory provisions.

The conclusion of contracts is regulated in the Commercial Code in Sections 269 to 275 under the heading Some Provisions on the Conclusion of Contracts, from which it clearly follows that we can find only a part of the regulation in the Commercial Code. The basis of the regulation consists in Sections 43 to 51 of the Civil Code and commercial contractual relationships are subject to what is otherwise stipulated in Sections 269 to 275 of the Commercial Code. The parties may:

- use a type of contract indicated in the Commercial Code in their commercial contractual relationships (for example, to conclude a purchase contract whose subject consists in goods, contract on sale of enterprise, contract for work, etc.);
- use a type of contract from the Civil Code (see Section 261 (6) of the Commercial Code) in case that the Commercial Code does not contain that type of contract (e.g. contract of mandate, purchase contract for real estate, general lease contract, etc.);
- conclude an innominate contract (see Section 269 (2) of the Commercial Code), i.e. one which is not a legal type of contract (e.g. contract on cooperation, contract on interaction, on joint activities, etc.);
- use a type of contract under a special regulation (e.g. on securities).

However, in commercial contractual relationships the parties may not use a type of contract from the Civil Code (see Section 1 (2) of the Commercial Code) if the relevant type of contract is stipulated in the Commercial Code (e.g. contract for work).

The basic rule to be fulfilled by the parties if they wish to conclude a contract is a *fundamental agreement on the entire contents of the contract*. An exception consists in the arising of contracts through expressing the consent to a draft contract by performing a certain act.

A special approach to the arising of a contract for commercial contractual relationships is stipulated in Section 275 (4) of the Commercial Code. The aforementioned provision indicates two groups of conditions. If at least one condition is fulfilled in each group, a contract also arises.

The first group of conditions is listed exhaustively as follows: 1. taking into account the contents of the proposal for conclusion of the contract or 2. as a result of a practice established between the parties; 3. taking into account the practices decisive under the aforementioned law.

The second group of conditions is listed non-exhaustively (the person for whom the draft is intended may express consent to the draft by performing a certain act): 1. e.g. by the dispatch of goods; 2. e.g. by payment of the purchase price.

Clearly, Section 275 (4) of the Commercial Code does not apply to cases where a contract arises in written form, but only to the arising of a contract through implicit action.

Thus, it may be an action, subject to fulfilment of one of the conditions in group 1, which fulfils a condition in group 2. Any action from which results acceptance of the draft, directly or indirectly, can be considered to be consent (fulfilment of a condition in group 2).

As regards contracts concluded according to a type of contract from the Civil Code (see Section 261 (6) of the Commercial Code), they must contain the so-called essential elements prescribed by the law for these individual contracts.

It is also necessary to accurately specify the parties.

*For the so-called innominate contracts* (pursuant to Section 269 (2) of the Commercial Code), it is necessary that in addition to accurate specification of the parties, the content of the obligation be agreed, i.e. that the rights and obligations of the parties are accurately defined. Title I, Part Three (i.e. general stipulation of obligations) shall be applied to innominate commercial contracts, but not (given the text in Section 269 (1) of the Commercial Code), without a contractual arrangement, the provisions from some type of contract (with similar contents). However, the application of such a regulation can be expressly agreed given the principle of freedom of contract.

Where the use of a type of contract under the Commercial Code is concerned, specific contracts must contain the so-called essential parts of contracts (see Section 269 (1)) defined in the basic provisions for each type of contract. A basic provision defines the essential parts of the contract, irrespective of whether it is titled as a basic provision (e.g. in a Purchase Contract or Contract for Work) or not (e.g. in a Mandate Contract or Sales Agency Contract). Basic provisions are the first provisions of the relevant types of contract under Title II., Part Three of the Commercial Code (e.g. the following essential parts are set for

a purchase contract: specification of the seller, his obligation to deliver the goods, specification of the goods, obligation of the seller to transfer ownership title to the goods, specification of the buyer, his obligation to pay the purchase price, and agreement on price – i.e. either indication of a fixed price or the manner of determination of the price unless the parties' will follows from the negotiations on conclusion of the contract that they intend to conclude the contract also without determining the purchase price; such will must be expressed according to the Slovak Commercial Code).

The types of contract are also stipulated in Title I. and III. of Part Three of the Commercial Code (see for example Preliminary Contract, Contract of Exclusive Sale).

Let us mention that an innominate contract concluded pursuant to Section 51 of the Civil Code cannot take place in commercial contractual relationships (the Commercial Code has its own stipulation of an innominate contract and this would therefore be contrary to Section 1 (2) of the Commercial Code).

*Written form is prescribed for the arising of some contracts*, e.g. contracts on accounts and contracts on the transfer of real estate (the display of will must be on a single deed and the ownership title to the real estate passes upon registration in the Land Registry in case of contracts on the transfer of real estate) or, as appropriate, an arrangement stipulated in a special regulation (for example for a licence contract concerning subjects of industrial property, if so stipulated by a special regulation, registration in the relevant register of such rights is required for the exercise of the right provided on the basis of the contract).

Written form may also be chosen by the parties – where it is not prescribed by law. If the contract is concluded in writing and should also be amended in writing, this should be expressly agreed (see Section 272 of the Commercial Code). Unless a minor matter is concerned, we can only recommend that a contract be concluded in writing also in cases where written form is not prescribed by the law.

In general, it is suitable to incorporate *provisions on the sense and purpose of the contract* in commercial contracts. This can be helpful in determining the characteristics of goods by type where they are not defined in the contract; it is also possible to use provisions on frustration of the purpose of the contract; the use of provisions on predictability of contractual damage (in breach of the contract) can help in exercising the right to abridge a contractual fine, etc.

It can also be recommended that *the terms used in the contract be defined* or that the contract contain a reference to Section 264 (2) of the Commercial Code and a contractual arrangement that the content of the used terms is determined by business practice.

Legal security instruments (e.g. contractual fine, arrangement of a warranty or bank guarantee, etc.) can be used in contracts or a commercial procedure can be used that will increase the security of performance (e.g. payment by a letter of credit).

It can also be recommended that arrangements be included on invoicing, if appropriate, and arrangements on payment and on agreeing a suitable amount of default interest in case of delay in the performance of a pecuniary obligation.

It is also possible to agree on price (see Section 473 of the Commercial Code) and currency clauses (see Section 744 of the Commercial Code).

It is also possible to agree on the so-called arbitration clause (see Act No. 216/1994 Coll.) permitting that a dispute between the parties due to disagreements on property be resolved by an arbitrator or arbitration court (see [www.soud.cz](http://www.soud.cz)).

If a contract refers to annexes (which it declares to be an integral part of the contract), it should be noted that the specific reference should be made before execution and there is no doubt that the annexes should exist at the moment of execution of the contract.

A part of the content of a contract can also be determined by virtue of a reference to business terms and conditions (Section 273 of the Commercial Code) and the clauses stipulated in the applied interpretation rules (Section 274 of the Commercial Code) can also be used.

## FINDINGS FROM THE COMPANY SECTOR

In our opinion, the positive course of business transactions (without averse effects), the implementation and, where appropriate, the application of legal provisions is limited particularly by the quality of legal regulations, quality of contract and proper documentary evidence on the course of performance of the contract and speed and quality of dispute resolution.

The aforementioned preconditions of successful implementation and application of law therefore include qualified conclusion of contracts (clear, comprehensible, definite) and documentary evidence on the course of performance of the contract within the capabilities of the parties subject to commercial law.

Choice of business partner and proper security instruments have decisive importance. We should try to avoid "typical shortcomings" in the conclusion of contracts.

We often ascertain that the agreements made between the parties are not in accordance with the law or are not chosen very suitably. However notorious this

issue may be, a number of shortcomings occur repeatedly. It should be pointed out that a considerable proportion of contracts suffer from shortcomings already in the specification of the parties.

Entrepreneurs tend to indicate various identifications that are not in accordance with the law. In reality the procedure under Section 8 et seq., particularly Section 13a of the Commercial Code should be employed. It is not unusual that the entire content of the contract fails to be agreed upon (we do not mean cases where it is agreed that if an unimportant part of the contract is not agreed upon, this shall not prevent the arising of the contract) or even important parts of the contract are missing. Another equally important issue consists in the use of undefined terms and abbreviations. It should be recommended to parties that they devolve the terms appearing in the contract (those that are not contained in the terminology of legal regulations) in the recitals of the contract; the same applies to abbreviations.

If the terms and abbreviations appear as they have come to be used, they can be introduced in the contract with the indication that the contents of the terms (and the corresponding rights and obligations of the parties) correspond to business practice pursuant to Section 264 (2) of the Commercial Code.

References to repealed provisions of former regulations are often made in contracts concluded subject to the effect of the Commercial Code. It should again be recommended here that the parties explicitly specify that repealed provisions are concerned and that they intend to observe them on the basis of the contractual covenants. It is even more appropriate if they incorporate in the contract the specific text without the aforementioned references.

Our practical findings suggest that rather often the subject of performance is not appropriately agreed upon.

Sometimes the subject of performance is "open-ended", the scope of performance is not accurately defined, and there are references to various underlying documents that either do not exist at the time of execution of the contract or are not sufficiently specified. Additional detailing (e.g. through supplements) is provided for in the contract.

A "non-demarcated" subject of performance, if the contract arises at all, results in disputes. Accurate references to documentation (designs) should therefore be recommended, and where the documentation would not resolve the relevant issues, specification by virtue of a detailed verbal description should be used. Purchase contracts and contracts for work are concluded most often.

The basic provision of a purchase contract and a contract for work stipulates, *inter alia*, that the buyer – client agrees to pay the price. The price must be agreed on in the contract or at least the manner of its determination must



be stipulated, unless the parties' intention to conclude the contract without such stipulation follows from the negotiations on conclusion of the contract.

Thus, price may also be agreed on in that at least the manner of its determination is stipulated in the contract, e.g. by using a calculation formula or by virtue of a reference to a budget.

Taking into account the specific business partner, it is also suitable to choose legal or commercial security instruments (e.g. contractual fines, agreement on the right of pledge/mortgage, warranty, reservation of ownership title, agreement on a deposit, agreement of partial performance and partial invoicing).

The potentiality of future bankruptcy of the business partner should be borne in mind in agreeing a contract and, if bankruptcy materialises, the options given by law should be used, particularly, under the conditions stipulated by law, withdrawal from contracts, contestability, separated settlement, denial of the receivables of other creditors and exclusion of an object from the bankrupt's assets.

We hold the view that where at least the basic rules fail to be respected in the conclusion of contracts, the contracts are implemented in an improvised manner, with additional detailing and an adverse overall result.

## DE LEGE FERENDA REGULATION

*De lege ferenda*, we can draw inspiration from international conventions and national regulations in countries that admit "freer" contracting. For example, if the acceptor approves all the essential parts of the contract and proposes changes in some non-essential parts, e.g. through reference to some business terms and conditions, then, if the offerer fails to express his disagreement in time, it is deemed that the contract was concluded in the wording expressed by the acceptant. It is possible to consider inclusion of the aforementioned solution also with respect to the domestic regulation of commercial contractual relationships.

In the area of contracting, we should also draw inspiration from the so-called Common Frame of Reference and the academic Draft Common Frame of Reference, which is an important European output on the pathway to further harmonisation of these issues.

Extensive activities have been performed in Europe aimed at creating a common platform for the field of contract law, with the result of the so-called Common Frame of Reference, which exists today in the form of an academic draft.

An increasing number of publications have recently appeared in the Czech Republic that deal with the aforementioned academic Draft Common Frame of Reference (DCFR). The document is divided into parts designated as books.

The authors state that the presented draft (analogically to previous similar outputs) in many respects exceeds the boundaries of contract law. This applies, on the one hand, to the provisions on legal acts in general, and on the other hand, the document includes a wide range of provisions falling within the broader law of obligations, such as non-contractual obligations (compensation for damage, unjustified enrichment, etc.). Finally, rights to movable assets, such as transfer of ownership, the securing of property or trust law – which is often neglected in the Czech Republic – are to be incorporated in DCFR.

Book I. contains only a few provisions, which serve mainly as instructions for use of the document. The results of the work of the Commission on European Contract Law, i.e. PECL, have been included in Books II. and III., and from our perspective they contain the general part of the law of obligations.

General Provisions (Chapter 1) were included in Book II. "Contracts and Other Judicial Acts", including the autonomy of parties, usages and practices, form of legal acts, mixed contracts, etc.

Book III. is concerned with obligations and their corresponding rights. It contains definitions and some general principles, including good faith, nondiscrimination, etc. Chapter 2 deals with performance, i.e. the place, time of performance, alternative methods, performance entrusted to another, methods of payment, performance not accepted, costs of performance. Chapter 3 is dedicated to the consequences of non-performance, i.e. delay.

Books IV. to X. are based on the outputs published earlier within the PEL series and in fact they form a "special part" of the law of obligations. In its final form, the Code should include Specific Contracts and the Rights and Obligations Arising from them (Book IV), Benevolent Intervention in Another's Affairs (Book V), Non-contractual Liability for Damane (Book VI), Unjustified Enrichment (Book VII), Acquisition and Loss of Ownership of Goods (Book VIII), Proprietary Security in Movable Assets (Book IX), and Trusts (Book X).

However, out of these books, only the extensive Book IV. has been published, which includes our entire understanding of contract types including Personal Liability, where it is anticipated that the book is not complete and may be extended with additional types of contracts, particularly loan, credit, etc. In addition to this, only books V., VI. and VII. have been published.

Dr KAREL MAREK,  
Docent Pravnog fakulteta MU  
Brno, Češka Republika

OPŠTA PITANJA TRGOVINSKOG PRAVA  
I ZAKLJUČIVANJA TRGOVINSKIH UGOVORA  
U ČEŠKOJ REPUBLICI

Rezime

U radu se objašnjava, kada je u pitanju pravno regulisanje trgovinskopravnih odnosa u Češkoj Republici, koji se odnosi uređuju u Trgovinskom zakoniku iz 1991, ali i sa aspekta Građanskog zakonika. Nabrajaju se pojedine vrste trgovinskih obligacionih odnosa na osnovu ovog zakonika i daje se osvrt na pitanje efikasnosti njegovih pravila.

Osvetljavaju se pravna pravila koja se odnose na zaključivanje ugovora. Posebna pažnja se poklanja analizi evropskog tzv. Zajedničkog referentnog okvira i formulišu se predlozi *de lege ferenda* u pogledu zaključivanja ugovora u pravu Češke Republike.



KATARINA JOVIČIĆ,  
SLOBODAN VUKADINOVIĆ

## PRAVILA ZA REGULISANJE MEĐUNARODNE POSLOVNE OPERACIJE

### U V O D

Međunarodna poslovna operacija<sup>1</sup>, kao generički naziv za različite pravne poslove koji se zaključuju u savremenim međunarodnim poslovnim odnosima, može biti uređena pojedinim ili kombinovanim pravilima, kako onima sadržanim u nacionalnim, međunarodnim i autonomnim izvorima prava, tako i onima koje ugovorne strane same ustanovljavaju za regulisanje međusobnih prava i obaveza. Pored ugovora, u savremenom pravnom životu postoje čitave grupe izvora prava koji pretenduju da regulišu međunarodnu poslovnu operaciju. To su: međunarodne multilateralne konvencije i sporazumi kojima se unifikuju koliziona i/ili materijalna pravila iz domena međunarodnog poslovnog prava, građanski i trgovinski zakonici i zakoni koji sadrže nacionalna koliziona i materijalna pravila, nacional-

---

Mr Katarina Jovičić, istraživač saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd.  
Slobodan Vukadinović, saradnik u nastavi Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu.

<sup>1</sup> »Ovaj termin bi trebalo da označi osnovni predmet, objekat međunarodnog poslovnog prava. To bi trebalo da bude pandan privrednom poslu domaćeg privrednog prava.« Đurović, R., *Međunarodno privredno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 2004, str. 244. Profesor Đurović ističe da, po pravilu, međunarodna poslovna operacija, iako predstavlja jednu celinu i jedinstvo poslovnog odnosa, sadrži tri sastavna dela (koji se mogu uočiti i pratiti prema njihovom nastajanju i pravnom dejstu): trgovinska operacija, međunarodna plaćanja i međunarodni transport. O međunarodnoj poslovnoj operaciji videti detaljnije: Đurović, R., op. cit., str. 244–247.

ni propisi javnog prava (koji na posredan ili neposredan način regulišu poslovne operacije sa elementom inostranosti), bilateralni međudržavni sporazumi i autonomno pravo međunarodne trgovine, koje obuhvata: kodifikovana pravila međunarodnih organizacija, tipske ugovore i opšte uslove poslovanja, trgovačke običaje i uzanse, a sve veći značaj ima i arbitražna praksa.<sup>2</sup> Ovom spisku treba dodati i doktrinu međunarodnog trgovinskog prava, koja daje važan doprinos ovoj oblasti, a danas i: pravne vodiče, modele zakona, kao i Načela evropskog ugovornog prava i UNIDROIT načela međunarodnih trgovinskih ugovora.

### UGOVORNA PRAVILA I MERODAVNO NACIONALNO PRAVO

Ugovor, kao saglasnost izjavljenih volja da nastane pravno dejstvo, jeste osnovni i najvažniji izvor pravila kojim se može regulisati međunarodna poslovna operacija.<sup>3</sup> Strane ugovornice, kroz ugovor, samostalno uređuju svoje međusobne odnose zahvaljujući načelu autonomije volje<sup>4</sup>, koje ima svoj građanskopravni i koliziorni aspekt. Građanskopravni aspekt autonomije volje može se sagledati kroz nekoliko vidova. Najpre, svaki poslovno sposobni pravni subjekt je slobodan da samostalno odlučuje da li će zaključiti ugovor i sa kim će ga zaključiti. Drugi aspekt autonomije volje podrazumeva pravo subjekata da samostalno određuju sadržinu ugovora, tj. slobodu da kreiraju ugovorni odnos i preuzimaju ugovorne obaveze<sup>5</sup> prema sopstvenim potrebama i interesima. U savremenom međunarodnom poslovnom okruženju značajan vid autonomije volje je i pravo subjekata da slobodno kreiraju nove tipove ugovora<sup>6</sup>, koji do tada nisu bili

---

<sup>2</sup> Videti detaljnije: Mitrović, D, Izvori prava i pravila koji regulišu međunarodnu trgovačku kupoprodaju, u: *Pravni opus – izbor iz radova 1957–2007*, Beograd, 2007, str. 97–103.

<sup>3</sup> U skladu sa poznatim načelom: *Pacta sunt servanda*.

<sup>4</sup> O načelu autonomije volje videti: Nygh, P., *Autonomy in International Contracts*, Oxford University Press, 1999; Burton, S., *Principles of Contract Law*, West Publishing, 1995, str. 1–102, 372–484, 565–626; Vodinelić, V., *Gradansko pravo – Uvodne teme*, Nomos, Beograd, 1991, str. 60–63; Perović, S., *Obligaciono pravo*, Službeni list SFRJ, Beograd, 1990, str. 153–182; Radišić, J., *Obligaciono pravo Opšti deo*, Nomos, Beograd, 2000, str. 73–78.

<sup>5</sup> Ova sloboda nije ograničena samo na ugovaranje obaveza, već je dopušteno dogovarati se i o posledicama njihovog neizvršenja. Na primer: uslova pod kojima se ugovor automatski raskida (bez potrebe da ga ugovorna strana svojom izjavom raskine), posledicama raskida ugovora, itd.

<sup>6</sup> Koristeći se slobodom ugovaranja i autonomijom volje koje dopuštaju prilagođavanje ugovora sopstvenim potrebama, strane nekada kreiraju nove vrste ugovora.

poznati ili nisu regulisani zakonom. Njihova sadržina može biti potpuno nova ili može predstavljati kombinaciju već postojećih ugovora. Neretko ovi, do tada neimenovani, ugovori dobijaju i nove nazive (npr. ugovori o ekskluzivnoj distribuciji robe<sup>7</sup> i sl.) i mogu da posluže drugima kao modeli ugovora, tako što će ih prihvatiti u celosti ili prilagoditi potrebama konkretnog posla.

Sloboda određivanja sadržine ugovora, međutim, nije apsolutna i izbor strana mora biti u skladu sa prinudnim propisima merodavnog prava. To znači da one mogu da kreiraju sopstveni ugovor samo umesto dispozitivnih pravnih normi merodavnog prava. Ovde su od značaja nacionalni trgovački zakonici i zakoni, a u pravnim sistemima u kojima je primenjeno načelo jedinstvenog regulisanja građanskopravnih i privrednopravnih ugovornih odnosa (kao što je slučaj u našem<sup>8</sup>, te je relevantan izvor Zakon o obligacionim odnosima) od značaja su građanski zakonici, odnosno zakoni.

Treba imati u vidu i kolizioni aspekt autonomije volje, koji podrazumeva da strane mogu samostalno da odrede pravo koje će se primeniti na njihov ugovor i to može biti neko nacionalno pravo, autonomno pravo međunarodne prodaje (pozivanjem na tipske ugovore, opšte uslove poslovanja i druge izvore), međunarodni ugovor i dr. U vezi sa određivanjem merodavnog prava za ugovor otvaraju se brojna pitanja koja spadaju u domen izučavanja međunarodnog privatnog prava<sup>9</sup>. Ako bi ugovorne strane odredile kao merodavno za ugovor neko nacionalno pravo, onda se kao prvo postavlja pitanje da li njihov izbor obuhvata celokupno strano pravo (*in toto*), bez obzira na to da li su u pitanju norme javnopravnog ili privatnopravnog karaktera. Ovo pitanje veoma je aktuelno baš kod

---

<sup>7</sup> Videti: Parivodić, M., *Ugovor o ekskluzivnoj distribuciji robe u pravima Jugoslavije i Evropske unije*, Službeni list SRJ, Beograd, 1996.

<sup>8</sup> O načelu jedinstvenog regulisanja ugovornih odnosa u našem ZOO, videti: Perović, S., op. cit., str. 50–53.

<sup>9</sup> Najčešći ugovor međunarodnog poslovnog prava je ugovor o međunarodnoj prodaji robe. Određivanje merodavnog prava za ovaj ugovor vrši se na različite načine i to prema klasičnim pravilima međunarodnog privatnog prava, čija je svrha određivanje nadležnog nacionalnog materijalnog prava za regulisanje ugovora u pitanju. Kako ovaj rad ne pretpostavlja jednu takvu analizu, tako se njome ovom prilikom nećemo detaljnije baviti, već upućujemo na radove koji se posebno bave ovim pitanjem. Vidi detaljnije: Mitrović, D., *Pravo nadležno za regulisanje međunarodne trgovačke kupoprodaje*, u: *Pravni opus – izbor iz radova 1957–2007*, Beograd, 2007, str. 47–74; Knežević, G., *Merodavno pravo za trgovački ugovor o međunarodnoj prodaji robe*, Beograd, 1989. O kriterijumima i merilima koja kvalifikuju prodaju robe međunarodnom, pitanju punovažnosti i merodavnom nacionalnom pravu za ugovor o međunarodnoj prodaji robe, videti: Vukadinović, S., Jovičić, K., *Kriterijumi kvalifikacije ugovora o međunarodnoj prodaji robe i pitanje merodavnog prava*, u: *Strani pravni život 2/2010*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2010, str. 177–208.

međunarodnih poslovnih operacija zbog postojanja zaštitnih, imperativnih propisa o uvozu i izvozu robe kojima države štite svoje nacionalne ekonomije<sup>10</sup> (na primer, carinski i devizni zakoni kao i drugi propisi koji imperativnim normama neposredno ili posredno regulišu pitanja robne razmene sa inostranstvom), a koji uređuju taj ugovor i javnopravnog su karaktera. Zbog toga je potrebno da se i određene javnopravne norme stranog prava uzmu u obzir, a koje su to norme nije moguće unapred uopšteno odrediti već se mora procenjivati u svakom konkretnom slučaju<sup>11</sup>.

### PRAVILA SADRŽANA U MEĐUNARODNIM KONVENCIJAMA

Ideja da se određena pitanja ugovora putem kojih se ostvaruje međunarodni poslovni promet rešavaju međudržavnim sporazumima nije lako zaživela. Bilo je potrebno da prođe dugo vremena da bi se takva inicijativa pokrenula, a još i više da ona bude realizovana<sup>12</sup>. To i ne čudi ako se ima u vidu da se uslovi i okolnosti pod kojima se odvijaju međunarodne poslovne operacije brzo menjaju, dok je za pripremu i usvajanje jedne međunarodne konvencije potrebno dosta vremena. Zbog toga konvencija, neretko, već u momentu stupanja na snagu biva zastarela, a činjenica da od njenog usvajanja pa do stupanja na snagu proteknu godine dodatno nepovoljno utiče na njenu aktuelnost. Pored toga, treba imati u vidu i da međunarodne konvencije, po pravilu, ne uređuju sva pravna pitanja u vezi sa ma-

---

<sup>10</sup> O pojavi neoprotekcionizma, njegovim razlozima i procesu trgovinske liberalizacije, videti, sa upućivanjem: Dašić, D., *Principi internacionalne ekonomije*, Beograd, 2007, str. 116–117 i 131–143.

<sup>11</sup> Videti: Sajko, K., *On role of Public Law in the Private International Law*, jugoslovenski izveštaj na 12. Međunarodnom kongresu za uporedno pravo, Sidnej, Melburn, 1986. godine, str. 40.

<sup>12</sup> Tako se, na primer, inicijativa za izradu međunarodne konvencije o ugovoru o međunarodnoj prodaji robe (osnovnog i najčešćeg ugovora međunarodnog poslovnog prometa) pojavila između dva svetska rata, sa ambicijom da se konvencijom postave ne samo pravila o određivanju nadležnog nacionalnog prava za rešavanje spornih pitanja, već i pravila koja regulišu pomenuti ugovor supstancijalnim normama. Ova inicijativa realizovana je u vidu međunarodne konvencije koja je široko prihvaćena tek Konvencijom Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe iz 1980. godine (poznatija kao Bečka konvencija, »Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori«, br. 10/1 iz 1984. godine) koja je u značajnoj meri preuzela rešenja Haških jednobraznih zakona iz 1964. godine. Pored ovih, kao značajnu navodimo i Konvenciju o merodavnom pravu za ugovorne obaveze, koja je usvojena 19. juna 1980. godine u Rimu i primenjuje se u Evropskoj uniji.



terijom koju regulišu, te da kod svake od njih treba, kao posebno pitanje, razmatrati polje primene.

Države koje ratifikuju međunarodne konvencije mogu učiniti rezerve u pogledu pojedinih članova koji im ne odgovaraju i samo njene delove ugraditi u svoje nacionalne pravne sisteme. Sem toga, ovi pravni akti su, po pravilu, dispozitivnog karaktera, tj. primenjuju se na dati ugovorni odnos samo kada ugovorne strane ne isključe njihovu primenu.<sup>13</sup> Zbog toga se *prima facie* čini da ima čvrstih argumenata koji ukazuju na manji značaj ovih izvora međunarodnog poslovnog prava.

Uprkos tome što navedeni prigovori nisu bez osnova, smatramo da se jačim argumentima može braniti stav da međunarodne konvencije jesu značajan izvor pravila za ugovore putem kojih se realizuju međunarodne poslovne operacije i to iz najmanje dva razloga. Prvo, sudovi država koje su ratifikovale određenu konvenciju dužni su da je primenjuju kao deo svog unutrašnjeg prava, a tu obavezu imaju i arbitri kada rešavaju spor primenom nacionalnog prava države koja joj je pristupila. Drugo, čak i kada primena konvencije nije obavezna na osnovu ratifikacije, ona ipak može regulisati ugovor u meri u kojoj se njena rešenja baziraju na trgovačkim običajima i opštim načelima međunarodnih trgovinskih ugovora. Ovaj uticaj posebno je izražen u arbitražnim postupcima u kojima se odlučuje primenom pravila sadržanih u navedenim izvorima. Arbitri svoje odluke dodatno obrazlažu pozivanjem na određenu konvenciju koja predstavlja ugledni međunarodni izvor prava, ukazujući da bi i primenom te konvencije spor bio rešen na isti način. Budući da se veliki broj trgovinskih sporova rešava u postupcima pred arbitražama, smatramo da se ne bi moglo uspešno braniti shvatanje da međunarodne konvencije, čak i kao posredni izvori prava, ne doprinose harmonizaciji i unifikaciji u oblasti međunarodnog poslovnog prava.

Međunarodne konvencije ne treba poistovećivati sa *model zakonima*, koji se takođe donose na međunarodnom planu. Oni, za razliku od konvencija koje aktom ratifikacije postaju deo unutrašnjeg pravnog poretka, služe kao modeli za izradu nacionalnih propisa.<sup>14</sup> Model zakon može se preuzeti u celosti i usvojiti kao nacionalni propis ili se, što je češći slučaj, pojedina njegova rešenja mogu preuzeti i ugraditi u zakone. Zbog toga ovi izvori prava, za razliku od međunarodnih konvencija, u većoj meri doprinose harmonizaciji nego unifikaciji nacionalnih propisa u oblastima za koje se donose.

---

<sup>13</sup> Tako se, na primer, voljom ugovornih strana može isključiti primena Bečke konvencije u potpunosti, kao i izmeniti bilo koja odredba Konvencije.

<sup>14</sup> Na primer, Model zakon o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži koji je usvojio UNCITRAL 1985. godine; Model zakon o elektronskoj trgovini, UNCITRAL, 1996. godine; Model zakon o konkurenciji, UNCTAD, 2004. godine i dr.

## OBİČAJNA PRAVILA

Običaji se stvaraju u svim oblastima društvenog života i oni se formiraju ponavljanjem određenog ponašanja tokom dugog vremenskog perioda, usled čega se postepeno razvija svest o obaveznosti postupanja na jedan način u istim ili sličnim situacijama.<sup>15</sup> U poslovnom ili trgovinskom pravu, takođe, običajna pravila nastaju spontano i postepeno<sup>16</sup> mada, u ovoj oblasti, nije uvek nužno da prođe dugo vremena da bi se jedno ponašanje ustalilo. Ovo stoga što su promene u trgovini brze i česte, zbog čega nije neobično da se običaj formira i na osnovu određenog ponašanja koje se praktikuje u kraćem vremenskom periodu.<sup>17</sup>

Kada su običajna pravila u skladu sa važećim propisima, tada je to povoljno za primenu jednih i drugih, pogotovu ako običaj uređuje neko pitanje koje nije uređeno zakonom, a trebalo je biti, kada se na osnovu njega mogu rešiti pravne praznine<sup>18</sup>. Međutim, običajno pravilo može biti i u suprotnosti sa zakonom, pa ako je tako onda treba razlikovati dve situacije, prema tome da li je ono suprotno dispozitivnim ili imperativnim zakonskim odredbama. U prvom slučaju, »u većini savremenih nacionalnih zakonodavstava trgovačkim se običajima daje prednost pred dispozitivnim pravnim normama«,<sup>19</sup> zbog čega su oni na višem hijerarhijskom mestu u sistemu izvora prava za trgovačke transakcije od tih zakon-

---

<sup>15</sup> »Da bi jedno ustaljeno ponašanje moglo biti kvalifikovano kao običaj potrebno je da budu ispunjeni sledeći uslovi: da se vršenje ili nevršenje određenih radnji ili postupaka ponavlja dovoljno često, stalno i jednolično, i da postoji uverenje odnosno svest da se radi o opšteobaveznom pravilu ponašanja.« Vedriš, M., Klarić, P., *Gradansko pravo*, Narodne novine, Zagreb, 2003, str. 21. U teoriji se, ponekad, pravi razlika između običaja, s jedne, i običajnog prava, s druge strane. Tako je za običajna pravila karakteristična svest o celishodnosti njihove primene, dok se pravni običaji od njih razlikuju po tome što ih prati svest o obaveznosti primene. Ipak, kako u Zakonu o obligacionim odnosima više nema razlikovanja između običaja i običajnog prava, čini se da ovo razgraničenje može i da izostane budući da je njegov značaj više teorijski. O ovome videti detaljnije: Vasiljević, M., *Poslovno pravo*, Udruženje pravnika u privredi Jugoslavije, Beograd, 2001, str. 13–14.

<sup>16</sup> Na početku je, obično, reč o poslovnom ponašanju određenih uglednih preduzeća, koje potom prerasta u uobičajenu praksu u datoj oblasti trgovine, a zatim postaje trgovački običaj koji dobija snagu izvora prava. Goldštajn, A., *Commercial Usage as the Source of the Law of International Trade*, Mélange Fragistas, Solun, 1967, str. 391 i dalje.

<sup>17</sup> O ovome detaljnije: Goldštajn, A., *Pravo međunarodne kupoprodaje*, Informator, Zagreb, 1963, str. 20–21.

<sup>18</sup> Trgovci, po pravilu, poštuju običaje svoje struke i podrazumeva se da žele da se njihov ugovorni odnos uredi u skladu sa njima, čak i onda kada to ne naglase posebno u ugovoru. Lew, J., *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Njujork, 1978, str. 366.

<sup>19</sup> Vukmir, B., Lex mercatoria u novome pravnom okruženju, u: *Pravo i porezi*, br. 3, 2005, str. 25–26, navedeno prema: Zubović, A., Primjena trgovačkih običaja, u: *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 27, 2006, str. 315.

skih odredbi.<sup>20</sup> U drugom slučaju, ako je običaj suprotan imperativnim normama merodavnog prava, reč je o običaju *contra legem* i uprkos različitim mišljenjima u pravnoj teoriji<sup>21</sup>, smatramo da u ovoj situaciji običaj ne može *de iure* da derogira imperativne norme. *De facto* situacija može biti potpuno različita: »u svakoj zemlji se navode primeri zakona koje više niko ne poštuje iako nikada nisu ukinuti, dok sudovi kada su prinuđeni da se izjasne nisu spremni da izreknu prestanak ovih zakona izobičajavanjem, što je dalo povoda za tvrdnju da život ipak ubija zakone, ali je bolje da se o tome ne govori«<sup>22</sup>.

Kada je o običajnim pravilima reč, tada se kao veoma važno postavlja pitanje da li ona obavezuju strane na određeno ponašanje nezavisno od toga što one za njihovo postojanje nisu znale, ili samo onda kada im je sadržina pravila bila poznata. Pravna teorija se ne slaže oko ovog pitanja i s tim u vezi postoje dve teorije: subjektivna i objektivna. Subjektivna teorija je starija i primenu običaja uslovljava činjenicom da je on stranama bio poznat ili im nije mogao ostati nepoznat, dok suprotno shvatanje karakteriše objektivnu teoriju, po kojoj je dovoljno da jedan običaj postoji i da je opšte poznat da bi na obavezujući način regulisao jedan poslovni odnos.

Upoređujući obe teorije smatramo da objektivna teorija o primeni običaja ima smisla kada ugovor zaključuju trgovci, lica koja se profesionalno bave trgovinskom delatnošću i koja moraju poznavati pravila struke.<sup>23</sup> S druge strane, ako ugovor zaključuju lica od kojih makar jedno nije trgovac, onda bi u tim slučajevima primerenije bilo primeniti subjektivnu teoriju i uzeti u obzir i činjenicu da su

---

<sup>20</sup> Suprotno u članu 1107. stav 3. domaćeg Zakona o obligacionim odnosima (»Službeni list SFRJ«, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, »Službeni list SRJ«, br. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99, 44/99). »Ako su opšte ili posebne uzanse ili drugi trgovinski poslovni običaji suprotni dispozitivnim normama ovog zakona, primenjujuće se odredbe ovog zakona, osim ako su strane izričito ugovorile primenu uzansi, odnosno drugih trgovinskih poslovnih običaja«. Na osnovu toga se zaključuje da običaji, u našem pravu, nisu na višoj lestvici u odnosu na dispozitivne odredbe zakona u hijerarhiji izvora prava i biće primenjeni na ugovorni odnos samo i onda kada se strane izričito na njih pozovu.

<sup>21</sup> Detaljnije, sa upućivanjem, videti: Stanković, O., Vodinelic, V., *Uvod u građansko pravo*, Beograd, Nomos, 2004, str. 42–48.

<sup>22</sup> Stanković, O., Vodinelic, V., op. cit., str. 44.

<sup>23</sup> Na istom stanovištu je i Goldštajn kada tvrdi: »ako jedna ugovorna strana pretpostavlja primenu trgovačkog običaja jer ga zna i po njemu se ravna, ona može očekivati takvo ponašanje i od druge ugovorne strane, budući da bi došla u neravnopravan položaj prema onima koji ulaze u ugovorne odnose nedovoljno stručno«. Goldštajn, A., *Prolegomena Zakonu o obveznim odnosima*, u: Goldštajn, A., Barbić, J., Vedriš, M., Matic, Ž., *Obvezno pravo*, prva knjiga, II izmenjeno i dopunjeno izdanje, Informator, Zagreb, 1979. godine, str. 55, navedeno prema: Zubović A, Primjena trgovačkih običaja, u: *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, br. 27, 2006, str. 314.

ugovorne strane znale ili im nije moglo ostati nepoznato postojanje određenog običaja.<sup>24</sup>

Običaji se u uporednom pravu retko definišu zakonima, a u nacionalnim pravima, na primer, francuskom<sup>25</sup>, engleskom<sup>26</sup> američkom<sup>27</sup> i srpskom<sup>28</sup> nisu jedinstveno određeni. Prihvataju ih i međunarodni ugovori kojima se uređuju pojedini ugovori ili druga pitanja međunarodnog poslovnog prometa, na primer, Haški Jednoobrazni zakon o zaključenju ugovora o međunarodnoj prodaji robe<sup>29</sup> i Bečka konvencija.

U slučaju neslaganja običaja sa odredbama Jednoobraznog zakona, prednost je data običajima pod uslovom da ih strane ugovornice nisu isključile svojim ugovorom<sup>30</sup>, a Bečka konvencija predviđa da pravila običaja obavezuju ne samo kada je njihova primena izričito ugovorena, već i nezavisno od toga pod uslovom da je reč o »...običaju koji im je bio poznat ili morao biti poznat i koji je široko

<sup>24</sup> Ovo rešenje sadrži, na primer, Zakon o obveznim odnosima Republike Hrvatske (član 12), »Narodne novine«, broj 35/05.

<sup>25</sup> Deo francuske teorije razlikuje pojmove *coutume* i *usage*, u smislu da prvi predstavljaju trgovačke običaje koji su nastali dugotrajnim ponavljanjem i za koje se formirala svest o obaveznosti njihove primene, dok drugi predstavljaju običaje lokalnog karaktera, vezane za pojedinu struku ili za posebno, lokalno tržište. Ovo razlikovanje, međutim, danas je izgubilo praktični značaj pošto se i jedni i drugi upotrebljavaju sa jednakom važnošću pred arbitražama i sudovima, te treba uzeti da je reč o sinonimima, a ne o različitim pojmovima.

<sup>26</sup> U Engleskoj običaji i običajno pravo imaju veoma veliku ulogu u regulisanju trgovinskih odnosa. Za običaje se upotrebljavaju termini *custom* i *usage*, dok se trgovački običaji označavaju i terminom *trade custom*. Između termina *custom* i *usage* teško je odrediti razlike: za *custom* se traži da bude razuman (*reasonable*), izvestan (*certain*) i notoran (*notorious*), da je proveren i da postoji od pamtiveka (*from time immemorial*), dok se za trgovačke običaje (*trade usages*) to ne traži, već je potrebno samo da su priznati od sudova u nekom precedentu, a ako to nije slučaj onda stranka koja se na njih poziva treba da dokaže da oni postoje.

<sup>27</sup> U američkom pravu se za trgovinske običaje upotrebljava termin *usage*. Jednoobrazni trgovački zakonik SAD (*Uniform Commercial Code*) je poseban po tome što sadrži definiciju trgovačkog običaja i određuje da je to »...svako postupanje ili način poslovanja koje se normalno poštuje u nekom mestu, struci ili poslovanju tako da se opravdano može očekivati da će se poštovati i u vezi s datim poslom.« (*Uniform Commercial Code*, § 1-205(2) ) Na osnovu izloženog se zaključuje da običaji utiču na ugovorni odnos stranaka čak i kada one nisu izrazile eksplicitnu volju u tom smislu.

<sup>28</sup> Običaje kao izvor prava poznaje i naš Zakon o obligacionim odnosima u kome je propisano da su učesnici u obligacionim odnosima dužni da u pravnom prometu postupaju u skladu sa dobrim poslovnim običajima. Dobri poslovni običaji ispoljavaju se, pre svega, u oblasti prometa roba i vršenja usluga, a najčešći su u trgovinskim odnosima zbog čega se nazivaju još trgovinskim ili poslovnim običajima.

<sup>29</sup> *Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods*, usvojen je u Hagu 1964. godine.

<sup>30</sup> Član 9. stav 2. Jednoobraznog zakona.

poznat u međunarodnoj trgovini i redovno ga poštuju ugovorne strane u ugovorima iste vrste u odnosnoj struci.«<sup>31</sup> U pravnoj teoriji i praksi preovlađuje shvatanje da su navedeni uslovi određeni kumulativno, a ne alternativno, zbog čega nije dovoljno samo znati za postojanje jednog običaja da bi on mogao biti primenjen, već je potrebno i da se on primenjuje u praksi<sup>32</sup>. Običaj će se, dakle, uvek primeniti na jedan ugovorni odnos pod uslovom da strane nisu predvidele drugačije postupanje.<sup>33</sup> Budući da Bečka konvencija ne upotrebljava termin »međunarodni trgovinski običaji« već samo »običaji«, zaključuje se da, u smislu Konvencije, to mogu biti kako nacionalni tako i lokalni običaji, pod uslovom da su široko poznati u međunarodnoj trgovini i da se u praksi poštuju.

Određenjem pojma *međunarodnog običaja* u trgovinskom pravu posebno se bavio Goldštajn, koji na pitanja ko treba da primenjuje određeno ponašanje da bi se moglo zaključiti da je reč o rasprostranjenoj – širokoj praksi (odnosno, da li je potrebno da se neko ponašanje praktikuje univerzalno, u određenom broju zemalja minimalno da bi se smatralo da je reč o međunarodnom običaju, ili je dovoljno ako neko ponašanje važi kao običaj u većini trgovinskih transakcija), kao i koliko vremena treba da određena praksa postoji da bi se smatralo da predstavlja trgovački običaj, odgovara ukazujući na razlikovanje vertikalnih običaja – običaja struke od horizontalnih običaja, koji su zajednički svim strukama<sup>34</sup>. U oba slučaja potrebno je da je reč o ponašanju koje preovlađuje, na osnovu učestalosti primene. Nije nužno, tvrdi Goldštajn, da svi bezuslovno praktikuju isto ponašanje, već je dovoljno da to čini kvalifikovana većina za koju se može zaključiti da je čine vodeći krugovi struke i trgovine.<sup>35</sup> Takođe, »nije potrebno dugotrajno vršenje kao rekvizit tradicionalne pravne nauke, nego je dovoljno da se nešto praktikira, da taj fakt postoji i da je široko poznat među interesentima.«<sup>36</sup>

---

<sup>31</sup> Član 9. stav 2. Konvencije.

<sup>32</sup> O ulozi običaja u Bečkoj konvenciji videti detaljnije: Perović, J., *Bitna povreda ugovora – Međunarodna prodaja robe*, Službeni list SCG, Beograd, 2004, str. 99–106.

<sup>33</sup> Pored toga, do neprimene jednog običaja na konkretni ugovorni odnos može doći i odlukom suda u toku rešavanja spora, ukoliko bi se pojavio problem vezan za valjanost običaja odnosno njegovu punovažnost, a ovo na osnovu člana 4. stav 1. tačka a) Bečke konvencije. Razlozi zbog kojih se jedan običaj može proglasiti nepunovažnim mogu biti različiti, kao na primer ako je običaj suprotan određenom pravnom pravilu koje egzistira u konkretnom pravnom sistemu.

<sup>34</sup> Tako gledajući, međunarodnim bi se smatrali oni običaji koji su naišli na međunarodno priznanje i prihvatanje u odnosnoj struci, a to mogu biti kako vertikalni, tako i horizontalni običaji. Njih treba razlikovati od običaja koji su široko poznati u međunarodnoj trgovini, koji u sebe uključuju međunarodne trgovačke običaje, ali pored njih i lokalne običaje koji su široko poznati među interesentima i koji se primenjuju. Goldštajn, A., *Međunarodna trgovačka arbitraža i lex mercatoria*, Zagreb, 1984, str. 35.

<sup>35</sup> Goldštajn, A., op. cit., str. 34.

<sup>36</sup> Goldštajn, A., op. cit., str. 35.

Uzanse takođe sadrže običajna pravila, ali su ona kodifikovana od strane nadležnog organa. U postupku kodifikacije taj organ polazi od postojećeg stanja, zbog čega se za uzanse ne može reći da formalno stupaju na snagu budući da sadrže pravila koja već postoje i primenjuju se.<sup>37</sup> U našem pravu takvu kodifikaciju običaja izvršila je Glavna državna arbitraža 1954. godine.<sup>38</sup> Reč je o opštim uzansama za promet robom, koje su uređivale ugovor o prodaji robe kao i ugovore o posredovanju, zastupanju, prevozu, uskladištenju i osiguranju. Primena uzansi je do usvajanja Zakona o obligacionim odnosima 1978. godine bila obavezna, dok je danas ona uslovljena činjenicom da su se strane u svom ugovoru na njih izričito pozvale.<sup>39</sup> Ipak, nema smetnji da se one primene i kada treba rešiti neku situaciju koja nije regulisana niti zakonom niti ugovorom.

Uzanse mogu biti opšte i posebne, u zavisnosti od toga da li se primenjuju na sve vrste roba, odnosno sve oblasti trgovine ili samo na određene robe ili u određenoj trgovinskoj grani ili za određenu vrstu usluga. Kada između opštih i posebnih uzansi postoji nesaglasnost, prednost se daje posebnim uzansama<sup>40</sup>.

#### KODIFIKOVANA PRAVILA MEĐUNARODNIH ORGANIZACIJA

Na međunarodnom planu, pored međunarodnih konvencija, postoji i jedan sasvim posebni oblik kodifikacije<sup>41</sup> pravila međunarodnih poslovnih operacija. Reč je o aktima koje donose međunarodne organizacije, nudeći zainteresovanim stranama različite modele ugovora ili drugih pravila, čijim prihvatanjem se u celosti ili delimično ostvaruju višestruke koristi. Pre svega, skraćuje se period pregovaranja i ugovara se primena pravila koja su opšte poznata i prihvaćena u poslovnom svetu, pa se očekuje manje problema kod njihovih tumačenja i primene. Pored toga, činjenica da je reč o pravilima koje je oblikovala i iza kojih stoji

---

<sup>37</sup> O ovome videti detaljnije: Jankovec, I., *Privredno pravo*, Beograd, 1981, str. 21.

<sup>38</sup> Opšte uzanse za promet robom objavljene su u: »Službeni list SFRJ«, broj 15/54.

<sup>39</sup> Član 21. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima, (»Službeni list SFRJ«, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, »Službeni list SRJ«, br. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99, 44/99).

<sup>40</sup> Kao što je u pravu oubičajeno po principu: *Lex specialis derogat legi generali*.

<sup>41</sup> Kodifikacija je proces koji podrazumeva donošenje pisanih izvora prava, kojima se prvenstveno zamenjuje do tada važeće običajno pravo ili sudska praksa. Ponekad se u procesu kodifikacije stvara i sasvim novo pravo, koje nije postojalo u obliku običaja i prakse. Na nacionalnom planu do kodifikacije dolazi obično onda kada pravni poredak jedne države postane dovoljno razvijen i usklađen, bez naglih i brzih promena pravnih odnosa, i ona predstavlja logičnu etapu u razvoju svakog prava.

ugledna međunarodna organizacija pruža garantije da je odnos ugovornih strana dobro izbalansiran. Nadalje, kako su u pitanju pravila koja su već potvrđena u praksi primenom u dugom vremenskom periodu, logično je da su ona dobro razrađena te da ostavljaju malo nedoumica u jednom poslovnom odnosu koji je njima uređen.

Ove kodifikacije, nastale pre svega kao potreba regulisanja međunarodnog poslovnog prometa, ne uslovljavaju svoju primenu samo na odnose sa elementom inostranosti. Naprotiv, pravila sadržana u njima se nesmetano primenjuju i u unutrašnjim pravnim poslovima i vremenom utiču na formiranje prakse u okviru nacionalnih granica. To posredno, na duži rok, utiče i na korigovanje nacionalnih propisa u pravcu u kome se ta praksa odvija, što sve pozitivno doprinosi približavanju i unifikaciji nacionalnih propisa u oblastima uređenim međunarodnim kodifikovanim pravilima.

Ovi izvori prava kao svojevrsne međunarodne kodifikacije su, za razliku od nacionalnih kodifikacija, specifične po tome što je njihova primena fakultativna i potrebno je da se ugovarači na njih pozovu u svom ugovoru da bi bile primenjene. Ovde, treba imati u vidu da pozivanje na odgovarajući dokument u celini nije neophodno, pošto je isto tako punovažno i pozivanje na njegove pojedine odredbe. Pored toga, moguće je i da se u ugovoru odredbe ovih izvora prava izmene u skladu sa potrebama konkretnog ugovornog odnosa.

U okviru ovakvih, svojevrsnih međunarodnih kodifikacija, po formi i značaju mogu se izdvojiti četiri izvora pravila regulisanja, koji se mogu posmatrati i kao autonomni<sup>42</sup> izvori međunarodnog trgovinskog prava ili deo savremenog *lex mercatoria*<sup>43</sup>. Reč je o tipskim ugovorima, opštim uslovima poslovanja, jednoobraznim pravilima i pravnim vodičima.

---

<sup>42</sup> U domaćoj i uporednoj praksi se umesto ili paralelno sa terminom autonomni izvori, koriste i termini: neautoritativni izvori prava, transnacionalno pravo međunarodne trgovine, samostvoreno pravo, privatna legislativa, savremeni *lex mercatoria*. U inostranoj literaturi: *autonomous law of international trade, autonomous commercial law, a non-national law, non-authoritative sources of law, transnational commercial law, law creating power of international commercial practice, private legislation, Selbstgeschafenes Recht*. O terminologiji u ovoj oblasti videti: Vukadinović, R., *Međunarodno poslovno pravo*, Opšti deo, Centar za pravo Evropske unije, Krajujevac, 2005, str. 47–48. O korenima i nastanku izvora autonomnog prava međunarodne trgovine, videti: Jovičić, K., Vukadinović, S., *Opšti uslovi poslovanja u međunarodnoj i unutrašnjoj trgovini*, u: *Pravni život 12/2009 VI*, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2009, str. 728–736.

<sup>43</sup> Pojmu *lex mercatoria* različiti autori daju različito značenje. Jedni ga koriste kao sinonim za pojam transnacionalno pravo međunarodne trgovine, drugi pod njim podrazumevaju samostalni autonomni pravni sistem koji se primenjuje na određeni pravni posao u međunarodnom privrednom pravu, treći podrazumevaju pod tim pojmom poslovne običaje u međunarodnoj trgovini, a četvrti ga koriste kao oznaku za ukupnost autonomnog međunarodnog privrednog prava. O različitom značenju i sadržini srednjovekovnog i savremenog pojma *lex mercatoria* detaljnije videti: Graf-Peter Calliess, *Lex Mercatoria: A Reflexive Law Guide to an Autonomus Legal System*,

a) *Tipski ugovori*: Tipski ugovori su, zajedno sa opštim uslovima poslovanja,<sup>44</sup> najčešće zastupljene forme u kojima se javlja autonomno pravo trgovine i oni imaju veoma važnu ulogu u njegovom formiranju. Reč je o aktima koje donose udruženja učesnika međunarodnih trgovinskih poslova<sup>45</sup>, te oni verno izražavaju njihovu volju, a rešenja koja sadrže u najvećoj meri se oslanjaju na

---

*German Law Journal* Vol. 2, No 17/2001, str. 1–14; Ralf Michaels, *The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Vol. 14, No 2/2007, str. 447–468; Peter Mazzacano, *The Lex Mercatoria as Autonomus Law*, *Comparative Research in Law & Political Economy Research Paper* 29/2008, Vol. 04 No 06/2008, str. 1–14; Berger, Klaus Peter, *Formalisierte oder »schleichende« Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts: zu den methodischen und praktischen Grundlagen der lex mercatoria*, Berlin; New York, 1996 (objavljeno na engleskom pod nazivom *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria* (The Hague; Boston: Kluwer Law International, 1999); Goldman, Berthold, 'Frontières du droit et 'lex mercatoria'', *Archives de philosophie du droit* 9, 1964; Goldštajn, A., *Privredno ugovorno pravo*, Informator, Zagreb, 1974, str. 26–38; Vasiljević, M., *Poslovno pravo*, Udruženje pravnika u privredi Srbije i Crne Gore, Beograd, 2004, str. 14–18; Stojiljković, V., *Međunarodno privredno pravo*, IP Justinijan, Beograd, 2003, str. 18–22; Stefanović, Z., *Međunarodno privredno pravo*, Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 74; Vukadinović, R., *Međunarodno poslovno pravo Opšti deo*, Centar za pravo Evropske unije, Kragujevac, 2005, str. 46–61; Draškić, M., Stanivuković, M., *Ugovorno pravo međunarodne trgovine*, Službeni list SCG, Beograd, 2005, str. 51–55; Milenković-Kerković, T., *Autonomni ugovori trgovinskog prava*, Ekonomski fakultet Univerziteta u Nišu, Niš, 2008, str. 1–42 i dr.

<sup>44</sup> Ako se tipski ugovori i opšti uslovi prodaje posmatraju kao instituti, bez konkretnog ulaženja u razne vidove u kojima se pojavljuju, »onda bi se, najopštije rečeno, moglo kazati da su dve stvari naročito uticale na njihov postanak. To su, s jedne strane, razvoj običaja i određeni stupanj pravne prakse kao i pokušaj da se otkloni pravna nesigurnost i s druge strane multiplikacija, ogroman broj istih ili sličnih transakcija koje su zahtevale uprošćavanje, tipiziranje ugovora.« (Vilus, J., *Tipski ugovori o međunarodnoj kupoprodaji*, Beograd, 1963, str. 19).

<sup>45</sup> Reč je o izvorima prava koje stvaraju učesnici u privrednom prometu preko svojih asocijacija, pretežno vezanih za prodaju određenih vrsta robe. U početku, ova pravila su bila nuđena samo članovima udruženja, ali kako su se u praksi pokazala veoma uticajnim zaokupila su pažnju raznih međunarodnih tela i foruma, koji su počeli da rade na njihovoj kodifikaciji prema različitim oblastima. Na kodifikaciji ovih pravila bili su angažovani predstavnici različitih država, trgovci, pravnici i eksperti iz drugih oblasti, što je obezbedilo njihovu najširu primenu. Brojni su tipski ugovori nastali na ovaj način, a među najznačajnijim su ugovori koje je izradila Evropska ekonomska komisija OUN-a za prodaju različite vrste robe (žitarice, rezana građa, pamuk i dr.), poznate kao Ženevski tipski ugovori. Rad Komisije na kodifikaciji i uobličavanju običaja i ustaljenih pravila ponašanja u pomenute tipske ugovore iniciran je predlozima vlada članica Komisije i u radnim grupama koje su pripremale tekst formulara bili su zastupljeni kako predstavnici zemalja izvoznika, tako i uvoznika, te se veoma vodilo računa o interesima prodavaca i kupaca prilikom njihove izrade. Ovi formulari predstavljaju prave kodifikacije s obzirom da su bazirane na postojećim trgovačkim običajima i vode računa o postojećoj trgovačkoj praksi. Karakteristični su po tome što su sveobuhvatni i pozivanjem na njih gubi se potreba za primenom nacionalnih prava na jedan ugovorni odnos. Kao i drugi izvori autonomnog prava međunarodne prodaje, primena ovih akate je dobrovoljna, samo u slučaju kada se strane na njih pozovu. Detaljnije o ženevskim tipskim ugovorima videti: Goldštajn, A., *Pravo međunarodne kupoprodaje*, Zagreb, 1963, str. 43–45.



trgovinske običaje i trgovinsku praksu. Zahvaljujući svom izuzetnom ugledu i rasprostranjenosti primeni u međunarodnim poslovnim operacijama, tipski ugovori i opšti uslovi poslovanja značajno doprinose ujednačavanju trgovačke prakse, s jedne, i utiču na smanjenje razlika između nacionalnih pravnih sistema u koje se rešenja koja sadrže često ugrađuju, s druge strane.<sup>46</sup>

Tipski ugovori su unapred pripremljeni i odštampani formulari koji na detaljan način regulišu odnos ugovornih strana, pri čemu nije od značaja koja strana će ponuditi jedan ovakav ugovor drugoj; bitno je da je reč o ugovoru koji je unapred formulisan (otuda i naziv formularni ugovori koji se u vezi sa njima upotrebljava u pravnoj teoriji). To, međutim, ne znači da ponudilac nije spreman da pregovara o eventualnim izmenama predloženog formulara i moguće je da strane isključe primenu pojedinih njegovih odredbi, ili da u ugovor unesu druge odredbe koje smatraju podobnijim za njihov ugovorni odnos.<sup>47</sup> U slučaju korekcija vlada pravilo da ono što je naknadno uneto u formular ima veću važnost od prvobitne sadržine samog formulara, zbog čega je veoma važno da se jasno vidi šta je precrtano kao i ono što je dogovoreno umesto toga.

Tipski ugovori, po pravilu, sadrže odredbe o načinu zaključenja ugovora i veoma često se sreće rešenje po kome strana koja nudi ovakav ugovor ne čini ponudu već poziv na ponudu, te da će se ponudom smatrati eventualna izjava koju u tom smislu uputi druga strana. Razlog ovakvog uređenja pravda se činjenicom da se ovi ugovori nude neograničenom broju lica, pa ako bi to imalo značenje obaveze da se sa svakim zainteresovanim zaključi ugovor moglo bi se lako doći u situaciju da se ne može odgovoriti na veliki broj ugovornih obaveza zbog čega bi

---

<sup>46</sup> Kada govorimo o tipskim ugovorima i opštim uslovima poslovanja u smislu kodifikovanih pravila međunarodnih organizacija, tada se ograničavamo samo na akte koje donose te organizacije. Ne uzimamo u obzir tipske ugovore i opšte uslove koje donose pojedinačna privredna društva za sopstvene potrebe. Iako je reč o aktima iste vrste, između njih postoji bitna razlika: prve donose međunarodna udruženja i organizacije za koje se pretpostavlja da vode računa o tome da odnosi kupca i prodavca budu izbalansirani, za razliku od drugih koje donose pojedinačni privredni subjekti radi zaštite sopstvenih interesa u pravnim poslovima koje zaključuju.

<sup>47</sup> Ovakva mogućnost ne postoji kod athezionih, tj. ugovora po pristupu, koje treba razlikovati od tipskih ugovora. Za athezione ugovore je karakteristično da ponudeni može samo pristupiti ili odustati od ugovora, bez mogućnosti da svojom voljom utiče na izmenu njegovih odredbi. Kod ovih ugovora se jedino na pojedinim mestima ostavljaju prazna mesta kako bi ih strane popunile odgovarajućim podacima (o robi, ceni, isporuci i dr), ali ništa više od toga. Strana koja nudi formular za zaključenje ugovora ima mogućnost da samostalno određuje uslove pod kojima je spremna da uđe u posao, pa i da iskoristi svoj dominantni položaj na tržištu da za sebe stipuliše pogodnosti na štetu druge ugovorne strane. Da se to ne bi događalo, odnosno da bi položaji ugovarača bili izbalansirani, zahteva se da oni ne budu u suprotnosti sa imperativnim propisima nadležnog prava. Ovaj zahtev se odnosi i na tipske ugovore i opšte uslove poslovanja, ali činjenica da njih donose udruženja privrednika koja okupljaju predstavnike obe strane u ugovoru, u velikoj meri unapred garantuje da su odnosi između prodavca i kupca uravnoteženi.

lice koje nudi tipski ugovor bilo odgovorno za naknadu štete. Da bi se to izbeglo, rešenje je pronađeno u pomenutim modifikacijama.

b) *Opšti uslovi poslovanja*: Za razliku od tipskih ugovora, koji predstavljaju modele gotovih ugovora, opšti uslovi poslovanja sadrže listu, popis ugovornih klauzula koje buduće ugovornice mogu koristiti bilo tako što će sve ili samo neke od njih preuzeti u svoj ugovor, ili će se u ugovoru na njih pozvati u celini ili delimično. Iako imaju, u principu, isti sadržaj kao i tipski ugovori, opšti uslovi poslovanja se upotrebljavaju na drugačiji način: uobičajeno je da oni čine sastavni deo ugovora, koji se najčešće nalazi na poledini ugovornog formulara ili ispod potpisa ugovornih strana. Često se ističe da njihova svrha nije da ponude gotov ugovor već više da, nabranjanjem mogućih klauzula, podsete ugovorne strane na pitanja o kojima treba da vode računa u pregovorima za zaključenje ugovora. To, međutim, ne znači da i oni ne mogu, kada se upotrebe u celini, u potpunosti da zamene ugovor (uz odgovarajuće dopune u vezi sa robom, cenom i isporukom).<sup>48</sup>

c) *Jednoobrazna pravila*: Jednoobrazna pravila su akti međunarodnih organizacija kojima se uređuje način postupanja učesnika u međunarodnim poslovnim operacijama. Nastala su kao rezultat potrebe da se prevaziđu različita tumačenja trgovinskih termina u praksi i izbegnu sporovi s tim u vezi. Njihova se rešenja, po pravilu, baziraju na ustaljenoj praksi u realizaciji međunarodnih poslovnih operacija. Koristi koje se ostvaruju primenom jednoobraznih pravila su višestruke, ali se posebno izdvajaju sledeće dve: poboljšava se ekonomičnost u poslovanju zbog skraćivanja perioda pregovaranja i smanjuje se broj mogućih sporova u vezi sa ugovorenim obavezama zbog pojednostavljenog tumačenja ugovora. Posebna vrednost ovih izvora prava ogleda se u tome što su oni veoma aktuelni budući da pojednostavljeni proces njihovog donošenja doprinosi da brže prate promene u praksi međunarodnog poslovanja. Značajna su ne samo zbog toga što utiču na formiranje običaja u oblastima na koje se odnose, već i zato što arbitrima i sudijama, kada rešavaju međunarodne trgovinske sporove, olakšavaju tumačenje volje i ponašanja ugovornih strana u predmetima u kojima je primena ovih, neformalnih izvora prava moguća.

Od ovih izvora prava danas su najpoznatije INCOTERMS<sup>49</sup> klauzule – međunarodni trgovački termini, kojima se sa samo tri slova uređuje niz prava i obaveza prodavca i kupca kod ugovora o međunarodnoj prodaji robe. Izradila ih

<sup>48</sup> Detaljnije o opštim uslovima poslovanja kao izvoru autonomnog prava trgovaca videti: Jovičić, K., Vukadinović, S., *Opšti uslovi poslovanja u međunarodnoj i unutrašnjoj trgovini*, u: *Pravni život 12/2009 VI*, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2009, str. 725–750.

<sup>49</sup> INCOTERMS klauzule su od prvog izdanja 1936. godine menjane i dopunjavane šest puta. Poslednja verzija, koja je i danas u primeni, stupila je na snagu 2000. godine (aktuelna verzija prilagođena je praksi upotrebe elektronskih dokumenata, uvažava zone slobodne trgovine i uključuje određene izmene u praksi prevoza robe).

je Međunarodna trgovinska komora<sup>50</sup> sa ciljem da se na transparentan i precizan način odrede prava i obaveze strana u navedenom ugovoru. Pored Incoterms klauzula, globalni uspeh postigao je još jedan akt Međunarodne trgovinske komore – reč je o *Jednoobraznim pravilima i običajima za dokumentarne akreditive*,<sup>51</sup> kojima se uređuju postupak, prava i obaveze kod otvaranja i isplate akreditiva.<sup>52</sup>

Jednoobrazna pravila nemaju snagu običaja i njihova primena se ne može zasnivati na pretpostavljenoj volji ugovornih strana. Da bi regulisala jedan ugovorni odnos neophodno je da se ugovorne strane na njih pozovu, pri čemu one mogu u svoj ugovor inkorporisati pravila koja sadrže u izvornom obliku, ali isto tako ih mogu izmeniti onako kako to nalažu njihove potrebe konkretnog pravnog posla.

d) *Pravni vodiči*: Pravni vodiči su akti koje donose međunarodne organizacije sa ciljem da posluže kao podsetnik ili model zainteresovanim stranama kada ugovaraju onu vrstu pravnog posla na koju se odnose. Obično se donose u oblastima u kojima još uvek nisu stvoreni uslovi da se pristupi izradi tipskih ugovora ili opštih uslova poslovanja, već se u obliku ove forme postiže slična svrha. Naretko, pravni vodiči se objavljuju i sa ciljem da budu upotrebljeni kao model zakon za nacionalne propise. U formulisanju ovih izvora prava značajne su aktivnosti UNCITRAL-a<sup>53</sup> i Ekonomske komisije UN za Evropu.<sup>54</sup> Ni pravni vo-

---

<sup>50</sup> Međunarodna trgovinska (privredna) komora (*International chamber of commerce – ICC, Chambre de commerce internationale – CCI*) je međunarodno udruženje privrednika i privrednih komora različitih država, udruženih u nacionalne savete. Komora je osnovana neposredno po okončanju Prvog svetstskog rata, 1919. godine na inicijativu privrednika SAD, Velike Britanije, Belgije, Francuske i Italije sa ciljem da pruža usluge u međunarodnom poslovanju unapređivanjem trgovine i investicija, otvaranjem tržišta roba i usluga i podsticanjem slobodnog kretanja kapitala. Sedište Međunarodne trgovinske komore je u Parizu, a ICC ima i najpoznatiju arbitražu na svetu. Detaljnije videti: [www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org).

<sup>51</sup> *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits*, usvojena su 1933. godine, a revidirana nekoliko puta i to 1975, 1983 i 1993. godine.

<sup>52</sup> U primeni je širom sveta i, kao i Incoterms pravila, nema snagu običaja, već se mora inkorporisati u ugovor da bi se primenio na jedan ugovorni odnos. Ovo shvatanje nalazimo kod Shütze, R. A., Fontane, G., *Documentary Credit Law Throughout the World*, Paris, 2001, str. 12, mada postoje i mišljenja da su Jednoobrazna pravila i običaji za dokumentarne akreditive u stvari kodifikovani običaji, te da se primenjuju na ugovorne odnose i kada se strane na njih ne pozovu u svom ugovoru.

<sup>53</sup> Poznatiji pravni vodiči su: Vodič za međunarodne poslove vezane trgovine (1992), Vodič za elektronski prenos sredstava (1987), Vodič za sastavljanje međunarodnih ugovora za izgradnju industrijskih postrojenja (1998) itd.

<sup>54</sup> U okviru Ekonomske komisije UN za Evropu usvojeni su vodiči za sastavljanje ugovora koji se odnose na međunarodni prenos *know-how* u mašinskoj industriji (1970), velika industrijska postrojenja (1973), industrijsku kooperaciju (1976), zajedničko izvršenje određenog projekta (1978), konsalting inženjering i tehničku pomoć (1983) i dr.

diči nisu obavezujući pravni akti, već su više zamišljeni kao modeli za regulisanje određenih pravnih odnosa, te kao takvi, na sličan način kao što je slučaj sa jednoobraznim pravilima, imaju ulogu u formiranju autonomnog prava međunarodne trgovine. Pored toga, oni utiču i na korekcije nacionalnih pravnih poredaka kada ih zakonodavci koriste kao modele za izradu određenih propisa, što ima za posledicu da se ustaljena trgovinska praksa i običaji ugrađuju u nacionalna prava. To je važno i korisno, jer se na taj način, između ostalog, vrši i harmonizacija i unifikacija pravila koja regulišu međunarodne poslovne operacije.

## NAČELA MEĐUNARODNOG UGOVORNOG PRAVA

Kao posebna vrsta izvora pravila za regulisanje međunarodne poslovne operacije izdvaja se oblik izvora koji je nastao u novije vreme, a predstavlja pokušaj da se, kroz uniformna načela (međunarodnih trgovinskih) ugovora, postigne kompromis različitih pravnih sistema u oblasti opštih pravila ugovornog prava. Ovaj novi instrument unifikacije<sup>55</sup> ugovornog prava izražen je pre svega kroz UNIDROIT Načela međunarodnih trgovinskih ugovora i Načela evropskog ugovornog prava<sup>56</sup>. U pitanju su akti čija je osobenost da »imaju pretenziju da se nametnu kao nadnacionalni izvor prava, ali bez formalnog postupka ratifikacije, odnosno, unošenja u nacionalno pravo država, kojim su podvrgnuti tekstovi međunarodnih ugovora i model zakona«<sup>57</sup>.

a) *UNIDROIT Načela međunarodnih trgovinskih ugovora*: UNIDROIT Načela međunarodnih trgovinskih ugovora<sup>58</sup> usvojena su 1994. godine pod okriljem UNIDROIT-a<sup>59</sup>, a revidirana su 2004. godine. Kao glavni izvor pravila, Načela se primenjuju kada se ugovorne strane na njih pozovu u svom ugovoru. Pored toga, kao pomoćni izvor, arbitraža ili sud ih mogu primeniti u sledećim

---

<sup>55</sup> O unifikaciji ugovornog prava i kolizionog prava za ugovorne odnose videti: Draškić, M., Stanivuković, M., *Ugovorno pravo međunarodne trgovine*, Službeni list SCG, Beograd, 2005, str. 17–50.

<sup>56</sup> U pravnoj teoriji se smatra da su ova načela sastavljena pod uticajem američkih ristejntenta (restatement of law) i Uniformnog trgovinskog zakonika. O tome detaljnije: Draškić, M., Stanivuković, M., op. cit., str. 36–37.

<sup>57</sup> Draškić, M., Stanivuković, M., op. cit., str. 34.

<sup>58</sup> *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* – skraćeno: PICC.

<sup>59</sup> *International Institute for the Unification of Private Law – UNIDROIT* je osnovan 1926. godine od strane Lige Naroda, a reorganizovan je 1940. godine sa osnovnim zadatkom da proučava postojanje potreba i načina za modernizaciju, harmonizaciju i međusobno usklađivanje privatnog prava, posebno u oblasti trgovine. Sedište UNIDROIT-a je u Rimu. Detaljnije videti: [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org).

slučajevima: ako su se ugovorne strane sporazumele da se na njihov ugovor primenjuju opšta pravna načela, *lex mercatoria* i slično; za tumačenje ili dopunu međunarodnih dokumenata (međunarodnih ugovora i jednoobraznih zakona) koji sadrže unifikovane pravne norme i za pronalaženje rešenja za sporno pitanje ukoliko se ispostavi da ne postoji odgovarajuće pravilo merodavnog nacionalnog prava.<sup>60</sup> Budući da su osmišljena tako da pruže odgovore na različite potrebe međunarodne trgovine, pravila koja sadrže razvrstana su u preambulu i deset poglavlja kojima se, pored opštih odredbi, reguliše i: zaključenje ugovora i ovlašćenja zastupnika, punovažnost ugovora, tumačenje, sadržina i prava trećih, izvršenje ugovora, neizvršenje, kompenzacija, ustupanje potraživanja, preuzimanje duga i ustupanje ugovora<sup>61</sup>. Veliko interesovanje ugovornih strana da se u svojim ugovorima pozovu na Načela objašnjava se time što su ona u najvećoj meri uskladeni sa rešenjima Konvencije Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe<sup>62</sup>, kao i time što se UNIDROIT prilikom njihove izrade oslanjao na rezultate prakse, posebno vodeći računa o načelu savesnosti i poštenja, koje se smatra osnovnim standardom ovih načela.<sup>63</sup>

b) *Načela evropskog ugovornog prava*: Načela evropskog ugovornog prava<sup>64</sup> predstavljaju projekat na kome je, preko dve decenije, radila Komisija za ev-

---

<sup>60</sup> Polje primene Načela određeno je u Preambuli. O tome detaljnije videti: Draškić, M., Stanivuković, M., op. cit., str. 34–37; Letterman, G., *UNIDROIT's Rules in Practice: Standard International Contracts and Applicable Rules*, Kluwer Law International, The Hague, 2001, str. 65–264; Bonell, M. J., *The UNIDROIT Principles in practice*, Transnational Publishers, Inc, 2006; Vogenauer, S., Kleinheisterkamp, J., *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford University Press, New York, 2005; Bonell, M. J (ur.), *A New Approach to International Commercial Contracts – The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Kluwer Law International, London, 1999.

<sup>61</sup> Kompletan tekst UNIDROIT Načela međunarodnih trgovinskih ugovora dostupan je na: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/main.htm>.

<sup>62</sup> O odnosu Bečke konvencije i PICC: Boele-Woelki, K., Terms of co-existence: The CISG and the UNIDROIT Principles, u: Šarčević, P., Volken, P. (ur.), *The International Sale of Goods Revisited*, Kluwer Law International, The Hague, 2001, str. 203–240.

<sup>63</sup> Videti: Carić, S., Vilus, J., Đurđev, D., Divljak, D., *Međunarodno poslovno pravo*, Novi Sad, 2007, str. 95–96, 224–225.

<sup>64</sup> *Principles of European Contract Law* – skraćeno: PECL. Detaljno o Načelima evropskog ugovornog prava: Lando, O., Have the PECL Been a Success or a Failure, u: *European Review of Private Law 3–2009* (ur: Hondius, E.H., Strouke, M.E), Kluwer Law International, 2009, str. 367–375; Lando, O., Beale, H., (ur.) *Principles of European Contract Law, Parts I and II* (prepared by The Commission of European Contract Law), Kluwer Law International, The Hague, 2000; Lando, O., Clive, E., Prüm, A., Zimmermann, R., (ur.) *Principles of European Contract Law, Part III* (prepared by The Commission of European Contract Law), Kluwer Law International, The Hague, 2003; Hesselink, M.W., de Vries, G.J.P., *Principles of European Contract Law*, Kluwer, 2001; Lando, O., Salient features of the The Principles of European Contract Law, u: Šarčević, P., Volken, P. (ur.), op. cit., str. 157–202.

ropsko ugovorno pravo, kroz tri etape<sup>65</sup>. Rad Komisije<sup>66</sup> podržao je Evropski parlament kao i druge institucije Evropske unije. Načela su objavljena u vidu nacrtu opšteg dela evropskog ugovornog zakonika<sup>67</sup>, a sastoje se od 17 poglavlja, koja se odnose na: opšte odredbe, zaključenje ugovora, ovlašćenje za zastupanje, punovažnost ugovora, tumačenje ugovora, sadržinu i dejstva ugovora, izvršenje ugovora, neizvršenje i opšta sredstva, različita sredstva za slučaj neispunjenja, obaveze sa više subjekata; ustupanje potraživanja; promena dužnika i ustupanje ugovora; kompenzacija; zastarelost; nezakonitost; uslovi; pretvaranje kamate u glavnicu.<sup>68</sup> Primenjuju se, slično UNIDROIT Načelima, kada ugovorne strane dogovore njihovu primenu na svoj ugovorni odnos, a mogu ih, uz ispunjenost određenih uslova<sup>69</sup>, primeniti i sud i arbitraža, ukoliko u merodavnom pravu nema rešenja za pravno pitanje koje se postavilo u sporu. »Načela imaju kako kratkoročne, tako i dugoročne ciljeve. Ona su pogodna za neposrednu upotrebu za strane kada zaključuju ugovore, za sudove i arbitraže kada raspravljaju sporove i za zakonodavce pri izradi ugovornih pravila bilo na evropskom bilo na nacionalnom nivou. Njihov dugoročni cilj je da pomognu harmonizaciju opšteg ugovornog prava u okviru Evropske zajednice«<sup>70</sup>.

<sup>65</sup> Smatra se da je ideja o evropskom ugovornom zakoniku potekla od dr Winfrieda Hauschilda 1974. godine na simpozijumu koji je održan na Ekonomskom fakultetu u Kopenhagenu. Komisija je počela da priprema Načela 1982. godine, a Načela I su prvi put objavljena u Engleskoj 1995. godine, dok je francuska verzija objavljena u Parizu 1997. godine. Načela I uređuju pitanja izvršenja ugovora, neizvršenje i opšta sredstva, kao i različita sredstva za slučaj neispunjenja ugovora. Septembra 1992. godine je počela sa radom druga komisija evropskog ugovornog prava koja je, pored revizije pitanja koja su obuhvaćena Načelima I, radila na novim oblastima: zaključenje ugovora, ovlašćenje za zastupanje, punovažnost ugovora, tumačenje ugovora i sadržina i dejstva ugovora. Drugi tom Načela, tj. Načela evropskog ugovornog prava, delovi I i II, objavljen je u Engleskoj 1999. godine. Italijanska verzija je objavljena 2001, a nemačka 2002. godine. Komisija je počela da priprema treći deo Načela na sastanku u Regensburgu decembra 1997. godine, a konačan tekst trećeg dela Načela objavljen je 2003. godine. Videti: Lando, O., Clive, E., Prüm, A., Zimmermann, R. (ur.), *Principles of European Contract Law, Part III*, urednici Kluwer Law International, 2003, str. ix–x.

<sup>66</sup> Na čelu Komisije za evropsko ugovorno pravo bio je danski profesor Ole Lando, pa se ova komisija, u delu literature, može naći i pod nazivom: Lando-komisija (Lando-Commission).

<sup>67</sup> Tako i: Draškić, M., Stanivuković, M., op. cit., str. 35.

<sup>68</sup> Videti: Lando, O., Beale, H., (ur.) *Principles of European Contract Law*, Parts I and II (prepared by The Commission of European Contract Law), Kluwer Law International, The Hague, 2000. U domaćoj literaturi: Perović, J., *Bitna povreda ugovora – međunarodna prodaja robe*, Službeni list SCG, Beograd, 2004, str. 25–28; Vukadinović, R. (ur.), *Načela evropskog ugovornog prava i Jugoslovensko pravo: prilog harmonizaciji domaćeg zakonodavstva*, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 2001.

<sup>69</sup> Videti: Draškić, M., Stanivuković, M., op. cit., str. 36.

<sup>70</sup> Lando, O., Clive, E., Prüm, A., Zimmermann, R. (ur.), op. cit., str. xvi.

## STAVOVI DOKTRINE, SUDSKA I ARBITRAŽNA PRAKSA

Pravna nauka, budući da ne sadrži pravna pravila, ne može biti formalni izvor prava. Međutim, stavovi izloženi u pravnoj literaturi formiraju sistem mišljenja o različitim pravnim pitanjima, koja koriste zakonodavcu i sudskoj i arbitražnoj praksi, zbog čega je ona pomoćni izvor prava, naročito onda kada treba rešiti neko pitanje koje nije uređeno zakonom. U međunarodnom poslovnom pravu stavovi doktrine imaju poseban značaj, na šta je još ukazivao Arminjon, koji je istakao da su (u oblasti međunarodnog privatnog prava) »usled kratkoće i nedovoljnosti pisanog zakona, najvažniji izvori, a izvesni među njima gotovo jedini«<sup>71</sup> običaji, sudska praksa i doktrina. Osim za rešavanje pravnih praznina, pravna nauka može poslužiti i kao dodatna potvrda postojanja određenih pravila običaja ili opštih pravnih načela.

Pored pravne nauke, pravila značajna za regulisanje međunarodnih poslovnih operacija sadrži i sudska i arbitražna praksa<sup>72</sup>, formirana na osnovu odluka donetih u postupcima rešavanja sporova koji proisteknu iz međunarodnih poslovnih odnosa. Uticaj arbitražne prakse na formiranje pravila koja regulišu međunarodne poslovne operacije je i značajniji od prakse sudova budući da arbitri, češće nego što to čine sudije državnih sudova, svoje odluke zasnivaju na običajima, trgovačkoj praksi, načelima ugovornog prava i drugim izvorima autonomnog prava trgovaca, dok nadležno nacionalno pravo primenjuju u meri u kojoj je to neophodno. Iako, u principu, nisu ovlašćeni da samostalno kreiraju nova pravila po kojima će postupati kada rešavaju sporove, arbitri mogu, u većoj meri nego sudije državnih sudova, rešavati pitanje pravnih praznina kreiranjem prikladnih pravila koja će primeniti u sporu, rukovodeći se kako potrebama učesnika međunarodnih poslovnih operacija, tako i postojećim običajima i važećim nacionalnim propisima.

---

<sup>71</sup> Arminjon, P., *Précis de Droit International privé commercial*, Paris, 1948, str. 16. i 138, navedeno prema: Mitrović, D., *Pravo nadležno za regulisanje međunarodne trgovačke kupoprodaje*, u: *Pravni opus – izbor iz radova 1957–2007*, str. 57, Službeni glasnik, Beograd, 2007.

<sup>72</sup> O međunarodnoj trgovinskoj arbitraži detaljnije videti: Gaillard, E., Savage, J., *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Aspen Publishers, 1999; Goldstajn, A., Triva, S., *Međunarodna trgovačka arbitraža*, Zagreb, 1987; Knežević, G., *Međunarodna trgovačka arbitraža*, Beograd, 1999; Trajković, M., *Međunarodno arbitražno pravo*, Beograd, 2000; Jovičić, K., *Preispitivanje odluka međunarodnih trgovinskih arbitraža u postupku poništenja*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2009.

## ZAKLJUČAK

Poslovne operacije koje se odvijaju na međunarodnom tržištu su zbog prisustva elementa inostranosti veoma kompleksne transakcije koje u savremenim uslovima poslovanja uređuju različita pravila. U prethodnom izlaganju ukazali smo na postojanje brojnih i specifičnih izvora prava i pravila čija primena dolazi u obzir povodom jedne takve operacije i najveći broj tih izvora zavisi od volje ugovornih strana (izražene kroz odgovarajuće odredbe ugovora). Međutim, neki od njih se primenjuju i nezavisno od onoga što su strane ugovornice predvidele, a pojedini čak i uprkos njoj, kao na primer obavezujući propisi nacionalnih prava po kojima se rešavaju pojedina pitanja ugovora sa kojima je on u određenoj vezi.

Kako je u ugovornom pravu jedno od osnovnih načela – načelo autonomije volje, to je upravo ugovor prvi i najvažniji izvor pravila regulisanja međunarodne poslovne operacije. Tek ako se na osnovu njega određena situacija ne može pravno rešiti ili kada se u fazi izvršenja pojavi neko sporno pitanje, onda se pristupa utvrđivanju pravila drugih, relevantnih izvora regulisanja za konkretnu međunarodnu poslovnu operaciju u pitanju. Ipak, redosled primene pravila sadržanih u različitim izvorima gotovo da nije moguće unapred predvideti. U uporednom pravu, kako u literaturi tako i u sudskoj i arbitražnoj praksi, čak i ne postoji njihova hijerarhija koja je univerzalno prihvaćena. Ona se ne može ni uspostaviti budući da zavisi ne samo od toga da li se određeno pitanje postavi pre i nezavisno od nastanka eventualnog spora ili po njegovom izbivanju (kao sporno pitanje), već i od toga ko nastali spor raspravlja.

Sve napred izloženo ukazuje da je pitanje pravila koja regulišu međunarodne poslovne operacije veoma važno. Činjenica da ugovorne strane neretko propuštaju da u svoj ugovor uključe i klauzulu o merodavnom pravu može im uzrokovati nepredviđene probleme, posebno u slučaju neizvršenja ugovora te, s tim u vezi, realizacijom naknade za pretrpljenu štetu.

Međutim, čak i kada prilikom zaključenja ugovora posvete posebnu pažnju ovom pitanju, ugovorne strane, opet, ne mogu biti potpuno sigurne da su time isključile mogućnost primene pravila nekog drugog izvora prava na njihov ugovorni odnos. No, uprkos tome za njih je, ipak, najbolje da predvide pravo merodavno za ugovor ili makar da preciznim odredbama na detaljan način utvrde svoje obaveze i prava jer je to, za sada, jedini način da primenu drugih (za njih nepredviđenih) izvora prava na ugovor svedu na najmanju moguću meru.



KATARINA JOVIČIĆ, LL.M.,  
Research Associate,  
Institute of Comparative Law, Belgrade  
SLOBODAN VUKADINOVIĆ, LL.B.,  
Assistant, Faculty of Law, Union University,  
Belgrade

RULES FOR THE REGULATION  
OF THE INTERNATIONAL BUSINESS  
OPERATION

Summary

International business operation, as a generic term for various legal affairs which are concluded in modern international business relations, may be regulated by various rules – those contained in national, international and autonomous sources of law, as well as those that the parties themselves establish in order to regulate the mutual rights and obligations. Except the contract, in modern legal life, there are whole groups of sources of law that tend to regulate international business operation, such as: international multilateral conventions and agreements as means of unification collision and/or substantial rules in the field of international business law, civil and commercial codes and laws that contain national collision and substantial rules, national rules of public law (which directly or indirectly regulate the business operation with foreign element), a bilateral intergovernmental agreements and autonomous law of international trade. The autonomous law of international trade includes codified rules of international organizations, standard forms of contracts and general business conditions, commercial business customs and usages, and the practice of arbitration which its increasing importance. Nowadays, to this list of the rules for the regulation of the international business operation, should be added: the doctrine of international business law (which gives an important contribution to this field), legal guides, model laws, Principles of European Contract Law and The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.



MARKO JOVANOVIĆ

## IMA LI MESTA ZA MEĐUNARODNU TRGOVAČKU ARBITRAŽU U EVROPSKOM SUDSKOM PROSTORU

### U V O D

Ako bi trebalo šematski predstaviti evropski sudski prostor, taj prikaz bi u velikoj meri podsećao na mrlju od mastila – oblik bi mu bio nepravilan, sadržaj neravnomerno raspoređen a ivice nejasne. Čak i danas, više od četrdeset godina po potpisivanju Briselske konvencije o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (u daljem tekstu: Briselska konvencija), što je bio kamen-temeljac evropske procesnopravne integracije, evropski sudski prostor je još uvek koncept koji se razvija,<sup>1</sup> procesnopravni sistem *in statu nascendi*<sup>2</sup>. Upravo zbog toga, brojna pitanja u vezi sa dejstvom i domašajem normi kojima je regulisan evropski sudski prostor još uvek ostaju otvorena.

---

Marko Jovanović, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, doktorand Univeziteta Pariz 1 Panteon – Sorbona. Ovaj rad je nastao u okviru projekta »Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom Evropske unije – pravni, ekonomski, politički i sociološki aspekt« na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu.

<sup>1</sup> Emmanuel Jeuland, *Les lacunes du droit judiciaire européen*, u: Anne-Marie Leroyer, Emmanuel Jeuland (dirs.), *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen?*, Dalloz-Sirey, Paris 2004, str. 106.

<sup>2</sup> Pascal de Vareilles-Sommières, *La compétence internationale de l'espace judiciaire européen*, dans: *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris 2008, str. 399.

Jedna od nedovoljno precizno uređenih tačaka intrakomunitarnog procesnog prava je i odnos međunarodne trgovačke arbitraže i evropskog sudskog prostora. Premda bi se na prvi pogled moglo pomisliti da je ovo pitanje jasno i nedvosmisleno rešeno odredbom člana 1 stav 2 tačka d Regulative br. 44/2001 o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (u daljem tekstu: Regulativa Brisel I ili Regulativa),<sup>3</sup> koja propisuje da se pravila sadržana u Regulativi ne primenjuju na arbitražu, praksa je pokazala da se u vezi sa tumačenjem ove norme pojavljuju izvesne teškoće. Problemi se javljaju i u pogledu primene ove odredbe. Naime, iako arbitraža predstavlja *alternativni* način rešavanja sporova u odnosu na sudski postupak, njeno svojstvo alternativnosti nikako ne bi trebalo shvatiti kao *potpunu nezavisnost* od sudova. Naprotiv, s obzirom da arbitraža ne raspolaže mogućnostima prinudne primene odluka, može se desiti da sudovi budu pozvani da pruže pomoć odvijanju arbitražnog postupka tako što će omogućiti da se konstituiše arbitražno veće, izvedu određeni dokazi, izreknu i sprovedu privremene mere... Takođe, sudovi imaju i kontrolnu funkciju u odnosu na arbitraže tako što u postupcima poništaja, odnosno priznanja i izvršenja, proveravaju kvalitet arbitražne odluke i njenu upodobljenost prinudnim postupcima.<sup>4</sup>

U ovom radu ćemo zato ispitati svrsishodnost isključenja arbitraže iz polja primene Regulative, analizirati probleme koji se javljaju u vezi sa tumačenjem i primenom člana 1 stav 2 tačka d Regulative Brisel I i razmotriti mogućnosti izmene Regulative kako bi se mesto međunarodne trgovinske arbitraže u evropskom sudskom prostoru preciznije i adekvatnije uredilo.

## RAZLOZI ZA ISKLJUČENJE ARBITRAŽE IZ BRISELSKE KONVENCIJE/REGULATIVE BRISEL I

Stvaranje sistema evropskih zajednica tokom pedesetih godina XX veka bilo je prvenstveno motivisano nastojanjem da se kroz privredno povezivanje, liberalizaciju prekogranične trgovine između država članica i poboljšanje uslova života i rada stvori što čvršća politička unija.<sup>5</sup> Ipak, vrlo brzo je postalo jasno da ekonomski ciljevi evropskog povezivanja, a naročito ideja o četiri evropske slo-

---

<sup>3</sup> Council Regulation No. 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, Official Journal L-012, 16.1.2001., str. 1–23.

<sup>4</sup> V. Gašo Knežević, Vladimir Pavić, *Arbitraža i ADR*, Izdavački centar Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009, str. 125–126.

<sup>5</sup> V. Preambulu Ugovora o osnivanju Evropske ekonomske zajednice.

bode, neće moći valjano i dosledno da se sprovedu ukoliko se među državama članicama ne uspostavi saradnja i u osnovnim pitanjima međunarodnog građanskog procesnog prava. Zato su predstavnici šest država osnivača odlučili da već 1960. godine obrazuju ekspertsku grupu sa zadatkom da izradi nacrt međunarodnog ugovora kojim bi se liberalizovao promet odluka u građanskim i trgovačkim stvarima u okviru Evropske ekonomske zajednice (EEZ).

Iako je član 220 Ugovora o osnivanju EEZ, koji je poslužio kao pravni osnov za angažovanje na ovom polju, predviđao da se »države članice obavezuju da vode pregovore u cilju pojednostavljenja postupka uzajamnog priznanja i izvršenja sudskih i arbitražnih odluka«, ekspertska grupa se u dva pogleda udaljila od ove odredbe. S jedne strane, prekoračila je uputstva sadržana u članu 220 Ugovora o osnivanju EEZ tako što je sastavila nacrt konvencije kojom se ne stvara samo jednoobrazan i liberalizovan sistem priznanja i izvršenja odluka donetih pred sudovima država članica, već se unifikuju i pravila o određivanju nadležnosti sudova država članica u intrakomunitarnim građanskim i trgovačkim sporovima i, posledično, uspostavlja zajednički mehanizam rešavanja problema intrakomunitarne litispendinge. S druge strane, ekspertska grupa je zanemarila jedan deo odredbe člana 220 Ugovora o osnivanju EEZ i predložila nacrt koji se bavi olakšanjem prometa samo sudskih, a ne i arbitražnih odluka. Štaviše, član 1 stav 2 tačka 4 Brisleske konvencije predviđao je da se pravila Konvencije neće primenjivati na arbitražu. Ovakvo rešenje je, kao što smo naveli, zadržano i u Regulativi Brisel I koja je od 1. marta 2002. godine zamenila Briselsku konvenciju.<sup>6</sup>

U obrazloženju isključenja arbitraže iz polja primene Briselske konvencije ekspertska grupa je navela da je ovakvo rešenje predložila zato što su u oblasti arbitraže »već zaključeni brojni međunarodni sporazumi«<sup>7</sup> i da je »Savet Evrope pripremio konvenciju o jednoobraznom pravu arbitraže kojoj će, po svoj prilici, biti pridodat protokol čiji će cilj biti da još više olakša postupak priznanja i izvršenja arbitražnih odluka nego što je to moguće postići primenom pravila Njujorške konvencije«<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Iako je Regulativa Brisel I stupila na snagu 1. marta 2002. godina, ona se sve do 1. jula 2007. nije primenjivala na Dansku. Odnosi iz polja primene Regulative između Danske i ostatka Evropske unije i dalje su bili regulisani Briselskom konvencijom. Ali, 1. jula 2007. godine stupio je na snagu sporazum između Danske i Evropske zajednice kojim je primena Regulative Brisel I proširena i na Dansku.

<sup>7</sup> Izveštaj Ženarove komisije za pripremu nacrtu Konvencije o nadležnosti i priznanju i izvršenju odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, Službeni glasnik Evropskih zajednica, br. C-59, 5. mart 1979. godine, str. 13.

<sup>8</sup> *Ibidem*

Stiče se utisak da je očekivanje da će Evropska konvencija o jednoobraznom pravu arbitraže biti široko prihvaćena ipak predstavljalo osnovni razlog isključenja arbitraže iz polja regulisanja Briselske konvencije.

Naime, u trenutku potpisivanja Briselske konvencije, jedini značajan međunarodni sporazum iz oblasti arbitražnog prava koji je vezivao sve države članice EEZ je bila Njujorška konvencija o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka,<sup>9</sup> pa se prvonavedeno obrazloženje ekspertske grupe ne čini presudnim za isključenje arbitraže iz polja primene Briselske konvencije.

Takođe, uprkos nespornom značaju Njujorške konvencije, ovaj instrument ipak nije uspeo da sasvim eliminiše potrebu primene nacionalnih procesnih prava u postupku priznanja i izvršenja stranih arbitražnih odluka i u potpunosti unifikuje postupak priznanja i izvršenja arbitražnih odluka u svim državama potpisnicama.<sup>10</sup>

Međutim, predlog Evropske konvencije, kojoj je ekspertska grupa predviđala sjajnu budućnost, doživeo je potpuni fujasko – nikada nije stupila na snagu jer su je potpisale samo dve države.<sup>11</sup> Ipak, bez obzira što su očekivanja tvorca Briselske konvencije ostala neostvarena, čime je praktično otpao najvažniji razlog isključivanja arbitraže iz polja primene Konvencije, arbitraža do danas nije uključena u evropski sudski prostor. Kako se trenutno radi na izradi predloga za izmene Regulative Brisel I,<sup>12</sup> stiče se utisak da bi tu priliku trebalo iskoristiti da se otklone brojni praktični problemi koji se javljaju usled odvojenosti arbitraže od evropskog sudskog prostora.

---

<sup>9</sup> Njujorška konvencija je praktično u potpunosti zamenila Ženevski protokol o arbitražnim klauzulama iz 1923. godine i Ženevsku konvenciju o izvršenju stranih arbitražnih odluka iz 1927. godine, čije su članice takođe bile sve države osnivači EEZ. Drugi značajni multilateralni ugovor iz oblasti arbitražnog prava koji je donet šezdesetih godina XX veka, Evropsku konvenciju o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži, u trenutku potpisivanja Briselske konvencije ratifikovala su samo tri osnivača EEZ – Belgija, Francuska i Nemačka. Italija je ovu konvenciju ratifikovala 1970. godine, Luksemburg tek 1982, a Holandija joj do sada nije pristupila. Podaci o statusu Evropske konvencije o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži dostupni na: [http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsdg\\_no=XXII-&chapter=22&lang=en](http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsdg_no=XXII-&chapter=22&lang=en) (3.10.2010.).

<sup>10</sup> V. Hans van Houtte, *Why Not Include Arbitration in the Brussels Jurisdiction Regulation?*, *Arbitration International*, Vol. 21, 4/2005, str. 511.

<sup>11</sup> Podaci o statusu Evropske konvencije o jednoobraznom pravu arbitraže dostupni na: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/056.htm> (3.10.2010.).

<sup>12</sup> Predlog izmene Regulative bi, u idealnoj projekciji, trebalo da bude spreman do kraja 2010. godine. V. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Delivering an Area of Freedom, Security and Justice for Europe's Citizens, COM(2010) 171, str. 19.

## NADLEŽNOST ZA ODLUKE O POSTOJANJU I PUNOVAŽNOSTI ARBITRAŽNOG SPORAZUMA U EVROPSKOM SUDSKOM PROSTORU

O postojanju i punovažnosti arbitražnog sporazuma mogu da se izjašnjavaju kako arbitraže, tako i sudovi. Sud će se o postojanju i punovažnosti arbitražnog sporazuma najčešće izjasniti kao o prethodnom pitanju koje je prvo potrebno razrešiti da bi se donela odluka o glavnom zahtevu. U nekim državama, pitanje postojanja i punovažnosti arbitražnog sporazuma čak može da se postavi i kao glavno pitanje u sudskom postupku.<sup>13</sup> U svakom slučaju, potrebno je utvrditi da li formulacija člana 1 stav 2 tačka d Regulative Brisel I ukazuje da se pravila o određivanju nadležnosti ne primenjuju ni u slučaju kada sud treba da se izjasni o »preduslovu« za vođenje arbitražnog postupka – postojanju i punovažnosti arbitražnog sporazuma.

O ovom pitanju imao je prilike da se izjasni i Evropski sud pravde u slučaju *Marc Rich*.<sup>14</sup> *Marc Rich*, švajcarsko privredno društvo, zaključilo je sa italijanskim dobavljačem, firmom *Impianti*, ugovor o kupovini iranske nafte. Ugovor je zaključen razmenom teleksa i sadržavao je arbitražnu klauzulu kojom se predviđalo da će se eventualni sporovi rešavati pred većem od tri arbitra u Londonu. Ubrzo je među stranama izbio spor oko kvaliteta nafte, odnosno saobraznosti robe, pa je švajcarski kupac pokrenuo arbitražu u Londonu. Kako italijanska strana nije htela da imenuje arbitra, *Marc Rich* se obratio engleskom sudu sa zahtevom da imenuje arbitra u skladu sa engleskim Zakonom o arbitraži (*Arbitration Act*) iz 1950. godine. Međutim, *Impianti* je osporio nadležnost engleskog suda, sa obrazloženjem da je pravi predmet spora zapravo punovažnost arbitražnog sporazuma. Kako ovo pitanje, po viđenju italijanske strane ne može da se podvede pod pojam »arbitraža« upotrebljen u članu 1 tada važeće Briselske konvencije, nadležnost suda treba da se odredi prema pravilima Konvencije. Engleski sud je zato uputio pitanje Evropskom sudu pravde da li u ovom slučaju ima mesta primeni Konvencije.

Prema mišljenju Suda, »da bi se utvrdilo da li se Briselska konvencija primenjuje na određeni spor, treba se upravljati isključivo prema predmetu spora. Ako je predmet spora pitanje na koje se ne primenjuje Konvencija, kao što je to,

---

<sup>13</sup> Mogućnost podnošenja tužbe radi utvrđenja izričito je predviđena u nemačkom (član 1032 nemačkog Zakona o građanskom postupku) i engleskom (član 32(1) engleskog Zakona o arbitraži) pravu. Ipak, treba napomenuti da ova mogućnost nije univerzalna. Neka procesna prava država članica, kao što je, na primer, belgijsko ovu mogućnost ne dozvoljavaju. V. H. van Houtte, *op. cit.*, str. 514.

<sup>14</sup> ECJ C-190/89, *Marc Rich & Co. AG v. Società Italiana Impianti PA* [1991], ECR, I-3855.

na primer, imenovanje arbitra, samo postojanje prethodnog pitanja, čak i ako bi ono spadalo u polje primene Konvencije, ne može da dovede do primene Konvencije na glavno pitanje<sup>15</sup>

Iako je Evropski sud pravde izbegao da se izjasni o osnovnoj dilemi – da li pitanje postojanja i punovažnosti arbitražnog sporazuma spada u polje primene Briselske konvencije – ipak je dao izuzetno značajnu i korisnu smernicu za traženje odgovora. Najpre, iz mišljenja Evropskog suda pravde nedvosmisleno proizlazi da, kada se od nacionalnog suda traži da obavi neku radnju kojom će pomoći odvijanje arbitražog postupka tako što će, primera radi, omogućiti konstituisanje arbitražnog veća, odlučivati o izuzeću ili opozivu arbitara ili pružiti pomoć u izvođenju dokaza, a nezadovoljna strana istakne prigovor nepostojanja ili nepunovažnosti arbitražnog sporazuma, nadležnost suda će se određivati u odnosu na glavni zahtev, i to prema pravilima unutrašnjeg procesnog zakona a ne prema odredbama Briselske konvencije, odnosno Regulative Brisel I. Zatim će, sasvim očekivano, doći do atrakcije nadležnosti u odnosu na prethodno pitanje nezavisno od njegove prirode, tako da problem njegove (ne)obuhvaćenosti Regulativom postaje irelevantan.

Međutim, šta se dešava ukoliko se strana iz ugovora koji sadrži arbitražni sporazum obrati sudu za meritorno rešavanje spora, a između tužioca i tuženog postoji arbitražni sporazum u vezi sa predmetom tužbenog zahteva? Pravni sistemi država članica Evropske unije prihvataju tzv. doktrinu Kompetenz-Kompetenz, koja podrazumeva da je arbitraža nadležna da odlučuje o sopstvenoj nadležnosti. Domašaj ovog principa se razlikuje od države do države. U Francuskoj, gde princip Kompetenz-Kompetenz daje izuzetno široka ovlašćenja arbitraži, sud može da prihvati nadležnost samo pod uslovom da arbitražni postupak još nije počeo a arbitražni sporazum je očigledno ništav.<sup>16</sup> U Nemačkoj, sud može da prihvati nadležnost ukoliko se tuženi upusti u spor bez isticanja prigovora nenadležnosti ili ukoliko utvrdi da se arbitražni sporazum ništav, bez dejstva ili ga nije moguće izvršiti.<sup>17</sup> Slično rešenje je prihvaćeno i u austrijskom pravu.<sup>18</sup> Princip Kompetenz-Kompetenz je sadržan i u članu II(3) Njujorške konvencije o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka, ali ova odredba, nažalost, ne određuje

---

<sup>15</sup> *Ibid.*, para. 26.

<sup>16</sup> V. Član 1458 Nouveau Code de Procédure Civile, dostupan na: [http://www.lexinter.net/NCPC/regles\\_communes.htm](http://www.lexinter.net/NCPC/regles_communes.htm) (3.10.2010.)

<sup>17</sup> V. Član 1032(1) German Arbitration Act (Book 10 of the ZPO), dostupan na: <http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn31722> (3.10.2010.)

<sup>18</sup> V. Član 584 Austrian Code of Civil Procedure, Part Six, Chapter Four (Arbitration Procedure), dostupan na: <http://www.kluwerarbitration.com/document.aspx?id=ipn28154> (3.10.2010.)



pravo merodavno za procenu ispunjenosti »standarda« koje arbitražni sporazum mora minimalno da ispunjava da bi se odbila mogućnost postupanja sudova.

U svakom slučaju, treba primetiti da, koliko god široko bio shvaćen princip Kompetenz-Kompetenz, sud nikako nije dužan da *ex officio* proverava da li među stranama postoji arbitražni sporazum. Ovakvo rešenje se čini sasvim logičnim i opravdanim, jer arbitraža svoja ovlašćenja crpi iz saglasne volje strana. Prema tome, ukoliko je tuženi uredno obavешten da je protiv njega pokrenut građanski postupak a njegov prigovor izostane, trebalo bi tumačiti da je on neoglašavanjem implicitno odustao od arbitraže i prihvatio nadležnost suda.<sup>19</sup> U tom slučaju, nadležnost bi trebalo utvrđivati prema Regulativi.

Ukoliko bi tuženi u trgovačkoj stvari istakao prigovor nenadležnosti usled postojanja arbitražnog sporazuma, problem bi postao složeniji, jer sama Regulativa ne sadrži dovoljno precizna pravila za postupanje suda u ovakvoj situaciji. Pravno shvatanje Evropskog suda pravde u predmetu *Marc Rich*, po kome bi nadležnost trebalo da se utvrđuje sa osloncem na glavno pitanje, teško bi moglo da se primeni. Naime, priroda prigovora nenadležnosti usled postojanja arbitražnog sporazuma nalaže da se sud najpre izjasni o toj okolnosti i ispita da li ugovorna odredba koju tuženi označava kao arbitražni sporazum zaista ima minimalne elemente kvaliteta koji bi opravdali odbijanje nadležnosti suda i upućivanje strana na arbitražu. Držimo da u sistemu »briselskih« procesnih pravila ovo nije moguće učiniti. Zato nam se jedininim mogućim čini da sud oceni prigovor nenadležnosti usled postojanja arbitražnog sporazuma na način predviđen nacionalnim procesnim zakonom. Ukoliko utvrdi da arbitražni sporazum zadovoljava tako postavljene uslove (da nije očigledno ništav, odnosno da nije ništav, bez dejstva ili ga nije moguće izvršiti), pristupiće utvrđivanju nadležnosti za rešavanje u meritumu shodno pravilima Regulative Brisel I, jer je »prepreka« za njenu primenu otklonjena, pa ne bi imalo smisla da se nadležnost za odlučivanje u meritumu dalje traži sa osloncem na kriterijume sadržane u nacionalnom procesnom pravu samo zato što je tuženi neosnovano istakao prigovor nenadležnosti. Takođe, pravila evropskog komunitarnog prava imaju primat nad unutrašnjim, pa nakon otklanjanja prigovora nenadležnosti ne bi imalo opravdanja ostati u »referentnom sistemu« nacionalnog procesnog prava. Ukoliko, pak, sud nađe da je prigovor osnovan, odmah će se oglasiti nenadležnim, pa do ispitivanja nadležnosti za odlučivanje u meritumu uopšte neće ni doći.

Ipak, protiv ovakvog rešenja se mogu izreći dve krupne zamerke: jedna praktična i jedna teoretska. Praktična zamerka bi bila odsustvo uniformnosti u

---

<sup>19</sup> Jean-Paul Beraudo, *The Arbitration Exception of the Brussels and Lugano Conventions: Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments*, *Journal of International Arbitration*, Vol. 18, 1/2001, str. 21.

primeni ovakvog pristupa na nivou Evropske unije. Kao što smo već napomenuli, princip Kompetenz-Kompetenz je različito shvaćen u okviru Evropske unije, pa prag kvaliteta koji arbitražni sporazum mora da zadovolji da bi se odbila nadležnost sudova neće biti podjednako nizak u svim državama članicama. Teoretska zamerka bi se odnosila na logičku nedoslednost obrazloženja »kombinovanja« briselskog i nacionalnog sistema procesnih pravila da bi se ispitala nadležnost u jednom sporu, što ipak predstavlja više iznudeno nego teoretski promišljeno rešenje. Pitanje određivanja nadležnosti za meritorno odlučivanje u sporu u vezi sa čijim predmetom postoji arbitražni sporazum između tužioca i tuženog je, dakle, jedna od manifestacija neusklađenog odnosa međunarodne trgovačke arbitraže i evropskog sudskog prostora koje bi trebalo što pre razrešiti.

Konačno potrebno je utvrditi da li odredba člana 1 stav 2 tačka d Regulative Brisel I pogađa i postupke gde se traži donošenje deklaratorne odluke o postojanju i punovažnosti arbitražnog sporazuma. Teorija brani stav da bi se nadležnost u ovakvom slučaju određivala prema pravilima nacionalnog procesnog prava.<sup>20</sup> Osnovni argument za zaključak u prilog izbegavanju primene Regulative Brisel I na ovo pitanje je potreba širokog tumačenja formulacije »mera kojima se pomaže odvijanje arbitražnog postupka«, koja je potvrđena u još izveštaju prilikom pristupanja Velike Britanije Briselskoj konvenciji.<sup>21</sup> Ipak, prigovor odsustva ujednačene prakse po ovom pitanju ostaje, tako da je uređivanje nadležnosti za donošenje deklaratornih odluka o postojanju i punovažnosti arbitražnog sporazuma svakako jedno od pitanja gde je potrebno preciznije urediti primenu komunitarnih procesnih pravila.

## NADLEŽNOST SUDOVA U EVROPSKOM SUDSKOM PROSTORU ZA ODREĐIVANJE PRIVREMENIH MERA U ARBITRAŽNIM SPOROVIMA

Još jedna od dodirnih tačaka međunarodne trgovačke arbitraže i evropskog sudskog prostora je i pitanje utvrđivanja nadležnosti za određivanje privremenih mera. Iako se u poslednje vreme u arbitražnom pravu sve više ustaljuje shvatanje o potrebi postojanja konkurentne nadležnosti arbitraža i sudova za izricanje privremenih mera, sudovi i dalje ostaju pogodniji forum za davanje ove vrste podrške

---

<sup>20</sup> Alexis Mourre, *Droit judiciaire privé européen des affaires*, Bruylant, Bruxelles 2003, str. 46; Claire Ambrose, *Arbitration and the Free Movement of Judgments*, *Arbitration International*, Vol. 19, 1/2003, str. 13.

<sup>21</sup> Schlosser Report, Official Journal No. C-59, 5.3.1979.

arbitražnom postupku.<sup>22</sup> U kontekstu intrakomunitarnog procesnog prava, obraćanje stranke sudu sa zahtevom za određivanje privremene mere u sporu za koji je predviđena nadležnost arbitraže ponovo pokreće pitanje procesnog sistema po kojem će se određivati nadležnost suda. Imajući u vidu da određivanje privremenih mera u arbitraži nije samo radnja kojom se pomaže odvijanje arbitražnog postupka, već i način zaštite prava strana u sporu, mišljenje Evropskog suda pravde u predmetu *Marc Rich* ne daje potpun odgovor na sve dileme koje se javljaju u vezi sa merodavnim pravilima za utvrđivanje nadležnosti za određivanje privremenih mera.

Zato je, samo nekoliko godina nakon slučaja *Marc Rich*, Evropski sud pravde dobio priliku da se direktno izjasni o problemu nadležnosti za privremene mere u arbitraži u slučaju *Van Uden*.<sup>23</sup> Holandsko brodsko-transportno preduzeće Van Uden i nemački špediter Deco-Line zaključili su ugovor o prevozu robe. Ugovor je sadržavao arbitražnu klauzulu kojom je bilo predviđeno da se sporovi rešavaju pred arbitražom u Holandiji. Kada je među stranama izbio spor u vezi sa naplatom računa za prevoz robe, Van Uden je pokrenuo arbitražu, ali se istovremeno obratio i sudu u Roterdamu sa zahtevom da odredi privremenu meru za obezbeđenje naplate potraživanja, jer je Deco-Line odugovlačio sa imenovanjem arbitra. Deco-Line je osporio nadležnost holandskog suda sa obrazloženjem da, kao pravno lice sa sedištem u Nemačkoj, može da bude tužen samo pred nemačkim sudovima. Sud u Roterdamu je ovaj prigovor odbio sa obrazloženjem da se na privremene mere primenjuje član 24 Briselske konvencije (danas član 31 Regulative Brisel I), koji predviđa da se »sudu države članice može podneti zahtev za određivanje privremene mere predviđene pravom te države čak i kada su, prema ovoj Regulativi, sudovi druge države članice nadležni za meritorno odlučivanje«. Kada je spor, nakon niza žalbi, došao do Vrhovnog suda Holandije, taj sud je zatražio tumačenje od Evropskog suda pravde.

Evropski sud pravde je zauzeo stav da, principijelno, sudovi države članice koji bi bili nadležni za meritorno odlučivanje prema odredbama Konvencije (Regulative), imaju nadležnost i za određivanje privremenih mera. Ali, pošto su u konkretnom slučaju stranke ugovaranjem arbitraže isključile nadležnost sudova, nema nadležnog suda u smislu Briselske konvencije pa, posledično, nije moguće da se strana koja traži izricanje privremene mere obrati sudu koji bi bio nadležan da su konvencijska pravila o određivanju nadležnosti za meritorno odlučivanje primenjena. Pozivajući se na stav izložen u predmetu *Marc Rich*, Sud je ponovio da je smisao člana 1 stav 2 tačka 4 Briselske konvencije da arbitražu u potpunosti

---

<sup>22</sup> Za argumentaciju v. G. Knežević, V. Pavić, *op. cit.*, str. 129–131.

<sup>23</sup> ECJ, C–391/95, *Van Uden Maritime BV v. Kommanditgesellschaft Deco-Line* [1998], ECR I–7091.

isključi iz polja primene Konvencije, ali je zatim vrlo suptilno iznijansirao prirodu i svrhu privremenih mera. Naime, Sud je primetio da »privremene mere nisu pomoćne radnje u odnosu na arbitražni postupak, već je postupak njihovog određivanja paralelan sa arbitražom i one predstavljaju mere podrške. One se ne odnose na arbitražu kao takvu, već su prvenstveno upravljene na zaštitu širokog kruga subjektivnih prava. Zato se njihovo mesto u sistemu Briselske konvencije određuje u odnosu na prirodu prava koje bi trebalo da zaštite«. <sup>24</sup> Iz toga je Sud dalje izvukao zaključak da, ako predmet zahteva za određivanje privremene mere spada u polje primene Konvencije *ratione materiae*, član 24 Konvencije će moći da se primeni i omogućiti sudu da zasnuje svoju nadležnost čak i kada se o meritumu spora odlučuje pred arbitražom. Sud je takođe utvrdio i neke dodatne uslove koji moraju da budu zadovoljeni da bi član 24 Konvencije mogao da se primeni. Tako se, na primer, zahteva da postoji stvarna veza između privremene mere i teritorijalne nadležnosti suda koji meru treba da odredi, da tražena mera mora da bude određena u odnosu na tačno određenu imovinu koja se nalazi ili će se nalaziti na teritoriji za koju je nadležan sud kome je upućen zahtev za određivanje mere i da izrečena mera ima zaista privremeni karakter.

Odluka u slučaju *Van Uden* predstavlja značajan doprinos utvrđivanju odnosa međunarodne trgovačke arbitraže i evropskog sudskog prostora a kriterijumi koje je postavila su primenjivani i u praksi sudova država članica. <sup>25</sup> Otvaranje mogućnosti za primenu člana 31 Regulative Brisel I i u slučaju kada se spor rešava pred arbitražom predstavlja važnu pogodnost za strane u sporu. Takođe, utvrđivanje uslova pod kojima se na ovaj način može zasnovati nadležnost suda neke od država članica prema »briselskom« režimu treba da pojača pravnu sigurnost i zaštiti strane u arbitražnom sporu od veksatorskog pokretanja postupaka za određivanje privremenih mera.

Ipak, izvesna pitanja i dalje ostaju otvorena. Može se pretpostaviti da će sudovi često biti u dilemi šta predstavlja paralelne radnje, tj. mere podrške za koje se može zasnovati nadležnost prema članu 31 Regulative, a šta su radnje kojima se pruža pomoć odvijanju arbitražnog postupka i koje su mišljenjem *Marc Rich* isključene iz polja primene Regulative. Zato bi, u perspektivi, bilo korisno dodatno precizirati ovu razliku navođenjem mera koje spadaju u jednu, odnosno drugu grupu.

<sup>24</sup> Ibid., para. 33, sa pozivanjem na odluku u slučaju C-261/90, *Reichert and Kockler v. Dresden Bank* [1992], ECR I-2149, para. 32.

<sup>25</sup> V. npr. odluku suda u Versaju, *Townroe c/ Miles Platts*, 29.6.2000, Recueil Dalloz, 2002, str. 1390.

## PRIZNANJE I IZVRŠENJE SUDSKIH ODLUKA KOJE SE TIČU ARBITRAŽE

Olakšan postupak priznanja i izvršenja predviđen Regulativom Brisel I može da se primeni na odluke donete pred sudovima država članica bez obzira da li je njihova nadležnost zasnovana po pravilima Regulative ili unutrašnjeg procesnog prava.<sup>26</sup> Ali, »briselski« režim priznanja i izvršenja ne može da se primeni na odluke o pitanjima koja su članom 1 isključena iz polja primene Regulative. Prema tome, stanovište da se Regulativa Brisel I ne primenjuje na odluke o radnjama kojima se pomaže arbitražni postupak ne čudi i ne bi trebalo da bude dovođeno u pitanje.<sup>27</sup>

Izvesne dileme mogu da se jave u vezi sa priznanjem i izvršenjem deklaratornih odluka o postojanju i punovažnosti arbitražnog sporazuma. Mišljenje Evropskog suda pravde u slučaju *Marc Rich*, koje široko shvata »odluke kojima se pomaže odvijanje arbitražnog postupka« i stavlja ih van polja primene Konvencije (Regulative), navodi na zaključak da na priznanje deklaratornih odluka o postojanju i punovažnosti arbitražnog sporazuma ne bi trebalo da se primenjuje olakšani mehanizam predviđen Regulativom Brisel I. Ipak, argumentacija jedne engleske sudske odluke pokazuje da je ovo pitanje moguće sagledati i u nešto drugačijem svetlu.<sup>28</sup> U sudaru brodova u estuaru reke Žironde oštećen je deo robe koju je prevozio nemački brod Hajdberg. Francuski osiguravač robe pokrenuo je postupak za naknadu štete protiv brodarka pred sudom u Bordou. Tuženi je istakao prigovor nenadležnosti usled postojanja arbitražnog sporazuma. Sud u Bordou je našao da se arbitražni sporazum ima smatrati nepostojećim i nastavio sa postupkom, a brodar je pokrenuo postupak pred engleskim sudom tražeći deklaratornu odluku o postojanju i punovažnosti arbitražnog sporazuma i obavezivanje strana da spor iznesu pred londonsku arbitražu. Pre nego što je engleski sud doneo odluku, francuski sud je meritorno okončao postupak. Iako je primetio da predmet spora pred francuskim sudom nije bilo samo pitanje postojanja i punovažnosti arbitražnog sporazuma, engleski sud se zapitao da li je u delu odluke o tom pitanju vezan stavom suda u Bordou shodno pravilima Briselske konvencije ili ne. Razmatrajući ovo pitanje sa pravno-političkog aspekta, engleski sudija je, između ostalog, zaključio da se olakšanim priznanjem odluka o postojanju i punovažnosti arbitražnog sporazuma smanjuje mogućnost *forum shopping*-a i jav-

---

<sup>26</sup> Član 32 Regulative Brisel I. Za tumačenje v. A. Mourre, op. cit., str. 280.

<sup>27</sup> U tom smislu: Dominique T. Hascher, *Recognition and Enforcement of Judgements on the Existence and Validity of an Arbitration Clause under the Brussels Convention*, Arbitration International, Vol. 13, 1/1997, str. 40.

<sup>28</sup> *Partnereederei M/S Heidberg v. Grosvenor Grain and Feed Co. Ltd. (The Heidberg)*, [1994] 2 Lloyd's Rep. 287.

ljanja protivrečnih odluka po tom pitanju u različitim državama članicama. Imajući to u vidu, engleski sud je zaključio da je vezan odlukom francuskog suda u pogledu postojanja i punovažnosti arbitražnog sporazuma.

Premda mišljenje engleskog suda nije neubedljivo, smatramo da formulacije upotrebene u Regulativi Brisel I, kao i njihovo tumačenje od Evropskog suda pravde, za sada ne pružaju mogućnost za širenje polja primene Regulative, kakve god bile moguće posledice takvog pristupa. Ipak, obrazloženje engleskog suda ukazuje da je o ovom pitanju potrebno posvetiti posebnu pažnju prilikom izrade predloga za izmene i dopune Regulative Brisel I.

Konačno, najsloženijim se pokazuje pitanje određivanja merodavnog procesnog okvira za priznanje i izvršenje meritornih odluka donetih pošto je utvrđeno da je arbitražna klauzula nepostojeća ili ništava. S jedne strane, primenom testa formulisanog odlukom u slučaju *Marc Rich*, koji upućuje da ispitivanje da li ima mesta primeni Konvencije (Regulative) treba da se obavlja sa osloncem na prirodu glavnog zahteva, može se zaključiti da, kada se glavni zahtev odnosi na pitanje koje spada u polje primene Regulative *rationae materiae*, Regulativu bi trebalo primeniti u celini i automatski kako u pogledu utvrđivanja nadležnosti, tako i u pogledu olakšanog mehanizma priznanja i izvršenja.<sup>29</sup> Ali, sa druge strane, procesna prava različitih država mogu na različite načine da procenjuju kada se arbitražni sporazum ima smatrati nepostojećim ili ništavim. Takođe, ni Njujorška konvencija, koja obavezuje sudove da, kada im je podnet na rešavanje spor po pitanju o kome su strane zaključile arbitražni sporazum strane uputi strane na arbitražu osim ukoliko ne utvrdi da je arbitražni sporazum prestao da bude valjan, da je bez dejstva ili je nepodoban za primenu,<sup>30</sup> ne određuje pravo merodavno za sam arbitražni sporazum.

Prema tome, moguće je da sudovi različitih država imaju različit stav o postojanju i punovažnosti arbitražnog sporazuma. Ukoliko bi se na priznanje i izvršenje ovakvih odluka primenjivala Regulativa Brisel I, tada bi sudovi država članica u svakom slučaju bili vezani stavom suda koji se prilikom meritornog rešavanja spora prethodno izjasnio o postojanju i punovažnosti arbitražnog sporazuma, jer u postupku priznanja i izvršenja odluke u »briselskom« režimu sudovi država članica nisu ovlašćeni da preispituju niti osnov zasnivanja nadležnosti suda koji je doneo odluku,<sup>31</sup> niti samu odluku.<sup>32</sup>

Ovde dolazi do očiglednog raskoraka koji Evropski sud pravde još uvek nije imao prilike da reši. Sudska praksa država članica takođe nije od pomoći, jer je

<sup>29</sup> U tom smislu v. Jean-Paul Beraudo, *op. cit.*, str. 22.

<sup>30</sup> Član II(3) Njujorške konvencije.

<sup>31</sup> Član 35(3) Regulative Brisel I.

<sup>32</sup> Član 36 Regulative Brisel I.

moguće naći primere i za prihvatanje<sup>33</sup> i za odbijanje<sup>34</sup> primene sistema priznanja i izvršenja propisanog Regulativom na meritorne odluke donete pošto je utvrđeno da je arbitražni sporazum nepostojeći ili ništav. Iako bi pravilo da se pitanje primene Regulative ocenjuje prema prirodi glavnog zahteva dovelo do zaključka da bi u ovakvim slučajevima trebalo primenjivati sistem priznanja i izvršenja propisan Regulativom, u teoriji se takvom rešenju iznose oštre zamerke i pronalaze razlozi koji bi opravdali izbegavanje primene Regulative.<sup>35</sup> Najčešće se navodi da bi se primena Regulative mogla odbiti na osnovu suprotnosti javnom poretku<sup>36</sup> ili zbog supremacije Njujorške konvencije.<sup>37</sup> Što se tiče argumenta povrede javnog poretka, sam Evropski sud pravde je utvrdio da ovaj osnov odbijanja priznanja treba usko tumačiti.<sup>38</sup> Pozivanje na Njujoršku konvenciju ne deluje ubedljivo jer zahteva preterano široko tumačenje ovog instrumenta, za šta nema utemeljenja u tekstu Konvencije. Naime, član II(3) Njujorške konvencije obezbeđuje efikasnost arbitražnog sporazuma tako što nalaže sudu od koga se traži da reši spor za koji je predviđena arbitraža da odbije da postupa. Pitanje eventualnog priznanja sudskih odluka nije regulisano Njujorškom konvencijom.

Dakle, i pitanje priznanja i izvršenja meritornih sudskih odluka donetih pošto je utvrđeno da je arbitražni sporazum nepostojeći ili ništav se pokazuje kao veoma problematična tačka odnosa međunarodne trgovačke arbitraže i evropskog sudskog prostora koja u ovom trenutku nije na zadovoljavajući način rešena. Zato bi i ovo pitanje trebalo da bude obuhvaćeno izmenama Regulative Brisel I, kako bi se izbeglo disonantno postupanje sudova država članica.

## ZAKLJUČAK

Uprkos značajnom doprinosu Evropskog suda pravde, mesto međunarodne trgovačke arbitraže u evropskom sudskom prostoru još uvek nije dobro i jasno definisano. Kako je osnovni razlog za isključenje arbitraže iz polja primene »briselskog« procesnog režima otpao izostankom Konvencije o jednoobraznom pra-

---

<sup>33</sup> Slučaj Heidberg.

<sup>34</sup> *Philip Alexander Futures & Securities v. Bamberger*, [1996] Civil Law Cases 1757.

<sup>35</sup> Bernard Audit, *Arbitration and the Brussels Convention*, Arbitration International, Vol. 9, 1/1993, str. 23.

<sup>36</sup> Adrian Briggs, Peter Rees, *Civil Jurisdiction and Judgments*, 3rd ed., LLP, London 2002, str. 443.

<sup>37</sup> Hans van Houtte, *May Court Judgments that Disregard Arbitration Clauses and Awards be Enforced under the Brussels and Lugano Conventions?*, Arbitration International, Vol. 13, 1/1997, str. 88.

<sup>38</sup> ECJ, C-38/89, *Renault v. Maxicar* [2000], ECR I-2973.

vu arbitraže, stiče se utisak da bi željene rezultate u tretmanu sudskih odluka koje se tiču arbitraže trebalo pokušati postići kroz izmene Regulative Brisel I.

Ideja-vodilja prilikom određivanja mesta međunarodne trgovačke arbitraže u evropskom sudskom prostoru bi trebalo da bude sprečavanje *forum shopping-a* i onemogućavanje pojave protivrečnih odluka sudova različitih država članica u istoj stvari. Zato bi procesnopravna pitanja spora u vezi sa kojim su strane zaključile arbitražni sporazum, izuzimajući pitanja određivanja privremenih mera, trebalo rešavati primenom prava merodavnog za arbitražni sporazum. To će biti ili pravo koje su strane same odredile ili pravo države u kojoj se nalazi sedište arbitraže. Međutim, bilo bi suprotno prirodi i svrsi Regulative Brisel I da ovaj instrument odredi *pravo* merodavno za ocenu postojanja i punovažnosti arbitražnog sporazuma. Imajući u vidu da se Regulativa Brisel I, između ostalog, bavi nadležnošću sudova država članica u građanskim i trgovačkim stvarima, otklanjanje eventualne kolizije kriterijuma je moguće postići posredno, propisivanjem isključive nadležnosti sudova države mesta arbitraže odnosno države čije je pravo merodavno za arbitražni sporazum, kako bi se *lex fori* svakako poklopilo sa *lex arbitri* i time postigla primena predvidljivog nacionalnog procesnog prava na pitanja arbitražnog postupka u kojima je potrebna pomoć sudova.<sup>39</sup>

U vezi sa radnjama kojima se pomaže odvijanje arbitražnog postupka, problem može da se postavi u odnosu na njihovo razgraničenje od privremenih mera. U tom smislu, korisno bi bilo da Regulativa eksplicitno označi pomoćne radnje za koje je predviđena isključiva nadležnost. Iako izvesne razlike postoje od jedne do druge države članice, takvih mera ipak nema toliko mnogo da bi njihovo navođenje bilo pravno-tehnički problematično ili neizvodljivo.

Po pitanju nadležnosti za određivanje privremenih mera, trebalo bi u Regulativu uvesti rešenje koje je Evropski sud pravde formulisao u slučaju Van Uden. Prema tome, za određivanje privremenih mera bi bio nadležan sud države sa kojom je predmet zahteva u stvarnoj vezi i ukoliko lice prema kome je istaknut zahtev za određivanje privremene mere već ima, ili pak ima stvarnog izgleda da stekne, imovinu na teritoriji države suda.

Konačno, ukoliko se jednoobrazno urede pravila za određivanje nadležnosti sudova u navedenim slučajevima, ne bi trebalo da bude prepreka da se priznanje i izvršenje tako donetih odluka obavlja prema pravilima Regulative Brisel I. Imajući u vidu da se u poslednje vreme Evropska unija sve više angažuje na promovisanju i postepenju »komunitarizaciji« alternativnih načina rešavanja sporova,<sup>40</sup> trebalo bi očekivati da će predstojeće izmene Regulative Brisel I biti

<sup>39</sup> Ovakvo rešenje predlaže H. van Houtte, *Why not Include...* (op. cit.), str. 518.

<sup>40</sup> V. npr. Direktivu 2008/52 od 21. maja 2008. o nekim aspektima medijacije u građanskim i trgovačkim stvarima, Official Journal L-136, 24.5.2008, str. 3-8.



iskorišćene za stvaranje prostora za međunarodnu trgovačku arbitražu u evropskom sudskom prostoru, kako bi se otklonile sve nedoumice i protivrečnosti do kojih je u dosadašnjoj primeni »briselskog« režima dolazilo.

MARKO JOVANOVIĆ, LL.M.,  
Lecturer, Faculty of Law, University of Belgrade

IS THERE ANY PLACE FOR INTERNATIONAL  
COMMERCIAL ARBITRATION  
IN THE EUROPEAN JUDICIAL AREA

Summary

Article 1(2)(d) of the Brussels I Regulation, in the same way as its predecessor, the Brussels Convention, excludes arbitration from the scope of application of the unified European rules on jurisdiction and recognition and enforcement of decisions in civil and commercial matters. However, this "arbitration exception" entails many practical problems. These problems cannot be solved in a satisfying way through the application of national procedural rules and the existing multilateral conventions in the matter. It would be, therefore, in the interest of the promotion of coherence of the European Judicial Area to fill in the gaps between international commercial arbitration rules and the European procedural law by amending the Brussels I Regulation and including certain aspects of arbitration in its field. This paper examines the reasons for exclusion of arbitration from the Brussels I Regulation, analyzes the problems which are due to the lack of coordination between various sets of procedural rules that can be applied in the matter and gives proposal for modification of the rules which regulate the European Judicial Area.



## **PREGLED AKTUELNE LEX MERCATORIAE U PRIMENI DOKUMENTARNOG AKREDITIVA<sup>1</sup>**

### **DOKUMENTARNI AKREDITIV, OPŠTI POJMOVI**

*Pojam i pravna priroda.* – Dokumentarni akreditiv je ugovor, kojim se banka izdavalac akreditiva obavezuje da korisniku akreditiva isplati iznos iz akreditiva, da preuzme obavezu za odloženo plaćanje i plati na dan dospeća, ukoliko korisnik u ugovoreno vreme izvrši prezentaciju urednih akreditivnih dokumenata. Dokumentarni akreditiv ima složenu pravnu konstrukciju u kojoj je bazičan prvi ugovor, po svojoj pravnoj prirodi dvostrano teretan i prethodi pravnom odnosu, koji se uspostavlja između izdavačke banke i korisnika akreditiva.<sup>2</sup>

---

Dr Marijana Dukić-Mijatović, docent Pravnog fakulteta za privredu i pravosuđe Univerziteta Privredna akademija u Novom Sadu.

<sup>1</sup> Aktuelna Jednoobrazna pravila i običaji za dokumentarne akreditive, koja se primenjuju od 1. jula 2007. godine nastala su kao rezultat sinhronizovanog višegodišnjeg rada Komisije za bankarsku tehniku i praksu MTK, čijem sastanku održanom u Parizu 24–25 oktobra 2006. godine je prisustvovalo 250 predstavnika iz 90 zemalja sa ciljem glasanja za nova Pravila za dokumentarne akreditive, UCP 600. Imajući u vidu da Jednoobrazna pravila i običaji za dokumentarne akreditive (UCP) imaju dugu tradiciju u međunarodnoj bankarskoj i trgovinskoj praksi (od 1933. god.), pristup Reviziji bio izuzetno sistematičan i temeljan. Proces je počeo maja, 2003. godine, te je formirana Radna grupa za izradu nacrtu revizije od devet članova iz Istočne Evrope, Zapadne Evrope, Azije i Severne Amerike, a uključeni su bili i predstavnici SWIFT-a kako bi se blagovremeno, u slučaju potrebe učinile i izmene MT 700. Na čelu grupe bio je gospodin *Gary Collyer*, direktor u *ABN Amro banci*, London i tehnički savetnik Komisije za bankarsku tehniku i praksu MTK u Parizu. Na reviziji je radila i Konsultantska grupa od 41 člana iz 26 zemalja.

<sup>2</sup> Vidi više : Jednoobrazna pravila i običaji za dokumentarne akreditive. Beograd: Udruženje banaka Srbije, revizija 2006; Antonijević, Z. (1978) Privredno pravo. Beograd: Savremena

Odnos između izdavačke banke i korisnika akreditiva je potpuno nezavisan i samostalan odnos, te je u pojedinačnim slučajevima nužno utvrditi prirodu poslovnog odnosa između akreditivne banke i korisnika akreditiva. Ni aktuelna Revizija Jednobraznih pravila i običaja za dokumentarne akreditive, kao ni prethodne Revizije ne daju određenu definiciju akreditiva, na osnovu koje bi se moglo zaključiti o kakvom se pravnom poslu radi. Kako je ugovor najčešći izvor obligacija, te da se pretpostavlja njegovo postojanje kod poslovanja vezanog za dokumentarni akreditiv<sup>3</sup>. Ugovor nastao saglasnošću volja ugovornih strana podrazumeva određivanje ugovornih strana, ponude i prihvata iste, predmeta ugovora, kauze i forme ugovora.<sup>4</sup>

administracija; Berman, H., Kaufman, A. (1978) *The law of international commercial transactions – lex mercatoria*; *Harvard International Law Journal*, vol. 19, br. 1 d'Arcy Leo; Murray, C., Cleave, B. (1990) *Schmitthoff's export trade: The law and practice of international trade*. London; Davis, A.G. (1955) *The law relating to commercial letters of credit*. London; Dolan, J. (1989) *Documentary credit fundamentals: Comparative aspects*. B.F.L.R, vol. 3, br. 121, str. 122; Đurović, R. (1991) *Međunarodno privredno pravo – sa obrascima ugovora*. Beograd: Savremena administracija; Eberth, V.R., Ellinger (1983) *Deferred payment credits: A comparative analysis of their special problems*. *Journal of Maritime Law and Commerce*, vol. 14, str. 387; Ellinger, E.P. (1981) *Documentary credits and finance by mercantile houses*. u: *Benjamin's sale of goods*, London, 2. izd., str. 1161 ;Ellinger, E.P. (1970) *Documentary letters of credit: A comparative study*. Singapore; Gilbert, G.A. (1969) *Lectures on banking 1969*. London: King's College; Goldštajn, A. (1967) *Privredno ugovorno pravo*. Zagreb: Informator; Gutteridge, H.C., Megrah, M.N. (1979) *The law of banker's commercial credits*. London Horn, N. (1976) *Međunarodna plaćanja i akreditiv*. *Pravni život*, br. 12; Rosenberg, L. (1975) *Pravo međunarodnih plaćanja*. Zagreb: Informator, sv. 2; Shattuck, Guernsey (1962) *Letters of credit and the UCCV*. *Wash Law Rev*, vol. 63, str. 246; Vajner, Z. (1965) *Međunarodna plaćanja, osiguranje plaćanja i financiranje u vanjskoj trgovini*. Zagreb; Vukadinović, R.D. (1989) *Pravni odnosi iz međunarodnog dokumentarnog akreditiva*. Beograd: Naučna knjiga Zabel, B. (1964) *Dokumentarni akreditiv in njegove pravne značilnosti*. Ljubljana, doktorska disertacija; Vukadinović, R. *Dokumentarni akreditiv prema novoj reviziji jednobraznih pravila i običaja iz 1993. godine*, *Pravo i privreda*, 1993, vol. 31, br. 9–12, str. 15–33.

<sup>3</sup> Vidi više Perović S., Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Savremena administracija Beograd, 1995, str. 1664–1665, Vukadinović R., *Pravni odnosi u međunarodnom dokumentarnom akreditivu*, Naučna knjiga, Beograd, 1989.

<sup>4</sup> Prema ugovornom shvatanju, ugovor zaključuje akreditivna banka sa korisnikom akreditiva, na taj način što ga obaveštava (putem Swift poruke MT 700), da je u njegovu korist otvorila akreditiv. Slanje obaveštenja se tretira kao ponuda za zaključenje ugovora na koju bi ponuđeni trebalo da odgovori u kratkom ili razumnom roku (prihvata ponude) i time zaključi ugovor. Međutim, problemi nastaju kod utvrđivanja šta zapravo predstavlja prihvata ponude. U praksi dokumentarnih akreditiva, korisnik koji je zadovoljan sadržinom akreditiva najčešće ne odgovara na ponudu banke, ako se ponudom može smatrati obaveštenje o otvorenom akreditivu, posebno ne u kratkom roku nakon njenog dobijanja. Njegovo izjašnjavanje se po pravilu ispoljava u konkludentnim radnjama, odnosno u preduzimanju pravnih ili faktički radnji kojima de facto izražavaju svoju saglasnost sa tako dobijenom ponudom. Pošto u cilju otklanjanja pravne neizvesnosti, razumni rokovi moraju biti kratki, zadocnelo prihvatanje ponude se tretira kao nova ponuda, koja otvara novi krug usaglašavanja. Kako se korisnik najčešće o tako učinjenoj ponudi izjašnjava podnošenjem akredi-

U dokumentarnom akreditivu, kauzom se pojašnjavaju razlozi zbog kojih se akreditivna banka obavezuje korisniku, iako od njega ne dobija bilo kakvu protiv naknadu, obzirom da pravo ne priznaje ugovore kod kojih se ne može utvrditi taj posebno kvalifikovani razlog, pa im ne pruža pravnu zaštitu.<sup>5</sup> Zaštitu ne uživaju ni oni poslovi kod kojih bi se kasnije utvrdilo da su zaključeni sa nedopuštenom kauzom, ili kod kojih je kauza postala nedopuštena.<sup>6</sup> Odnos između akreditivne banke i korisnika u pravnoj teoriji je i jednostrani pravni posao, kod koje je dovoljna izjava samo jedne strane, i to one koja se obavezuje. To dalje znači da akreditiv nastaje jednostranom voljom akreditivne banke, bez saglasnosti korisnika akreditiva.<sup>7</sup>

Međutim, time što nije iskoristio akreditiv, za robu koju je isporučio, korisnik akreditiva odnosno prodavac robe, ne gubi pravo na njenu naplatu.<sup>8</sup> Odbija-

---

tivnih dokumenata na naplatu, to bi davalo pravo akreditivnoj banci da dokumenta odbije da honorise sa obrazloženjem da nije zaključen ugovor, što ne odgovara stvarnom stanju u praksi. Praksa upravo priznaje suprotno ponašanje. Ako korisnik nije izričito odbio ponudu akreditivne banke smatra se da je zaključen ugovor. U pravima u kojim je akreditiv formalan, za nastanak ugovora, potrebno je da prihvatanje ponude bude učinjen u pisanoj formi.

<sup>5</sup> Razlog obavezivanja banke prema korisniku u smislu kauze nije želja da mu jednostavno pomogne, već privredni interes jer otvaranje akreditiva spada u njenu redovnu delatnost i banka to čini u cilju ispunjenja preuzete obaveze iz ugovora.

<sup>6</sup> U *common law* sistemu pitanje kauze je svedeno na praktičan zahtev da se ugovorne obaveze mogu valjano preuzimati samo uz protivnaknadu. Kako englesko pravo ne poznaje apstraktne obaveze. U američkom pravu, taj je problem rešen na praktičan način, time što je Jednoobraznim trgovačkim zakonom izričito predviđeno da za otvaranje akreditiva nije potrebna protivnaknada.

<sup>7</sup> Osnov obavezivanja akreditivne banke prema korisniku treba tražiti u njenoj jednostranoj izjavi, koja je sadržana u akreditivu i poslata korisniku. Za nastanak i važnost obaveze akreditivne banke nije potrebna saglasnost druge strane korisnika, pa se pitanje određivanja načina ponude i ne postavlja. Što se tiče pravnog osnova obaveze banke prema korisniku, ona se sastoji u jednostranoj izjavi, kojom se ova obavezuje korisniku akreditiva, da će honorisati podneta dokumenta koja po spoljnom izgledu odgovaraju uslovima izjave, materijalizovane u saopštenju u otvorenom akreditivu. Sama ta isprava je formalno-pravni samostalni osnov korisnikovog potraživanja. Podnošenje dokumenata od strane korisnika akreditivnoj banci nije njegova obaveza, već jedino pravo, koje može, ali i ne mora vršiti iz razloga što ga akreditivna banka na to ne može prisiliti. Ukoliko korisnik iz nekih razloga ne iskoristi akreditiv otvoren u njegovu korist, banka prema njemu ne može isticati bilo kakav zahtev za naknadu štete. Nepodnošenjem akreditivnih dokumenata u tačno definisanom roku za prezentaciju, odnosno u okviru roka važnosti akreditiva, akreditivna banka zatvara neiskorišćeni akreditiv, a sve svoje troškove naplaćuje od nalagodavca akreditiva.

<sup>8</sup> Isporučilac robe jedino neće imati pravo da potražuje isplatu novca na koji glase dokumenta od akreditivne banke niti kupca ponovno otvaranje akreditiva, već cenu mora zahtevati direktno od njega, a to se može realizovati ili putem doznake ili putem dokumentarnog inkasa. Eventualna šteta koja je nastala zbog toga što nije realizovan akreditiv tiče se njegovog odnosa sa kupcem, te kupac ima pravo na naknadu štete od korisnika akreditiva, a ne banka. Ovo iz razloga što će nalagodavac imati troškove otvaranja akreditiva kod svoje – akreditivne banke. U praksi se

nje akreditiva nema karakter odbijanja ponude, već karakter neprihvatanja ispunjenja jedne obaveze koju je dužnik iz osnovnog posla bio dužan da ispuni u svemu onako kako ona glasi. Ako otvoreni akreditiv ne odgovara uslovima iz akreditivne klauzule, korisnikovi prigovori imaju neposredno pravno dejstvo jedino prema nalogodavcu, pošto od njega mora zahtevati izmenu akreditivnih uslova.<sup>9</sup> Tako se korisnikove izjave o prihvatanju ili odbijanju akreditivnih uslova mogu tumačiti kao saglasnost ili kao nesaglasnost da je nalogodavac na ugovoreni način ispunio svoju obavezu iz akreditivne klauzule<sup>10</sup>. Praktični značaj određivanja akreditiva kao jednostranog pravnog posla se ispoljava u operativnosti ovog instrumenta robnog i platnog prometa kao sredstva plaćanja.<sup>11</sup>

Suštinske izmene na kojima je zasnovana poslednja revizija Jednoobraznih pravila i običaja za dokumentarne akreditive su sledeće: »On its face« – predloženo je da se ovaj izraz briše, jer kod većine praktičara izaziva sumnju u pravo značenje samog izraza. 25 zemalja je saglasno da se ovo briše iz UCP dok je 12 zemalja bilo za to da se izraz zadrži i dalje. Samo je u članu 14. zadržan izraz »on its face«. Reasonable time – gotovo su svi mišljenja da se »razumno vreme« izostavi, a da se utvrdi fiksni broj dana za pregled dokumenata. 36 zemalja je bilo za to da se »razumno vreme« briše i utvrdi fiksni broj dana. (15 zemalja = 5 dana; 9 zemalja = 6 dana; 10 zemalja = 7 dana i 2 zemlje – bez predloga broja dana). Razumno vreme je utvrđeno 5 bankarskih dana. »Parties« – Još na sastanku u Dublinu, većina se izjasnila da se iz nacrtu briše »parties« i zameni sa »banks«.

---

retko dešava da se akreditiv neiskoristi, jer je u interesu i kupca i prodavca da ispoštuju svoje ugovorne obaveze, i da im troškovi realizacije kupoprodajne transakcije budu što manji. Pošto izdavačka banka otvaranjem akreditiva istovremeno i izvršava obavezu prema nalogodavcu i zasniva novi obligacioni odnos prema korisniku, od koga se ne zahteva saglasnost, može se postaviti pitanje da li svaki otvoreni akreditiv znači da je banka izvršila svoju obavezu prema nalogodavcu, odnosno da je nalogodavac korisniku ispunio obavezu iz akreditivne klauzule.

<sup>9</sup> Vidi Vukadinović, R., Pravni odnosi u međunarodnom dokumentarnom akreditivu, Naučna knjiga, Beograd, 1989, str. 107; B. Pavićević, Pravni odnosi iz bankarske garancije, Beograd, 1977, str. 33.

<sup>10</sup> U odnosu između izdavačke banke i korisnika, izjava banke o preuzimanju obaveze je definitivna i dovoljna za nastanak potpunog pravnog posla. Korisnikov zahtev za izmenu akreditiva je pravno relevantan za banku samo ako nalogodavac, prihvatajući navedene primedbe, od nje bude zahtevao izmene, a ona sama se sa tim saglasi. Međutim, u takvim situacijama, a nije u pitanju neki dodatni uslov koji je potreban za perfektnost pravnog posla, već se radi o izmeni nastalog odnosa.

<sup>11</sup> S obzirom da je Jednoobraznim pravilima definisano da su akreditivi samostalni, odnosno pravno odvojeni od osnovnog posla i ugovora o otvaranju akreditiva, to znači da akreditivna banka može korisniku akreditiva isticati samo prigovore, koji imaju osnov u sadržini saopštenja o otvorenom akreditivu, a tiču se saobraznosti podnetih dokumenata, te se kvalifikaciji akreditiva kao jednostrane izjave volje se posebno prigovara da akreditivna banka svoju volju ne izjavljuje neodređenom krugu lica, već pismeno saopštenje o akreditivu šalje tačno i unapred određenom licu – korisniku akreditiva.

Nakon izjašnjavanja nacionalnih komiteta, 27 zemalja je bilo da se u nacrt unese »bank«, i Radna grupa je sledila ovaj predlog. Odloženo plaćanje – Generalna saglasnost u Dublinu je postignuta da se UCP unese klauzula o diskontu. 27 zemalja se izjasnilo u prilog unošenja ove klauzule u UCP. Međutim, Konsultantska grupa nije bila za to da se u UCP ugradi klauzula o diskontu kod akreditiva sa odloženim plaćanjem, jer je to odgovornost banke koja negocira takav akreditiv i tu se onda primenjuje nacionalni zakon. Drugi problem u vezi odloženog plaćanja je pitanje sudske odluke u vezi diskontovanja odloženog plaćanja u slučaju *Banco Santander vs Banque Paribas* gde je sud smatrao da ako konfirmirajuća banka diskontuje svoje sopstveno odloženo plaćanje, čini to na svoj rizik, jer ako se utvrdi prevara pre dospeća, akreditivna banka nije u obavezi da rambursira konfirmirajuću banku. Ovo je može se slobodno reći, šokiralo veliki broj banaka i uz mnogo diskusije uspelo se u nova Pravila ugraditi zaštitnu odredbu u ovakvim slučajevima. Čl. 28. UCP 500 – Postavljeno je pitanje da li ovaj član razbiti u tri odvojena člana o transportnim dokumentima ili da se jednim članom obuhvate tri vida transporta. 20 zemalja je bilo da se 28. član zadrži u današnjem obliku, dok je 17 zemalja bilo za to da se ovaj član razbije u tri odvojena člana. Međutim većina je odlučila da se zadrži kao jedan član. Član 30. UCP 500 – Većina zemalja je bila da se ovaj član briše. Uvedeni su novi članovi u UCP 600: Definicije Član 3, Interpretacije Član 9, Aviziranje akreditiva i izmena Član 12, Nominovanje Član 15, Saglasna prezentacija Član 17, Originali dokumenata i kopije Nova pravila su veoma moderna, čine praksu jednostavnijom, a jezik je daleko jasniji i razumljiviji, sadrže termine koji se lako razumeju. UCP 600 će povratiti akreditivima njihovo pravo mesto u međunarodnoj trgovini.«<sup>12</sup>

#### KORELACIJE DOKUMENTARNOG AKREDITIVA I DRUGIH INSTRUMENATA MEĐUNARODNOG ROBNOG I PLATNOG PROMETA

*Bankarska garancija.* – Cilj postojanja svih instrumenata međunarodnog robnog i platnog prometa je da se zadovolje praktične potrebe poslovnih ljudi u platnom prometu i da se unificira njihov način izdavanja, korišćenja i tu-maćenja<sup>13</sup>. Jednoobrazna pravila i običaji o dokumentarnim akreditivima jasno

---

<sup>12</sup> Vidi više Cvijeta Anđelković, Šesta revizija Jednoobraznih pravila i običaja za dokumentarne akreditivne, Beograd, 2007. godina.

<sup>13</sup> Na sličnost ova dva instrumenta platnog prometa ukazuje i činjenica da je u toku izrada nove Revizije Jednoobraznih pravila za garancije na prvi poziv, koja će u velikoj meri biti slična Jednoobraznim pravilima i običajima za dokumentarne akreditivne.

navode da banke nemaju nikakve veze sa osnovnim ugovorom niti ih takav ugovor obavezuje, čak i u slučaju da se u akreditivu pozivaju na takav ugovor.<sup>14</sup> Analiza odredbi Zakona o obligacionim odnosima, kojima su definisani kako akreditivi tako i bankarska garancija, kao i tumačenje odredbi, prvenstveno jezičko, ukazuje da je zakonodavac elemente oba pravna posla uredio na sličan način. Bankarsku garanciju karakteriše samostalnost. Zakonodavac je ipak bio precizniji kod regulative samostalnosti akreditiva, jer je odredbama člana 1074. Zakona o obligacionim odnosima propisao da je akreditiv nezavisan od ugovora o prodaji ili drugog pravnog posla povodom koga je akreditiv otvoren. Ovakva izričita konstrukcija izostala je u regulative bankarske garancije, već do zaključka da je bankarska garancija samostalna u odnosu na osnovni pravni posao dolazimo tumačenjem odredbi člana 1087. Zakona o obligacionim odnosima.<sup>15</sup> Takođe, kod oba pravna posla, moguće je uključanje i druge banke – avizirajuće ili konfirmirajuće.<sup>16</sup>

Nadalje, podjeljenost pravne teorije u pogledu definisanja pravne prirode ista je i kod akreditiva i kod bankarske garancije<sup>17</sup>. Neopozivost bankarske garan-

---

<sup>14</sup> S tim u vezi, nova Revizija Jednoobraznih pravila koja regulišu akreditive u članu 4. ističe da »akreditivna banka treba da obeshrabri svaki pokušaj nalagodavca da uključi, kao sastavni deo akreditiva, kopije osnovnog ugovora, proforma fakture i sl.«

<sup>15</sup> »Nalogodavac za otvaranje akreditiva nije legitimisan da traži da se akreditivna banka sudskom presudom obaveže da određeni novčani iznos isplati korisniku akreditiva. Pravo da traži ispunjenje obaveze od strane akreditivne banke o ugovoru o akreditivu pripada samo korisniku akreditiva.« Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 504/95 od 26. 12. 1995. godine, Sudska praksa prirednih sudova, Bilten br. 1/1997, str. 111.

<sup>16</sup> Akreditivi i bankarske garancije predstavljaju složene pravne poslove. Tako se na primer kod bankarske garancije u poslovnom lancu koji se formira pojavljuju poverilac (korisnik garancije), dužnik (nalogodavac za izdavanje garancije) i banka garant (davalac garancije), koji učestvuju u tri pravna posla i to je svakako ugovor između dužnika i poverioca obezbeđenog garantnom klauzulom, koja predstavlja bitan element ovog ugovora, potom drugi je ugovor o izdavanju bankarske garancije, zaključen između nalagodavca (dužnik iz osnovnog pravnog posla) i banke davaoca garancije kojim se banka obavezuje da će u svoje ime, a za račun nalagodavca dati garanciju trećem licu – korisniku garancije (poveriocu iz osnovnog pravnog posla), a nalagodavac se obavezuje da će banci za izdatu garanciju platiti dogovorenu naknadu (proviziju) i vratiti novčanu sumu koju je banka platila korisniku garancije i na kraju imamo izdavanje bankarske garancije, od strane banke garanta u korist korisnika garancije.

<sup>17</sup> Pozitivnim zakonodavstvom Republike Srbije, članom 1078. Zakona o obligacionim odnosima, regulisan je opoziv akreditiv, što može prouzrokovati potencijalne probleme u akreditivnoj praksi, u situaciji kada nalagodavac koji je rezident Republike Srbije pozivajući se na Zakon o obligacionim odnosima želi da otvori opozivi akreditiv jer je u pitanju takav aranžman sa korisnikom akreditiva koji je iz inostranstva, a banka ne može da prihvati i izvrši nalog svog klijenta, jer Jednoobraznim pravilima nije predviđena mogućnost otvaranja opozivog akreditiva, kao što ne postoji ni tehnička mogućnost za otvaranje istog, obzirom da SWIFT poruke za otvaranje akreditiva, ne predviđaju unos podataka opozivosti akreditiva.



cije je jasno regulisana te garant ne može odustati od već date garancije niti je može povući u roku važenja bez prethodne saglasnosti korisnika te garancije, kao što ni banka – davalac garancije ne može jednostrano povući već datu garanciju pošto se ona nalazi kod korisnika garancije, što nije moguće jer važi pravilo *pacta sunt servanda*.

Za razliku od bankarskih garancija neopozivost dokumentarnih akreditiva uvedena je tek sa najnovijom Revizijom Jednoobraznih pravila.<sup>18</sup> Kod bankarske garancije je obrnuto, jer podnošenje zahteva za plaćanje sa predviđenim dokumentima pokazuje da dužnik iz osnovnog posla, odnosno nalogodavac garancije nije ispunio svoje ugovorene obaveze.

U tom smislu naplata bankarske garancije i njena realizacija ne bi trebalo da predstavlja pravilo ili cilj kojem bi njen korisnik težio već prilikom formulisanja finansijske klauzule u osnovnom poslu.<sup>19</sup> Sličnost po osnovu funkcija sastoji se u tome što i dokumentarni akreditivi i bankarska garancija predstavljaju instrumente obezbeđenja ispunjenja obaveza iz osnovnog posla.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> Tako odredba člana 3. Revizije Jednoobraznih pravila glasi: »akreditiv je neopoziv čak i kada nema naznake u tom pogledu. Što se tiče garancija, njihova neopozivost definisana je članom 5. Jednoobraznih pravila, tako što je predviđeno da »sve garancije i kontra garancije su neopozive, ukoliko nije drugačije navedeno.« Takođe, i dokumentarni akreditiv i bankarska garancije predstavljaju bankarske poslove, koji se evidentiraju u vanbilansnoj pasivi u poslovnim knjigama banke (kao potencijalne obaveze). Razlika je u tome što se akreditivi evidentiraju u zavisnosti od sredstva obezbeđenja koje se konstituiše pre samog otvaranja akreditiva (nepokriven akreditiv, depozit, hipoteka), dok se, sa druge strane, garancije evidentiraju u zavisnosti od vrste izdate garancije (plative i činidbene). Sličnost ova dva instrumenta dolazi do izražaja i u naplati potraživanja od strane akreditivne banke garanta, jer je u oba posla naplata potraživanja uslovljena podnošenjem određenih dokumenata u ugovorenom roku, koji po svom spoljnom izgledu moraju biti u skladu sa akreditivnim, odnosno, uslovima koji su navedeni u garanciji. Takođe, i akreditiv i bankarska garancija se najčešće otvaraju u vidu Swift poruke, kategorije 7, pri čemu se za akreditiv koristi Swift poruka MT 700, a za garanciju Swift poruka MT 760. Razlika između dokumentarnog akreditiva i bankarske garancije je u tome što je priroda i svrha dokumenata koji se podnose na naplatu u okviru ova dva pravna posla drugačija. Kod dokumentarnog akreditiva, to je prvenstveno dokaz da je prodavac robe, odnosno usluga, (tj. korisnik akreditiva) uredno ispunio svoju obavezu iz osnovnog posla, što je ujedno i svrha akreditiva – njegova naplata.

<sup>19</sup> Razlika, koja se takođe tiče isplate, je to, što se isplatom akreditivnog iznosa u stvari plaća kupoprodajna cena, dok kod bankarske garancije, isplata ima karakter naknade štete korisniku garancije. Vidi Vukadinović, R., Anđelković, C., Vuković D., Garancije na prvi poziv u međunarodnoj praksi, Udruženje banaka Jugoslavije, Beograd, 1995, str. 18.

<sup>20</sup> U sudskoj praksi postoji dilema da li između akreditiva sa jedne strane i ostalih pravnih radnji i poslova koje preduzimaju privrednici postoji sličnost kod zastarnog roka, koji je propisan odredbama člana 374. Zakona o obligacionim odnosima ili se primenjuje opšti zastarni rok. (»Za pravni odnos iz akreditiva, primenjuje se trogodišnji rok zastarelosti.« Rešenje Saveznog suda, Gzs. 15/2001 (2) od 13. 12. 2001. godine – Sudska praksa trgovinskih sudova – Časopis za privredno pravo, br. 1/2002, str. 105. i na suprot ovom pravnom stavu imamo sledeći »Odnos između

Međutim, dok je kod bankarske garancije to osnovna i jedina funkcija, dokumentarni akreditiv prvenstveno predstavlja sredstvo plaćanja a tek paralelno sa tim i sredstvo obezbeđenja plaćanja.<sup>21</sup>

Razlika postoji i u karakteru obaveze koju akreditivna banka, odnosno, banka garant preuzima.<sup>22</sup> Za razliku od toga, kod garancije rok važnosti predstavlja vremenski period u okviru koga se mogu vršiti izmene po garanciji, ali i sva plaćanja po garanciji, kao i podnošenje zahteva za plaćanje (u slučaju aktiviranja iste).

Usled toga, ova dva instrumenta se različito evidentiraju u poslovnim knjigama akreditivne banke, odnosno banke garanta. Naime, akreditiv se evidentira u vanbilansnim pozicijama od momenta otvaranja do momenta plaćanja garancije<sup>23</sup>,

---

tužioca i tuženog je odnos između korisnika akreditiva i Akreditivne banke. Dakle, radi se o posebnom pravnom odnosu, koji je odnos potpuno nezavisan od drugog pravnog posla povodom koga je akreditiv otvoren, a saglasno članu 1074. ZOO. U ovom odnosu Akreditivna banka se obavezuje da će korisniku akreditiva isplatiti određenu novčanu svotu ako do određenog vremena budu ispunjeni uslovi navedeni u nalogu za otvaranje akreditiva. Dakle, akreditiv se ne može svrstati u ugovor o uslugama između Akreditivne banke i korisnika akreditiva na koji se ima primeniti zastarni rok iz člana 374. ZOO. To dalje znači da posebnost te obaveze upravo ukazuje da se na pravne odnose tužioca i tuženog ima primeniti opšti zastarni rok od deset godina iz člana 371. ZOO.« Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 106/99 od 27. 12. 2000. godine – Sudska praksa privrednih sudova, Bilten br. 2/2001, str. 125).

<sup>21</sup> Bankarska garancija štiti interese samo jedne ugovorne strane – korisnika garancije, koji može biti i poverilac i dužnik iz osnovnog posla, već u zavisnosti od toga koja je vrsta garancije koja se izdaje. Tako se, na primer, garancija za plaćanje izdaje u korist prodavca – poverioca iz osnovnog posla poverioca, dok se garancija za povraćaj avansa izdaje u korist kupca – dužnika iz osnovnog posla. Za razliku od toga dokumentarni akreditiv štiti obe ugovorne strane: 1. Kupca, koji je siguran da će isplatiti akreditivni iznos ukoliko prezentuje dokumenata koja su uredna, ili, drukčije rečeno, koja su u potpunosti saobrazna sa akreditivnim uslovima. i 2. Prodavca, jer mu akreditiv pruža sigurnost da ukoliko prezentuje uredna akreditivna dokumenta, akreditivni iznos će naplatiti bilo od korisnika akreditiva, bilo od akreditivne/konfirmirajuće banke.

<sup>22</sup> Naime, korišćenjem akreditiva vrši se isključivo isplata novčanih obaveza, dok se bankarskom garancijom, kod koje se isplata vrši uvek u novcu, garantuje, kako i za novčane, tako i za nenovčane obaveze. Takođe, razlika postoji i u roku važnosti ova dva pravna instituta. Kod akreditiva, rok važnosti je definisan vremenski period u okviru koga se mogu vršiti eventualne izmene akreditivnih uslova. U okviru koga se mora izvršiti prezentacija akreditivnih dokumenata (od strane korisnika akreditiva banci koja je nominovana za pregled istih). Međutim, plaćanja po akreditivu se mogu vršiti i nakon isteka tog roka, u slučaju otvaranja akreditiva sa definisanim odloženim plaćanjem, odnosno akceptiranjem/negociranjem menice.

<sup>23</sup> »Akreditivna banka odgovara za isplatu iz akreditiva od dana kada je korisniku akreditiva saopšteno da mu je akreditiv otvoren. Banka se ne može osloboditi te obaveze ni u slučaju kada je zbog organizacionih promena prestala da obavlja poslove sa inostranstvom.« Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 515/98 od 25. 11. 1998. godine, Sudska praksa privrednih sudova, Bilten br. 1/1999, str. 106.

dok se garancija evidentira u vanbilansnim pozicijama samo od momenta njenog izdavanja do momenta isteka roka važnosti garancije<sup>24</sup>.

Najzad, iznos na koji se akreditiv otvara može da odstupa i od 10% od osnovnog akreditivnog iznosa<sup>25</sup>, dok je iznos bankarske garancije, u principu, tačno određen<sup>26</sup> i za njega važi pravilo fiksne garancijske obaveze.<sup>27</sup>

*Dokumentarni inkaso.* – Dokumentarni inkaso predstavlja neutralan bankarski posao, kod koga banka preuzima obavezu da će, po nalogu i za račun svog komitenta (prodavca robe), naplatiti novčano potraživanje, koje ovaj ima prema trećem licu (kupcu, trasatu), uz istovremenu predaju određenih dokumenata, dok se komitent (nalogodavac) obavezuje da će za to platiti banci proviziju i troškove, koje je banka imala prilikom izvršenja dobijenog naloga i instrukcija<sup>28</sup>. I dokumentarni akreditiv i dokumentarni inkaso predstavljaju pravne poslove u kojima su pored ugovornih strana iz osnovnog posla angažovane i banke. Naime, u njima učestvuju najčešće četiri lica: 1) nalogodavac/principal, 2) akreditivna banka/banka remitent, 3) avizirajuća banka/inkaso banka i 4) korisnik akreditiva/trasat. Između ovih učesnika se zasnivaju pravni odnosi koji su kod oba posla samostalni i nezavisni, kako međusobno, tako i u odnosu na osnovni posao. Do-

---

<sup>24</sup> Osim u slučajevima kada se izvrši isplata garantovanog iznosa korisniku garancije od strane banke garanta ili nastupi neki drugi uslov naznačen u samom tekstu garancije. U tim slučajevima se garancija isknjižava i pre isteka njenog roka važnosti.

<sup>25</sup> Kada je u pitanju obezbeđenje obaveze iz postupka javne nabavke, koje prethode zaključenju ugovora, kao što je npr. obaveza da ponuđača da potpiše ugovor kada je njegova ponuda izabrana, reč je o posebnoj vrsti licitacione bankarske garancije kojom se pokrивaju sve štete do visine garantovanog iznosa koje bi naručilac (investitor) pretrpeo u slučaju da učesnik na licitaciji, čija je ponuda prihvaćena kao najpovoljnija, ne zaključi ugovor o građenju (ili drugi ugovor o javnoj nabavci) ili ne obezbedi bankarsku garanciju za dobro izvršenje posla. Rok važenja licitacione garancije se najčešće određuje prema roku u kojem je naručilac dužan da, u skladu sa objavljenim uslovima licitacije, izvrši izbor najboljeg ponuđača. Vidi Petrović Z., Kozar V., Obezbeđenje potraživanja, Dispublik, Beograd, 2009. godina, strana 132.

<sup>26</sup> Tako na primer iznos licitacione garancije može biti određen fiksno ili u određenom procentu (najčešće do 5%) od ukupne predračunske vrednosti investicija. Prema Jednoobraznim pravilima garancija se izdaje u valuti koja je određena u pozivu za licitaciju. Visina garantnog iznosa kod garancija za dobro izvršenje posla može biti određena u fiksnom iznosu ili u određenom procentu za visinu od stepena izvršenja osnovnog ugovora, s tim što se u ovoj garanciji određuje tzv. »plafon garancije« koji se vezuje za mogući iznos pretpostavljene štete. Iznos garantne obaveze kod garancija za pokrivenje obično se vezuje za vrednost avansa, ali taj iznos može biti i veći – ako se garancijom pokrивaju kamata i troškovi, odnosno može biti i manji kada se garancijom predviđa da će obaveza banke biti manja srazmerno ispunjenju obaveza iz osnovnog ugovora.

<sup>27</sup> Kada su u pitanju obezbeđenje ispunjenja obaveze iz ugovora o javnim nabavkama posebno je značajna »činidbena bankarska garancija za dobro izvršenje posla.« Vidi Kozar V., Komentar Zakona o javnim nabavkama, Drugo dopunjeno izdanje, »Poslovni biro«, Beograd, 2010. godina, str. 87.

<sup>28</sup> Na nacionalnom nivou dokumentarni inkaso je regulisan samo u Grčkoj.

kumentarni inkaso poslovi su karakteristični po tome što klijent preko banke potražuje i vrši naplatu od dužnika, koji nije u pravnom odnosu sa tom bankom, što nije slučaj kod akreditiva gde klijent plaća dug preko banke.<sup>29</sup>

Kod inkasa, banka ne ispituje ispravnost dokumenata, pri čemu plaćanje ne vrši banka, već dužnik odnosno kupac robe<sup>30</sup>. Razlike ova dva instrumenta platnog prometa ogledaju se i u činjenici da se dokumentarni inkaso pojavljuje u poslovnim odnosima zasnovanim na međusobnom poverenju, kao i kod manjih spoljnotrgovinskih poslova.<sup>31</sup> Za razliku toga, akreditiv se primenjuje kada se ugovorni partneri dovoljno ne poznaju, kada ne postoji međusobno poverenje i sigurnost, kao i kod vrednijih kupoprodajnih aranžmana. Posao dokumentarnog akreditiva štiti interese i kupca i prodavca, za razliku od dokumentarnog inkasa, kod kojeg je ta funkcija ispunjena jedino u slučaju pomorskog transporta robe, odnosno u slučaju naplate konosmana kao hartije od vrednosti<sup>32</sup>.

*Asignacija.* – U pravnoj teoriji postoje shvatanja po kojima dokumentarni akreditiv predstavlja posebnu vrstu asignacije tzv. indiskretne asignacije, koja postoji kada je asignatova činidba zavisna od ispunjenja određenih uslova na

<sup>29</sup> Odnos između banke remitenta i inkaso banke uspostavlja se na osnovu naloga – inkaso instrukcija, koji banka remitent dostavlja inkaso banci, a ova ga prihvati. Pri tome je ovaj nalog po svojoj sadržini identičan sa nalogom koji je principal dao svojoj banci, a ipak od njega pravno odvojen i nezavisan. Slično tome, i kod dokumentarnog akreditiva, akreditivna banka daje nalog avizirajućoj banci da prosledi akreditiv krajnjem korisniku i postupi u skladu sa akreditivnim instrukcijama. Kao što se može videti, po svojoj pravnoj prirodi, i ugovor o dokumentarnom inkasu, kao i ugovor o otvaranju akreditiva predstavljaju jednu vrstu ugovora o nalogu. Osnovne razlike se očituju u sledećem: dokumentarni akreditiv je prvenstveno sredstvo plaćanja, a dokumentarni inkaso sredstvo naplate potraživanja. Kod akreditiva, akreditivna banka prodavcu plaća akreditivni iznos u slučaju da su prezentovana uredna dokumenata, za razliku od dokumentarnog inkasa, gde je uloga inkaso banke da se strogo pridržava instrukcija banke remitenta. To znači da, ukoliko je u inkaso instrukcijama naznačeno da inkaso banka dokumenta uruči samo nakon izvršenog plaćanja/akceptiranja menice od strane kupca, ili da u protivnom vrati dokument, odnosno protestuje menicu kod nadležnog suda, ona je u obavezi da to i učini. Kod akreditiva, banka je dužna da sa pažnjom dobrog privrednika ispita saobraznost dokumenata sa uslovima akreditiva i da, ukoliko su ista saobrazna u svemu, izvrši plaćanje akreditivne sume. Vidi Carić, S., Bankarski poslovi i hartije od vrednosti, Novi Sad, 2000, str. 40.

<sup>30</sup> Vidi Cerović D., Sistem međunarodnog privrednog prava, Gornji Milanovac, 1979, str. 494.

<sup>31</sup> U spoljnoj trgovini u upotrebi su nostro dokumentarni inkaso kod kojih domaća banka prima od domaćeg klijenta inkaso dokumentarnu naplatu, te loro dokumentarni inkaso kod kojih inostrani bančin klijent dostavlja domaćim bankama dokumentarni material na naplatu od domaćeg dužnika.

<sup>32</sup> Ovo iz razloga što konosman predstavlja *document of title*, odnosno kupac ne može da preuzme robu ukoliko ne podnese duplikat konosmana koji je putem dokumentarnog inkasa iskupio od inkaso banke, za razliku od drugih vrsta transporta ( železnicom, drumskim ili vazдушnim prevozom), gde se jedan primerak tovarnog lista direktno dostavlja kupcu.

strani asignatara, na osnovu koje se može uočiti povezanost sa osnovnim poslom<sup>33</sup>. I kod asignacije, i kod akreditiva, reč je o složenom odnosu: o odnosu između davaoca uputa i primaoca, o odnosu između davaoca uputa i upućenika, i o odnosu između primaoca i upućenika<sup>34</sup>. Kod dokumentarnih akreditiva na ovo jasno ukazuje načelo autonomije akreditivnih odnosa.<sup>35</sup>

Pristankom na asignaciju, odnosno na otvaranje akreditiva, poverioci (primalac uputa, odnosno korisnik akreditiva) su, i kod jednog i kod drugog posla, prihvatili promenu načina plaćanja i zbog toga se za vreme dok traje asignacije odnosno u roku važnosti akreditiva, za ispunjenje prvo moraju obratiti novim dužnicima<sup>36</sup>.

To znači da je primalac uputa (asignatar), koji je pristao na uput, dužan da pozove upućenika (asignata) da ga izvrši, odnosno kod dokumentarnog akrediti-

---

<sup>33</sup> Vidi S. Cigoj, *Obligacije*, Ljubljana, 1976, str. 972, kao i u Jankovec, I., *Privredno pravo*, Javno preduzeće, Beograd, 1999, Đurović, R., *Međunarodno privredno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1994, str. 400.

<sup>34</sup> Osnovna razlika između dokumentarnog akreditiva i asignacije je što je kod asignacije asignat dužan da za račun i po ovlašćenju asignanta izvrši nešto asignataru, što može biti plaćanje, ali i izvršenje određenog posla, pružanje usluge, dok je predmet dokumentarnog akreditiva isključivo novac. Ukoliko je predmet obaveze kod asignacije novac, tada je osnovni cilj koji se postiže asignacijom, kao i dokumentarnim akreditivom olakšanje, ubrzanje i pojednostavljenje izvršenja novčanih obaveza u robnom prometu i tu se javlja njihova sličnost. S tim u vezi, u daljem tekstu analiziraće se sličnosti, odnosno razlike ova dva pravna instituta, u slučajevima kada asignacija ima za predmet novčanu obavezu. S obzirom da dokumentarni akreditiv izdaju isključivo banke, a da ovlašćeno lice kod asignacije koje treba da izvrši uplatu novčanih sredstava može biti i fizičko i pravno lice, jasno je da asignacija ima manji stepen sigurnosti naplate od akreditiva. Sledeća sličnost se odnosi na podeljenost pravne teorije u pogledu tumačenja pravne prirode dokumentarnog akreditiva i asignacije, u smislu da li predstavljaju ugovor ili jednostranu izjavu volje – Vidi više: Jankovec, I., *Privredno pravo*, Javno preduzeće, Beograd, 1999.

<sup>35</sup> U poslu dokumentarnog akreditiva nastaju pravni odnosi između kupca i prodavca (nalogodavca i korisnika akreditiva), nalogodavca i akreditivne banke, kao i akreditivne banke i korisnika akreditiva. Analogno tome kod asignacije nastaju odnosi između asignanta (uputioca) i asignatara (primaoca uputa), odnos između asignanta (uputioca) i asignata (upućenika), kao i odnos između asignata i asignatara. Prvi odnos kod dokumentarnog akreditiva, odnos između kupca i prodavca, se odnosi na zaključenje osnovnog posla i definisanje akreditivne klauzule kao načina izvršenja obaveze plaćanja, odnosno objašnjava zbog čega uopšte i dolazi do otvaranja akreditiva. Kod asignacije ovaj odnos (između uputioca i primaoca uputa) ukazuje na razlog zbog čega uputilac (asignant) ovlašćuje drugo lice, upućenika (asignata), da za njegov račun izvrši nešto trećem licu (asignataru), tj. da li je u pitanju gašenje duga ili davanje kredita, poklona, itd. U većini slučajeva primalac uputa (asignatar) je poverilac uputioca, pa stoga assignant izdavanjem uputa želi ispuniti svoju obavezu prema asignataru.

<sup>36</sup> Poverilac u poslu asignacije nije dužan da pristane na uput koji mu je učinio dužnik, u cilju ispunjenja svoje obaveze, ali je dužan da o svom odbijanju izvesti dužnika, inače će mu odgovarati za štetu.

va, korisnik akreditiva je dužan prvo da se obrati akreditivnoj banci za naplatu akreditivnog iznosa<sup>37</sup>.

Isto tako, i asignacija i dokumentarni akreditiv daju se u cilju plaćanja, a ne kao plaćanje.<sup>38</sup> Kod posla asignacije uput, odnosno prijem saopštenja o otvorenom akreditivu (kod dokumentarnog akreditiva) ne predstavlja ispunjenje obaveze od strane uputioca (asignanta), odnosno nalagodavca akreditiva. Tek ispunjenjem od strane upućenika, odnosno tek na osnovu izvršenog plaćanja akreditivnog iznosa od strane akreditivne banke, faktički prestaje obaveza uputioca odnosno nalagodavca prema primaocu uputa odnosno korisniku akreditiva. U slučaju da upućenik (asignat), odnosno akreditivna banka ne izvrši svoju obavezu plaćanja, primalac uputa (asignatar) je dužan da o tome odmah obavesti uputioca, inače mu odgovora za štetu. Kod dokumentarnog akreditiva, korisnik akreditiva je dužan da obavesti nalagodavca ukoliko akreditivna banka ne izvrši svoju obavezu plaćanja (po prezentaciji saobraznih dokumenata), jer u protivnom šteta za nalagodavca može nastati ukoliko on propusti da ostvari svoju tražbinu iz osnovnog odnosa prema akreditivnoj banci (u smislu povraćaja pokrića kod akreditivne banke, u skladu sa ugovorom o otvaranju akreditiva). Drugi odnos kod asignacije između uputioca (asignanta) i upućenika (asignata) objašnjava zašto asignant zahteva od asignata da ovaj za njegov račun izvrši nešto trećem licu, odnosno kod akreditiva zašto akreditivna banka otvara akreditiv po nalogu kupca-nalagodavca. Kod asignacije to je najčešće zbog postojanja nekog ranijeg duga asignata prema asignantu, odnosno što kod njega ima pokriće za ono što ovaj treba da učini asignataru.<sup>39</sup> Tim pre što dokumentarni akreditiv predstavlja imenovani po-

---

<sup>37</sup> Kod asignacije poverilac nije dužan pristati na uput koji mu je učinio dužnik u cilju ispunjenja svoje obaveze, ali je dužan da o svom odbijanju odmah izvesti dužnika, inače će mu odgovarati za štetu, a poverilac koji je pristao na uput dužan je pozvati upućenika da ga izvrši sledi iz odredbi člana 1025 Zakona o obligacionim odnosima.

<sup>38</sup> »Kako ugovorom o asignaciji tuženi – asignat kao upućenik nije prihvatio obavezu da plati za račun uputioca – asignanta i kamatu tužioca kao primaocu uputa – asignataru, niti je u ugovoru određeno vreme ispunjenja obaveze od strane tuženog kao upućenika, to je pravilna odluka da nije osnovan zahtev tužioca prema tuženom na ime obračunate kamate. Ako asignat ne ispuni ili loše ispuni obavezu iz asignacije, asignatar je dužan da se za pravilno ispunjenje obaveze osloni na osnovni pravni posao koji postoji između njega i asignanta.« Viši privredni sud, Pž. 308/99 od 6. 5. 1999. godine.

<sup>39</sup> U slučaju asignacije kod koje je asignat dužnik asignanta, on je ovlašćen da svoj sopstveni dug izvrši činidbom trećem licu (asignataru), tako da se on tom činidbom oslobađa svog duga prema asignantu. U drugom slučaju je on ovlašćen da činidbom prema asignataru troškove učini za asignanta i da ovaj kasnije bude obavezan da mu to plati. Obaveza naknade troškova od strane asignanta ne proizilazi tek tako iz unutrašnjeg odnosa između njega i asignata (nalog), već iz same asignacije, tačnije rečeno iz ovlašćenja sadržanog u asignaciji za asignata da činidbu izvrši na »račun asignanta«. Kod dokumentarnog akreditiva to je naplata provizije od strane banke, kao nak-

sao, ne samo međunarodnog privrednog prava, već i manjeg broja nacionalnih prava.

## ZAKLJUČAK

Analiza izabranih instrumenata međunarodnog robnog prometa u ovom radu, prvenstveno dokumentarnog akreditiva, rezultovala je zaključcima, koji su višestruko korisni kako posmatrano sa makro, tako i sa mikro aspekta. Dok je bankarska garancija značajna kao instrument obezbeđenja plaćanja, dokumentarni akreditiv prvenstveno predstavlja sredstvo plaćanja, a tek paralelno sa tim i sredstvo obezbeđenja plaćanja. Što se tiče dokumentarnog inkasa, više se pojavljuje u poslovnim odnosima zasnovanim na međusobnom poverenju, kao i kod manjih spoljnotrgovinskih poslova. Za razliku toga, akreditiv se primenjuje kada se ugovorni partneri dovoljno ne poznaju, kada ne postoji međusobno poverenje i sigurnost, kao i kod vrednijih kupoprodajnih aranžmana. Posao dokumentarnog akreditiva štiti interese i kupca i prodavca, za razliku od dokumentarnog inkasa, kod kojeg je ta funkcija ispunjena jedino u slučaju pomorskog transporta robe, odnosno u slučaju naplate konosmana kao hartije od vrednosti. Asignacija je značajna kao instrument međunarodnog plaćanja, ali se i asignacija kao i dokumentarni akreditiv daje u cilju plaćanja, a ne kao plaćanje.

Ovo bi bile kratke napomene instrukcionog karaktera namenjene poslovnim ljudima, usmerene poboljšanju mikro poslovne klime u pojedinačnim poslovnim relacijama, samim kvalitetnim odabirom adekvatnog instrumenta međunarodnog plaćanja u svakom pojedinačnom slučaju. Što se tiče generalnog stanovišta o kvalitetu aktuelne Revizije Jednoobraznih pravila i običaja za dokumentarne akreditive, pozitivne promene uočavaju se u ukidanju mogućnosti opoziva dokumentarnog akreditiva, utvrđivanju fiksnog broja dana za pregled dokumenta, određivanju jedne ugovorne strane kao banke, unošenju klauzule o diskontu, obuhvatanjem transportnih dokumenata na jednom mestu, te uvođenjem preciznijih definicija, posebno kod aviziranja, negociranja, definisanja konformirajuće

---

nada za učinjene usluge otvaranja akreditiva, koja proizilazi iz prihvaćenog naloga za otvaranje akreditiva, odnosno zaključenog ugovora. Pri tome se bančino prihvatanje naloga ne može vezivati za postojanje ili nepostojanje prethodnih obligacionih odnosa sa nalagodavcem, koje može biti od značaja jedino što se tiče isplate akreditiva (na osnovu postojećeg pokrića ili na bazi odobrenog kredita). Najveća sličnost između ova dva pravna instituta postoji kod trećeg odnosa, koji postoji između asignata i asignatara, odnosno između akreditivne banke i korisnika akreditiva, jer su apstraktni odnosno nezavisni od ostalih odnosa koji se pojavljuju između ostalih učesnika u ovim poslovima. Posao dokumentarnog akreditiva odgovara samo apstraktnoj konstrukciji asignacije. Ovo, zbog toga, što u konkretnoj primeni dokumentarni akreditiv može imati različite privredne funkcije, zavisno od nivoa razvijenosti i potreba poslovne prakse.

banke, nominovanja akreditiva, utvrđivanja pojma saglasne prezentacije i adekvatnih dokumenata.

MARIJANA DUKIĆ-MIJATOVIĆ, LL.D.,  
Assistant Professor, Faculty on Law,  
University Commercial Academy,  
Novi Sad

## CURRENT LEX MERCATORIA AND THE LETTERS OF CREDIT

### Summary

The author points out at the importance, application and business functions of documentary letters of credit in economic reality in the light of the current *lex mercatoria*, dragging parallels, similarities and differences with other instruments of international trade and payment transactions. The target comparison in the form of more indicative premise provides answers to a series of contentious legal issues, which do not fully illuminate the Uniform Rules and Practices for Documentary Letters of Credit. It is necessary to eliminate the legal vacuum with comparison and interpretation, primarily with teleological business practices and rules of legal practice that have upwards similarities with documentary letters of credit and in that way have influence at the macro level, indicating to legislator the shortcoming of existing legislation, but also at the micro level through instructions for business people as to how they have to use letter of credit in relation to other instruments of international trade and payment transactions.



## Banke i bankarski poslovi

*PREDRAD STOJANOVIĆ,  
ILIJA ZINDOVIĆ*

### PRAVNO ODREĐENJE BANKARSKIH POSLOVA

#### U V O D

U pravnoj literaturi ne postoji jedinstvena definicija bankarskog posla i bankarskog prava. Moglo bi se reći da sažetiju definiciju u tom smislu daju francuski pravni pisci Rodiere i Rives – Lange. Po njima bankarske poslove trebalo bi shvatiti kao skup pravila koja se odnose na bankarske operacije i na one koji ih obavljaju u vidu zanimanja<sup>1</sup>. Ova definicija, iako sažeta ipak je nepotpuna. Razlog tome je što precizno određenje sadržine ovih poslova zavisi od društvenih, političkih, ekonomskih, istorijskih i drugih uslova koji postoje u datoj zemlji. Uostalom, od toga zavisi i da li će norme koje regulišu bankarstvo u celini imati pretežno privatnopravnu ili javnopravnu komponentu, u kojoj meri će biti specifične i potpune, koliko će se razlikovati od opštih normi Građanskog i Privrednog prava.<sup>2</sup>

Kao ilustracija može da posluži i generalni stav od koga nemačka teorija nije još odstupila. U najkraćem nemačka teorija bankarske poslove vidi kao najvažnije poslove koje vrše svi tzv. »kreditni instituti«.<sup>3</sup> Bankarski poslovi su po-

---

Dr Predrag Stojanović, profesor, dekan Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.  
Dr Ilija Zindović, profesor Pravnog fakulteta Privredna akademija u Novom Sadu.

<sup>1</sup> Rene Rodiere et Jean-Louis Rives-Lange; *Droit bancaire*, Paris 1973, str. 1.

<sup>2</sup> Antonijević Z., Petrović M., Pavićević B., *Bankarsko pravo*, Beograd, 1982, str. 5.

<sup>3</sup> Detaljnije: Obst/Hinther: *Geld-, Bank-und Boersenwesen*, 3. Teil, 39. Auflage, Schaeffer-Poeschel Verlag, Stuttgart, 1993.

deljeni u tri vrste: Tipične poslove plaćanja i transfera sredstava, parabankarske uslužne poslove (npr. depo posao) i tzv. neutralne uslužne poslove (npr. konsalting).<sup>4</sup>

S druge strane pravno teorijsko objašnjenje bankarskih poslova obično se daje upućivanjem na bankarsku delatnost. Kako je ova zavisna od institucionalnog određivanja banke, bankarski poslovi su objašnjivi uz iste one teškoće koje se pojavljuju od objašnjavanja banke. Zato objašnjenje zavisi od klasifikacionog pristupa poslovima i analize sastava (strukture) poslova. Opšte je mišljenje da se teorijski bankarstvo kao celina institucionalnog i funkcionalnog činioca jedino i može da objasni. Pošto su poslovi funkcionalna sfera bankarstva, njihovo objašnjivanje utiče i na institucionalno određivanje banke. U takvoj situaciji, deo teorije smatra da su bankarski poslovi specifični poslovi, dakle – *sui generis, a deo teorije da su to poslovi na osnovu neimenovanih i mešovutih ugovora*.

Teorijski nije sporno da su bankarski poslovi u osnovi poslovi privrednog (trgovačkog) prava<sup>5</sup>. Teorija nije uopštila ni jedno pravilo materijalnog ili procesnog prava bankarskih poslova, koje bi vodilo prema stvaranju posebnih ugovornih ili drugih instituta za poslove isključivo bankarske prirode, bilo prema predmetu ili prema metodi. Ipak, modifikacije koje su u opštim institutima proizašle zbog specijalizacije i podele rada u trgovini dovode do posebnih vrsta poslova u kojima se dodiruju i prepliću javni i privatni interes, sastojci raznih vrsta ugovora i drugih pravnih poslova, čisti i mešoviti poslovi sa novčanim vrednostima i nenovčanim učincima. Njihova je zajednička osobina stalno i verizno povezivanje izvora i plasmana sredstava komplementirano sa bankarskim uslugama. U tom smislu bankarski poslovi su najvećim delom složeni pravni poslovi i otuda u spektru mogućih veza među njima rezervisan stav teorije prema određivanju njihove pravne prirode.

Bankarske funkcije emisije sredstava plaćanja, omogućavanja razmene, upravljanje akumulacijom, korišćenja specijalizovanih znanja i kontrole finansija, koje su institucionalno obeležje banke, ostvaruju se u svojim pojedinostima putem bankarskih poslova. Povezanost sastojaka raznih vrsta poslova u cilju postizanja učinaka bankarskog posla u isto vreme je i materijalna i procesna. Zato kod bankarskog posla sasvim ograničeno mogu da se razlikuju materijalnopравни i procesnopравни sastojci.<sup>6</sup>

U krajnje uopštenom pojmu bankarskih poslova zato je moguće objasniti bankarski posao samo sa gledišta prihoda koji banke stiču iz poslova pravnim načinima i u isto vreme saglasno njihovim institucionalnim obavezama i ov-

---

<sup>4</sup> Op. cit., str. 357.

<sup>5</sup> Tako: Vasiljević M., Trgovinsko pravo, Pravni fakultet Beograd, 2006, str. 277.

<sup>6</sup> Ovde je vidljiv visok stepen saglasnosti kontinentalnog i anglosaksonske teorije.

lašćenjima sa gledišta prihoda koje stiču drugi subjekti putem poslovanja sa bankama. To dvojstvo proizilazi iz dvojsta interesa (javnog i privatnog) koji se ostvaruju u bankama. Objašnjenje putem prihoda ukazuje na razloge za objavljivanje bankarskih poslova u interesu članova i komitenata banaka kao privatnom i u interesu povećavanja ukupnih društvenih prihoda (u smislu neto društvenog proizvoda) kao javnom. Ova je podela utoliko uslovna što se pojmovi privatnog i javnog interesa mogu teorijski postaviti na razne načine, isto onako kao i pojmovi privatnog i javnog prava.

## IZVORI PRAVA – MATERIJALNO I PROCESNO PRAVO

### *Teorijski aspekt*

Vrlo često je banka ta koja (kroz bankarsku tehniku, opšte uslove za obavljanje bankarskih poslova i sl.) praktično diktira sadržinu celog ugovora između nje i klijenta (ugovori po pristupu). S druge strane, klijent je često veoma ekonomski zavisn od banke (imajući u prvom redu današnji značaj raznih vrsta kredita), površno poznaje propise, bankarsku tehniku i bankarske običaje, pa nema velikih izgleda na uspeh u eventualnom sudskom sporu sa bankom<sup>7</sup>. Osim toga i same banke ne žele (zbog poslovnog ugleda) da nastale sporove rešavaju sudskim putem, pa su stoga sudske odluke u ovoj oblasti dosta retke, osim u nekim posebno značajnim pitanjima.

Stoga izvori prava bankarskih poslova mogu da se podele na materijalno i procesno pravo samo uz znatne rezerve, iz istih onih razloga koji otežavaju objašnjavanje banke sa čiste institucionalne i čiste funkcionalne tačke gledišta. Zato je svaka podela uslovna. Među izvorima prava se ne može naći judikatura, zato što je skoro i nema: nešto zbog nesklonosti komitenata da se spore sa bankama koje im mogu i ubuduće biti potrebne, a nešto zbog preciznosti bankarskih regula.

Materijalno pravo je samo malim delom čisto pravo bankarskih poslova. Najmanji broj regula se nalazi u zakonodavstvu o bankama, o poslovima derogiranim trgovačkim zakonicima i zakonicima o ugovorima i obligacijama. Nešto veći broj se susreće u podzakonskim aktima o kreditima i kontroli mase novca i kredita. Znatno je obimnije pravo o menici, čeku, akreditivnom i inkaso-poslovanju koje nije čisto pravo bankarskih poslova. Najveći broj regula se nalazi u mešovitom pravu, primenjivom na bankarskim poslovima: pravu osiguranja, pra-

---

<sup>7</sup> Antonijević Z., Petrović M., Pavićević B., op. cit., str. 11.

vu o pojedinim ugovorima i opštim poslovnim uslovima banaka. Ove regule adaptiraju ili modifikuju pravila privrednog prava prema potrebama bankarstva, s obozirom na njegove funkcije. Sa gledišta frekvencije, najobimnije je materijalno pravo u podzakonskim aktima, naročito u aktima koje je ovlašćena da donosi centralna banka<sup>8</sup>, a i ovako obimno pravo se dalje oblikuje obveznim tumačenjem i uputstvima koja se u praksi nazivaju cirkularnim pravom. Delimično se materijalnim pravom mogu smatrati i metodologije banaka za utvrđivanje valjanosti investicionih projekata i ocenu kreditne podobnosti i sposobnosti dužnika.

Procesno pravo je nešto obimnije, ali nije originalno već izvedeno iz prava deoničarskih društava. U raznim pravnim sistemima susreću se istovrsne regule o osnivanju banaka i upravljanju njima koje predodređuju poslovanje, regule o tehnicima evidencije i bilansiranja, o izveštavanju državnih organa o poslovanju, o kontroli i načinu obavljanja delatnosti. Ove poslednje se najčešće susreću u autonomnom pravu i kao najosetljiviji deo bankarskih poslova kodifikovane su u jednoobraznim pravilima bankarskog poslovanja koje je donela Međunarodna trgovačka komora u Parizu.

I materijalno i procesno pravo se nalaze u međunarodnim i nacionalnim izvorima. U principu, judikatura smatra da ona pravila o čijem se korišćenju stranke sporazumevaju mogu da budu prihvaćena i prećutno, a da banka ne može da bude odgovorna ako postupa saglasno postojećim bankarskim običajima. Pri tome se vladajućim običajem smatra onaj koji je međunarodno ili nacionalno prihvaćen, ili se ujednačeno primenjuje na najznačajnijim finansijskim tržištima u svetu. U tom pogledu nema bitnih razlika ni u srpskom pravu i praksi.

## VRSTE I CILJEVI BANKARSKIH POSLOVA

Bankarski poslovi podrazumevaju rad sa novcem, a time i mobilizaciju novčanih sredstava. Putevi kojima se vrši mobilizacija novčanih sredstava, njihova koncentracija, način i uslovi njihovog plasmana, sve više se razlikuju od dobro poznatih bankarskih operacija.<sup>9</sup>

Analitičko objašnjenje bankarskih poslova dobija se iz podataka koje pružaju opšte podele bankarskih poslova prema vrstama: prema subjektima ovlašćenim na obavljanje bankarskih poslova prema učiniocima bankarskih poslova

---

<sup>8</sup> Detaljnije o tome vidi: Stojanović P., Status i funkcije nemačke banke, Glasnik prava, Pravni fakultet Kragujevac, br. 4/1995, str. 57–65.

<sup>9</sup> Antonijević, Petrović M, Pavićević B., op. cit., str. 147.

po banke, prema finansijskim tokovima u bankama i putem njih i prema složenosti i međusobnoj povezanosti bankarskih poslova (vezani poslovi).

*Podela prema subjektima koji obavljaju bankarske poslove.* – Opšte je pravilo da među bankarskim poslovima ima onih koji su rezervisani samo za institucije registrovane kao banke i onih koje mogu da obavljaju i drugi, nebankarski subjekti. Rezervisani poslovi se smatraju vrstom bankarskih poslova i nazivaju bankovnim (bančinim) poslovima u porodici bankarskih poslova. To su poslovi u kojima je bitan sastojak profesionalnog i primenjivanje pravila struke na optimalan način. Same banke su potpuni profesionalci u novčanim poslovima i samo one svojim ugledom profesionalca i koncentracijom sredstava mogu da jemče za dobro izvršenje krupnih poslova ili grupa poslova. Takvi su naročito poslovi depozita, platnog prometa, bankarskih kredita i garancija, bankarskih informativno-konsultativnih usluga, rukovanja vrednostima i konstruktivnog povezivanja poslova. Nebankarski subjekti obavljaju ove vrste poslova samo ako im se ugled i poverenje koje uživaju temelje na autoritetu države ili krupnih privrednih asocijacija kao osnivača ili jemaca za dobro izvršenje poslova.

*Podela prema učiniocima bankarskih poslova po banke.* – Ova je podela klasično – trgovačka i po njoj se bankarski poslovi dele na aktivne, pasivne, neutralne i sopstvene. Aktivni su bankarski poslovi u kojima je banka poverilac za novčano ispunjenje, obično za plasirana sredstva kod drugih subjekata. U pasivnim bankarskim poslovima banka je dužnik za novčano ispunjenje svojim poveriocima koji su kod nje plasirali svoja sredstva ili putem nje poslovali poveravajući joj sredstva jednim od klasičnih ugovora. Kod neutralnih bankarskih poslova banka je po pravilu davalac usluge pri kojoj ne postaje ni poverilac, ni dužnik. Neutralni bankarski posao je u vrlo niskom stepenu aktivan zato što banka naplaćuje cenu usluge (bankarsku proviziju), ali masa nekih neutralnih poslova (npr. platnog prometa) može da pretvori neutralan posao u aktivni, naročito kod verižnog vezivanja poslova. U isto vreme neutralni bankarski posao može da bude i pasivan, ako banka prouzrokuje komitentnu štetu zbog koje mu duguju naknadu. Sopstveni bankarski posao je u stvari trgovački posao koji banka preduzima za svoj račun, što nije u slučaju kod prethodnih bankarskih poslova. Razlikuju se organizacioni i materijalno sopstveni posao ili bankarsko-trgovački posao. Pravilo je da se sopstveni bankarski poslovi obavljaju vezivanjem robnih i novčanih poslova organizacionim putem i/ili finansiranjem. Organizacioni posao je stvaranje koncentracija kapitala putem kojih se sa povišenim uticanjem na tržištu upravlja finansiranjem, refinansiranjem i trgovanjem vrednosnim papirima. Sam čin organizacije u neki od oblika koncentrisanja kapitala (holding, trust, bankarski sindikat, bankarski konzorcijum) dovodi do povezivanja poslova učesnika koji se udružuju u taj oblik. Materijalni posao je upuštanje u neki od robnih poslova na posredan ili neposredan način. Posredan je način konstruisanje struk-

ture robnog prometa i izvoza/uvoza putem zajedničkog nastupa i kontrole nad poslom banke i nekog prometnog preduzeća (rede i proizvodnog). To su reeksportni i konverzioni posao, kompenzacioni i barter posao. Akcepting i konfirming posao i niz poslova čistog robnog prometa (lizing, faktoring, forfeiting, franšizing).

*Podela prema finansijskim tokovima bankarskih poslova.* – Dva su osnovna finansijska toka u bankarstvu: tok sredstava u banku (izvori) i tok sredstava iz banke (plasmani). Postoji i tok sredstava putem banke, ali je on uvek tok u banku (ulazni) i iz banke (izlazni), zbog čega je uslužni. Prema ovim tokovima se razlikuju bankarski poslovi sa izvorima koji u širem smislu obuhvataju i tranzitne izvore, bankarskih poslova plasmana i, kao vrsta poslova sa izvorima, uslužni bankarski poslovi. Poslovi sa izvorima sredstava su poslovi mobilizacije: depozit sredstava plaćanja, štedni depozit stanovništva, sredstva za namensku potrošnju (fondovi, programi i projekti) i bankarska emisija vrednosnih papira. Poslovi plasmana su zasnovani na dva inicijalna, poslu zajedničkog ulaganja i kreditu. Iz ova dva posla se izvode svi ostali bankarski poslovi plasmana kao davanja sredstava (fr. placement, davanje novca).

*Najobimnija je podela prema složenosti i međusobnoj povezanosti bankarskih poslova.* – Složenost i povezanost bankarskih poslova objašnjava se prema njihovom predmetu i prema korišćenom metodu, a povezanost putem uzročno-posledičnih veza među njima. Jednostavni su bankarski poslovi koji se obavljaju uz primenu jednog metoda na jedan predmet poslova. Mada prividno ima mnogo takvih poslova, oni su u stvari retki i pošto ni jedan bankarski posao plasmana nije bez oslonca na bankarskim poslovima sa izvorima, niti se ijedan bankarski posao sa izvorima zaključuje, a da se nemaju u vidu budući poslovi plasmana. Složeni poslovi se sa izvorima zaključuju, a da se nemaju u vidu budući poslovi plasmana. Složeni poslovi su zato uvek i međusobno povezani, neposredno ili posredno. Prema predmetu i metodu kao dvema stranama jednog bankarskog posla teško je razlikovati stepen njegove sličnosti, iako se u sastojcima posla oni mogu da raspoznaju. Najčešći predmet bankarskog posla pored inicijalnih poslova plasmana (zajedničkih ulaganja i kredita) su bankarski mandat, zastupanje, punomoćstvo, komisija, trgovinsko zastupanje i posredovanje. Među njima se najčešće izdvajaju kredit, mandat i posredovanje. Ako se sam za sebe složeni bankarski posao uzme kao predmet, onda se navedeni poslovi u krajnjoj posledici javljaju kao metod za ostvarivanje predmeta, tako da se bankarski posao kao predmet određuje putem metoda. Posebni metodi bankarskih poslova su korespondentni i kontokorentni međubankarski poslovi praćeni poslovima disponibiliteta. Banke međusobno uspostavljaju poslovne odnose u cilju povezivanja poslova, koji obuhvataju uzajamne informacije o bonitetu dužnika i poslovnim mogućnostima, plaćanja za račun svojih komitenata ili sopstveni (korespondentni

poslovi), međusobno kratkoročno kreditiranje za plaćanja (kontokorento) i uzajamno držanje sredstava za plaćanje koja će se koristiti prema potrebi davanjem dispozicije (disponibilitet). Opšti metodi pravnih osiguranja od rizika koriste se u bankarskim poslovima putem modifikacije instituta ugovornog prava: solidarnosti dužnika, pristupanja dugu i preuzimanju ispunjenja (kod kredita), domiciliranja ugovora (pri izbegavanju ograničavajućih pravnih režima), ustupanja ugovora (drugoj banci, zbog njenog pogodnijeg poverilačkog položaja), novacija ugovora i novacija obaveze (u pogledu roka, valute, veze sa osnovnim poslom i instrumentata osiguranja za ispunjenje), cesija (kada je potrebno obezbeđivanje plaćanja iz kredita za robu iz osnovnog posla), asignacija i kompenzacija (kod plaćanja) i pobijanja pravnih dela dužnika koji štete banci, uz eventualno stupanje u njegova prava.<sup>10</sup>

Što se tiče ciljeva bankarskih poslova oni se mogu svrstati u neposredne i posredne. Neposredni cilj je sticanje dobiti iz prihoda banke, a posredni kolektivna ekonomska dobit. Kada banka stiče sopstvenu dobit, ova je anonimizovana i pripada banci samo do raspodele na članove srazmerno njihovim pravima na učešće u dobiti. Pravila o učešću su najčešće u domenu autonomnog prava i ona ne isključuju anonimni kapital banke u fondovima za investicije, za rezerve i za tekuće poslove. Deanonimizacija se događa kada se iz poslovanja ostvari dobit. Poreklo prihoda banke ima utoliko uticaja na prava članova na raspodelu dobiti, ukoliko su oni učestvovali u sticanju prihoda: neposredno kod zajedničkog ulaganja, a posredno kod provizija za usluge i kamatu (prema učešću članova u platnom prometu i udelu u fondovima). Posredni cilj, kolektivna ekonomska dobit, postiže se u bankarskom sistemu kao celini.

Izvori prava bankarskih poslova u izloženom smislu su svi oni koji mogu da se upotrebe za povezana dejstva kojim se postiže funkcionisanje bankarskog sistema. Njihovo nabranje nema svrhe. Među njima zauzimaju posebno mesto bankarski običaji. Ovi su proizašli iz trgovačkog običaja i modifikovani su s obzirom na bankarsku specijalizaciju. Ne postoje kodifikacije ovih običaja, izuzev nekoliko pokušaja koji nisu bili od uticaja na širem polju bankarskih poslova. Opšti poslovni uslovi bankarstva su zbog običaja vrlo slični i unekoliko bi se morali smatrati prećutnom kodifikacijom, naročito u pogledu tehničkog aspekta pravnih poslova. Iz ovih uslova proistekli su tipski formulami-adhezioni ugovori čiji bi se sastojci u osnovi mogli da upotrebe pod bilo kojim pravnim režimom bankarskih poslova

U praksi se bankarski poslovi dele najčešće na poslove sa izvorima, poslove plasmana i uslužne poslove. Podela prema složenosti i međusobnoj povezanosti bankarskih poslova ne naglašava se posebno, pošto se uvek podrazumeva.

---

<sup>10</sup> Ovo su posebni aspekti prilagođavanja domaćeg bankarstva sistemu EU.

*Poslovi sa izvorima sredstava*

Poslovati sa izvorima znači mobilisati (prihvatiti) slobodna novčana sredstva od njihovih imalaca u gotovini ili žiralnom novcu, rede i u vrednosnim papirima. Tako prikupljena sredstva mogu da se koncentrišu udruživanjem banaka (organizacioni način) ili udruživanjem samih sredstava (materijalni način). U oba slučaja koncentracija u povišenom stepenu omogućuje novčanu multiplikaciju u ročnu transformaciju sredstava. Poslovi sa izvorima su najobuhvatnije regulisani državnim pravom kao pravila stvaranja bankarskog novca i za banke su pasivni.

*Depozitni posao* (bankarski depozit)<sup>11</sup> je bankovni posao pošto mogu da ga obavljaju samo čiste bankarske institucije. Uvek se razlikuje od štednog depozita stanovništva zato što je u isto vreme i žiro posao<sup>12</sup>. Za deponenta ovaj posao može da bude prinudan (prinudno deponovanje) zbog ubrzanja novca i ekonomisanje masom novca u opticaju (ako ne postoji sistem probijanja plaćanjem putem čekova). Kao žiro posao, depozitni posao može da bude deo poslova po tekućem računu. Ako se drukčije ne ugovori, depozit je moguće povući u svako doba (depozit po videnju). Moguće je da se ugovori ležanje depozita kod banke ili njegova upotreba za određenu namenu (depozit sa rokom i namenski depozit). Na depozit banka plaća kamatu (pasivna kamata). I bez otkaza, depozitni posao prestaje kada se deponovana suma utroši.

*Posao štednog depozita* je bankarski posao koji mogu da obavljaju razne ovlašćene finansijske organizacije, mada među njima daleko pretežno banke. Od depozitnog posla se razlikuju po tome što su deponenti iz reda fizičkih lica i što u nekim državama je često garantovan od države. U nekim pravnim sistemima štedni depozit može da bude anoniman. Deponent kao znak obaveze depozitira i kao ispravu za obračun dobija štednu knjižicu.

*Poslovi sa fondovima, programima i projektima za banke* su obično žiro poslovi privremenog rukovanja novcem (»prolazni računi«), ako ulagači nisu po sili zakona deponenti. Novac iz ulaganja ove vrste u banke može da služi kao obrtni kapital pod istim uslovima kao i bankarski depozit, naročito ako ulagač želi kapitalizaciju i tada se ugovara depozitni posao.

*Poslovi emisije vrednosnih papira* uvek su bankarski. Oni su bankovni onda kada je za prihvatanje emisije kod kupaca papira emitent, zbog ugleda, banka, u svoje ime a za račun korisnika emisione mobilizacije. U uporednom pravu su česta ograničenja nebankarskim subjektima da samostalno vrše emisiju i obaveze da je vrše putem banke u komisionom poslu.

---

<sup>11</sup> Naziv »depozit« potiče od latinske reči »depositum« – ono što je dato na čuvanje – povereno dobro. Detaljnije vidi: Ekonomska enciklopedija II, Savremena administracija, Beograd, 1984, str. 179.

<sup>12</sup> Nemačka teorija poznaje posebnu regulativu štedioničarskog prava (Sparkassenrecht).



Poslovi koncentracije, multiplikacije<sup>13</sup> i ročne transformacije sredstava su utoliko pravni bankarski poslovi što se zasnivaju na ugovorima o odruživanju i/ili kreditiranju iz određenje vrste mobilisanih poslova. Vrlo često se pretvaraju u vezane poslove.

### *Poslovi plasmana sredstava*

Plasiranje sredstava je vrlo širok spektar bankarskih poslova, koji može da se samo relativno obuhvati raznim podelama. Uvek se radi o bankarskom plasmanu kada se ulažu novčane vrednosti radi ostvarivanja bankarskih funkcija. U uporednom pravu je čest slučaj da se neki plasmani rezervišu, kao bankarski poslovi, za bankarske subjekte. Sva ograničavanja u stvaranju bankarskog novca koja određuje državno pravo imaju za cilj da se racionalno odrede plasmani. U tom smislu i ona ograničenja koja se odnose na izvore sredstava imaju istu prirodu. Ni jedan plasman nije u krajnjoj posledici jednostavan bankarski posao, a u načelu svi su aktivni bankarski poslovi.

Pri plasiranju sredstava vrlo često se radi i o poslu sličnom aleatornom (na sreću). Izvesnost da će iz plasmana proizaći za banku koristan (aktivni) učinak nikada nije potpuna zbog poslovnih rizika. Pošto u savremenom poslovanju osiguranja od rizika pretežno počivaju na obligacijama i jemstvima, u načelu su svi poslovi plasmana rizični, što je još jedan razlog za povezivanje plasmana sa izvorima. To je približavanje obligacionopravnih osiguranja stvarnopravnim.

*Posao bankarskog udruživanja i ulaganja sredstava* se razlikuje od tipskih poslova ove vrste zato što banka ne ulaže sopstveni, ili ne pretežno sopstveni novac, već novac kojim se služi (iz depozita, primljenih kredita, žiralnog novca i emisije). Ona je obavezna da vlasnicima novca (uključujući svoje članove) osigura naknadu za njegovu upotrebu i svakako vrati korišćenu sumu. Za udružena i uložena sredstva ne dobija se garancija, zbog čega banke nastoje da ove poslove učine višestranim putem monetizacije ulagačkih papira (certifikati, akcije, obveznice). Papiri koje, verujući u koristan učinak uloga, kupuju treća lica u lancu prometa papira donose podelu rizika i u isto vreme znače verifikaciju ulagačkog poverenja za vlasnike novca. To poverenje je i mera tržišne vrednosti ulaganja. Putem monetizacije (na finansijskom tržištu) banke vraćaju u izvore plasirana sredstva, povezujući plasmane sa izvorima, sa posledicom koja je ista kao da su

---

<sup>13</sup> Multiplikacijom se vrši proces umnožavanja raspoloživih sredstava. Ovaj proces se zasniva na lančanom toku finansijskih sredstava između deponenta bankara i centralne banke i stvara dve vrste posledica: posledice po masi kreditnog novca i posledice po investicije (i shodno njima, nivo zaposlenosti). Ista može dati trenutno ili odgodno dejstvo. Detaljnije vidi: *Ekonomska enciklopedija II, Savremena administracija, Beograd, 1984, str. 849.*

emitovale vrednosne papire. Kontrola nad ostvarivanjem ulagačkog poduhvata dalje se ostvaruje kontrolnim uticajem u ulagačkom poslu po pravilima adekvatnim onima u deoničarskom društvu.

*Posao bankarskog kredita* se razlikuje od standardnog kreditnog posla<sup>14</sup> (kredit) u više sastojaka. U pogledu svrhe, on u načelu treba da služi proširenoj reprodukciji, zbog čega se njegova namena menja vezivanjem za očekivani učinak: korisne investicije, dobavljanje robe i usluga, izvoz i uvoz, mobilizaciju kratkoročnih potraživanja u menicama, potrošnju stanovništva i druge učinke koji služe reprodukciji. Prema namenama bankarski poslovi dobijaju nazive (investicioni, robni itd). Pravilo je da se promena namene uzima kao raskidni uslov, zato što kreditor gubi kontrolu nad mogućnostima da se kredit vrati iz učinka koji je imao u vidu kao osiguranje za vraćanje kredita. U pogledu rokova vraćanja bankarskih kredita, pored standardnih rokova, može da se daje i na obnavljajući rok, mada u načelu samo do jedne godine: korisnik dobija bankarski kredit na tromesečno ili šestomesečno korišćenje i/ili automatski ponovo dobija isti iznos bankarskog kredita (revolving kredit). U pogledu stavljanja na tečaj (operativnost kredita) bankarski kredit može da bude dokumentarni (koji se stavlja na raspolaganje uz prezentovanje papira o ostvarivanju namene), po tekućem računu, otvoren (koji se može koristiti bez obaveze na to), eventualni – stendbaj (eng. Stand-by, kredit za čije korišćenje treba da se ispune neki uslovi). Kod načina vraćanja za bankarski kredit je karakteristično prevremeno vraćanje ako korisnik neovlašćeno promeni namenu, odstupi od kreditnih uslova ili izgubi kreditnu sposobnost. U odnosu na kreditne uslove, kod bankarskih kredita se pojavljuje niz posebnih koje uvek postavlja kreditor. To su uslovi poslovanja sa kreditorom (vezivanje poslova), povezivanja kredita sa osnovnim privrednim poslom koji vodi u koristan učinak, prava kreditora da kontroliše korišćenje kredita, vraćanja kredita bez spora i rukovanja instrumentima osiguranja kredita od strane trećeg koji uživa poverenje oba učesnika u poslu. Najzad, u pogledu kamate, ova se kod bankarskih kredita najčešće ugovara po promenljivoj stopi, koja se svakih šest meseci prilagođavanja tržišnoj stopi verifikovanoj od jedne ili dve vodeće prvorazredne banke na glavnim finansijskim tržištima (najčešće na londonskom ili njujorškom ako se radi o međunarodnim bankarskim kreditima).<sup>15</sup> Formiranjem

<sup>14</sup> Kreditni posao je nastao iz teretnog ugovora o zajmu. Savremene građanske kodifikacije su prihatile zajam sa kamatom kao finansijsko sredstvo putem koga se ostvaruju značajni ekonomski ciljevi. Detaljnije o tome vidi: Zindović I., Ugovor o zajmu, Pravna riječ, br. 20/2009, str. 239–251, Banja Luka.

<sup>15</sup> U Evropi se najčešće ugovarala klauzula zaštite vrednosti novca putem kamatne stope klauzula LIBOR (London Interbank Offend Rate). Po ovoj klauzuli kreditna aktivna kamatna stopa se svakih šest meseci (s obzirom na empirijske cikluse oscilacije kurseva) izjednačava se kamatom stopom ponudenom za šestomesečne depozite prvorazrednim dužnicima na londonskom inter-

Evropske centralne banke, evropsko tržište finansijskog kapitala u velikoj meri se orijentiše i prema EURIBOR stopi. Trenutna kolebanja evra i dolara upućuju na sukob koncepcija ove dve stope, ali to je već pitanje koje prevazilazi potrebe ovog teksta<sup>16</sup>. Kod bankarskih kredita se visina kamatne stope određuje i kao premija rizika: povišen stepen rizika za vraćanje kredita povlači povećanu kamatnu stopu, iznad tržišne stope. I obrnuto, prvorazredni komitenti mogu biti povlašćeni nižom stopom (na primer, *prime rate* u SAD). Pravilo je da se za valutu čija vrednost raste (aprecijacija) dobija niža kamatna stopa, pošto će tokom otplate teret duga biti veći, i obrnuto da se za valutu čija vrednost pada (deprecijacija) dobija niža kamatna stopa, pošto će tokom otplate teret duga biti manji.

*Ostali bankarski poslovi* plasmana su mešoviti poslovi ulaganja, kreditiranja i osnovnih poslova privrednog prava. Krug ovih poslova bi se mogao odrediti samo vrlo opširnim nabranjanjem modaliteta ugovora koje poznaje praksa bankarskih poslova. Najvećim delom ovi ugovori ulaze u oblast vezanih bankarskih poslova.

Najčešći instrumenti bankarskih poslova plasmana su tekući račun, akreditiv, menica, dokumentarni inkaso i razni oblici bankarskih garancija. Među metodima bankarskih poslova plasmana javljaju se eskont (amer. diskont) i reeskont, ramburs, kontokorento i standardni metodi platnog prometa.

Kod svih bankarskih plasmana je opšte pravilo da tražbina ulagača kreditora treba da bude sigurna. Pored standardnih metoda osiguranja od rizika (uključujući ugovor o osiguranju), osoben je metod uz korišćenje bankarske garancije. Ova je u krajnjoj posledici jemstvo pri kome banka angažuje deo svog potencijala za slučaj da ujemčena tražbina poverioca bančinog komitenta-dužnika postane za banku pasivan posao. Vrlo je čest slučaj da se od banke traži da izda garanciju kao prvi dužnik i da dozvoli cirkulaciju garancije kao instrumenta za razne vrste pokrića (prenosivost garancije).

Poslovima plasmana sredstava posredno se povećava masa novca uključujući kredite kao anticipirani novac. Zato svi plasmani bez obzira na to da li su neposredni ili u vezanim poslovima podležu državnoj kontroli mase novca i kredita koju najčešće sprovodi emisiona banka. Instrumenti kontrole su kvalitativni i kvantitativni, a uz njih se uporedno primenjuju instrumenti imobilizacije novca, operacije sa devizama, politika otvorenog tržišta i fiskalni instrumenti<sup>17</sup>.

---

bankarsom tržištu, utvrđenom u 11 časova na dva bankarska radna dana, na osnovu podataka koje pruža banka od poverenja (Reffering Bank).

<sup>16</sup> Bliže o tome vidi: Stojanović P., Privredno-sistemske posledice uvođenja evra, u Usklađivanje prava SR Jugoslavije sa pravom Evropske Unije, Zbornik radova, Pravni fakultet Niš, 1998.

<sup>17</sup> Lovčević J., Institucije javnih finansija, »Službeni list SFRJ«, 1979, str. 47–57.

Kvalitativni instrument je po pravilu selektivna kreditna politika koja se skoro uvek utvrđuje podzakonskim aktima na osnovu kakvog opšteg propisa (zakona o bankama, zakona o novčanoj masi i drugih). Kvantitativni instrumenti su eskont negocijabilnih trgovačkih efekata sa reskontom ili bez njega (monetizacija potraživanja sa rokom) i avansi centralne banke. Imobilizacija novca vrši se u cilju povećanja stepena likvidnosti centralne banke i smanjenja stepena likvidnosti poslovnih banaka putem propisivanja obavezne rezerve novca koju poslovne banke ne mogu da plasiraju, obaveze upisivanja kratkoročnih javnih kredita (putem blagajničkih bonova – zapisa) i dugoročnih kredita deo imobiliše deponovanjem kod centralne banke (obično bez prava na kamatu). Operacije sa devizama sprovodi centralna banka, kupujući ili prodajući devize sa ili bez ograničavanja prava poslovnih banaka da njima raspolažu, u cilju umeravanja stepena devizne likvidnosti banaka i, posredno, likvidnosti u domaćoj valuti potekle iz prodaje deviza. Politikom otvorenog tržišta država preuzima na sebe plasmane i/ili realizuje mogućnost poslovnih banaka da mobilišu sredstava emisijom obaveznica u cilju plasmana. Najzad, klasičnim instrumentima javnih finansija – fiskalnim instrumentima i fiskalnom politikom – država upravlja plasmanima-merama stimulisanja ili ogrančavanja.

### *Vežani poslovi*

Vežani bankarski poslovi su svi oni koji su materijalnopravno i procesnopravno složeni. Vrlo često se po samom ugovoru o poslu ne može da utvrdi postojanje veze sa nekim drugim poslom (korespondirajući posao) ili sa nekim drugim, posrednim učesnikom u poslu (korespondentni učesnik). U bankarstvu se teži kompleksnom povezivanju poslova sa izvorima, uslužnih poslova plasmana sredstava, sa krajnjim ciljem da se u krugu članova banke steknu svi korisni učinci iz preplitanja ovih poslova. Najčešće se povezuju mobilizacija sredstava (zbog povećanja obima izvora), platni promet (zbog permanentnog ostatka novca na računu kao izvora i zbog provizije za uslugu) i bankarski kredit (zbog aktivne kamate). U praksi se vežani poslovi grupišu u pet osnovnih grupa: platni promet, kontokorento, tekući račun, dopunski posao finansiranja i emisijski posao u užem smislu.

*Posao platnog prometa* u osnovu je žiro posao koji je povezan sa mobilizacijom sredstava, u cilju stvaranja mase tekućeg novca iz koga mogu da se putem multiplikacije i ročne transformacije daju krediti. Obavlja se po pravilima ugovora o depozitu, ugovora o mandatu, ugovora o punomoćstvu i katkada drugih ugovora. Instrumenti su mu bankarska doznaka (prenos sa jednog računa na drugi ili

preboj), gotovinska naplata i isplata i promet vrednosnih papira kao sredstvo plaćanja. Oblici ovog posla su i menjački posao (posredovanje u prometu devizama), posao dokumentarnog inkasa (naplata potraživanja uz istovrsnu predaju papira kojima se dužnik oslobađa obaveze) i dokumentarni akreditiv (isplata obaveze poveriocu uz istovremenu protivčinidbu poverioca).

*Posao kontokorenta* (uzajamnog kreditiranja uz prebijanje potraživanja) je vrsta kreditnog posla između dve banke koje trajno međusobno posluju, odobravajući jedna drugoj kreditne limite. U okvirima ovih limita one isplaćuju i naplaćuju (poslovi akreditiva i inkasa, doznake). Pozitivni kontokorentni saldo otvara mogućnost dodatnog kreditiranja eventualnim kreditom pod nazivom kreditna linija (mada se ovaj naziv koristi i za druge otvorene kredite), rambursiranjem (fr. rembourser, isplatiti – u ovom slučaju na teret banke u čiju se korist plaća) i raznim vrstama akceptata na vrednosnim papirima (akceptni krediti).

*Posao tekućeg računa* je u isto vreme žiro posao, posao depozita i kreditni posao. Imalac novca ulaže ga u banku da bi obavljao platni promet, dobijao kamatu na pozitivan saldo i stekao mogućnost da koristi bankarski kredit po osnovu tog salda kojim dokazuje svoju kreditnu sposobnost.

*Dopunski posao finansiranja* je kreditiranje ili jemčenje od strane banke za dobro izvršenje i/ili plaćanje u nekom poslu privrednog prava koji se pojavljuje kao osnovni posao; takvi su poslovi daleko pretežno robni i uslužni, pri čemu mogu biti i sopstveni bankovni poslovi.

*Emisioni posao* u užem smislu je svaka emisija bankarskog novca stvaranjem mogućnosti trošenja uz plaćanje u budućnosti, u krajnjoj posledici ulaganja u kreditiranja koji nisu obuhvaćeni nekim specijalnim poslom. To su najčešće emisije ulagačkih vrednosnih papira (akcije na učešće u dobiti, sertifikati o sredstvima uloženi u bančine fondove, obveznice na učešće u dobiti, obveznice na iznos) koji se u prometu pojavljuju kao sredstva plaćanja i/ili kreditiranja. U širem smislu emisioni posao obuhvata emisiju novca, kvazi-novca i vrednosnih papira (države u ograničenom domenu i međunarodnih finansijskih organizacija).

### *Uslužni poslovi*

U užem smislu, uslužni bankarski poslovi su oni koji su za banku neutralni u pogledu vezivanja, mada ne moraju biti neutralni po svom učinku za banku: žiro posao, depo posao, sef, obračunski posao i bankarski konsalting (eng. consulting, davanje saveta). U širem smislu su uslužni i kontrolno-nadzorni poslovi koje banka obavlja za državu, čineći ovoj usluge platnog, deviznog i kreditnog režima.

*Žiro posao* je oblik mandata za plaćanje i naplaćivanje koji banka dobija od svog deponenta; putem žiro računa se u depozitu vrše promene (priliv i odliv sredstava). Vrsta žiro posla je kliriniški posao (eng. clearing, raščišćavanje) prebijanja međusobnih potraživanja po inkaso instrumentima između banaka koje njima raspoložu (naročito čekova). Žiro posao zahteva kontokorentne odnose među bankama – učesnicima u poslu.

*Depo posao* je oblik ostave, kod koje se banka ne stara o iskorišćavanju stvari ako to nije posebno ugovoreno. Prihvata se »otvoren« depo stvari za koje se može ugovoriti povereničko rukovanje banke (depo vrednosnih papira po kojima treba koristiti prava ili ispunjavati obaveze i slični, u engl. erminologiji posao In Trust) i »zatvoren« depo stvari u omotu koje banka čuva pod svojim ključem, predajući ih vlasniku na zahtev.

4.3. Sef posao je posao »zatvorenog« depoa u tom smislu što banka iznajmljuje kasete – sefove koji imaju dva različita ključa za sinhrono otvaranje – po jedan kod banke i kod vlasnika stvari. Na taj način vlasnik je sigurniji u integritet stvari nego kog depo posla. Reč »sef« dolazi od engleske reči »safe« – siguran, dobro čuvan, zaštićen. Pod sefom se podrazumeva poseban »box«, pregrada ili kasete u posebno obezbeđenoj prostoriji banke, namenjenoj za čuvanje dragočnosti stvari od vrednosti, hartija od vrednosti<sup>18</sup>.

*Obračunski posao* je vrsta ugovora o poslu, najčešće računovodstvenog tipa (stanje raznih računa, analize, bilansiranje) koji bančin komitent može da sa bankom zaključi kao deo njenog staranja o njegovim interesima (generalna klauzula) ili kao posao od slučaja do slučaja.

*Bankarski konsalting* je u međubankarskim odnosima oblik međusobnog informisanja banaka o poslovima i komitentima, obično uz klauzulu »bez obaveze« pošto se za takve informacije po prirodi stvari ne može jemčiti. U odnosima sa nebankarskim subjektima po pravilu je u pitanju ugovor o delu davanja saveta i informacija o korisnosti ulaganja, kreditnim konstrukcijama, povezivanju o korisnosti ulaganja, kreditnim konstrukcijama, povezivanju poslova i režimima za poslovanje (pravnim, običajnim i unutrašnjim kod komitenata od interesa).

*Kontrolno-nadzorni poslovi* po nalogu ili na račun države i njenih institucija, naročito emisione banke, mogu se smatrati i javnopravnim ovlašćenjima banaka, ali su po svojoj tehnici uslužni. To su poslovi prethodne, tekuće i naknadne kontrole plaćanja i naplaćivanja u platnom prometu, raspolaganja devizama i pridržavanja mera kontrole mase novca i kredita. Po pravilu banke za ove poslove ne dobijaju od države naknadu.

Svi ovi poslovi, striktno posmatrano, pripadaju tradicionalnim trezorskim poslovima banke. Oni su ranije bili gotovo poistovećivani jedni sa drugim, ali da-

---

<sup>18</sup> Vasiljević M., Trgovinsko pravo, Pravni fakultet Beograd, 2006, str. 312.

našnji ultra brzi tehnološki razvoj definitivno izdvaja bankarsko pravo kao posebnu granu prava, a ove poslove kao specifične i lukrativne. O tome se u domaćoj teoriji prvi pisani tragovi mogu naći krajem osamdesetih godina prošlog veka.<sup>19</sup>

## ZAKLJUČAK

U privrednom poslovanju bankarski poslovi se susreću često. Razvoj društveno-ekonomskih odnosa u celini, posebno razvoj unutrašnjeg i međunarodnog robnog prometa, neminovno dovodi i do stvaranja novih pravnih odnosa i nove vrste poslova. Kao deo, posebno uslužnih poslova, javljaju se bankarski poslovi.

Pravilno određenje tj. definisanje bankarskog posla jedinstvenom definicijom je nemoguće. U suštini to su pravila koja se odnose na bankarske operacije, koje mogu biti različite, a koje se obavljaju u vidu zanimanja.

Većina ovih poslova ima uslužni karakter, a odlikuje ih visok profesionalizam i složenost pravne regulative. Većinom, to su složeni pravni poslovi privatnopravnog karaktera sa određenim delom javnopravne komponente. Norme koje regulišu ovu materiju su specifične i u sebe uključuju norme iz više pravnih grana – građanske, upravne, privredne, pa je stoga i pravna priroda ovih poslova teško određiva.

Ipak, može se zaključiti da tu postoje tri modela pravnih normi. Norme koje regulišu status organizacija koje se bave ovim poslovima, norme koje regulišu odnos ovih organizacija i javne vlasti, norme koje regulišu odnose subjekata (pravnih i fizičkih lica, koji stupaju u bankarske poslove).

---

<sup>19</sup> Detaljnije o tome vidi: Stojanović P., Teorija trezora, Ibarske novosti, Kraljevo, 1988.

PREDRAG STOJANOVIĆ, LL.D.,  
Professor and Dean, Faculty of Law,  
University of Kragujevac  
ILIJA ZINDOVIĆ, LL.D.,  
Associate Professor, Faculty of Law,  
Business Academy, Novi Sad

## LEGAL DETERMINATION OF BANKING OPERATIONS

### Summary

In this text, the authors tend to show the essence of banking operations in a concise way. They come to conclusion that the uniform definition of banking operation is hardly acceptable, and that the current provisions from this area make set of rules referring to banking operations and those who perform them professionally. The most of these operations have character of services, and the goals of their performing may be immediate (gaining profit), as well as indirect (collective economic benefits).



*SRĐAN GOLUBOVIĆ*

## **INSTITUCIONALNI OKVIRI ORGANIZACIJE I FUNKCIONISANJA EVROPSKOG SISTEMA CENTRALNIH BANAKA**

### **U V O D**

Usvajanjem Lisabonskog ugovora i njegovim stupanjem na snagu zaživeli su novi institucionalni okviri Evropske unije. Među institucijama koje su zahvaćene reformom spada i Evropska centralna banka. Lisabonski ugovor uvršćuje Evropsku centralnu banaku u institucionalni okvir Evropske unije, što za sobom povlači i određene promene u organizaciji Evropskog sistema centralnih banaka, kao institucije odgovorne za utvrđivanje i vođenje monetarne politike Unije. Svojim načinom organizovanja, Evropski sistem centralnih banaka uspostavlja »organsku vezu« između Evropske centralne banke, formirane primarnim pravom EU i centralnih banaka država članica, čiji su koreni u nacionalnom zakonodavstvu ali čine deo sistema postavljenog pravom Evropske unije. Kada je u pitanju funkcionisanje monetarnog sistema Evropske unije, Lisabonski ugovor eksplicite definiše ciljeve i zadatke za čiju je realizaciju odgovoran Evropski sistem centralnih banaka.

Na taj način, sužava se diskrecija monetarnih vlasti i predupređuje mogućnost neočekivanih promena u monetarnoj politici. U radu se razmatra organizacija i funkcionisanje monetarnog sistema EU u novom institucionalnom okruženju, definisanim Lisabonskim ugovorom. Nakon sagledavanja promene u

---

Dr Srđan Golubović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu.

organizaciji Evropskog sistema centralnih banaka, u radu se analiziraju ciljevi i zadaci za čiju realizaciju su odgovorne monetarne vlasti Evropske unije.

## LISABONSKI UGOVOR I ORGANIZACIJA EVROPSKOG SISTEMA CENTRALNIH BANAKA

Temeljna institucionalna reforma Evropske unije sprovedena je usvajanjem Lisabonskog ugovora, decembra 2007. godine. Novine uvedene ovim Ugovorom jednim delom odnose se i na Evropsku centralnu banku, koja zajedno sa nacionalnim centralnim bankama čini Evropski sistem centralnih banaka.<sup>1</sup> Svakako najznačajnija promena je to što se Ugovorom o Evropskoj uniji Evropska centralna banka uvršćuje u jedinstveni institucionalni okvir, budući da se čl. 13. Evropska centralna banka definiše kao institucija Unije.<sup>2</sup> Ugovorom o funkcionisanju Evropske unije (čl. 282) predviđeno je da Evropska centralna banka i nacionalne centralne banke sačinjavaju Evropski sistem centralnih banaka (ESCB). Za razliku od Evropske centralne banke (ECB) i nacionalnih centralnih banaka, ESCB nema svojstvo pravnog lica. Prema tome, ESCB je sposobna da deluje samo preko svojih članica, što znači preko ECB, koja prema st. 3. 282. člana ima svojstvo pravnog lica i nacionalnih centralnih banaka, koje svojstvo pravnog lica imaju prema nacionalnom zakonodavstvu. Sistem uspostavljen Lisabonskim ugovorom jasno postavlja ECB kao centralno telo u Evropskom sistemu centralnih banaka, s obzirom na njenu nezavisnost u odnosu na ostale organe EU, kao i ekskluzivitet u odobravanju emitovanja novca.

Novinu u Ugovoru o funkcionisanju EU čine i odredbe koje se odnose na države članice koje su postale deo evrozone. U nastojanju da unapredi funkcionisanje Ekonomske i monetarne unije, Ugovor predviđa (čl. 137) da se modaliteti organizacije sastanaka ministara država članica definišu Protokolom o Evrogrupi. Takođe, Ugovor izričito definiše Evrosistem, koji prema čl. 282. čine Evropska centralna banka i nacionalne centralne banke država koje su uvele evro. Do stupanja na snagu Ugovora o funkcionisanju EU, odredbe o Evrosistemu bile su sadržane samo u Statutu Evropskog sistema centralne banke i Evropske centralne

---

<sup>1</sup> Opšimije o ostalim elementima institucionalne reforme Evropske unije vidi: Z. Radivojević, *Nova institucionalna reforma Evropske unije*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, godina LVII, 1/2009, str. 191–210.

<sup>2</sup> Ugovor o Evropskoj uniji (čl. 3) navodi uspostavljanje ekonomske i monetarne unije kao jedan od osnovnih ciljeva Unije. Detaljniji pregled uticaja Lisabonskog ugovora na funkcionisanje Evropske ekonomske i monetarne unije vidi: S. M. Seyad, *The Lisbon Treaty and EMU*, European Policy Analysis, May, 4/2008, p. 1–6.

banke.<sup>3</sup> Upoređivanjem odredbi ova dva akta možemo primetiti elemente nekonzistentosti budući da čl. 282. Ugovora o funkcionisanju EU nadležnost za vođenje monetarne politike poverava Evrosistemu, dok čl. 127. st. 2 i čl. 3. Statuta izričito određuje da je ESCB nadležan za utvrđivanje i sprovođenje monetarne politike. Upravo iz razloga što ESCB obuhvata i centralne banke država članica koje nisu deo Evrogrupe, tzv. »države koje su predmet izuzeća«, Ugovor o funkcionisanju EU čl. 141. predviđa postojanje Generalnog saveta, koji se konstituiše kao treći ogran odlučivanja Evropske centralne banke. Mada ovo telo nije nadležno za utvrđivanje i sprovođenje monetarne politike, njegovo postojanje je važno jer institucionalizuje saradnju guvernera centralnih banaka članica evrogrupe i guvernera država članica koje su predmet izuzeća.

Promene uvedene Lisabonskim ugovorom nametnule su i izmene u načinu imenovanja predsednika, potpredsednika i članova izvršnog tela. Umesto ranijeg rešenja po kome su članove Izvršnog odbora imenovale države članice sporazumno, Ugovor predviđa da predsednika, potpredsednika i ostale članove Izvršnog odbora imenuje Evropski savet, odlučujući kvalifikovanom većinom.<sup>4</sup>

## CILJEVI EVROPSKOG SISTEMA CENTRALNIH BANAKA

Ugovor o funkcionisanju EU i Statut ESCB i ECB određuju kako primarne, tako i sekundarne ciljeve Evropskog sistema centralnih banaka. Pored toga, ovim aktom se jasno određuju i zadaci ESCB, koji se uobičajeno vezuju za aktivnosti centralnih banaka. Naravno, sve dok postoje zemlje članice EU koje nisu deo monetarne unije – tzv. države članice koje su predmet »izuzeća« – zadaci navedeni u čl. 127. Ugovora odnose se samo na članice Evrosistema.<sup>5</sup> Isključenje odnosne države članice i njene nacionalne centralne banke iz prava i obaveza u okviru ESCB uređeno je u glavi IX Statuta ESCB i ECB. Tako se u čl. 42. navode brojne odredbe Statuta koje ne proizvode nikakva prava, niti nameću neke obaveze prema odnosnim državama članicama. Međutim, u ovom članu se ne ponavlja odredba čl. 139.(2) Ugovora o funkcionisanju EU da se na države koje su predmet izuzeća ne primenjuju odredbe koje se odnose na ciljeve i zadatke Evropskog sistema centralnih banaka. To uvodi određenu konfuziju budući da Ugo-

---

<sup>3</sup> Protokol on th Statute of the European system of central banks and of the European Central Bank, OJ C 191, 1992.

<sup>4</sup> Tako čl. 139. Ugovora o funkcionisanju EU izričito određuje da se odredbe o ciljevima i zadacima (čl. 127. tačke 1, 2, 3 i 5) ne primenjuju na države članice koje su predmet izuzeća.

<sup>5</sup> Termin "Eurosistem" nije uključen u Ugovor o osnivanju. Izraz Eurosistem uvodi se od strane ECB i uključen je u nacrt Ugovora o Ustavu za Evropsku uniju u čl. I-30 st. 1.

vor o funkcionisanju EU eksplicite određuje da se primarni cilj ESCB ne odnosi na države nečlanice monetarne unije, dok odredbe Statuta ESCB-a impliciraju drugačije rešenje. Ovakvo rešenje može da stvori teškoće u davanju odgovora na pitanje od kog momenta nacionalne centralne banke imaju obavezu ostvarivanja ciljeva i zadataka u skladu sa evropskim zakonodovstvom: da li od momenta kada su države pristupile Evropskoj uniji, ili od momenta priključenja evrozoni? Interesanto je da su i odredbe prethodnog Ugovora o osnivanju Evropske zajednice bile nejasne u pogledu obaveze onih država koje su »predmet izuzeća« da poštuju cilj koji se odnosi na stabilnost cena.<sup>6</sup> U odgovoru na ovo pitanje i Evropska komisija i ECB su zauzele stav da stabilnost cena treba da bude primarni cilj nacionalnih centralnih banaka i da za njih važi od trenutka kada države pristupe Evropskoj uniji.<sup>7</sup> To, između ostalog, govore i odredbe Ugovora o EU koji se odnose na ciljeve Unije, gde se naglašava važnost dugoročnog razvoja, koji se zasniva na ujednačenom ekonomskom rastu i stabilnosti cena.<sup>8</sup> Pored toga, čl. 119. Ugovora o funkcionisanju EU predviđa da aktivnosti države članica i Unije usmerene ka ostvarivanju ciljeva Unije podrazumevaju poštovanje sledećih načelnih opredeljenja: stabilne cene, zdrave javne finansije i monetarne uslove i stabilan platni bilans.

Glavni cilj Evropskog sistema centralnih banaka je održavnje stabilnosti cena.<sup>9</sup> Uobičajen argument u korist davanja prioriteta stabilnosti cena je da centralna banka koja nastoji da ostvari raznovrsne ciljeve može, čak i u slučaju benevolentnog centralnog bankara, pasti u iskušenje da iskoristi kratkoročni *trade-off* između stope inflacije i rasta proizvodnje (zaposlenosti). Savremena monetarna teorija naglašava da centralna banka svojom aktivnošću treba da obezbedi stabilnost cena, čime, ujedno, stvara pogodne uslove za realizaciju ostalih ciljeva ekonomske politike.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> Vidi opširnije: A. Atilla, *Objectives and Tasks of the European System of Central Bank: A Commentary on Article 105 TEC*, in C. Campbell, P. Herzog and G. Zagel, Smit&Herzog on the Law of the European Union (2005, loose-leaf). Available ant SSRN: <http://ssrn.com/abstract=928148>).

<sup>7</sup> Vidi: *Convergence Report 2004, European Economy Special Report*, No 2/2004, European Commission 2005, 26, ECB Convergence Report 2004, p. 26, [www.ecb.eu](http://www.ecb.eu).

<sup>8</sup> Čl. 3. t. 3. Ugovora o Evropskoj uniji.

<sup>9</sup> Čl. 127. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

<sup>10</sup> U ekonomskoj teoriji postoji saglasnost da monetarna politika nema dugoročne efekte na realnu ekonomsku aktivnost, te da se u savremenim uslovima od monetarne politike očekuje da obezbedi stabilnost cena, dok se ostalim segmentim ekonomske politike prepušta uticaj na realne ekonomske varijable, posebno rast proizvodnje i zaposlenosti. O tome opširnije vidi: S. Golubović, *Evropska monetarna unija – institucionalni aspekti*, Pravni fakultet u Nišu – Centar za publikacije, 2007, str. 77–79.

Davanje prioriteta stabilnosti cena ne znači da se monetarna politika vodi potpuno izolovano i bez uvažavanja drugih ciljeva ekonomske politike. Naprotiv, Evropski sistema centralnih banaka, bez štete po glavni cilj – održavanja stabilnih cena – pruža podršku ekonomskim politikama koje se vode u Uniji.<sup>11</sup>

Pored toga, Evropski sistem centralnih banaka doprinosi dobrom vođenju politika nadležnih organa koje se odnose na kontrolu poslovanja kreditnih institucija i na stabilnost finansijskog sistema. Monetarna politika i finansijska stabilnost su međusobno povezane dok, s druge strane, finansijska tržišta i finansijska infrastruktura imaju nezaobilaznu ulogu u transmisiji monetarne politike. Iz tih razloga, ova oblast predstavlja legitimno područje delovanja centralne banke.

Evropsko zakonodavstvo daje slobodu Evropskoj centralnoj banci da odredi značenje »stabilnosti cena«, kao i punu autonomiju u izboru instrumenata i primeni strategije za ostvarivanje njenog primarnog cilja. Sve ove aktivnosti ECB mora preduzeti bez traženja instrukcija od bilo koje institucije, organa ili tela Unije, vlada država članica ili bilo kog drugog organa. Savet guvernera Evropske centralne banke opredelio se za to da glavni cilj monetarne politike kvantitativno izrazi, tako što određuje da stabilnost cena postoji ako je godišnji rast harmonizovanog indeksa potrošačkih cena (*Harmonised Indices of Consumer Prices, HICP*) u eurozoni ispod 2%.<sup>12</sup> Postoji tri osnovna razloga zbog kojih se ECB opredelila za ovakav pristup: prvo, kvantitativnim izražavanjem primarnog cilja monetarna politika se čini transparentnijom, drugo, svim ekonomskim akterima pruža se precizno merilo za procenu uspešnosti, odnosno neuspešnosti monetarnih vlasti, i najzad, na taj način se usmeravaju očekivanja ekonomskih subjekata o budućem kretanju inflacije, čime se olakšava vođenje monetarne politike. Maja 2003. godine Savet guvernera dodatno je pojasnio da stabilnost cena postoji ukoliko je srednjoročna stopa inflacije na nivou koji je nešto ispod 2%.<sup>13</sup> Ovakvom formulacijom postavlja se cilj koji obezbeđuje stabilnost cena na srednji rok i, ujedno, predupređuje rizik deflacije.

---

<sup>11</sup> Član 127. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

<sup>12</sup> Dok u većini razvijenih zemalja stabilnost cena predstavlja primarni cilj centralne banke, praksa varira kada je u pitanju interpretacija tog cilja. Tako, postoje centralne banke koje izbegavaju kvantitativnu definiciju cilja (Federalne rezerve SAD, centralna banka Japana), zatim, centralne banke koje kvantitativnu definišu šta se podrazumeva pod stabilnošću cena (ECB i centralna banka Švajcarske), kao i centralne banke koje stabilnost cena definišu tako što određuju tzv. ciljnu stopu inflacije (pionirski korak u tom pravcu učinila je centralna banka Novog Zelanda). Detaljnije o načinu određivanja stabilnosti cena vidi: E. Castelnuovo, S. Nicoletti-Altissimi and D. Rodriguez-Palenzuela, *Definition of Price Stability, Range and Point Inflation Targets: the Anchoring of Long-term Inflation Expectations*, European Central Bank, Working paper no. 273 p. 8–13.

<sup>13</sup> H. K. Scheller, *The European Central Bank – History, role and functions*, ECB, 2006, p. 80–83.

Ne zanemarujući osnovni cilj – očuvanje stabilnih cena – Evropski sistem centralnih banaka ima obavezu pružanja podrške ekonomskim politikama u Uniji. Kod utvrđivanja ove obaveze naglašava se da je reč o ekonomskim politikama u Uniji, a ne o podršci ekonomskoj politici Unije. To nam jasno govori da Unija nema nadležnost za vođenje ekonomske politike, već da je, za razliku od monetarne politike, to prvenstveno nadležnost država članica. Ugovor o funkcionisanju EU (čl. 120) predviđa da države članice vode svoje ekonomske politike na način koji doprinosi ostvarivanju ciljeva Unije.

Jedno od pitanja koje se nalazi pred ESCB je kako pomiriti cilj stabilnosti cena sa obavezom da se podrže opšte ekonomske politike u Uniji. Odredbe Ugovora o funkcionisanju EU nedvosmisleno određuju prioritet stabilnosti cena, pri čemu subjekti monetarne politike imaju obavezu da podrže ekonomske politike u Uniji, ali samo pod uslovom da se time ne ugrozi prioritetni cilj. S obzirom na važnost ovog cilja, pojedini autori smatraju da obaveza osiguranja stabilnosti cena može da se na neki način smatra osnovnom normom, *Grundnorm ili Raison d'être* ukupnog poretka Unije.<sup>14</sup> U tom smislu, monetarnu uniju možemo okarakterisati kao »zajednicu stabilizacije« u kojoj se obaveza održavanja stabilnosti cena kvalifikuje kao obaveza od posebne važnosti za njen razvitak.

## ZADACI EVROPSKOG SISTEMA CENTRALNIH BANAKA

Ugovor o funkcionisanju EU i Statut ESCB i ECB poveravaju brojne zadatke Evropskom sistemu centralnih banaka. Pri tome, u ovim aktima se pravi razlika između tzv. osnovnih zadataka i ostalih zadataka (na primer emitovanje novčanica), kao i nekih aktivnosti (prikupljanje i obrada statističkih podataka) koje bi se mogle okarakterisati kao pomoćni zadaci.

Osnovni zadaci ESCB određeni članom 127.(2) odnose se na: (i) utvrđivanje i sprovođenje monetarne politike Unije; (ii) vršenje deviznih poslova u skladu sa članom 219; (iii) držanje i upravljanje zvaničnim deviznim rezervama država članica; (iv) unapređenje nesmetanog delovanja platnog prometa. Među zadacima o kojima odlučuje ESCB nije pomenut onaj koji se odnosi na emitovanje novca u Uniji. Umesto toga, prema čl. 128. Evropska centralna banka (Savet guvernera po čl. 16. Statuta) se određuje kao institucija koja je jedino ovlašćena da odobrava emisiju novca u Uniji. Na osnovu takve odluke, novac, koji predsta-

---

<sup>14</sup> Više o monetarnoj uniji kao zajednici stabilnosti vidi: Herdegen J. Matthias, *Price Stability and Budgetary Restraints in the Economic and Monetary Union: The Law as Guardian of Economic Wisdom*, »Common Market Law Review«, No. 9, 1998, p. 21.

vlja zakonsko sredstvo plaćanja u Uniji, emituju Evropska centralna banka i nacionalne centralne banke.

a) *Vodenje monetarne politike.* – Monetarna politika je isključiva nadležnost Unije. Za razliku od ciljeva monetarne politike, gde zakonodavstvo EU ograničava diskreciju vrhovne monetarne vlasti utvrđivanjem obaveze očuvanja stabilnosti cena, pitanje utvrđivanja i vođenja monetarne politike je isključiva nadležnost Eurosistema.<sup>15</sup> Ugovor o funkcionisanju EU ne definiše šta se podrazumeva pod monetarnom politikom. Sadržaj monetarne politike bliže je određen u poglavlju IV Statuta ESCB i ECB (članovi 17–24) i obuhvata: kreditne i operacije na otvorenom tržištu, određivanje stope obavezne rezerve; osiguranje efikasnog platnog prometa; operacije sa inostranstvom. Pored toga, Savet guvernera može da donese odluku, dvotrećinskom većinom glasova o primeni drugih operativnih metoda monetarne kontrole (čl. 20. ESCB Statuta). U nastojanju da obezbedi primenu monetarne politike na jednobrazan način, ESCB je preciznije definisala monetarne instrumente i postupak sprovođenja.<sup>16</sup>

Nepostojanje nezavisnosti u utvrđivanju ciljeva ne sputava u potpunosti nosioce monetarne politike. Sloboda ESCB da proceni šta se podrazumeva pod stabilnošću cena, odnosno koja stopa inflacije se smatra dozvoljenom, daje prostora za prilagođavanje monetarne politike ekonomskom stanju u Uniji, odnosno korišćenje monetarne politike na način koji će omogućiti prevazilaženje ekonomskih poremećaja (visoka stopa nezaposlenosti, recesija i sl.). U literaturi se, vrlo često, ističe da nezavisnost ECB, uvedena pravom EU, otežava efikasnu koordinaciju monetarne i fiskalne politike.<sup>17</sup> Na primer, ako države članice ne ostvare nivo fiskalne discipline, koji bi odgovarao jedinstvenom valutnom području u skladu sa odredbama Ugovora, centralna banka i pored značajnog stepena nezavisnosti, može biti prinuđena da preispita svoju monetarnu politiku i da snižavanjem kamatne stope pomogne u rešavanju ekonomskih problema sa kojima se suočavaju zemlje evrozone. Naravno, ovaj prostor za diskreciju monetarnih vlasti nije bez ograničenja. Eksplicitnim uvođenjem Evropske centralne banke u insti-

---

<sup>15</sup> Program za postupni prelazak monetarne politike na nadnacionalni nivo, po M. Herdegen-u, zadire snažnije u državnopravnu samostalnost država članica nego u dosad prenesene nadležnosti. On pogađa u jezgro nacionalnih suverenih prava. Navedeno prema: Herdegen J. Matthias, *Evropsko pravo*, Pravni fakultet Sveučilište u Rijeci, Rijeka, 2003, str. 257.

<sup>16</sup> Guideline ECB, 2000, No. 7 on Monetary Policy Instruments and Procedures of the Eurosystem, OJ 2000 L 310/1.

<sup>17</sup> C. Proctor, ističe da ostvarivanje ovakve koordinacije nije lako. Zakonodavstvo EU predivida isključivu nadležnost ESCB za vođenje monetarne politike, dok su odluke o fiskalnoj politici u nadležnosti država članica, uz odgovarajuća ograničenja koja nameće Pakt o stabilnosti i rastu. Navedeno prema: Proctor Charles, *The Future of the Euro – What Happens if a Member State Leaves?*, »European Business Law Review«, 2006, p. 921.

tucionalni okvir Unije njihova sloboda u donošenju odluka je ograničena Ugovorom, tako da je svaka zloupotreba ovlašćenja predmet sudske kontrole. Prema čl. 263. Ugovora o funkcionisanju EU, Evropski Sud pravde kontroliše zakonitost akata koje zajednički donose Evropski parlament i Savet, akata Saveta ministara, Komisije ili Evropske centralne banke, osim onih koji imaju karakter preporuke ili mišljenja i akata Evropskog parlamenta koji proizvode pravna dejstva prema trećim licima. Savet, Komisija ili bilo koja država članica, može inicirati (podnošenjem tužbe) postupak koji se odnosi na nenadležnost, povredu bitnih pravila postupka, povredu Ugovora ili svakog drugog pravnog propisa koji se odnosi na njegovu primenu, ili na zloupotrebu ovlašćenja. Lisabonski ugovor unosi jednu novinu. Naime, budući da dopušta mogućnost da se podnese tužba i u slučaju kada se Evropska centralna banka uzdržava od delovanja.<sup>18</sup> Podnošenje ove tužbe je dozvoljeno samo ukoliko je Evropska centralna banka prethodno bila pozvana da deluje.

b) *Devizna politika.* – Vođenje devizne politike podrazumeva nadležnost za utvrđivanje režima deviznog kursa, određivanje deviznog kursa i upravljanje deviznim rezervama. Institucionalni okviri EU poveravaju ESCB vršenje deviznih poslova i držanje i upravljanje deviznim rezervama država članica.<sup>19</sup> Za razliku od monetarne politike koja je u isključivoj nadležnosti ESCB, nadležnost za vođenje devizne politike podeljena je između Saveta i Evropske centralne banke. Prema čl. 219. Ugovora, Savet bilo na preporuku Evropske centralne banke, bilo na preporuku Komisije i posle konsultacije Evropske centralne banke:

– Zaključuje sporazume o sistemu deviznog kursa evra prema valutama trećih zemalja, odnosno donosi odluku o usvajanju, menjanju i napuštanju srednjeg kursa evra u sistemu deviznih kurseva;

– Formuliše opšte smernice devizne politike u odnosu na valute država nečlanica u uslovima kada ne postoji odgovarajući sistem deviznih kurseva;

– Donosi odluke o aranžamanima u vezi sa pregovorima i sa zaključivanjem sporazuma koji se odnose na pitanja monetarnog i deviznog režima između Unije i jedne ili više država, odnosno međunarodnih organizacija;

Ugovor o funkcionisanju Evropske unije uvodi novi član (čl. 138) koji ovlašćuje Savet da utvrđuje zajedničku poziciju i usvaja neophodne mere radi obezbeđivanja mesta evra u međunarodnom monetarnom sistemu i jedinstvenog predstavljanja u međunarodnim finansijskim institucijama.

Za razliku od ovlašćenja za vođenje devizne politike koje pripada Savetu, Ugovor i Statut ESCB i ECB jasno utvrđuju nadležnost ESCB kada je u pitanju

---

<sup>18</sup> Čl. 265. Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

<sup>19</sup> Čl. 127. (2) Ugovora o funkcionisanju EU.



držanje i upravljanje deviznim rezervama država članica, koje su prihvatile evro u skladu sa postupkom predviđenim Ugovorom. Međutim, Statut ESCB i ECB (čl. 30) predviđa da se samo deo deviznih rezervi prenosi Evropskoj centralnoj banci, dok jedan deo ostaje na računu kod nacionalnih centralnih banaka država članica. Dodatnu teškoću predstavlja i to što su nacionalne centralne banke ovlašćene da obavljaju poslove vezane za ispunjavanje svojih obaveza prema međunarodnim organizacijama. Kada su u pitanju druge operacije preostalim deviznim rezervama koje se nalaze u nacionalnim centralnim bankama, Statut ESCB i ECB predviđa da one podležu odobravanju od strane Evropske centralne banke. Na taj način postiže se da devizne transakcije nacionalnih centralnih banaka budu koherentne sa politikom deviznog kursa i monetarnom politikom Unije.

c) *Platni promet*. – Vođenje jedinstvene monetarne politike podrazumeva sistem platnog prometa koji će omogućiti da operacije između nacionalnih centralnih banaka i kreditnih institucija budu realizovane pravovremeno i na sigurn način, i koji će ubrzati objedinjavanje tržišta novca u evrozoni.<sup>20</sup> Takođe, ESCB je dat i zadatak da unapredi i obezbedi nesmetano funkcionisanje sistema plaćanja. U skladu sa tim čl. 22 ESCB Statuta propisuje da Evropska centralna banka i nacionalne centralne banke mogu da odobravaju olakšice, a ECB može da donosi propise u cilju osiguranja efikasnosti i solidarnosti sistema kompenzacija i plaćanja u okviru Unije i sa trećim zemljama.

d) *Konsultativni zadaci ECB*. – Pored već pomenutih zadataka, Ugovor o funkcinisanju EU propisuje da će evropska monetarna vlast biti konsultovana o svakom predloženom aktu iz njene nadležnosti, kao i od strane nacionalnih organa o svakom nacrtu propisa iz njene nadležnosti, ali u granicama i pod uslovima koje utvrđuje Savet. Pored toga, ECB može, u okvirima svojih nadležnosti, davati mišljenja odgovarajućim organima ili telima Unije, odnosno odgovarajućim nacionalnim organima. Ostvarivanjem ovog zadatka osigurava se da centralna banka bude uključena u svim onim pitanjima koja su direktno ili indirektno njena sfera aktivnosti (polje delovanja) i, ujedno, obezbeđuje kompatibilnost, odnosno usklađenost propisa Unije i nacionalnog zakonodavstva sa potrebama jedinstvenog valutnog područja. Uključivanjem centralno-bankarske institucije u proces donošenja akata iz njene nadležnosti, bilo od strane organa Unije ili nacionalnih organa, unapređuje se i ukupan kvalitet zakonodavstva u Uniji. Postavlja se pitanje da li je za ispunjenje ovog zahteva dovoljno samo podnošenje zahteva za mišljenjem ECB? Po analogiji sa odlukom Evropskog suda pravde u pogledu

---

<sup>20</sup> Preambula 6 Smernica ECB od 30 decembra 2005 o sistemu plaćanja u eurozoni, Recital 6 Guideline of the ECB of 30 December 2005 on a Trans-European Automated Realtime Gross settlement Express Transfer system (TARGET), ECB/2005/16, OJ 2006 L 18/1. Target sistem je najveći sistem za velika plaćanja u zoni evra i jedan je od najvažnijih u svetu. Navedeno prema: Mileta Vlatko, *Leksikon Evropske unije*, »Politička kultura«, Zagreb, 2003, str. 245.

obaveze konsultovanja Evropskog parlamenta,<sup>21</sup> smatramo da obaveza konsultovanja Evropske centralne banke o propisima iz njene nadležnosti podrazumeva da je takvo mišljenje i zaista dato. Naime, ne bi se moglo prihvatiti da je ovaj zahtev ispunjen samom činjenicom da je podnet zahtev za takvim mišljenjem.

## ZAKLJUČAK

Počev od decembra 2009. godine Evropski sistem centralnih banaka deluje u novom institucionalnom okruženju. Najveći deo promena odnosi se na pitanja organizacije monetarne vlasti Unije. Lisabonskim ugovorom Evropska centralna banka se uvršćuje u institucionalni okvir Unije, institucionalizuje se saradnja u okviru Evrogrupe i precizira položaj Evrosistema (koji pored Evropske centralne banke obuhva i centralne banke država članica koje su postale deo evrozone). Novinu u Ugovoru o funkcionisanju EU čine i odredbe koje se odnose na države članice koje su postale deo evroprostora. U nastojanju da unapredi funkcionisanje Ekonomske i monetarne unije, Ugovor predviđa da se modaliteti organizacije sastanaka ministara država članica koje su deo evrozone definišu Protokolom o Evrogrupi. Promene uvedene Lisabonskim ugovorom nametnule su i izmene u načinu imenovanja predsednika, potpredsednika i članova izvršnog odbora. Umešto ranijeg rešenja po kome su članove Izvršnog odbora imenovalе države članice sporazumno, Ugovor predviđa da predsednika, potpredsednika i ostale članove Izvršnog odbora imenuje Evropski savet, odlučujući kvalifikovanom većinom. Za razliku od pitanja organizacije ESCB, Lisabonski ugovor ne uvodi značajne novine kada je u pitanju njegovo funkcionisanje. Uloga Evropskog sistema centralnih banaka prvenstveno se odnosi na uspostavljanje i očuvanje stabilnosti cena, uz mogućnost davanja podrške opštim ekonomskim politikama Unije ukoliko to ne ometa ostvarivanje prioritetnog cilja. Pored toga, ESCB ima i jasno definisane zadatke čija realizacija treba da omogući ekonomsku stabilnost na području Unije.

---

<sup>21</sup> Case 138/79, *Roquette Frères*, 1980, ECR 3333, at 34.

SRĐAN GOLUBOVIĆ, LL.D.,  
Professor, Faculty of Law, Niš

INSTITUTIONAL FRAMEWORK OF THE ORGANIZATION  
AND FUNCTIONING OF THE EUROPEAN SYSTEM  
OF CENTRAL BANKS

Summary

Lisbon Treaty introduced significant novelties in the organization and functioning of the European system of central banks. Certainly, the most important changes are inclusion of the European Central Bank in the institutional framework of the European Union, defining the role of Eurosystem as an institution which includes that Bank and the national central banks of the economic and monetary union member countries. Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union clearly position the European Central Bank as a central body in the European system of central banks, considering its independence in relation to other EU organs, as well as the exclusivity in the approval of issue of money.

As far as functioning of the EU monetary system is concerned, the Lisbon Treaty explicitly defines aims and tasks whose realization is the liability of the European system of central banks. Treaty on the functioning of the European Union and Statute of the European system of central banks and of the European Central Bank determine the price stability as the priority goal. Realization of other goals and tasks must be subordinated to the realization of priority goal. In this way, discretion of monetary authorities is narrowed down and possibility of unexpected changes in monetary policy is prevented.



*NADA TODORVIĆ*

## **UZROCI NESTABILNOSTI FINANSIJSKIH SISTEMA**

### U V O D

Razvijene svetske ekonomije počivaju na stabilnom i izgrađenom finansijskom sistemu. Zadatak finansijskog sistema svake zemlje je da preko mreže finansijskih institucija omogući efikasan transfer oskudnih resursa unutar privrede od štediša (suficitnih jedinica) ka ulagačima, pozajmljivačima (deficitnim jedinicama). Infrastrukturu finansijskih sistema čine finansijska tržišta i finansijski posrednici. Finansijski sistemi u svetu se razlikuju po stepenu složenosti i dinamičnosti, ali imaju i neke zajedničke odrednice. Deo svakog finansijskog sistema je platni sistem, postojanje određenog oblika osiguranja depozita, prisustvo Centralne banke na čelu bankarskog sistema kao vodećeg regulatora u finansijskom sistemu. Zemlje tržišne privrede imaju tradicionalno visoko razvijene finansijske sisteme, dok su se zemlje tranzicije suočile sa problemom izgradnje finansijskog sistema koji podržava koncept integralnog tržišta.

Krajem 2007. godine izbila je recesija u finansijskom sistemu SAD i proširila se na čitavu svetsku ekonomiju. To je jedan od razloga što u stručnoj i široj javnosti ne jenjava interesovanje ni danas za proučavanje različitih finansijskih sistema i uzroka koji dovode do njihove nestabilnosti. Paradoks je da je prva varnica krize izbila u sistemu koji je po svojim obeležjima smatran za superioran

---

Dr Nada Todorović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

u svetskim razmerama i da su po tom modelu finansijskog sistema mnoge zemlje u svetu nastojale da svoja finansijska tržišta učine dinamičnijim.

Uspeh koji je američka ekonomija doživela u odnosu na ostale ekonomije u svetu tokom 90-ih pa sve do 2000. godine, duguje se velikim delom razgranatom i dinamičnom finansijskom sistemu SAD. Američki finansijski sistem je omogućivao efikasnu alokaciju resursa unutar nacionalne ekonomije, lak pristup kapitalu od strane investitora, preuzimanje loše vođenih kompanija i maksimalno bogaćenje akcionara. Sve ove prednosti ipak nisu sprečile da talas ekonomske recesije poruši neke osnovne infrastrukturne elemente finansijskog sistema SAD i zapljusne ostale finansijske sisteme u svetu. To je otvorilo neka nova pitanja koja se odnose na proučavanje uzroka koji su doveli do potresa u finansijskom sistemu SAD kao i u ostalim finansijskim sistemima u svetu.

Da bismo sa stanovišta nauke i struke u izvesnoj meri rasvetlili ova pitanja, moramo poći od karaktera finansijskog sistema jedne zemlje, kao i uzroka koji izazivaju njegovu nestabilnost.

## ASIMETRIČNE INFORMACIJE

Unutar finansijskog sistema postoje finansijska tržišta i finansijski posrednici kao snage koje pokreću čitav mehanizam finansijskog sistema. Svaki transfer finansijske imovine obavlja se po određenoj ceni i podrazumeva postojanje različitih interesnih grupa koje imaju često sukobljene ekonomske interese. Postojanje konfliktnih interesa je obeležje svih finansijskih sistema i u osnovi tog problema nalaze se asimetrične informacije.

Kompanije danas mogu na različite načine da obezbede spoljno, eksterno finansiranje. To može biti klasično pozajmljivanje od banaka ili kroz emisiju akcija prikupljanje kapitala. I jedan i drugi način imaju za rezultat privatno vlasništvo nad kompanijama što dovodi do postojanja različitih ekonomskih interesa između vlasnika kompanije i kreditora kao i između menadžera i akcionara (vlasnika).

Razlike u informisanosti ovih interesnih grupa često stavljaju jednu grupu u povlašćen i ekonomski povoljniji položaj naspram druge grupe, što je u ekonomiji poznato kao problem asimetričnih informacija.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> O značaju asimetričnih informacija za ekonomiju najbolje govori podatak da je trojici ekonomista koji su prvi počeli da istražuju problem asimetričnih informacija dodeljena Nobelova nagrada 2001. godine (George Akerlof, Michael Spence i Joseph Stiglitz).

Asimetrične informacije utiču na ekonomske transakcije unutar finansijskog sistema. One se javljaju u dva oblika, kao negativna selekcija i moralni hazard. U finansijskim sistemima asimetrične informacije prouzrokuju probleme, jer vlasnici finansijske imovine (zajmodavci) imaju nedostatak informacija u odnosu na zajmoprimce ili emitente hartija od vrednosti.

Negativna selekcija u finansijskom sistemu je tendencija učesnika u finansijskim transakcijama da sklapaju finansijske ugovore u kojima mogu da upotrebe svoje privatne informacije u sopstvenu korist, a na štetu druge strane. Moralni hazard je tendencija učesnika u finansijskim transakcijama da nakon sklapanja finansijskog ugovora, iskoriste privatne informacije u svoju korist, a na štetu strane koja je manje informisana.<sup>2</sup> Problem asimetričnih informacija se naročito reflektuje na kreditnom tržištu.

Banke se kod pozajmljivanja suočavaju sa kreditnim rizikom, rizikom neplaćanja kredita. Zajmodavci (banke) i zajmoprimci (korisnici kredita) su u posedu različitih informacija. Ona strana koja poseduje više relevantnih informacija je u prilici da osujeti ostvarivanje ekonomskih interesa manje informisane strane.

Za banku (kreditora) ciljna grupa su nisko rizični zajmoprimci. To su svi oni koji su spremni da obelodane sve informacije o svojoj kreditnoj sposobnosti (godine staža, posedovanje nekretnina u vlasništvu, bračni status, poslovni dosije).

Visoko rizični zajmoprimci obmanjuju svoje zajmodavce, a zajmodavci imaju za cilj da otkriju informacije o nivou rizika. Navođenje informisane strane da otkrije svoje privatne informacije poznato je u literaturi kao provera (screening), a delovanje informisane strane u pravcu otkrivanja informacija je signaliziranje.<sup>3</sup> Banke se nalaze u situaciji da asimetrične informacije ugrožavaju njihove plasmane, pa ne odobravaju kredite onima koji ne otkrivaju informacije o sebi. One razvrstavaju zajmoprimce u određene kategorije po pitanju rizika. Kada banke izvrše pravilnu procenu kreditne sposobnosti svojih klijenata, to vodi stabilnosti i ravnoteži tržišta za zajmove. Međutim, ovo dovodi do segmentacije kreditnog tržišta pa je usled opasnosti od asimetričnih informacija segmentirano na deo sa visokom kamatnom stopom za visoko rizične zajmoprimce koji ne otkrivaju informacije o sebi, i deo sa niskom kamatnom stopom za nisko rizične zajmoprimce koji pružaju sve relevantne informacije o svojoj kreditnoj istoriji.

Moralni hazard se na kreditnom tržištu manifestuje tako što zajmoprimac nakon dobijanja kredita preduzima rizične poslovne poduhvate i ugrožava interese zajmodavca jer povećava mogućnost da ne može da otplaćuje glavnica i kamatu iz ugovora o kreditu. Prema tome, ekonomski interesi učesnika u finan-

---

<sup>2</sup> Michael Parkin, *Microeconomics*, 2010, Pearson, New York, str. 470–473.

<sup>3</sup> N. Gregory Mankiw, *Osnove ekonomije*, MATE, Zagreb, 2006, str. 482–483.

sijjskim transakcijama su različiti, često konfliktni, i manje informisana strana trpi štetu.

Da bi se negativni efekti asimetričnih informacija sveli na najmanju moguću meru, angažuju se finansijski posrednici. Oni rešavaju problem negativne selekcije jer snabdevaju učesnike dodatnim informacijama u fazi kada kredit još uvek nije odobren, ili kroz monitorisanje zajmoprimca da bi se ublažio problem moralnog hazarda. Finansijski posrednici na ovaj način vrše disperziju rizika, sprečavaju konflikte i smanjuju transakcione troškove.

Ostaje otvoreno pitanje uloge države u suzbijanju problema asimetričnih informacija. Nesporno je da asimetrične informacije pokazuju neuspeh tržišta i neefikasnost finansijskog sistema. Postavlja se pitanje da li država ima više informacija od samih učesnika u finansijskim transakcijama. Dugo je bilo prisutno shvatanje da tržište samo rešava problem asimetričnih informacija kroz signaliziranje i provere, a da država ostaje po strani. Čini se da noviji problemi unutar finansijskih sistema u svetu afirmišu ulogu države i na ovom planu. Država ne raspolaze sa više informacija od direktnih učesnika u finansijskim transakcijama, ali država može nastojati da kroz zakonodavnu aktivnost i delovanje regulatornih tela obaveže učesnike u finansijskim transakcijama da sve informacije o svojim poslovnim aktivnostima učine dostupnim.

## INTERESNE GRUPE U FINANSIJSKOM SISTEMU

### *Akcionari – kreditori*

Problemi na relaciji akcionari – kreditori (zajmodavci) nastaju u praksi više kod malih i srednjih kompanija nego kod velikih multinacionalnih kompanija. Vlasnici malih i srednjih kompanija (akcionari) imaju potrebu da dođu do svežeg kapitala kroz zaduživanje. Pri tome, da bi došli do kredita pod povoljnim uslovima čine sve da umanje svoju stvarnu rizičnost, što se prepoznaje kao problem negativne selekcije. Moralni hazard je prisutan kod zaduživanja od strane malih i srednjih firmi. Male i srednje firme mogu biti organizovane kao društva kapitala, odnosno akcionarska društva, što je organizacioni oblik koji danas prevladuje. To podrazumeva da su akcionari ograničeno odgovorni tj. da odgovaraju do visine svog akcionarskog uloga. Vlasnici ovih firmi će imati interes da se nakon uzimanja kredita otisnu u rizične poslove jer im to donosi profit. Oni u prvi plan stavljaju uspeh, a rizik gubitka im je poznat i kreće se do visine uloga u firmu. To direktno ugrožava kreditore jer postoji opasnost da vlasnici firme zbog pretrpljenog gubitka ne mogu uredno da ispune obaveze preuzete iz ugovora o kreditu.



*Akcionari – menadžeri*

Problem koji se javlja na relaciji akcionari – menadžeri pogađa velike kompanije koje imaju disperzivno vlasništvo, rasuto na veliki broj akcionara gde se kroz javnu emisiju akcija obezbeđuje eksterno finansiranje kompanija. U ovim kompanijama postoji podvojenost između vlasništva i upravljanja (akcionari i menadžeri) i to dovodi do postojanja posebnih mehanizama koji služe za usmeravanje i vođenje kompanija i usaglašavanje različitih ekonomskih interesa interesnih grupa. Sistem pomoću koga se danas u uslovima globalizacije i transnacionalnog karaktera proizvodnje i usluga kompanije vode i kontrolišu poznat je kao korporativno upravljanje.

Ekonomski aspekt korporativnog upravljanja svodi se na postojanje kontrolnih mehanizama koji bi štitili interese vlasnika (akcionara), a u isto vreme motivisali menadžere da razvijaju dugoročne finansijske strategije koje će obezbediti rast kompanija i doneti visoke zarade menadžerima. To podrazumeva usaglašavanje interesa akcionara i menadžera koji su često različiti i konfliktni. U osnovi ovih sukoba su asimetrične informacije koje su često u posedu menadžera na štetu vlasnika. Isplata dividendi može biti prvi problem koji nastaje između akcionara i menadžera. Menadžeri mogu voditi poslovnu politiku koja obezbeđuje dugoročni privredni rast, a to podrazumeva da se veći deo profita reinvestira umesto da se isplati kroz dividende. Visina dividende nije unapred poznata veličina jer zavisi od poslovnog uspeha kompanije. Ako se ovome doda i činjenica da je isplata dividendi na obične akcije diskreciono pravo uprave kompanije, onda to još više može produbiti sukob menadžera i akcionara. Postavlja se pitanje da li menadžment koji isplaćuje niske dividende ugrožava interese akcionara. Da li su menadžeri ponekad više okrenuti budućnosti od samih vlasnika (akcionara) kojima je cilj trenutno bogaćenje. Niske dividende će izazvati sukob između menadžera i onih akcionara koji projektuju svoje ekonomske interese u kratkom roku. Menadžment koji reinvestira profite umesto da ih isplaćuje kroz dividende će zadovoljiti interese onih akcionara koji će kroz jačanje kompanije i rast cena njenih akcija, umesto visokih dividendi dobiti kapitalnu dobit kao razliku u ceni akcija. To su akcionari koji su više zagledani u budućnost i razmišljaju o dugoročnoj ekspanziji kompanije. Ovo sve ukazuje da je odnos akcionara i menadžera kompleksan i da se njihovi interesi moraju usaglašavati kroz odgovarajuće sisteme korporativnog upravljanja.

Naknade koje se isplaćuju menadžerima mogu biti sporno pitanje i izazvati konflikte na relaciji akcionari – menadžeri. Menadžeri mogu nastojati da obezbede sebi visoke plate i maksimalne privilegije koje im donose veliku popularnost, i obezbeđuju ličnu moć. Empirijska istraživanja pokazuju da su menadžeri u Americi bolje plaćeni od svojih kolega u Evropi. Menadžeri u SAD su od 90-ih godina koje su bile naročito prosperitetne za američku ekonomiju pa nadalje bili

preplaćeni jer su imali visoke redovne plate, a uz to su dobijali i opcije na akcije. Niže plate u Evropi su rezultat specifičnosti evropskih računovodstvenih i poreskih sistema koji uključuju ekonomske troškove opcija. Menadžeri u Evropi istakli su svoje zahteve za otkrivanjem informacija, jer su želeli da budu plaćeni kao njihove kolege u Americi. To je uslovalo povećanje plata za rukovodioce u Evropi i taj trend se nastavlja. Formirani su Komiteti za kompenzaciju i isplatu, a u nekim zemljama (Švajcarska) postojala je obaveza otkrivanja plate rukovodioca, što je izazvalo povećanje plata.<sup>4</sup>

Kretanja u poslednje vreme u Evropi pokazuju da je došlo do promena u načinu isplate naknada za rukovodioce i u samoj visini naknade. Izvršni rukovodioci u nekim zemljama Evrope uvećali su svoje kompenzacione pakete, jer su informacije o honorarima postale dostupne javnosti, kao i zbog dodeljivanja opcija na akcije. Najveći skok zabeležen je u Švajcarskoj gde je plata izvršnog rukovodioca od 405.000 američkih dolara 2001. godine porasla na 1,1 milion dolara 2003. godine. Primer Švajcarske sledila je Nemačka i neke druge evropske zemlje. Međutim, i pored ovog približavanja Americi po pitanju naknada za rukovodioce, prosečna vrednost kompenzacionog paketa u SAD i dalje je znatno veća od najveće plate u Evropi i u proseku se kreće oko 2,25 miliona američkih dolara.<sup>5</sup>

Razlike u ciljevima između akcionara i menadžera, pokazuju da akcionari imaju teškoće da prepoznaju da li su poslovni potezi menadžera u interesu kompanije ili su podređene ostvarivanju ličnih interesa. Akcionari kroz kontrolne mehanizme korporativnog upravljanja vrše monitoring nad menadžerima, i obezbeđuju usaglašavanje interesa.

Danas preovlađuju dva modela korporativnog upravljanja. Američki jednodomni model u kome funkciju upravljanja vrši upravni odbor, koji bira skupština akcionara, a kontrolu vrše spoljni nezavisni revizori. Evropski model korporativnog upravljanja je dvodomni model (Nemačka) ili mešoviti koji sadrži elemente oba modela. Odlika dvodomnog modela je postojanje u kompanijama upravnog i nadzornog odbora. Upravni odbor vrši funkciju upravljanja i poslovođenja, a članove upravnog odbora bira i razrešava nadzorni odbor. Članove nadzornog odbora bira i razrešava skupština.<sup>6</sup> U malim kompanijama koje ne emituju akcije javnom ponudom sukob interesa akcionara i menadžera ne postoji. Postoje privatne firme gde je vlasnik ujedno i menadžer. Velike kompanije koje svoje akcije

---

<sup>4</sup> G. Owen, T. Kirchmayer and J. Grant, *Corporate Governance in the US and Europe: Where Are We Now*, Palgrave macmilian, 2006, str. 13–14.

<sup>5</sup> Nav. delo, str. 61–62.

<sup>6</sup> Opširnije o sistemima korporativnog upravljanja vidi: Mirko Vasiljević, *Korporativno upravljanje, Pravni aspekti*, Beograd, 2007, str. 43–47.

prodaju čitavoj investitorskoj javnosti i imaju na hiljade akcionara, vode profesionalni menadžeri. Mnogi akcionari u takvim kompanijama nemaju interesa da ruše zid asimetričnih informacija koji se isprečio između njih i menadžera, svesni činjenice da su manjinski akcionari. Nepromišljeni i neoprezni akcionari stvaraju nove mogućnosti za uvek budne menadžere, koji su u stanju da uoče obrasce nepromišljenog ponašanja i da to ekonomski valorizuju.

*Savremeni finansijski sistemi i prevazilaženje  
konflikta interesnih grupa*

Savremeni finansijski sistemi organizovani su kao bankarsko orijentisani finansijski sistemi (Nemačka, Japan) i tržišno orijentisani finansijski sistemi (Velika Britanija, SAD).<sup>7</sup> Sukobi interesnih grupa koji se javljaju u oba modela se različito rešavaju, ali su uvek ovi problemi vezani za eksterno finansiranje kompanija bilo kroz emisiju akcija ili mobilisanje kapitala u obliku duga.

Modeli finansijskih sistema koji danas preovlađuju izrastaju iz određenog makroekonomskog i pravnog ambijenta. Centralno pitanje je pitanje vlasništva nad kompanijama i u zavisnosti od toga se ovi sukobi različito i rešavaju.

Bankarsko orijentisan finansijski sistem nastaje u uslovima nedovoljno razvijenog tržišta kapitala, koncentrisanog vlasništva (banke su dominantni akcionari u kompanijama), slabe sudske zaštite manjinskih akcionara. Ova obeležja finansijskih sistema zemalja kontinentalne Evrope izvire i iz karaktera pravnog sistema i modela kapitalizma koji je u literaturi poznat kao model socijalne demokratije. Prava akcionara su jača u SAD gde je njihov privatni interes dominantan u odnosu na javni i gde je izvor prava običajno pravo i sudska praksa umesto Ustava i Zakona.

Evropski model kapitalizma (model socijalne demokratije) krije u sebi konflikt između predstavnika kapitala i rada. U nekim zemljama postoji praksa da se predstavnici zaposlenih uključe u bord što slabi strukturu borda, ugrožava interese vlasnika kapitala i dovodi do toga da su neefikasni zbog velikog broja članova. Koncentrisano vlasništvo koje karakteriše bankarsko orijentisane finansijske sisteme dovodi do neefikasnosti eksternih mehanizama korporativnog upravljanja (tržište za preuzimanje kompanija i aktivnosti investitora), slabljenja uloge kontrolora (revizori, finansijski analitičari), što sve ugrožava interese vlasnika kapitala.

---

<sup>7</sup> L.S. Ritter, W.L. Silver, G.F. Udell, Principles of money, banking and Financial markets, 2004, str. 334.

Tržišno orijentisani finansijski sistemi (SAD, Velika Britanija) imaju normativni okvir koji počiva na običajnom pravu i sudskoj praksi. Ovaj sistem podrazumeva visoko razvijeno tržište kapitala, dominaciju privatnog interesa nad javnim, javnu emisiju kao način eksternog finansiranja kompanija, gde se akcije prodaju neograničenom broju investitora pod formalnom kontrolom države. Na ovaj način se stvara difuzno vlasništvo u kompanijama jer je akcionarski kapital rasut na mnoštvo akcionara. To dalje nužno proizvodi odvajanje svojine od upravljanja i kompanijama upravljaju profesionalni menadžeri u interesu vlasnika, što uslovljava razvijeno tržište za korporativnu kontrolu. Banke nemaju vlasništvo nad kompanijama niti imaju status dominantnih akcionara, ali imaju status finansijskih posrednika, gde je naročito značajna uloga investicionih banaka na primarnom tržištu kapitala. Kompanije emitenti kada puste u opticaj novu emisiju akcija, angažuju investicionu banku kao finansijskog posrednika da izvrši distribuciju akcija potencijalnim akcionarima. Banka tada nastupa u ulozi brokera ili diler, njena funkcija je posrednička. Tržišno orijentisani finansijski sistemi obezbeđuju efikasniju sudsku zaštitu za akcionare budući da je vrlo razvijena sudska praksa.

Tržišno orijentisani finansijski sistemi obezbeđuju bogaćenje akcionara na kratak rok i vrše efikasnu alokaciju rizika. Međutim, oni u sebi kriju opasnost da se uprava otrgne kontroli od strane vlasnika kapitala i da vodi kompaniju na način koji u kratkom roku valorizuje ekonomske interese menadžera, a zapostavlja dugoročnu razvojnu strategiju koja je u interesu akcionara. Upravo zbog toga je sukob interesa menadžera i vlasnika akcionara mnogo oštrij u tržišno orijentisanim finansijskim sistemima nego u bankarsko orijentisanim finansijskim sistemima.

Zadatak ekonomske i pravne teorije nije samo da locira ove razlike u finansijskim sistemima, već da ukaže na puteve za prevazilaženje ovih problema. Od karaktera finansijskog sistema zavisi kako će se rešavati sukobi između različitih interesnih grupa.

Pri svemu ovome treba imati u vidu da u osnovi svih sukoba u finansijskom sistemu leže asimetrične informacije. Veličina kompanije i struktura vlasništva u njoj opredeljuje kako će se rešavati postojeći problemi koji prouzrokuju nestabilnost finansijskog sistema. U literaturi preovlađuju dva kriterijuma koji svrstavaju kompanije u male, srednje i velike. To su broj zaposlenih i veličina aktive. Bord Federalnih rezervi primera radi smatra da je firma sa manje od 500 zaposlenih mala firma i sa aktivom od 10 miliona američkih dolara.<sup>8</sup> To su firme u privatnom vlasništvu obično jedne porodice, one se eksterno finansiraju uzimanjem kratkoročnih kredita od banaka za realizaciju poslovnih poduhvata i odr-

---

<sup>8</sup> Nav. delo, str. 282.

žanje tekuće likvidnosti. Ovde konflikt između kreditora (banaka) i akcionara nije previše izražen u finansijskim sistemima današnjice. Ako i postoji, on se relativno lako rešava kroz kreditne ugovore koji maksimalno štite banku kreditora, pružajući joj kroz restriktivne klauzule dovoljno obezbeđenje za odobreni kredit. Banke su u prilici da budu privilegovani vlasnici informacija i da aktivno monitorišu svoje zajmoprimce, tako da asimetrične informacije više pogađaju firme nego kreditore.

Kada su u pitanju velike kompanije sukob između akcionara i kreditora realno postoji i on se rešava različito u zavisnosti od karaktera finansijskog sistema.

Bankarsko orijentisani finansijski sistemi su stabilni na ovom planu, jer banke su većinski akcionari u kompanijama. Ovde se neguje koncept univerzalnog bankarstva (Nemačka), koji se zasniva na angažovanju banaka u svim aktivnostima na finansijskom tržištu. Banke ostvaruju svoja vlasnička prava u kompanijama na direktan ili indirektan način. Direktno kada poseduju deo kapitala kompanija, i indirektno kada akcionari deponuju svoje akcije na poseban kastodi račun kod banke. Specifičnost nemačkog finansijskog sistema je da se pravo glasa koje nose ove akcije prenosi na banku, i na taj način banke ostvaruju kontrolu nad kompanijama.<sup>9</sup>

Sukob kreditora i akcionara u tržišno orijentisanim finansijskim sistemima rešava se uz prisustvo agencija za rejting obveznica. Ove agencije proizvode informacije o kreditnoj sposobnosti i rizičnosti kompanija. Korporacije se danas zadužuju na kratkoročnoj i dugoročnoj osnovi i emituju obveznice koje se razlikuju po kvalitetu. Korporacijski zajmoprimci ponekad nisu u stanju da uredno servisiraju svoje obaveze po izdatim obveznicama (glavnica i kamata), pa zato i postoje rejting agencije koje rangiraju obveznice i pružaju informacije kreditorima o sposobnosti otplate zajmoprimca. Ponekad i pored postojanja rejting agencija kreditori ne uspevaju da sruše zid asimetričnih informacija kojima su opasani zajmoprimci i rejting agencije, što je aktuelna svetska recesija i potvrdila.

Najveći potresi u finansijskom sistemu nastaju na relaciji menadžeri – akcionari. Kod svodenja ovog sukoba na razumnu meru poseban značaj ima karakter finansijskog sistema.

Finansijski sistemi sa bankarskom orijentacijom na prvi pogled pružaju jasan odgovor na ovo pitanje. Banke su dominantni akcionari u kompanijama pa su u prilici da kao vlasnici kapitala stave menadžere pod kontrolu. Međutim, korporacijski skandali koji prate Ameriku nisu mimoišli ni Evropu, što ukazuje na nedostatke u sistemu korporativnog upravljanja. To najbolje pokazuje primer Parmalata u Italiji. Parmalat kompanija ima bord od 13 članova od kojih je gene-

---

<sup>9</sup> Nav. delo, str. 339.

ralni direktor osnivač kompanije, a ostali su bili članovi porodice, zaposleni u Parmalatu ili poslovni partneri njihove porodice.

U ovakvom sistemu ne postoji sukob na relaciji akcionari – menadžeri, ali postoji sukob na relaciji dominantni akcionar – manjinski akcionari, jer se kroz lične obračune ugrožavaju ekonomski interesi manjinskih akcionara. To se i dogodilo u Parmalatu u Italiji kada je kroz finansijske izveštaje isurela suma od 17,4 milijardi evra, a oko 2,3 milijarde evra je iskorišćeno kroz poslovne transakcije Tanazi porodice koja je osnivač kompanije.<sup>10</sup>

Prema tome, konsolidacija vlasništva u velikoj meri neutrališe sukob između menadžera i akcionara, ali ostavlja otvorena pitanja koja se odnose na interese malih akcionara, zaposlenih i države, jer se kroz ovakve finansijske malverzacije ugrožavaju pojedinačni interesi interesnih grupa unutar kompanije, ali se dovodi u pitanje i društveni interes. Rešenje je u bankarsko orijentisanim finansijskim sistemima u poboljšanju kvaliteta revizije od strane Komiteta za reviziju uz obaveznu rotaciju nezavisnih revizora.

Interesi menadžera i akcionara se posebno sukobljavaju u tržišno orijentisanim ekonomijama (SAD, Velika Britanija) koje imaju razvijeno tržište kapitala i difuzno vlasništvo nad akcijama kompanija koje se formira kroz postupak javne emisije akcija. Pojedinačni akcionari nemaju interesa ni finansijskih sredstava da aktivno monitorišu menadžment kompanije. Ovaj problem se svodi na pitanje oportunitetnog troška u ekonomiji.<sup>11</sup>

Akcionari porede troškove i dobit koju bi ostvarili ako se uključe u aktivnu kontrolu menadžera. Ta kontrola je za njih skupa i pošto poseduju mali deo akcijskog kapitala firme troškovi kontrole bi prevazišli ekonomsku dobit (dividenda, kapitalna dobit). Zato i biraju da ostanu po strani i prepuste menadžerima kormilo kompanije. Noviji trendovi ukazuju da su akcionari postali aktivniji na tom planu, jer u Velikoj Britaniji postoji mogućnost da akcionari sa 10% akcijskog kapitala sazovu vanredni sastanak i smene bord većnom glasova.<sup>12</sup>

Mehanizmi koji služe za podizanje kvaliteta korporativnog upravljanja kojim se suzbijaju sukobi akcionara i menadžera mogu se svrstati u interne kontrolne mehanizme i eksterne.

Interni mehanizam za sprečavanje sukoba interesa i malverzacija menadžera je Upravni odbor (bord direktora). Zajednička crta je da upravni odbori u savremenim finansijskim sistemima nisu efikasni u zaštiti akcionara zbog uticaja

---

<sup>10</sup> Nav. delo, *Corporate Governance in the US and Europe: Where Are We Now*, str. 6.

<sup>11</sup> Oportunitetni trošak je propuštena dobit koja nastaje zato što je izabrana jedna ekonomska opcija umesto druge.

<sup>12</sup> J. Rickford on *Corporate Governance Systems – How Much Convergence?* *Corporate Governance in the US and Europe: Where Are We Now*, str. 26.

njihovih dominantnih članova (Velika Britanija, SAD), ili zbog dominantnih akcionara u Evropi. Poboljšanju efikasnosti upravnih odbora doprinose formirani podkomiteti za reviziju, honorare i imenovanje. Upravni odbori u tržišno orijentisanim finansijskim sistemima, naročito SAD, umanjivali su troškove opcija koje su dodeljivane rukovodiocima, tako da su menadžeri u SAD imali visoka primanja kroz regularne plate i dobijene opcije na akcije.<sup>13</sup> Kroz kompenzacione pakete koji uključuju akcije i opcije na akcije u finansijskim sistemima tržišne orijentacije (SAD) usaglašavaju se interesi menadžera i akcionara, jer se menadžeri vezuju za kapital korporacije i dugoročnu razvojnu strategiju.

Eksterni kontrolni mehanizmi za sprečavanje sukoba interesa akcionara i menadžera su neprijateljsko preuzimanje, aktivnosti investitora, pravni sistem i eksterna regulacija.<sup>14</sup> Neprijateljsko preuzimanje kompanija je mera za disciplinovanje menadžmenta kompanije koja nagrađuje uspešne menadžere, a kažnjava one koji ne uvećavaju bogatstvo akcionara. U finansijskim sistemima kontinentalne Evrope je retkost (Nemačka), dok je u SAD tržište preuzimanja korporacija veoma razvijeno.

Aktivnosti investitora posebno institucionalnih, vode usaglašavanju različitih interesa u kompaniji, a njihova aktivnost se prostire i na društvenu odgovornost kompanija. Neki osnovni vidovi aktivnosti investitora su glasačke kampanje i predlozi za glasanje. U glasačkim kampanjama investitori glasaju suprotno od predloga upravnog odbora, dok u predlozima za glasanje afirmišu svoje predloge akcionarima na godišnjem sastanku.

Pravni sistem treba da propiše obavezne procedure koje treba da budu ispoštovane kroz zastupnički odnos između upravnog odbora i akcionara. Kroz pravni sistem se obezbeđuju normativne i institucionalne pretpostavke za funkcionisanje tržišta za korporativnu kontrolu. Ovaj eksterni mehanizam pruža efikasnu sudsku zaštitu manjinskim akcionarima kada su povređena njihova prava.

Na kraju ostaje otvoreno pitanje kako uskladiti interese kompanije i društva, odnosno kako da kompanije doprinesu opštem napretku. Globalizacija je danas u prvi plan stavila multinacionalne kompanije koje su razgranale svoje aktivnosti po čitavom svetu. Da li one donose napredak sredinama u kojima lociraju svoje proizvodne i finansijske aktivnosti, ili je sve usmereno na sticanje profita i bogaćenje akcionara. Od kompanija se na ovom stupnju razvoja očekuje da obezbede jedan human i održiv razvoj, a ne samo gomilanje bogatstva akcionara.

---

<sup>13</sup> Opcije na akcije daju imaoocu pravo da kupi ili proda konkretne akcije u toku određenog perioda po određenoj ceni. Ovo pravo ne stvara i obavezu, može da se iskoristi, a ne mora. Opcije su kao finansijski derivati naročito prisutne na tržištu SAD gde postoji Klirinška korporacija za opcije koja realizuje transakcije sa opcijama i vodi evidenciju o njima.

<sup>14</sup> Nav. delo, Corporate Governance in the US and Europe: Where Are We Now, str. 14.

Nova generacija menadžera to sve više uviđa, što može da se zaključi iz njihovih javnih nastupa. Tako je generalni direktor kompanije Daimler Chrysler izjavio da ne želi da se o njegovom poslovanju kao direktora sudi samo na osnovu bilansa, već je važan doprinos kompanije državi. Kretanja u poslednje vreme u Evropi i SAD ukazuju na to da će kompanije u trići za profitom morati da se osvrnu i na društvenu zajednicu, pomire i dovedu u sklad ekonomske i društvene interese.

U razvijenim ekonomijama danas preovlađuju dva modela finansijskih sistema, od kojih nijedan nije odneo definitivnu prevlast.

Bankarsko orijentisan sistem ima dominaciju bankarskog sektora na tržištu akcija, što se reflektuje kroz vlasničku kontrolu finansijskih institucija (banaka) nad kompanijama. To doprinosi uspešnijem rešavanju sukoba između akcionara i kreditora, kao i akcionara i menadžera. Međutim, ovo ima za posledicu manje likvidno tržište akcija i obveznica.

Tržišno orijentisani finansijski sistemi imaju jasnije izražen sukob interesa na relaciji akcionari – kreditori, akcionari – menadžeri, ali su zato tržišta akcija i obveznica produbljena i likvidna. U oba sistema cena mobilisanja kapitala se povećava, naročito posle ekonomske recesije.

Postavlja se pitanje kako zemlje tranzicije da ustroje svoj finansijski sistem i da li je on infrastrukturno dograđen. Zemlje tranzicije su se našle na putu privatizacije i izgradnje finansijskih sistema. S obzirom na to da su asimetrične informacije ozbiljna pretnja ovim ekonomijama, da finansijska tržišta nisu razvijena, računovodstveni standardi nisu do kraja uspostavljeni, menadžersko iskustvo oskudno, rešenje za početak bi bio evropski model finansijskog sistema, uz efikasan pravni sistem i kontrolu države koja bi se svela na nadzor nad poštovanjem pravila i procedura, bez uplitanja u funkcionisanje finansijskih tržišta.

Posle ekonomske recesije nužna je reforma finansijskih sistema u pravcu njihovog približavanja uz otklanjanje dosadašnjih nedostataka.



NADA TODOROVIĆ, LL.D.,  
Associate professor, Faculty of Law,  
Kragujevac

## THE CAUSES OF INSTABILITY OF FINANCIAL SYSTEMS

### Summary

The financial system in a country consists of a network of financial institutions which enables an efficient transfer of meager resources from clients' savings accounts to investors. How interest groups are well (or less well) informed, makes the difference between them which puts some of them in a more favorable economic position (this problem in economy is known as the one of asymmetric information). It can appear in two forms: as a negative selection or a moral hazard.

Contemporary financial systems are organized as the bank-oriented systems and the market-oriented financial systems. The bank-oriented systems are characterized by the ownership control of financial institutions (banks) over the companies which contributes to better solving of conflicts between the stockholders and creditors and stockholders and managers. The consequence of such structure of the financial systems is a less liquid market. The market-oriented financial systems are characterized by a more obvious conflict of interests between these groups, but their capital markets are more liquid. In both cases (models) the causes for instability are linked to external financing of companies which leads to the increase of the costs of capital mobilization.

After a period of economic recession, it is vital to undertake a reform of these financial systems that will decrease the gap between them and eliminate the existing deficiencies.



*DIJANA MARKOVIĆ-BAJALOVIĆ*

## **PRIMENA PRAVILA KONKURENCIJE NA BANKARSKI SEKTOR**

### U V O D

Bankarski sektor je tradicionalno podvrgnut strogoj državnoj regulativi, za šta ima više razloga. Uredno funkcionisanje bankarskog sektora je od ključne važnosti za funkcionisanje ekonomije u celini. Bankarski sektor igra ulogu posrednika između onih koji imaju novac (ulagača, deponenata) i onih kojima je novac potreban. Cena kredita (kamatna stopa i drugi troškovi odobravanja kredita) direktno utiče na visinu troškova proizvodnje robe, odnosno pružanja usluga. Količina novca koje banke plasiraju u ekonomiju u neposrednoj vezi je sa stopom inflacije, privrednim rastom i drugim makroekonomskim ciljevima. Poslovanje banaka je opterećeno specifičnim rizicima. Nemogućnost banke da odgovori svojim obavezama može da izazove efekat lavine snega – lančanu nelikvidnost ostalih banaka i, u krajnjoj konsekvenci, propast monetarnog sistema određene države. Stoga državno regulisanje bankarskog sektora ima dvojak cilj: usmeravanje poslovanja banaka ka ostvarenju željenih makroekonomskih ciljeva i kontrolu njihovog poslovanja radi sprečavanja destabilizacije finansijskog sistema.

Državno regulisanje određenog privrednog sektora je antipod slobodnoj tržišnoj utakmici. Ako je tržišno ponašanje diktirano imperativnim pravnim pravilima, nema mogućnosti za tržišne učesnike da slobodno donose svoje poslovne odluke. To je ključan razlog što se u razvijenim zemljama sveta dugi niz decenija

---

Dr Dijana Marković-Bajalović, profesor Pravnog fakulteta u Istočnom Sarajevu; predsednik Komisije za zaštitu konkurencije Republike Srbije.

smatralo da je bankarski sektor izuzet od primene pravila konkurencije, koja se po definiciji primenjuju samo na slobodna (neregulisana) tržišna ponašanja.

### *Američko pravo*

Presedan je načinjen u SAD 1963. godine u slučaju *US v. Philadelphia National Bank*.<sup>1</sup> Slučaj je imao za predmet fuziju druge i treće najveće banke u okrugu Filadelfija i susednim oblastima. Nakon što je nekoliko federalnih organa, među kojima Odbor guvernera, Savezni sistem rezervi i Savezna korporacija za osiguranje depozita, izrazilo mišljenje da bi se nameravanom fuzijom značajno umanjila konkurencija na relevantnom tržištu, *Comptroller of Currency*, američki regulatorni organ banaka, dozvolio je fuziju. Američka država, zastupana preko javnog tužioca, podnela je tužbu protiv učesnika koncentracije, tvrdeći da je fuzija suprotna članu 7. Klejtonovog zakona. Ovim članom su generalno zabranjene koncentracije kojima se značajno umanjuje konkurencija. Tuženi su, između ostalog, isticali prigovor da je bankarska delatnost u SAD podvrgnuta vrlo obimnoj državnoj regulativi. Zakonom o fuzijama banaka iz 1960. godine<sup>2</sup> bilo je predviđeno da državni organi nadležni za kontrolu rada banaka uzmu u obzir i aspekte konkurencije prilikom odobravanja fuzija banaka. Vrhovni sud SAD nije uvažio ovaj prigovor, jer je smatrao da je namera Kongresa prilikom izmena Klejtonovog zakona izvršenih 1950. godine bila da popuni praznine u originalnom zakonskom tekstu, tako da obuhvati sve oblike koncentracija, te da, *argumentum a contrario*, njegova namera nije bila da koncentracije banaka isključi iz polja primene zakona. Sud je stao na stranu tužioca i zabranio koncentraciju.

Novije odluke istog suda korigovale su ovaj stav, vrativši ga ponovo na smer izuzimanja regulisanih delatnosti od opštih pravila konkurencije.

Prva od njih, pod nazivom *Trinco*<sup>3</sup>, vezana je za oblast telekomunikacija. Kompanija *Verizon*, kablovski operater na teritoriji države Njujork, imala je obavezu, prema Zakonu o telekomunikacijama iz 1996. godine,<sup>4</sup> da konkurentskim lokalnim operaterima omogući povezivanje na svoju kablovsku mrežu radi pružanja usluga međugradskih i međudržavnih poziva za njihove korisnike. Kada su se konkurentski operateri požalili na loš kvalitet usluga kompanije *Verizon Communication*, Savezna komisija za komunikacije i njujorška Komisija za javne službe, svaka za sebe, sprovele su postupke koji su se okončali novčanim kaz-

---

<sup>1</sup> 374 U.S. 321 1963.

<sup>2</sup> *Bank Mergers Act 1960*.

<sup>3</sup> *Verizon Communication v. Law Office Curtis V. Trinko, LLP*, 540 US 398, 2004.

<sup>4</sup> *Telecommunication Act 1996*, 47 U.S.C.

nama i nalozima za sprovođenje mera za ispravljanje propusta u odnosu na tu kompaniju. Nakon toga, advokatska kancelarija Trinko podnela je tužbu za povredu člana 2. Šermanovog zakona, u ime grupe klijenata konkurentske kompanije *A.T.T.* protiv kompanije *Verizon*, zbog diskriminatornog odnosa prema korisnicima usluga kompanije *A.T.T.* sa ciljem eliminacije konkurencije. Kada je drugostepeni sud doneo presudu u korist tužilaca, kompanija *Communication* zatražila je zaštitu pred Vrhovnim sudom SAD. Iako Zakon o telekomunikacijama ne isključuje primenu opštih antimonopolskih propisa,<sup>5</sup> Vrhovni sud je odbacio potrebu njihove primene u konkretnom slučaju, jer je Zakonom o telekomunikacijama predviđena regulatorna struktura za otklanjanje povrede konkurencije. Kada takva struktura postoji, ističe Sud, koristi od dodatne primene antimonopolskih pravila bile bi suviše male da bi opravdale troškove vođenja antimonopolskog postupka. Obrnuto, ako sektorska regulativa ne omogućuje zaštitu konkurencije, primena antimonopolskih pravila ima opravdanja.

Odluka Vrhovnog suda u slučaju *Trinco* je kritikovana,<sup>6</sup> zbog stava Suda da su sektorska regulativa i antimonopolski propisi supstituti. Ako je određeno ponašanje regulisano, nema mesta primeni antimonopolskih propisa, i obrnuto. U delu ekonomske teorije se smatra da se sektorska regulativa i antimonopolski propisi dopunjuju.<sup>7</sup> U konkretnom slučaju, dokazuje se da je kablovski operater čiji su uslovi interkonekcije regulisani (između ostalog, i kroz utvrđene cene interkonekcije) podstaknut da primenjuje diskriminatoran tretman u odnosu prema svojim konkurentima, kako bi očuvao ili stekao monopolsku poziciju na nishodnom tržištu. U odsustvu sektorske regulative, monopolski operater bi mogao da naplaćuje monopolske cene interkonekcije svojim konkurentima. Pošto sektorski regulator kontroliše (ograničava) cene interkonekcije, monopolski operater pribegava taktici diskriminacije, odnosno pružanja lošijeg kvaliteta usluga svojim konkurentima i, posledično, njihovim korisnicima usluga kako bi očuvao/stekao monopolsku poziciju na tržištu usluga prenošenja lokalnih poziva. Ostaje otvoreno pitanje da li primenu sektorske regulative i opštih antimonopolskih propisa treba staviti pod jedan krov? Tačnije, da li je opravdano da sektorski regulator primenjuje i opšte antimonopolske propise, ili da organ nadležan za primenu opštih antimonopolskih propisa reguliše ponašanja u privrednim sektorima gde zakoni tržišta ne ostvaruju dobre ekonomske rezultate?<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Član 152.

<sup>6</sup> Brennan, Timothy, *Essential Facility and Trinko: Should Antitrust and Regulation Be Combined*, Federal Communications Law Journal, 2008, str. 133–147.

<sup>7</sup> *Ibidem*, str. 141.

<sup>8</sup> *Ibidem*, str. 147–147.

Dalja evolucija je nastavljena presudom u slučaju *Credit Suisse*,<sup>9</sup> kada su najveći američkih institucionalni investitori optuženi za dogovor u cilju manipulacije sa tržišnim cenama akcija emitovanih javnom ponudom, što je, po tvrdnji tužilaca, predstavljalo povredu člana 1. Šermanovog zakona. Tuženi su se branili da je trgovina hartijama od vrednosti predmet regulisanja sektorske regulative i da pravni lek za navodnu povredu treba tražiti u toj oblasti. Američka Komisija za hartije od vrednosti i berze (*SEC – Securities and Exchange Commission*) je podržala tužene, dostavivši sudu mišljenje da bi primena antimonopolskih propisa u ovoj oblasti bila u sukobu sa regulativom koja uređuje postupak javne ponude hartija od vrednosti. Stav Vrhovnog suda u ovom slučaju ide u smeru suprotnom od stava izraženog u slučaju *Philadelphia National Bank*. Iako Kongres nije eksplicitno izuzeo određeni privredni sektor iz sfere primene antimonopolskih normi, sektorski propisi mogu implicitno biti suprotstavljeni opštim antimonopolskim propisima. U traženju odgovora na pitanje da li postoji inkompatibilnost između jedne i druge grupe propisa, potrebno je utvrditi sledeće: 1) Da li postoji organ nadležan za regulisanje određenog sektora? 2) Da li taj organ obavlja u praksi svoju funkciju 3) Da li postoji rizik da bi primena oba seta propisa dovela da sukobljenih zahteva, obaveza, standarda ponašanja? U konkretnom slučaju, smatra Sud, ti su uslovi ispunjeni. Štaviše, Komisija za hartije od vrednosti i berze raspolaže specifičnim znanjima u oblasti trgovine hartijama od vrednosti, što redovni sudovi nemaju. Primena antimonopolskih propisa na taj sektor nosi rizik donošenja inkonzistentnih odluka i sankcionisanja ponašanja koje je u skladu sa propisima o trgovanju hartijama od vrednosti, što može ugroziti efikasno funkcionisanje tržišta hartija od vrednosti. Konačno, Komisija za hartije od vrednosti je u obavezi da uzme u obzir i faktore konkurencije prilikom formulisanja pravila trgovine hartijama od vrednosti, zbog čega primena antimonopolskih propisa postaje manje neophodna.

Uprkos evidentnoj evoluciji američkog prava u smeru davanja imuniteta regulisanim privrednim sektorima od pravila konkurencije, apsolutan imunitet još uvek nije ustanovljen. Sud može da pruži imunitet učesnicima na regulisanim tržištima samo ako ustanovi da bi primena antimonopolskih propisa ugrozila funkcionisanje sektorske regulative i da zaštita konkurencije nije obezbeđena sektorskim propisima.

Objašnjenje za uzdržanost američkog Vrhovnog suda u primeni antimonopolskih propisa na regulisane sektore mogao bi se naći i u činjenici da osuda po čl. 1. i 2. Šermanovog zakona daje oštećenom pravo da zahteva naknadu u trostrukom iznosu pretrpljene štete. To je, više nego verovatno, i razlog zašto advo-

<sup>9</sup> *Credit Suisse Securities (USA) L.L.C. & Credit Suisse Boston LLC, et. al. v. Glen Billing, et. al.*, 551 US 1157, 2007.

katske kancelarije, punomoćnici oštećenih kompanija, nastoje da slučajeve povrede konkurencije u regulisanim sektorima podvedu pod Šermanov zakon.

### *Evropsko pravo*

Pitanje izuzeća bankarskog sektora od opštih pravila konkurencije bilo je razmatrano i u evropskom pravu, u slučaju *Gerhard Züchner v. Bayerische Vereinsbank AG*.<sup>10</sup> Tužilac je podneo tužbu protiv nemačke banke osporavajući visinu naknada za transfer novca svojih klijenata u Italiju, smatrajući da se time krše pravila konkurencije iz Ugovora o osnivanju EZ. Jedan od argumenata koji je tužena banka isticala u svoju odbranu bio je da su banke, imajući u vidu prirodu njihovih usluga i posebnu ulogu u transferu novca, preduzeća kojima je »povereno vršenje usluga od opšteg ekonomskog interesa« u smislu člana 86. stav 2. Ugovora o osnivanju,<sup>11</sup> te da su stoga isključene iz sfere primene članova 81. i 82. Sud pravde je odbio ovaj argument. Činjenica da banke igraju ključnu ulogu u transferu novca svojih klijenata, nije sama po sebi dovoljna da opravda izuzeće od primene pravila konkurencije, smatrao je Sud. Neophodno bi bilo dokazati da je obavljanje te usluge bankama povereno od strane javne vlasti i da bi primena pravila konkurencije onemogućila njeno obavljanje. Stav Evropskog suda je potvrđen i u slučaju *Verband der Sachversicherers v. Commission*,<sup>12</sup> gde je istaknuto da nema eksplicitne odredbe Ugovora o osnivanju koja bi isključila delatnost osiguranja iz polja primene pravila konkurencije. U nedostatku takve odredbe, pravila konkurencije se primenjuju na delatnost osiguranja jednako kao i na ostale privredne aktivnosti.

Ustaljena je praksa evropskih organa da generalno primenjuju pravila konkurencije i na delatnosti za koje postoji sektorska regulativa. Ponašanje koje je u skladu sa sektorskom regulativom može, uprkos tome, predstavljati povredu konkurencije, ukoliko sektorska regulativa ostavlja prostor za samostalno delovanje učesnika na tržištu.

Navedeni stav veoma dobro ilustruje slučaj *Deutsche Telecom*,<sup>13</sup> koji je imao za predmet zloupotrebu dominantnog položaja ove nemačke kompanije u obliku *price* ili *margin-squeeze*. Kompanija je naplaćivala visoke cene svojim

---

<sup>10</sup> C 172/80, 1981, ECR 2021.

<sup>11</sup> Stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora (Ugovora o funkcionisanju Evropske unije) izvršena je prenumeracija članova osnivačkih ugovora, tako da nekadašnji čl. 86. sada nosi oznaku 106.

<sup>12</sup> C 45/85, 1987, ECR 405.

<sup>13</sup> Odluka Komisije COMP/37451.

konkurentima za uslugu korišćenja kablovske mreže i istovremeno naplaćivala niske cene priključenja na mrežu krajnjim korisnicima telekomunikacionih usluga. Time je povećavala troškove konkurentima i smanjivala njihove prihode u cilju eliminisanja sa tržišta. Kompanija se branila da je nemački sektorski regulator već regulisao maksimalne cene za njene usluge, te da je stoga njeno ponašanje izuzeto od opštih pravila konkurencije. Evropska komisija se pozvala na stav Suda pravde izražen u slučaju *Commission and France v. Ladbroke Racing*:<sup>14</sup> ako sektorska regulativa ostavlja preduzeću u pitanju izvesnu slobodu tržišnog ponašanja, ta ponašanja su podvrgnuta pravilima konkurencije.

Komisija nije prihvatila ni tvrdnju Dojče Telekom da, zbog toga što ima status preduzeća kome je povereno obavljanje usluge od opšteg ekonomskog interesa u smislu člana 86. stav 2, mora biti izuzeto od primene pravila konkurencije, jer bi povećanje cene usluge konekcije za analogne linije ugrozilo obezbeđenje univerzalne usluge. Izuzeće od primene pravila konkurencije je dopušteno ako bi ta primena onemogućila, pravno ili faktički, obavljanje poverene usluge. Iako je bilo sporno da li Dojče Telekom ima obavezu obezbeđenja univerzalne usluge koja se sastoji u pružanju usluge fiksne telefonije svim stanovnicima Nemačke po pristupačnim cenama, Komisija je pošla od pretpostavke da ta obaveza postoji, ali da je Dojče Telekom koristio važeći tarifni sistem maksimalnih cena da prihod od usluga prenosa telefonskih poziva preliva da bi pokrio gubitke izazvane niskim cenama usluge konekcije na mrežu. Ne može se prihvatiti argument da Dojče Telekom izvršava obavezu pružanja univerzalne usluge po pristupačnim cenama, ako niske cene usluge konekcije kompenzira visokim cenama usluge prenosa poziva. Odluka Komisije je potvrđena od strane Suda pravde.

Navedeni stav Evropske komisije potvrđuje ispravnost gore iznete kritike američkog slučaja *Trinco*. Ako je sektorskim propisima monopolista, odnosno učesnik na tržištu sa dominantnom tržišnom pozicijom, onemogućen da vrši pojedine radnje zloupotrebe svoje tržišne pozicije (naplatu monopolske cene, pre svega), on još uvek može iskoristiti prostor u okviru koga je njegovo tržišno ponašanje neregulisano da primeni različite taktike za eliminisanje konkurencije.

### *Domaće pravo de lege lata*

Propisi u oblasti bankarskog poslovanja u Republici Srbiji specifični su po tome što eksplicitno uređuju i ponašanja banaka kojima se ograničava konkuren-

---

<sup>14</sup> Sjedinjeni slučajevi C 359/95 i 379/95, 1997, ECR I-6225.



cija. Članom 7. Zakona o bankama<sup>15</sup> zabranjeno je bankama da zaključuju sporazume kojima se bitno sprečava, ograničava ili narušava konkurencija i da zloupotrebljavaju dominantan položaj, ili da sprovede koncentracije kojima se bitno, sprečava, ograničava ili narušava konkurencija i to naročito stvaranjem, odnosno jačanjem dominantnog položaja na finansijskom tržištu. Zakonom je poverena nadležnost Narodnoj banci Srbije da utvrđuje povrede konkurencije od strane banaka i da preduzima mere u skladu sa tim i utvrđeno je njeno ovlašćenje da bliže propisuje uslove i način utvrđivanja povrede konkurencije. Konačno, Zakonom je predviđeno da Narodna banka Srbije daje saglasnost na koncentraciju koju banka sprovodi na finansijskom tržištu.

Navedene odredbe su predstavljale *lex specialis* u odnosu na ranije važeći Zakon o zaštiti konkurencije.<sup>16</sup> Tim odredbama je ponašanje banaka koje bi moglo predstavljati povredu konkurencije izuzeto iz sfere nadležnosti Komisije za zaštitu konkurencije. Imajući to u vidu, Komisija se u dosadašnjoj praksi uzdržavala da utvrđuje povrede konkurencije u vidu zloupotrebe dominantnog položaja i sporazuma kojima se bitno ograničava, narušava ili sprečava konkurencija u odnosu na banke.<sup>17</sup> Kada je reč o kontroli koncentracija, banke su se redovno obraćale Komisiji sa zahtevom da odobri koncentraciju koja se odvija u bankarskom sektoru, uprkos eksplicitnoj zakonskoj odredbi koja nadležnost u toj oblasti poverava NBS.

Namera zakonodavca je nesumnjivo bila da unapredi konkurenciju u bankarskom sektoru stavljajući u nadležnost sektorskom regulatoru – NBS da sankcioniše ponašanja banaka kojima se ograničava konkurencija, pod pretpostavkom da sektorski regulator bolje poznaje prilike na finansijskom tržištu.

Nedostatak ovakvog zakonskog rešenja se ogleda u tome što NBS nema institucionalni kapacitet da primenjuje pravila konkurencije u bankarskom sektoru. Poznavanje prilika na finansijskom tržištu ne podrazumeva nužno sposobnost prepoznavanja ponašanja koja mogu ugroziti konkurenciju na njemu. Stoga je, verovatno, zakonodavac predvideo mogućnost da NBS zatraži mišljenje od Komisije kada obavlja svoje nadležnosti iz člana 7. Zakona o bankama.

---

<sup>15</sup> *Sl. glasnik RS*, br. 107/2005.

<sup>16</sup> *Sl. glasnik RS*, br. 79/2005.

<sup>17</sup> Primera radi, Komisija je pokrenula postupak radi utvrđivanja postojanja sporazuma kojim se ograničava konkurencija na tržištu brzog transfera novca bez otvaranja računa, protiv zastupnika kompanije *Western Union* i 24 domaćih banaka. Odlučujući po žalbama banaka na zaključak o pokretanju postupka, Komisija je obustavila postupak protiv banaka. V. rešenje Komisije 5/0-02-10/10-1 od 12.01.2010. (objavljeno na sajtu Komisije).

NBS nije do sada koristila svoja zakonska ovlašćenja, te su u praksi, osim u oblasti kontrole koncentracija<sup>18</sup> banke bile slobodne da primenjuju ponašanja kojima se ograničava konkurencija.

Da li se situacija promenila donošenjem novog Zakona o zaštiti konkurencije?<sup>19</sup> Zakon ne sadrži odredbe kojima se uređuje njegov odnos prema Zakonu o bankama. Odredba stava 1. člana 3. o personalnoj primeni, predviđa da se Zakon primenjuje »...na sva pravna ili fizička lica koja neposredno ili posredno, stalno, povremeno ili jednokratno, učestvuju u prometu robe, odnosno usluga, nezavisno od njihovog pravnog statusa, oblika svojine ili državljanstva, odnosno državne pripadnosti...«

U skladu sa starim i opšteprihvaćenim pravnim pravilom *lex posterior derogat legi priori*, mogao bi se izvesti zaključak da je odredbom člana 3. novog Zakona o zaštiti konkurencije derogirana odredba člana 7. Zakona o bankama. Odatle bi sledilo da Komisija za zaštitu konkurencije, u skladu sa zakonskim ovlašćenjima, ima nadležnost da utvrđuje povrede konkurencije koje vrše banke. Međutim, primena navedenog pravila je nesporna samo u slučaju da je pravna norma koja je kasnije doneta suprotna normi sadržanoj u ranijem propisu. Ukoliko to nije slučaj, pravilo *lex posterior* koriguje se pravilom *lex specialis*. U konkretnom slučaju, sporno je da li je uslov suprotnosti normi iz ranijeg i kasnijeg propisa ispunjen, tako da pozivanje na pravilo *lex posterior* nije dovoljno da otkloni izuzimanje bankarskog sektora iz sfere nadležnosti Komisije za zaštitu konkurencije.

Pitanje primene pravila konkurencije na banke može se posmatrati i kao problem sukoba nadležnosti između Komisije za zaštitu konkurencije i Narodne banke Srbije. No, da bi se on razrešio potrebno je da se obe institucije oglase nadležnim da utvrđuju povrede konkurencije u odnosu prema bankama. Pravilo je da sukob nadležnosti rešava neposredno viši organ. Sukob nadležnosti između organa državne uprave, između organa državne uprave i imalaca javnih ovlašćenja i između imalaca javnih ovlašćenja rešava Vlada.<sup>20</sup> Ako postoji sukob nadležnosti između izvršne vlasti i sudova, ili između organa na različitom nivou vlasti (npr. sukob republičkog i pokrajinskog organa) njegovo rešavanje je rezervisano za Ustavni sud.<sup>21</sup> Komisija za zaštitu konkurencije i Narodna banka Srbije

---

<sup>18</sup> Svi zahtevi za sprovođenje koncentracija u bankarskom sektoru podneti Komisiji su odobreni. Postavlja se pitanje šta bi se dogodilo da je Komisija za zaštitu konkurencije zabranila ili uslovno odobrila neku koncentraciju u tom sektoru? Velika je verovatnoća da bi sud, u postupku po tužbi nezadovoljnih učesnika koncentracije, poništio rešenje Komisije zbog njene stvame nadležnosti.

<sup>19</sup> *Sl. glasnik RS*, br. 51/2009.

<sup>20</sup> Z. Tomić, *Opše upravno pravo*, Beograd 2009. s. 261.

<sup>21</sup> Član 167. stav 2. Ustava RS, *Sl. glasnik RS*, br. 98/2006.

nisu organi državne uprave *stricto sensu*, ali jesu imaoi javnih ovlašćenja. Međutim, Vlada RS nije neposredno viši organ u odnosu na Komisiju i NBS, jer su obe zakonom definisane kao nezavisne organizacije, koje za svoj rad odgovaraju Narodnoj skupštini.<sup>22</sup> Otuda Vlada ne bi mogla da odlučuje o sukobu nadležnosti između Komisije i NBS, ali to ne bi mogao ni Ustavni sud, jer nema eksplicitne odredbe o tome u Ustavu RS. Otuda bi konačnu reč o pitanju sukoba nadležnosti jedino mogao da da Upravni sud, u postupku po tužbi na rešenje Komisije (ili NBS) kojim se utvrđuje povreda konkurencije od strane banaka. Teško da će se u praksi tako nešto dogoditi, jer bi to značilo da bi Komisija trebalo da pokrene postupak protiv banaka i donese rešenje kojim utvrđuje povredu konkurencije suočena sa rizikom da će rešenje biti poništeno zbog njene nenadležnosti. S druge strane, NBS se do sada nije koristila svojim ovlašćenjima utvrđenim članom 7. Zakona o bankama.

### *Domaće pravo de lege ferenda*

Zakonodavac Srbije će u bliskoj budućnosti morati da izmeni otkloni opisanu pravnu prazninu i omogući primenu Zakona o zaštiti konkurencije na bankarsku delatnost.

Navedena tvrdnja se može potkrepiti sledećim argumentima. Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju između EZ i Srbije<sup>23</sup> (u daljem tekstu: SSP) ratifikovan je od strane Republike Srbije 2008. godine. Prelazni sporazum o trgovini i trgovinskim pitanjima između EZ i Republike Srbije<sup>24</sup> (u daljem tekstu: Prelazni trgovinski sporazum) počeo je obostrano da se primenjuje novembra 2009. godine.<sup>25</sup>

Članom 38. Prelaznog trgovinskog sporazuma, koji je identičan članu 73. SSP, zabranjuju se, između ostalog, sporazumi između preduzeća, odluke udruženja preduzeća i usaglašena praksa između preduzeća, čiji je cilj ili posledica sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje konkurencije, kao i zloupotreba dominantnog položaja od strane jednog ili više preduzeća na teritorijama Zajednice ili

---

<sup>22</sup> V. član 20. Zakona o zaštiti konkurencije i član 2. Zakona o Narodnoj banci Srbije, *Sl. glasnik RS*, br. 72/2003, 55/2004 i 85/2005.

<sup>23</sup> Zakon o potvrđivanju sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih članica, sa jedne strane, i Republike Srbije, sa druge strane, *Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 83/2008.

<sup>24</sup> *Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 83/2008.

<sup>25</sup> Podaci o putu Republike Srbije ka punopravnom članstvu u EU dostupni su na veb stranici: [http://ec.europa.eu/enlargement/potential-candidates/serbia/relation/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/enlargement/potential-candidates/serbia/relation/index_en.htm).

Srbije, u celini ili na njihovom značajnom delu. Strane potpisnice su dužne da svako postupanje suprotno ovom članu ocenjuju na osnovu kriterijuma koji proističu iz primene pravila konkurencije koja se primenjuju u Zajednici, naročito iz članova 81. i 82. Ugovora o EZ i instrumenata tumačenja koje su usvojile institucije Zajednice.<sup>26</sup> Identične odredbe sadržane su i u članu 19. Sporazuma o slobodnoj trgovini u Centralnoj Evropi (*CEFTA 2006.*)<sup>27</sup>

Navedenim odredbama Srbija je preuzela međunarodnu obavezu da primenjuje pravila konkurencije kako su formulisana u čl. 81. i 82. Ugovora o EZ i da ih tumači u skladu sa aktima koje su doneli Savet, Komisija i Sud pravde, pod uslovom da ponašanja na koja se ta pravila primenjuju mogu da utiču na trgovinu između EZ i Srbije, odnosno između država članica *CEFTA* i Srbije.

U skladu sa gore opisanim stavovima Evropske komisije i Suda pravde, pravila konkurencije sadržana u Zakonu o zaštiti konkurencije bi se primenjivala u oblastima u kojima ponašanje banaka nije regulisano imperativnim odredbama Zakona o bankama, podzakonskim propisima na osnovu njega i drugim propisima kojima se uređuje poslovanje na finansijskom tržištu.

Konačno, sistemsko tumačenje daje osnova stavu da je neophodno da se primena Zakona o zaštiti konkurencije proširi i na banke. Nesporno je da se Zakon primenjuje na druge učesnike na finansijskom tržištu, kao što su, na primer, osiguravajuća društva ili investicioni fondovi.<sup>28</sup> Izuzimanje banaka, kao jedne kategorije učesnika na finansijskom tržištu, iz sfere primene Zakona nije zbog toga opravdana.

---

<sup>26</sup> Čl. 38. st. 2. Prelaznog trgovinskog sporazuma.

<sup>27</sup> *Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 88/2007.

<sup>28</sup> Komisija je u više navrata utvrdila povrede konkurencije učinjene od strane osiguravajućih kuća i njena nadležnost nikada nije bila osporena od strane ove kategorije tržišnih učesnika. Odluke Komisije su dostupne na sajtu [www.kzk.gov.rs](http://www.kzk.gov.rs).

DIJANA MARKOVIĆ-BAJALOVIĆ. LL.D.,  
Professor, Faculty of Law, Eastern Sarajevo,  
President Republic Commission of the Protection  
of Competition, Belgrade

## IMPLEMENTATION OF THE COMPETITION RULES IN THE BANKING SECTOR

### Summary

The problem of relationship between legal rules aimed to protect the free market competition and the regulation in certain sectors, such as banking, insurance, securities market, telecommunications, etc. is widely recognized in legal theory and practice. American jurisprudence holds a position that the application of antimonopoly rules is excluded if sector regulation provides the structure for elimination of restrictions of competition. On the contrary, European legislation provides for implementation of general competition rules if sector regulation leaves certain room for market participants to set their business decisions freely. Law on Banks of the Republic of Serbia regulates the competence of the National Bank of Serbia to implement competition rules in the banking sector. The author analyses the practical problems caused by such legal rules and proposes their solution in future amendments of the relevant law.



## STEČAJ BANAKA

– Novi pravni instituti i rešenja –

### U V O D

Republika Srbija uređuje i obezbeđuje pravni položaj privrednih subjekata, sistem obavljanja pojedinih privrednih i drugih delatnosti i bankarski sistem.<sup>1</sup> Donošenjem Zakona o bankama stvorene su realne pretpostavke za dalji razvoj i modernizaciju bankarskog sektora u Republici Srbiji.<sup>2</sup> Ovaj zakon je u velikoj meri usklađen sa propisima Evropske unije, a njime je stvoren i osnov za prilagođavanje propisa Narodne banke Srbije principima i preporukama koje je ustanovio Bazelski komitet za kontrolu banaka (Bazel I i II).

U trenutku kad se brojni zakoni menjaju zbog usklađivanja sa propisima Evropske unije, definišući naše društvo i odnose, u Srbiji je donet Zakon o stečaju,<sup>3</sup> sa osnovnim ciljem vraćanja imovine privrednog društva u upotrebu kroz proces bankrotstva,<sup>4</sup> ili njegov opstanak kroz proces reorganizacije. Radi njegovog ostvarivanja, uređeni pravni okvir stečaja obezbeđuje sistem kolektivnog namirenja, maksimizira vrednost stečajnog dužnika i njegove imovine, uspostavlja ravnotežu između bankrotstva i reorganizacije, stvara podsticaje za pra-

---

Dr Mirjana Knežević, docent Ekonomskog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

<sup>1</sup> Ustav Republike Srbije, »Službeni glasnik RS«, br. 98/2006, tačka 6.

<sup>2</sup> Zakon o bankama, »Službeni glasnik RS«, br. 107/2005.

<sup>3</sup> Zakon o stečaju, »Službeni glasnik RS«, br. 104/2009.

<sup>4</sup> Engl. *bankruptcy*, nem. *Konkurs*.

vovremeno korišćenje instituta stečaja, itd. Na ovaj način se stvara transparentno privredno okruženje čime se doprinosi jačanju pravne sigurnosti.<sup>5</sup>

Sa finansijskog gledišta, stečaj je pad poslovne aktivnosti koji može pokrenuti kontinuitet poslovanja, a izazvan je insolventnošću ili situacijom negativne neto imovine privrednog društva.<sup>6</sup>

Zakonom o stečaju i likvidaciji banaka i osiguravajućih društava uređuju se uslovi i postupak stečaja i likvidacije banaka i društava za osiguranje, kao i uslovi i postupak likvidacije drugih finansijskih organizacija. Imajući u vidu da su se pojavili i određeni praktični problemi tokom primene pojedinih odredaba ovog zakona, u skupštinskoj proceduri pojavio se predlog njegovih izmena i dopuna. Materija ovog zakona, načelno posmatrano, nije uređena zakonodavstvom Evropske unije.

U Republici Srbiji, banke su privredni subjekti, finansijski subjekti, organizovani kao privredna društva (akcionarska društva), koja obavljaju depozitne, kreditne i druge uslužne poslove sa novcem i njegovim derivatima plaćanja.

Stečaj privrednih subjekata u Republici Srbiji regulisan je dvostruko: opštim Zakonom o stečaju, kojim se reguliše stečaj privrednih društava i posebnim Zakonom o stečaju i likvidaciji banaka i osiguravajućih društava. Međutim, tržišna privredna orijentacija podrazumeva jedinstveni tretman svih pravnih subjekata.

U tržišnom sistemu poslovanja banaka i drugih finansijskih subjekata, jedinstven stečajni zakon omogućio bi jedinstveno regulisanje stečajopravnih odnosa banaka i svih drugih privrednih subjekata i onemogućio dvostruko regulisanje stečajnog postupka i postupka likvidacije banaka u opštim i u posebnim zakonima. Na taj način, došlo bi do načelne primene ustavnog principa podele vlasti, odnosno ne bi dolazilo do mešanja nadležnosti organa koji vrše izvršnu vlast i organa sudske vlasti.

## ZAKONSKE MOGUĆNOSTI STEČAJA DOMAĆIH BANAKA

Stečaj nekada najvećih domaćih banaka koji je pokrenut još 2002. godine, još uvek nije okončan.<sup>7</sup> Veliki deo njihove imovine je prodat, a od dobijenog novca isplaćivani su poverioci prvog reda. Okončanje stečajnog postupka nad

---

<sup>5</sup> Slijepčević, D., Spasić, S., »Komentar Zakona o stečajnom postupku«, Cesmecon, Beograd, 2006.

<sup>6</sup> Jovanović-Zatila, M., »Uloga stečaja kao kontrolnog mehanizma zemalja u tranziciji – Zakon kao sredstvo za uspostavljanje finansijske discipline«, Pravo i privreda, broj 5–8/2003, str. 995.

<sup>7</sup> Beogradska banka, Jugobanka, Beobanka i Invest banka.



domaćim bankama još uvek nije moguće zbog isprepletanih dužničkopoverilačkih odnosa između samih banaka i najvećih državnih i društvenih preduzeća kojima su odobravani krediti. Takođe, otežavajući faktor su i likvidacije dužnika koje se vode u inostranstvu (Kipar i SAD),<sup>8</sup> kao i okončanje procesa stečaja i privatizacije preduzeća koja su bila dužnici domaćih banaka.

Iako su domaće banke poslovale pozitivno,<sup>9</sup> problem je nastao zbog dugotrajne i komplikovane procedure naplate potraživanja od dužnika koji su se našli u stečaju, privatizaciji, restrukturisanju i drugim oblicima transformacije vlasništva. Takođe je neizvesna naplata potraživanja od preduzeća na koja se primenjuje otpust duga, jer ta preduzeća još uvek nisu privatizovana. Vodi se veliki broj sudskih postupaka od čijeg ishoda zavisi visina ukupne stečajne mase. Još uvek nisu definitivno rešeni imovinskoopravnih odnosi sa republikama bivše SFRJ (Slovenija, Hrvatska, Bosna, Makedonija, Crna Gora).

U takvim uslovima, bilo je neophodno doneti nov zakon, Zakon o stečaju i likvidaciji banaka i osiguravajućih društava.<sup>10</sup> Danom stupanja na snagu ovog zakona prestaju da važe Zakon o sanaciji, stečaju i likvidaciji banaka,<sup>11</sup> član 177. i član 203. do 207. Zakona o osiguranju,<sup>12</sup> i odredbe člana 202. i 208. tog zakona u delu koji se odnosi na društva za osiguranje.

Zakonom o stečaju i likvidaciji banaka i osiguravajućih društava uređuju se uslovi i postupak stečaja i likvidacije banaka i društava za osiguranje, kao i uslovi i postupak likvidacije drugih finansijskih organizacija.

Postupak stečaja sprovodi se nad bankom i društvom za osiguranje kojima je Narodna banka Srbije oduzela dozvolu za rad i koje je bilo nelikvidno 15 dana neprekidno, odnosno čije su obaveze veće od njegove imovine. Pored toga, postupak stečaja sprovodi se i na predlog likvidacionog upravnika kad utvrdi da imovina likvidacionog dužnika nije dovoljna da podmiri sva potraživanja poverilaca.<sup>13</sup>

---

<sup>8</sup> Uvođenjem sankcija, SAD su blokirale imovinu i sredstva na računima i zaplenile dokumentaciju Beogradske banke i njene Agencije u SAD. Banking Department of the State of New York – Superintendent of Banks – likvidacioni upravnik u Americi preuzeo je poslovanje, imovinu i transferisao sva sredstva banke na poseban račun i pokrenuo postupak likvidacije po zakonu o bankama države Njujork.

<sup>9</sup> Prema podacima Agencije, Beogradska banka je na kraju 2008. godine potraživala 1,14 milijardi evra a njena dugovanja iznosila su 1,06 milijardi evra.

<sup>10</sup> Zakon o stečaju i likvidaciji banaka i osiguravajućih društava, »Službeni glasnik RS«, br. 61/2005.

<sup>11</sup> Zakon o sanaciji, stečaju i likvidaciji banaka, »Službeni list SFRJ«, br. 84/89 i 63/90 i »Službeni list SRJ«, br. 37/93, 26/95, 28/96, 16/99, 44/99 i 53/01.

<sup>12</sup> Zakon o osiguranju, »Službeni glasnik RS«, br. 55/04 i 70/04.

<sup>13</sup> Zakon o stečaju i likvidaciji banaka i osiguravajućih društava, čl. 2.

Likvidacija banke, druge finansijske organizacije i društva za osiguranje može biti prinudna ili dobrovoljna. Postupak prinudne likvidacije sprovodi se nad bankom i drugom finansijskom organizacijom kojoj je Narodna banka Srbije oduzela dozvolu za rad, odnosno nad društvom za osiguranje kome je Narodna banka oduzela dozvolu za obavljanje poslova osiguranja, a nisu ispunjeni uslovi za pokretanje stečajnog postupka. Postupak likvidacije nad bankom, drugom finansijskom organizacijom i društvom za osiguranje, čiji je nadležni organ doneo odluku o prestanku rada, sprovodi se, uz saglasnost Narodne banke Srbije, po zakonu kojim se uređuju privredna društva (dobrovoljna likvidacija).<sup>14</sup>

Prelaznim i završnim odredbama ovog zakona, između ostalog, predviđeno je i sledeće:

– stečajni postupci i postupci likvidacije banaka započeti po Zakonu o sanaciji, stečaju i likvidaciji banaka,<sup>15</sup> i Zakonu o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji,<sup>16</sup> nastaviće se po odredbama tih zakona;

– stečajni postupci i postupci likvidacije banaka započeti po Zakonu o sanaciji, stečaju i likvidaciji banaka,<sup>17</sup> i Zakonu o stečajnom postupku,<sup>18</sup> nastaviće se po odredbama ovog zakona;

– ako je Narodna banka Srbije oduzela dozvolu za rad banke, a nadležni sud do momenta stupanja na snagu ovog zakona nije doneo rešenje o otvaranju stečajnog postupka, odnosno postupka likvidacije, stečajni postupak, odnosno postupak likvidacije banke sprovede se po odredbama ovog zakona.<sup>19</sup>

Imajući u vidu da su se pojavili i određeni praktični problemi tokom primene pojedinih odredaba ovog zakona, u skupštinskoj proceduri ove godine, pojavio se predlog njegovih izmena i dopuna.

Osnovni cilj predloženog zakona jeste stvaranje pravnog osnova za preduzimanje delotvornih mera kojima bi se očuvala finansijska stabilnost u Republici Srbiji. Zakonom se obezbeđuje stabilnost i konsolidacija bankarskog sektora, sprečava prenošenje teškoća u poslovanju pojedinačne banke na sistemski nivo, minimiziraju troškovi za Republiku Srbiju, Agenciju za osiguranje depozita i Na-

---

<sup>14</sup> Zakon o stečaju i likvidaciji banaka i osiguravajućih društava, čl. 3.

<sup>15</sup> Zakon o sanaciji, stečaju i likvidaciji banaka, »Službeni list SFRJ«, br. 84/89 i 63/90 i »Službeni list SRJ«, br. 37/93, 26/95, 28/96, 16/99, 44/99 i 53/01.

<sup>16</sup> Zakon o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji, »Službeni list SFRJ«, broj 84/89 i »Službeni list SRJ«, br. 37/93 i 28/96.

<sup>17</sup> Zakon o sanaciji, stečaju i likvidaciji banaka, »Službeni list SFRJ«, br. 84/89 i 63/90 i »Službeni list SRJ«, br. 37/93, 26/95, 28/96, 16/99, 44/99 i 53/01.

<sup>18</sup> Zakon o stečajnom postupku, »Službeni glasnik RS«, br. 84/04.

<sup>19</sup> Zakon o stečaju i likvidaciji banaka i osiguravajućih društava, čl. 28.

rodnu banku Srbije, a obezbeđuje se i očuvanje vrednosti imovine banaka, kao i zaštita njihovih deponenata i drugih poverilaca.

## NOVINE KOJE DONOSI PREDLOG ZAKONA

Najvažnija novina jeste sistematsko i sveobuhvatno uređivanje restrukturiranja banke i nastojanje da se dodatnim merama obezbedi poboljšanje finansijskog stanja banke, a ukoliko to nije moguće, da se očuvaju interesi deponenata i uštede sredstava Fonda osiguranja depozita i Republike Srbije.

Restrukturiranje banke se može izvršiti i uz finansijsku podršku Republike Srbije, u slučaju da nije moguće ostvariti poboljšanje finansijskog stanja banke podrškom njenih akcionara i raspoloživim tržišnim mehanizmima.

Načini na koje se može izvršiti restrukturiranje, a koji su na raspolaganju Narodnoj banci mogu se podeliti na:

- načine restrukturiranja koji ne dovode do oduzimanja dozvole za rad ban-  
ci: dokapitalizacija banke, spajanje ili pripajanje banaka,
- restrukturiranje, čija je posledica oduzimanje banci dozvole za rad i pres-  
tanak njenog rada: prenos imovine i obaveza na drugu banku,<sup>20</sup> i prenos imovine  
i obaveza na posebno ustanovljenu banku, tzv. novu banku.<sup>21</sup>

Narodna banka Srbije ima mogućnost dai nakon oduzimanja banci dozvole za rad, donese rešenje o prenosu imovine i obaveza te banke na drugu banku ili na novu banku u cilju kontinuiteta u obavljanju svih ili pojedinih poslova banke i sprečavanja pokretanje isplate osiguranih depozita, odloženog ili nepotpunog namirenja određenih kategorija poverilaca u stečajnom ili likvidacionom postupku.

Predlogom zakona preciziraju se i proširuju razlozi za uvođenje prinudne uprave u banci.<sup>22</sup>

Novina je mogućnost uvođenja privremene obustave ispunjenja obaveza banke, tzv. Moratorijuma kao pravnog instituta čiji je cilj da prinudnoj upravi pruži dovoljno vremena da razmotri mogućnosti za poboljšanje finansijskog stanja banke i eventualno restrukturiranje.

Takođe, ovim izmenama i dopunama otklanjaju se teškoće u praktičnoj pri-  
meni pojedinih odredaba zakona (poništenje akcija banke za koje je ukinuta sag-  
lasnost ili za koje Narodna banka Srbije nije dala saglasnost, prinudna uprava,

---

<sup>20</sup> *Purchase and assumption.*

<sup>21</sup> *Bridge bank.*

<sup>22</sup> Kada su ispunjeni uslovi za fakultativno oduzimanje dozvole za rad, Narodna banka Sr-  
bije može uvesti i prinudnu upravu.

oduzimanje dozvole za rad), uvodi se obaveza za banke da objavljuju određene podatke i informacije o svom poslovanju i svoj rad učine transparentnijim, preciziraju se, reklasifikuju i brišu određena kažnjiva dela, a pojedine izmene su pravno-redakcijskog karaktera.

## NOVI PRAVNI INSTITUTI I REŠENJA PREDLOGA ZAKONA

Predlogom zakona proširena su ovlašćenja Narodne banke Srbije. Banka je obavezna da objavljuje podatke o strategiji i politikama upravljanja rizicima banke, kapitalu banke, adekvatnosti kapitala banke, kao i druge podatke, odnosno informacije u skladu sa propisima Narodne banke Srbije, osim onih koji su materijalno značajni.<sup>23</sup>

Pri podnošenju zahteva za preliminarno odobrenje za osnivanje banke, osnivači banke – strane banke ili strana lica u finansijskom sektoru, dostavljaju dokaze o ispunjenosti uslova iz Zakona o bankama.<sup>24</sup> Kontrolu, odnosno nadzor na konsolidovanoj osnovi tog podnosioca vrši regulatorno telo države porekla podnosioca na način koji zadovoljava propisane uslove Narodne banke Srbije.

Proširena je grupa razloga zbog kojih Narodna banka Srbije uskraćuje saglasnost licu predloženom za člana upravnog odbora i na slučajeve kad je kandidat bio član organa upravljanja ili nadzora banke (npr. član izvršnog ili upravnog odbora banke) na dan uvođenja prinudne uprave u banci ili šest meseci pre toga, pod uslovom da nije proteklo više od tri godine od dana kad je uvedena prinudna uprava.

Data je mogućnost Narodnoj banci Srbije:

– da ako vlasnik ne otuđi akcije u ostavljenom roku, donese rešenje kojim zabranjuje raspolaganje svim pravima iz akcija na osnovu kojih je stečeno ovo vlasništvo i naloži banci da te akcije poništi na teret svog akcionarskog kapitala.

– da obustavi postupak kontrole banke kad utvrdi da je banka postupila u skladu s merama koje joj je Narodna banka Srbije izrekla, odnosno ako nije – da joj ponovo izrekne novu meru.<sup>25</sup>

– da reaguje naročito kad postoje ozbiljniji sistemski poremećaji, jer ima diskreciono pravo da odluči da li će nekoj banci oduzeti dozvolu za rad, ili će uvesti prinudnu upravu. Takođe, i u drugim slučajevima kad Narodna banka Sr-

---

<sup>23</sup> U stavu 3. Predloga zakona je data definicija materijalno značajnih informacija i podataka.

<sup>24</sup> Zakona o bankama, čl. 94. st. 4.

<sup>25</sup> U skladu sa članom 120. Zakona o bankama.

bije može banci oduzeti dozvolu za rad, u banci se može uvesti prinudna uprava u slučaju da teškoće u njenom poslovanju zahtevaju hitnu intervenciju.

## PRINUDNA UPRAVA

Predlogom zakona prošireni su razlozi za uvođenje prinudne uprave banci koja je kritično potkapitalizovana ili je verovatno da će biti potkapitalizovana i na banci kod koje je ispunjen uslov za oduzimanje dozvole za rad ili je verovatno da će biti ispunjen.

Razlika u odnosu na dosadašnje rešenje je što Narodna banka Srbije donosi rešenje o uvođenju prinudne uprave ceneći i interese deponenata, a ne samo mogućnost za otklanjanje nepravilnosti i poboljšanje finansijskog stanja. Na taj način povećava se pravna sigurnost. Prvi zadatak koji se pri tom postavlja pred prinudne upravnike jeste procena finansijskog stanja banke.

Nakon sačinjavanja izveštaja o finansijskom stanju banke i preduzimanja aktivnosti na poboljšanju ovog stanja, moguće su dve situacije. Prva se odnosi na obustavljanje prinudne uprave, ako se finansijsko stanje poboljšalo u toj meri da prinudna uprava više nije potrebna. Zatim, ako se finansijsko stanje nije poboljšalo, prinudni upravnici su dužni da utvrde da li je restrukturiranje banke moguće i opravdano i to ceneći posebno iznos gubitaka banke, okvirni iznos sredstava potrebnih za restrukturiranje, ukupan iznos koji bi trebalo isplatiti po osnovu osiguranih depozita u slučaju stečaja banke, kao i zainteresovanost banaka i drugih lica za restrukturiranje.

Ukoliko prinudni upravnici utvrde da je restrukturiranje banke moguće i opravdano, Narodnoj banci Srbije dostavljaju predlog sa analizom načina na koji bi se ono izvršilo, kao i rokovima za ovo restrukturiranje; ako utvrde da ono nije moguće ili nije opravdano – iscrpljene su sve mogućnosti za poboljšanje finansijskog stanja banke i neminovno sledi oduzimanje banci dozvole za rad.

## MORATORIJUM

Privremena obustava ispunjenja obaveza banke tokom prinudne uprave – moratorijum se može uvesti na osnovu rešenja Narodne banke Srbije donetog na predlog prinudnih upravnika, i to na period do 30 dana, može se jedanput ili više puta produžiti, s tim da ukupno trajanje privremene obustave ne može biti duže od 90 dana od dana njenog uvođenja.

Neposredne pravne posledice nastupanja moratorijuma su sledeće:

1) imovina banke ne može biti predmet izvršenja, niti se prema banci mogu podnositi tužbe sa imovinskopравnim zahtevima (nedozvoljene tužbe dok traje moratorijum), a svi postupci protiv banke se sa ovim u vezi (parnični ili izvršni postupak) prekidaju;

2) banka ne može preuzimati nove obaveze, osim obaveza koje su neposredno povezane s nesmetanim sprovođenjem prinudne uprave (npr. zaključenje ugovora sa spoljnim revizorom, uzimanje kredita za likvidnost od Narodne banke Srbije);

3) ne mogu se protiv banke, prinudnih upravnika i Narodne banke Srbije podnositi tužbe koje proizlaze iz poslovanja banke ili moratorijuma, uključujući i rešenje kojim se uvodi moratorijum (ne mogu se npr. podnositi tužbe za ocenu zakonitosti tog rešenja).

Kad je reč o plaćanjima banke, ona se mogu vršiti samo prema osiguranim deponentima, i to do visine osiguranog iznosa (50.000 evra), zatim po osnovu novih obaveza preuzetih tokom moratorijuma (npr. plaćanja spoljnom revizoru za obavljanu vanrednu reviziju), po osnovu naloga za plaćanje ispostavljenih inicijalnoj banci do dostavljanja rešenja o moratorijumu prinudnim upravicima (obaveza okončanja transakcija u platnom prometu koje su započele pre uvođenja moratorijuma), kao i ako Narodna banka Srbije da posebnu saglasnost na predlog prinudnih upravnika, a za to postoje naročito opravdani razlozi.

## RESTRUKTURIRANJE

Restrukturiranje<sup>26</sup> se može sprovesti na jedan ili više načina: dokapitalizacijom,<sup>27</sup> spajanjem ili pripajanjem banke, prenosom imovine i obaveza s banke na drugu banku,<sup>28</sup> prenosom imovine i obaveza banke na tzv. novu banku.

Imajući u vidu pravne posledice nastupanja potkapitalizovanosti banke, banka koja se restrukturira ne smatra se potkapitalizovanom bankom u smislu ovog zakona, do okončanja postupka njenog restrukturiranja.

Restrukturiranje se može vršiti bez i uz finansijske podrške Republike Srbije. U prvom slučaju Narodna banka Srbi je donosi rešenje o restrukturiranju u roku od osam dana od prijema predloga prinudnih upravnika.

---

<sup>26</sup> Predlog zakona, čl. 117v.

<sup>27</sup> Predlog zakona, čl. 117g.

<sup>28</sup> Odredbama člana 117đ. Predloga zakona uređen je prenos imovine i obaveza na drugu banku, *purchase-and-assumption transactions*.

Ukoliko postoji finansijska podrška Republike Srbije, potrebno je prethodno da Vlada Republike Srbije donese odluku kojom će obezbediti ovu podršku, i to na osnovu procene Agencije da je iznos te podrške manji ili jednak mogućoj isplati osiguranih depozita u slučaju stečaja banke i na osnovu predloga ministarstva nadležnog za poslove finansija, u skladu sa zakonom kojim se uređuje Agencija.

Narodna banka Srbije onda donosi rešenje u roku od tri dana od dana prijema akta Vlade o obezbeđivanju ove podrške.

Zakon o privrednim društvima,<sup>29</sup> propisuje da najniža nominalna vrednost akcija ne može biti manja od iznosa koji se dobija kada se dinarska protivvrednost od pet evra zaokruži do najvišeg broja deljivog sa 10 u dinarskoj protivvrednosti.

Odredbama Predloga Zakona je predviđeno da su prinudni upravnici dužni da u slučaju dokapitalizacije najpre smanje nominalnu vrednost akcija do iznosa koji nije manji od jednog dinara, što će biti prirodna posledica otpisa gubitaka banke na teret kapitala banke i izuzetak od navedene odredbe. Prinudni upravnici su dužni i da utvrde iznos potreban za dokapitalizaciju i donesu odluku o izdavanju novih akcija.

Posledica primene tehnike restrukturiranja, prenosom imovine i obaveza s banke na drugu banku, jeste prestanak rada banke, čija se imovina i obaveze prenose na drugu banke. Osnovni cilj ovog instituta jeste izdvajanje određenog dela imovine i obaveza banke radi nesmetanog odvijanja održivih bankarskih poslova prethodne banke.

Za razliku od opšteg pravila koje je uređeno Zakonom o obligacionim odnosima i prema kome se dug ne može preuzeti bez pristanka poverioca, ovim zakonom predviđeno je da se prenos vrši bez pristanka deponenata i drugih poverilaca banke (postoji samo obaveza obaveštavanja ovih lica, uključujući i dužnike banke, u roku od tri dana od dana kada je izvršen prenos). Za prenos se ne plaćaju provizije ni druge vrste naknada, niti se on može oporezovati, što ga čini i ekonomski opravdanim.

Prenos imovine i obaveza banke u restrukturiranju na novu banku (*bridge bank*),<sup>30</sup> po pravilu, vrši se kad nije moguće pronaći adekvatne tržišne mehanizme za restrukturiranje banke (npr. nijedna banka nije zainteresovana za preuzimanje imovine i obaveza banke u restrukturiranju). Pri tome se nova banka osniva uvek uz finansijsku podršku države, štaviše, Republika Srbija je njen isključivi osnivač, a članove njenog upravnog i izvršnog odbora imenuje i bira

---

<sup>29</sup> Zakon o privrednim društvima, »Službeni glasnik RS«, br. 125/04, čl. 234. st. 2.

<sup>30</sup> Predlog zakona, čl. 117e.–117i.

Vlada, na predlog Agencije. Nova banka je privremenog karaktera jer se osniva na period koji ne može biti duži od tri godine.

Stoga se poslovi kojima se ona može baviti ograničavaju i određuju u rešenju Narodne banke Srbije o davanju toj banci dozvole za rad, a na nju se ne primenjuju odredbe Zakona o bankama koje se odnose na minimalni osnivački kapital, izdavanje preliminarnog odobrenja i dozvole za rad, osnivačku skupštinu, registraciju i kapital banke.

Ipak, Narodna banka Srbije može novoj banci odrediti iznos kapitala kojim se obezbeđuje njeno stabilno i sigurno poslovanje, odnosno ispunjenje njenih obaveza prema poveriocima. Imovina i obaveza banke u restrukturiranju prenose se na novu banku u roku od tri dana od dana njenog upisa u registar privrednih subjekata, a na taj prenos shodno se primenjuju odredbe kojima se uređuje prenos imovine i obaveza na drugu banku.

Imajući u vidu privremenost nove banke, celishodnije bi bilo da se akcije te banke otuđe licima zainteresovanim za njeno preregistrovanje u banku koja bi u redovnom postupku osnivanja dobila dozvolu za rad od Narodne banke Srbije. Takođe, nova banka može poslužiti i kao privremeno rešenje, dok se njena imovina i obaveze ne prenesu na drugu zainteresovanu banku.

Na preuzimanje prava i obaveza banke u stečaju, odnosno likvidaciji primenjuju se odredbe Zakona o bankama kojima se uređuje prenos imovine i obaveza na drugu banku.<sup>31</sup>

## ODUZIMANJE DOZVOLE ZA RAD

Kad je reč o osnovima za imperativno oduzimanje ove dozvole, u skladu sa izmenama koje se odnose na deo zakona kojim se uređuje prinudna uprava,<sup>32</sup> Narodna banka Srbije oduzima banci dozvolu za rad:

- ako utvrdi da je banka kritično potkapitalizovana, osim ako je u banci uvedena prinudna uprava;
- ako prinudni upravnici utvrde da restrukturiranje banke nije opravdano;
- ako je nad bankom sproveden postupak restrukturiranja prenosom imovine i obaveza na drugu banku ili na novu banku;

---

<sup>31</sup> Članom 14. menja se postojeći član 134.

<sup>32</sup> Članom 13. Predloga zakona izmenjen je postojeći član 130 zakona, kojim se uređuje oduzimanje dozvole za rad banci.



– ako banka šest meseci neprekidno obustavi primanje depozita ili odobravanje kredita, osim ako joj je to naloženo korektivnom merom Narodne banke Srbije.

Ovim je Narodnoj banci Srbije omogućeno da, istovremeno s donošenjem rešenja o oduzimanju dozvole za rad, a pre donošenja rešenja o ispunjenosti uslova za pokretanje stečajnog postupka ili rešenja o likvidaciji banke, donese rešenje o prenosu imovine i obaveza s banke kojoj je oduzeta dozvola za rad na drugu banku ili na novu banku. Na taj prenos shodno se primenjuju odredbe Zakona o bankama kojima se uređuju prenos imovine i obaveza u postupku restrukturiranja.

U praksi je uočeno da Agencija stupa na mesto stečajnog ili likvidacionog upravnika tek nakon što je nadležni sud imenuje i poveri joj ove funkcije. Kako između oduzimanja banci dozvole za rad i imenovanja Agencije za stečajnog ili likvidacionog upravnika često prođe i nekoliko dana, predviđeno je da se Agencija imenuje već u rešenju o oduzimanju ove dozvole, što joj praktično omogućava da upravljanje bankom preuzme već u momentu kad joj Narodna banka Srbije oduzme dozvolu za rad.

Predlogom zakona preciziraju se, reklasifikuju i brišu pojedina kažnjiva dela banaka i drugih pravnih lica.<sup>33</sup>

Uočeno je da određeni privredni prestupi banke i drugih pravnih lica nemaju težinu drugih privrednih prestupa, te je predloženo da se takva dela kvalifikuju kao prekršaji.<sup>34</sup> Takođe, formulacije pojedinih privrednih prestupa su precizirane kako se u praksi ne bi dogodilo da banke odgovaraju za dela čija je društvena štetnost zanemarljiva.

## ZAKLJUČAK

Finansijska kriza koja se ispoljava i kroz krizu likvidnosti, pokretanje i efikasno sprovođenje stečaja dobija na značaju. Donošenjem važećeg Zakona o stečaju 2009. godine, stečajni postupak u Srbiji značajno je unapređen. Na stečaj banaka se kao *lex specialis* primenjuje Zakon o stečaju i likvidaciji banaka i osiguravajućih društava. Tokom primene ovog zakona otkrile su se određene manjkavosti zakonskih rešenja, a novonastale okolnosti ukazale su na potrebu da se uvedu novi mehanizmi i instituti.

---

<sup>33</sup> Predlog zakona, čl. 15–17.

<sup>34</sup> Predlog zakona, čl. 139a. i 140a.

Podaci koji su prikupljeni tokom rada na zakonu jasno govore o tome da se kod nas stečajni postupak pokreće suviše kasno i nerado od strane samih dužnika, a kada konačno bude otvoren najčešće više nema ni uspešnog poslovanja, niti imovine koju treba zaštititi. To dovodi do bankrota kao jedinog rešenja, pri čemu se i tu ostvaruje nizak stepen namirenja poverilaca.

Jedan od ciljeva pripremanja novog teksta predloga zakona o stečaju banaka je da se dužnici i poverioci bolje motivišu da koriste stečaj kao način za rešavanje teškoća u poslovanju.

Dobar stečajni zakon kroz reorganizaciju može pružiti vrlo efikasne mehanizme zaduženim privrednim društvima za izlazak iz krize likvidnosti i početak dobrog poslovanja.

Period tranzicije sam po sebi zahteva čvršću kontrolu ukupnog finansijskog sistema zemlje, a naročito banaka, otuda dvostruko regulisanje stečajne materije i izvesno mešanje izvršne i sudske vlasti u takvim uslovima može da nađe svoje opravdanje. Međutim, tržišna utakmica zahteva jednake uslove za sve i jedinstven tretman svih pravnih subjekata.

S obzirom da su banke finansijske organizacije osnovane kao akcionarska društva, neophodno je da se i materija stečajnog prava jedinstveno reguliše za sve vrste privrednih subjekata u jednom jedinstvenom stečajnom zakonu. Stečajni postupak je isključivo sudski postupak, u kome nema mesta za organe izvršne vlasti. Praktično, to bi značilo podelu zakonodavne, izvršne i sudske vlasti i lakšu, bržu i bolju primenu prava u sudskoj i svakoj drugoj oblasti. U takvom sistemu, Narodna banka ne bi imala pravo da učestvuje u vođenju stečajnih postupaka, već bi ta uloga pripala isključivo sudu.

MIRJANA KNEŽEVIĆ, LL.D.,  
Assistant Professor, Faculty of Economics,  
University of Kragujevac

## BANCRUPTCY OF BANKS – NEW LEGAL INSTITUTES AND SOLUTIONS

### Summary

Financial crisis manifested also through the crisis of liquidity, initiation and efficient conduct of bankruptcy procedure gains in importance with the enactment of outstanding Law on Bankruptcy in 2009 which significantly improved the bankruptcy procedure in Serbia. For the

bankruptcy of banks and insurance companies this as a *lex specialis*. However, newly created circumstances indicate that there is a need to introduce new mechanisms and institutes in this field. One of the goals for preparation a new text of the proposal of the law on bankruptcy of banks is to motivate both debtors and creditors to better use bankruptcy procedure as the way for solving difficulties in business. Good law on bankruptcy through reorganization could offer very efficient mechanisms for companies in debt in order to step out from liquidity crisis. Transition period itself demands firmer control of overall financial system in the country, especially banks in this particular field as well. Also, market competitions demand equal conditions and treatment of all legal entities.

Regarding the fact that the banks are financial organizations established as stockholders companies, it is necessary that the law on bankruptcy be equal for all kinds of economic subjects. The procedure of bankruptcy is exclusively a judicial procedure, where there is no place for public administration. Practically, it would mean the separation between legislative, executive and judicial administration, as well as a faster and better application of relevant provisions. Also, the National Bank should not be able to participate in managing of bankruptcy procedure, but this role would be exclusively the one of the court.



## RIZIK LIKVIDNOSTI BANKE U REPUBLICI MAKEDONIJI

### U V O D

Rizik likvidnosti banke predstavlja mogućnost za pojavljivanje negativnih efekata njenog finansiskog rezultata i kapitala, u situaciji kada nije sposobna da ispunjava svoje dospele obaveze. Banka sa svojim imotom i obavezama upravlja na način koji omogućava u svakom trenutku da ispuni svoje dospele obaveze (likvidnosti) i trajno da ispuni sve svoje obaveze (solventnost). Kao što je definisano od strane regulatora, rizik likvidnosti se sastoji od: rizika finansiranja ili »funding liquidity risk«, što predstavlja nesposobnost da se likvidira aktiva ili da se obezbedi adekvatno finansiranje i tržišni rizik ili »market liquidity risk«, što predstavlja nesposobnost da se prevaziđu neki rizici bez značajnog smanjenja tržišnih cena zbog neadekvatne dubine tržišta ili tržišne distorzije.

Rizik likvidnosti javlja se iz dva razloga:

– *Razlozi koji proističu od strane pasive* – javljaju se svaki put kada depozenti povlače svoje depozite, zbog čega se javlja potreba banaka da zajme dodatna sredstva ili da prodaju aktivu. (Upravljanje preko pasive sa ciljem ostranjenja ili smanjenja ovih razloga sastoji se u tome što je banka usmerena da kupuje sredstva na novčanom tržištu, kao što je tržište državnih obveznica i tržište repo dogovora, koji predstavljaju interbankarsko tržište za kratkoročne pozajmi-

ce. Alternativno, banka bi mogla da izda dodatni certifikat za depozit sa fiksnim rokom dospeća, ili da proda neke obveznice i blagajničke zapise).

– *Razlozi koji proističu od strane aktive* – javljaju se kao rezultat kreditnih operacija. Kreditna linija omogućava pozammljivaču da povuče sredstva u određenom vremenskom periodu, tako što obaveza banke je da u istom trenutku finansira odliv u bilansu stanja koje kreira potražnju likvidnosti.

## UPRAVLJANJE SA RIZIKOM LIKVIDNOSTI

Zbog održavanja likvidnosti, banka je dužna da upravlja sa likvidnosnim rizikom koji osobito treba da uključi<sup>1</sup>: 1. uspostavljanje i održavanje adekvatne ročne strukture; 2. planiranje i upravljanje sa prilivima i odlivima paričnih sredstva za obezbeđivanje adekvatnih iznosa likvidnih sredstava; 3. praćenje izvora sredstva i njihove koncentracije; i 4. testiranje likvidnosti.

Upravljanje sa rizikom likvidnosti predstavlja: identifikaciju, merenje, procenu i kontrolu rizika koji mogu da prouzrokuju ugroženje likvidnosti banke. Zbog efikasnijeg upravljanja sa rizikom likvidnosti, nadležni organ banke usvaja i sprovodi politiku upravljanja sa likvidnosti, koja obuhvata planiranje priliva i odliva paričnih sredstva, praćenje likvidnosti i donošenje odgovarajućih mera za sprečavanje ili odstranjivanje razloga za nelikvidnost. Narodna Banka Republike Makedonije propisuje način utvrđivanja i nivo likvidnosti banke uključujući i kritično niski nivo likvidnosti<sup>2</sup>.

Banka je dužna da planira i prati prilive i odlive paričnih sredstva. Kao očekivani prilivi paričnih sredstva smatraju se prilivi koji proističu od svih vrsta depozita, naplata kredita, prodaja vrednosnih hartija, korišćenje međubankarskih pozajmica, prilivi koji proističu iz izvanbilansnih pozicija, prilivi od finansiskih derivata, kao i svi ostali prilivi sa visokim stepenom sigurnosti. Kao očekivani odlivi paričnih sredstva smatraju se odlivi koji proističu od odobrenih kredita, kupene vrednosne hartije, davanje međubankarske pozajmice, isplaćivanje depozita, odlivi koji proističu iz izvanbilansnih pozicija, odlivi od finansiskih derivata, kao i svi ostali odlivi koji se očekuju da se pojave u prestojećem periodu. Za praćenje ročne usaglašenosti, banka raspoređuje prilive i odlive po pojedinim aktivnim i pasivnim pozicijama u odgovarajućim vremenskim periodima, i to: do 7 dana, od 7 dana do 1 mesec, od 1 do 3 meseci, od 3 do 6 meseci, i od 6 do 12 me-

---

<sup>1</sup> Zakon o bankama (Sl. vesnik R. Makedonije 67/2007), član 80.

<sup>2</sup> Zakon o bankama (Sl. vesnik R. Makedonije 67/2007).

seci. U ročnoj strukturi uključuju se: i prilivi i odlivi banke koji proističu iz izvanbilansne pozicije i finansijskih derivata<sup>3</sup>.

Praćenje izvora sredstava i njihove koncentracije treba da uključi: uspostavljanje i održavanje redovnih susreta sa najvećim deponentima, korespondentnih banka i ostale značajne klijente i poslovne partnere<sup>4</sup>; utvrđivanje stepena stabilnosti pojedinih vrsta depozita, imajući u predvid karakteristike deponenta i depozita; praćenje diverzificiranosti izvora sredstva, i utvrđivanje i praćenja promene kod ostalih izvora sredstava.

Za potrebe ove Odluke<sup>5</sup>, banka je dužna da utvrdi i prati nivo koncentracije kod transakcionih računa i depozita po viđenju u denarima i u devizama. Nivo koncentracije predstavlja odnos između prosečnih iznosa depozita po viđenju i transakcionih računa na 20 deponenta banke sa najvećim učešćem u prosečnom iznosu na ukupnim depozitima po viđenju i transakcionim računima i ukupni prosečni iznos na depozite po viđenju i transakcione račune banke.

Mere i postupci koji se preuzimaju sa ciljem smanjenja rizika likvidnosti, mogu da budu: povlačenje denarskih i deviznih depozita; izmena strukture likvidnih sredstava po ročnosti; smanjenje obaveza i izmene strukture obaveza; usaglašavanje ročnosti aktive i pasive banke; sakupljanje likvidnih sredstava za finansiranje trenutne likvidnosti preko kredita kod centralne banke; kontinuirano praćenje i aktivna saradnja sa velikim klijentima s ciljem praćenja njihovih značajnih periodičnih trošenja (ddv, isplate, i ostalo), koji bi mogli bitno da utiču na likvidnost banke, a samim tim i na indikatore likvidnosti; i ostale mere.

## RIZIK LIKVIDNOSTI BANKE U REPUBLICI MAKEDONIJI

Makedonska ekonomija bila je suočena sa efektima globalne krize u razvijenim privredama u 2009. godini, i kroz pad spoljne potražnje i nižeg priliva deviza, a preko zatezanja uslova kreditiranja i rast troškova za finansiranje domaćeg realnog sektora. U takvim okolnostima, banke su pokazale daleko manji apetit da preuzmu rizik, što je izazvalo više oprezni pristup svojim kreditnim

---

<sup>3</sup> Odluka upravljanja s likvidnosnim rizikom banke, broj 02-15/XII-3/2008 (25.12.2008).

<sup>4</sup> Zbog uspostavljanje sistema pratnje svojih izvora sredstva, banka je dužna da prati učestvo depozita najvećih deponenta i osoba povezani s njim, u njenom ukupnom depozitnom potencijalu, pojedinačno u denarima i devizama. Kao najveći deponenti smatraju se 20 deponenta banke koji imaju najveliko učešće u prosečnom iznosu njihovih depozita, u prosečnom iznosu na ukupnom depozitu banke.

<sup>5</sup> Odluka upravljanja s likvidnosnim rizikom banke, broj 02-15/XII-3/2008 (25.12.2008).

aktivnostima i fokusiranje na naporima da se povećaju likvidna sredstva, koje uglavnom nose beznačajan rizik.

Krajem 2009. godine, poboljšanje likvidnosti bankarskog sistema je registrovan. Obim likvidnih sredstava je znatno iznad nivoa registrovanog u 2008. godini, ali i dalje ispod nivoa iz 2007. godine (negativni efekti globalne finansijske krize u bankarskom sistemu Republike Makedonije osetili su se sa zakašnjenjem, prvi znaci krize su počeli da se pokazuju tokom 2008. godine i kulminirali su krajem 2008. godine). Konzervativni pristup upravljanje likvidnošću u prošlosti omogućilo bankama zadovoljavajući nivo akumulirane likvidnih sredstava, koji je imao direktan uticaj na održavanje stabilnosti i prevazilaženje zategnutih u tržišnim uslovima. Promišljena regulatorna mera Narodnoj banci u Republici Makedoniji, uvedena početkom 2009. godine, za održavanje minimalne stope likvidnosti je uticalo na održavanje stabilne likvidnosti pozicije banaka. Kvalitativno poboljšanje položaja likvidnosti bankarskog sistema se može posmatrati kroz sledeće aspekte: poboljšana likvidnost pokazatelja, veći broj banaka sa likvidnom stopom preko 1, bolje rezultate izvršene analize test opterećenja, smanjenje negativnih razlika između aktive i pasive sa aspekta ročne strukture i visok procenat stabilnih depozita.

#### *Indikatori likvidnosti u bankama<sup>6</sup>*

Negativne promene likvidnost bankama od kraja 2008. godine, bili su delimično prisutni i početkom 2009. godini. Polazeći od drugog kvartala 2009. godini, namaleni trend indikatori likvidnosti je bio završen. Na kraju 2009. godine (Decembra 31), svi indikatori likvidnosti su poboljšani u odnosu na one od kraja 2008. godine, iako su još uvek niži nego oni u 2007. godini.

Nivo pokrivenosti depozita domaćinstava sa likvidnom aktivom<sup>7</sup> je manji za oko 30 procenata nego na kraju 2007. godine. Pozitivne stope rasta likvidne aktive, koji su mnogo veći na kraju 2009. godine od onih na drugim komponentama likvidnosnih indikatora, utvrdili su u velikoj meri povećanje dinamike svih pokazatelja likvidnosti. Na kraju 2009. godine, obim likvidnih sredstava banaka dostigla nivo od 67.461 miliona denara, i to je daleko iznad nivoa likvidnih sred-

---

<sup>6</sup> Pri proračun pojedinih komponenti za analizu likvidnosti pozicije bankama, ne uzeti u obzir depozite kod i kredita domaćih banaka (komponente od aktive), odnosno depoziti na i krediti od domaćih banaka (komponente od obaveze).

<sup>7</sup> Likvidna aktiva obuhvata gotovinu i stanja na računima NBRM, blagajnički zapisi, i kratkoročni plasmani kod stranih banaka i plasmana u kratkoročne hartije od vrednosti izdate od strane države.



stava registrovana krajem 2008. godine, i prvih pet meseci 2009. godini (za vreme vrhunca finansijske krize u našoj zemlji) i gotovo na nivo pre da se osele efekti globalne krize u Republici Makedoniji (krajem 2007. godine).

Na kraju 2009. godine, državni zapisi, su imali najveći doprinos (od 43,3%) na povećanje likvidnosti. Oni su registrovali najveći godišni rast od 4.828 miliona denara (ili za 143,6%). Gotovinu i sredstva kod Narodne banke Republike Makedonije, kao i kratkoročni plasmani kod stranih banaka doprineli su rastu aktive od oko 35% svake pojedinačno. Visok nivo kratkoročnih sredstava kod inostranih banaka nastao je kao odgovor banaka na zahtev za usaglašavanje sa propisanom minimalnom likvidnosti nivoa Narodne banke<sup>8</sup>, stezanje svoje kreditne politike, kao i negaivna očekivanja (u 2009. godini, u uslovima još uvek prisutne neizvesnosti u krajnji efekti međunarodne krize na realni sektor u Republici Makedoniji). Istovremeno, visoki nivo gotovine i sredstva kod Narodne banke R. Makedonije je uglavnom zbog promene pravnog okvira koji se odnosi na obavezne rezerve u bankama.

Nasuprot svih drugih elemenata likvidnih sredstava, kod blagajničkih zapisa registrovana je negativna godišnja stopa rasta od 9,1%, što proizilazi iz promene u prvoj polovini godine. Naime, u ovom periodu, u uslovima visokog rizika (pad u ekonomiji, neizvesnost u pogledu budućeg kretanja, pritisci za deprecijacija domaće valute) sklonost za raspolaganje sa devize bio je evidentan, što je dovelo do značajnog pada u interesu banaka za investicije u blagajnički zapisi. Međutim, povećanje osnovne kamatne stope Narodne banke Republike Makedonije i stabilizacija, doprineli su preusmeravanju interesa banaka za blagajničke zapise u drugoj polovini 2009. godine.

### *Izvori finansiranja bankarskog sistema*

Na kraju 2009. godine, struktura izvori finansiranja banaka je gotovo nepromenjena u odnosu na prethodne dve godine. Depoziti na nefinansiskih entiteta (tzv. primarni izvori) očuvali su ulogu kao glavni izvor finansiranja bankarske aktivnosti, uprkos značajno sporijeg rasta krajem 2009. godine. Indikator za korelacije između ukupnih kredita banaka i ukupnih depozita iznosio je 92,5%, što dokazuje dominaciju depozita u izvorima sredstava. Takva struktura izvora sma-

---

<sup>8</sup> Od 29 februara 2009 godina, nova Odluka o upravljanju bankama sa likvidnosni rizik je stupio na snagu. Ova Odluka, između ostalog, nametnula je uslov za banku da održi minimalni nivo likvidnosti (jednako 1), definisan kao odnos između bilansnih i vanbilansnih sredstava i obaveza koje dospevaju u vremenskim segmentima do 30 i 180 dana, a posebno za sredstva i obaveze u denari i za sredstva i obaveze u stranoj valuti.

njuje osetljivost bankarskog sistema Republike Makedonije na spoljno likvidnosne šokove, koji je jedan od razloga za održavanje njegove stabilnosti tokom krize. Ali, s druge strane, bankarski sistem je tradicionalno i dalje izložen riziku povlačenje depozita. Pored toga, finansiranje aktivnosti uglavnom sa domaćim depozitima, doprinosi za prociklično ponašanje banaka u slučaju eventualnog stezanja njihove likvidnosti, kao i prociklični pokreti kod depozita. Ovo je dokazano u poslednja dva meseca 2008. godini, i u prvom kvartalu 2009. godini, kada su depoziti registrovali negativne tromesečne stope rasta. Dvocifrene godišnje stope rasta depozita u 2008. godini, od početka 2009. godine su bili zamenjeni sa jednocifrenom stopom (decembra 31, 2009. god., godišnja stopa rasta depozita dostigla nivo od 3,8%). Na dan 31. decembra 2009, u skladu sa očekivanjima banaka, nivo stabilnih depozita je visok (83,1%) bez obzira na pad od 1,2 procentna u odnosu na 2008. godinu, i 3,2 procentna u odnosu na 2007. godinu.

Sekundarni izvori sredstava imaju mali struktumi udeo u ukupnom izvoru finansiranja. Ipak, njihov značaj u ukupnom izvoru finansiranja banaka se povećava imajući u vidu njihov godišnji rast od 33,3%. Depoziti i krediti od finansijskih institucija, uprkos smanjenju učešća zadržali su dominaciju u strukturi od sekundarnih izvora sredstava. Korišćena sredstva od entiteta (uključujući i podređene i hibridne instrumente) povećao je udeo u strukturi sekundarni izvor sredstva i na kraju 2009. godine su dostigli nivo od skoro 40%. Oni su tako registrovali najveći apsolutni godišnji porast i najveći doprinos (45,5%) u ukupnom povećanje sekundarnih izvora. Najveći deo (oko 46%) od ovih sredstva su u vidu depozita, a oko polovina njih su depoziti koji se nalaze samo kod jedne banke.

### *Ročna struktura aktive banaka i obaveze*

Na kraju 2009. godine, negativna razlika između aktive i pasive, sa aspekta ročnosti, je smanjena u odnosu na kraj 2008. godine. Takva situacija je uglavnom vezana za sporije kreditne aktivnosti banaka, kao i promene u strukturi aktive, u pravcu održavanja veće količine likvidnih sredstava sa kraćim rokom dospeća, što odgovara na kratkoročna dospeća karakteristična za najveći deo obaveza. Uprkos neusklađenosti u ročne strukture sredstava i obaveza, prema očekivanju u bankama, ročnost aktive i obaveza je usaglašena, pre svega kao rezultat visokog stepena stabilnosti kratkoročnih izvora u skladu sa njihovim očekivanjima<sup>9</sup>. Sa aspekta strukture, jaz valuta, suprotni pokreti mogu biti registrovani. Naime, kra-

---

<sup>9</sup> Aneks br 14 i 15 Narodna Banka R. Makedonije – Ugovorna i predviđena ročna struktura aktive i pasive bankarskog sistema, decembra 31. 2009.

jem 2009. godine, ročno neusaglašavanje sredstava i obaveza u denarima beleži smanjenje. Uglavnom je to zbog povećanog plasmana u državnim zapisima i veći denarski novac u bankama.

### *Likvidnost pojedinih grupa banaka*

Poboljšanje likvidnosti bankarskog sistema je skoro u potpunosti zbog bolje likvidnosti sa grupom velikih banaka. Preko 97% povećanja u likvidnu aktivu bankarskog sistema odnosi se na rast likvidnih sredstava kod grupe velikih banaka. Skoro svi pokazatelji likvidnosti velikih i srednjih banaka imaju poboljšanja. Pogoršanje indikatora mogu biti samo registrovani kod malih banaka. Ova pojava sa malim bankama je potpuno očekivana s obzirom na njihovu značajno nižu kreditnu aktivnost, visok obim likvidnih sredstava i finansiranje aktivnosti uglavnom sopstvenim sredstvima.

### ZAKLUČAK

Na kraju koristimo Stres-test simulacije za otpor bankarskog sistema za likvidnosni šok. Na dan 31. decembra 2009. godine, test opterećenja analiza je pokazala da u uslovima mogućih nepovoljnih šokova, banke mogu da održavaju likvidnost na zadovoljavajućem nivou. Povećani trend likvidnih sredstava i poboljšanje stanja likvidnosti, položaj banaka u odnosu na kraj 2008. godine, prouzrokovali su znatno bolje rezultate u oba scenarija koji se koriste u ovoj analizi. Tako u slučaju simulacija o povlačenju 20% depozita domaćinstva izvan bankarskog sistema, smanjenja likvidnih sredstava bankarskog sistema je manji u odnosu na prethodnu godinu. Nakon simulacije, možemo da zaključimo da sve banke u Republici Makedoniji upravljaju sa dovoljno likvidnih sredstava za pokrivanje eventualnih odliva.

BILJANA PETREVSKA, LL.M.,  
Assistant, Faculty of Law "Iustinianus Primus",  
Skopje

## LIQUIDITY RISK IN BANKS IN THE REPUBLIC MACEDONIA

### Summary

The basic idea of this paper is to explain the condition of banks in the Republic of Macedonia on the question of presence or absence of liquidity risk. National Bank of the Republic of Macedonia shall prescribe regulations for the manner of managing this risk. Due to the maintenance of liquidity, the bank is obliged to manage the liquidity risk, which in particular should include: establishing and maintaining adequate maturity structure, planning and managing the inflows and outflows of funds, provided adequate amount of liquid assets; funding sources and their concentration; and testing of liquidity.

Macedonian economy was faced with the effects of global crisis in developed economies in 2009. But after the analysis in this paper may be concluded that: the end of 2009, improving liquidity in the banking system has been registered. Volume of liquid assets is well above the level registered in 2008. The conservative approach to liquidity management in the past enabled the banks meeting the level of accumulated liquid assets, which had a direct influence to maintain stability and overcome the tight market conditions. A prudent regulatory measures the National Bank of R. Macedonia, introduced in early 2009, to maintain minimum liquidity rate has affected the maintenance of a stable position of a liquidity of banks.

Qualitative improvement of liquidity in the banking system can be set to prove through all aspects, including: improved liquidity indicators, a number of banks with liquidity rate of over 1, the better the results of the analysis of test loads, reducing the negative difference between assets and liabilities in terms of maturity structure and a high proportion of stable deposits. After implementation of simulations for the resistance of the banking system on liquidity risk, load test analysis showed that in terms of possible adverse risk, banks in the Republic of Macedonia can be held to meet liquidity scale.

GORDANA JUHAS

## **PRAVNI ASPEKTI KORPORATIVNOG UPRAVLJANJA U BANKAMA**

### **PRAVNI ASPEKTI KORPORATIVNOG UPRAVLJANJA**

#### *Opšti teorijski pristup*

Ekonomski aspekt korporativnog upravljanja<sup>1</sup> se definiše kao postojanje kontrolnih mehanizama za zaštitu interesa akcionara. Još je Adam Smit, razmatrajući akcionarska društva, uočio pasivnost akcionara, kao i »rasipništvo« uprave. Problem je aktuelan i danas, kada, u uslovima disperzije vlasništva, veliki broj malih akcionara suštinski nema uticaj na upravu. Fenomen se naziva racionalna apatija akcionara.

Institucionalizacija tržišta kapitala je još više istakla značaj korporativnog upravljanja. Najveći učesnici na ovom tržištu (investicioni fondovi, penzioni fondovi, osiguravajuće korporacije, i dr.) objedinjavaju uštedevine miliona građana. Plasman sredstava više preko otvorenog tržišta. Ta sredstva nikako ne žele da ulože u akcije nekog preduzeća preko otvorenog tržišta i da više nemaju informaciju kako se tim sredstvima upravlja. Žele, naprotiv, da upravljanje bude krajnje transparentno. Žele da vide return on equity – stopu prinosa na uloženi akcionar-

---

Mr Gordana Juhas, sekretar Privredne banke Beograd, a.d.

<sup>1</sup> U pravnoj literaturi je korporativno upravljanje definisano kao sistem, kojim se kompanije usmeravaju i kontrolišu. Izvor: *Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe (Winter Report)*.

ski kapital. Žele da vide da li uprava efikasno upravlja njihovim sredstvima. Žele da znaju da li banke, na primer, plasiraju novac povezanim licima, a ako to rade, da li je to transparentno (odluka upravnog odbora). Žele da znaju da li u radu upravnih odbora učestvuju i nezavisni članovi (koji nisu akcionari i koji su nezavisni od uprave). Da bi investitori na finansijskom tržištu uložili novac u neko preduzeće, bitan uslov za ulaganje je, znači, kvalitet korporativnog upravljanja – da li će investitori u svakom trenutku kada je bitno (tzv. izveštaj o bitnom događaju), a po pravilu kvartalno, polugodišnje i godišnje biti na transparentan način obavješteni o poslovanju i finansijskom rezultatu, da li će eksterna revizija vrednovati finansijske izveštaje kao istinite i objektivne, da li će eksterna revizija biti suštinski nezavisna od uprave, odnosno da li će obavljati i konsultantske poslove i poslove revizije u isto vreme, itd.

Korporativno upravljanje se, generalno, može posmatrati kroz tri tzv. agencijska problema.<sup>2</sup> Prvi problem korporativnog upravljanja je sukob interesa akcionara i uprave – tzv. pitanje agencijskih troškova. Drugi problem je sukob interesa većinskih i manjinskih akcionara. Treći problem je sukob interesa između akcionara i nekih drugih grupa (zaposleni, poverioci, država, ili dr.).

U zavisnosti od načina rešavanja ovih problema, nastala su, generalno, dva modela korporativnog upravljanja: američki i evropski.

Uslove u kojima se razvio američki model korporativnog upravljanja karakterisali su: velika disperzija vlasništva, slaba kontrola uprave od strane vlasnika i nemogućnost akcionara da, recimo, smene upravu (upravo zbog velike dispresije vlasništva), razvijeno tržište kapitala, laka dostupnost kapitala preko finansijskog tržišta, reorganizovanje ili preuzimanje loše vođenih kompanija, i dr. U ovim uslovima se razvio tzv. jednodomni model korporativnog upravljanja, u kome funkciju upravljanja vrši upravni odbor, koga bira skupština akcionara. Kontrolu funkciju vrši eksterni revizor. Formula korporativnog upravljanja se opisivala kao »magični trougao«, čija temena odslikavaju ravnotežu tri značajna učesnika: akcionari, uprava i spoljna nezavisna revizija.

Nadmoć i superiornost ovog modela je nestala nakon berzanskih lomova i korporativnih skandala poput Enron-a<sup>3</sup>, WorldCom-a, i mnogih drugih.

---

<sup>2</sup> Vasiljević Mirko, *Korporativno upravljanje, Pravni aspekti*, Beograd, 2007.

<sup>3</sup> Slučaj Enron je najveći korporativni skandal u istoriji Amerike. Moćna energetska firma iz Hjustona, sedma po snazi u SAD, ostavila je za sobom 5.600 zaposlenih bez akcija u vrednosti od US\$ 2 milijarde i bez posla. Enron je stvorio preko 3000 vanbilansnih kompanija za posebne namene (special purpose vehicles – SPVs), od kojih su mnoge služile za sekjuritizaciju aktive, kako bi se minimizirali potencijalni gubici u finansijskim izveštajima, izbeglo iskazivanje zaduženja u bilansima i uvećalo i ubrzalo iskazivanje profita. Revizori su utvrdili da je ova kompanija na kraju 2000. godine bila u minusu za US\$ 153 miliona, iako je u javnosti predstavljano da zarađuje US\$ 3 milijarde. Skandal je ubrzo otvorio vrata novim slučajevima. Usledile su optužbe za prevare u naj-

Evropski model korporativnog upravljanja se razvio u uslovima koncentrisanog vlasništva, u kome je kompanija u vlasništvu većinskih (dominantnih) akcionara (najčešće porodica ili druga povezana lica). Dominantni akcionari imaju jak uticaj na upravni odbor (utiču na izbor članova upravnog odbora). To u praksi znači da upravni odbor donosi odluke kojima favorizuje interese ovih većinskih dominantnih akcionara, ponekad i potkradajući manjinske akcionare. Znači, uslove nastanka ovog modela karakteriše slaba zaštita manjinskih akcionara. Na finansijskom tržištu manjinski akcionari su upravo institucionalni investitori (investicioni fondovi, penzioni fondovi, osiguravajuće korporacije, i dr.). Oni plasiraju sredstva sledeći stroge standarde o disperziji rizika, i po definiciji su svugde manjinski akcionari. U Evropi se retko događa »neprijateljsko preuzimanje« (barijera mu je upravo koncentrisano vlasništvo). Većinski vlasnici će sami lako promeniti upravu kojom nisu zadovoljni. Nije potrebno da prodaju akcije, da bi novi akcionari postavili novu upravu, koja će efikasnije upotrebiti uloženi kapital. U navedenim uslovima se razvio tzv. dvodomni model korporativnog upravljanja, u kome funkciju upravljanja vrši upravni odbor, a funkciju kontrole vrši nadzorni odbor. Skupština akcionara bira članove nadzornog odbora. Nadzorni odbor bira članove upravnog odbora (Nemačka). Postoje i mešoviti modeli, koji su kombinacija jednodomnog i dvodomnog modela korporativnog upravljanja.

Korporativni skandali u kompanijama kao što su: Vivendi, Ahold, Parmalat (većinski akcionari su imali dominantan uticaj na bord i bili su u prilici da oštete manjinske akcionare kroz lažne obračune; rezultat je bilo nepostojanje traga u bilansu stanja kompanije za više od 17,4 milijardi evra, a oko 2,3 milijarde evra je »iscurelo« kroz poslovne transakcije sa povezanim licima porodice Tanazi, koja je osnivač kompanije)<sup>4</sup>, i dr. pokazuju da i evropski model korporativnog upravljanja u praksi pokazuje brojne nedostatke.

Može se konstatovati da efikasnost korporativnog upravljanja varira od zemlje do zemlje i da zavisi od različitih uslova: struktura vlasništva u akcionarskim društvima (koncentrisano ili disperzovano), razvijenost finansijskog tržišta (dostupnost svežeg kapitala preko finansijskog tržišta) ili dominantan uticaj banaka u obezbeđivanju sredstava, efikasnost pravnog sistema, koji određuje realan položaj akcionara, i dr.

---

većim kompanijama u SAD: telekomunikacionoj kompaniji WorldCom, kablovskoj kompaniji Adelfia, i dr.

<sup>4</sup> Nada Todorović, »Korporativno upravljanje i ekonomska kriza«, Pravo i privreda, 1–4/2009. (izvor: A. Melis, »Corporate Governance Failures: To What Extent is Parmalat a Particularly Italian Case?«, Corporate Governance: an International Review).

Ono što je, ipak, bilo zajedničko za zemlje zapadne Evrope i SAD, bila je – potreba za reformom korporativnog upravljanja. Zgrada korporativnog upravljanja koja je postojala pre Enron-a, WorldCom-a, Vivendi-a, Ahold-a, Parmalat-a, i dr. jednostavno se urušila i bilo je potrebno da se sistem temeljno rekonstruiše.

U slučaju Enron-a, na primer, ni jedna »kontrolna lampica«, koja je trebalo da se upali i upozori akcionare na opasnost – nije se upalila. Ni nezavisni eksterni revizor, ni rejting agencije, ni advokati, ni analitičari na tržištu hartija od vrednosti...

Kontrolori su bili podjednako neuspešni u oba sistema korporativnog upravljanja. Pružanje konsultantskih usluga klijentima za koje je vršena revizija, nedostatak kontakata između nezavisnog revizora i odbora za reviziju, i drugi sistemski i nesistemski nedostaci – doveli su reviziju u inferioran položaj u odnosu na upravni odbor.

Navedeni problemi su u SAD delom razrešeni donošenjem obavezujućih propisa (Sarbanes-Oxly Act) i formiranjem Državnog odbora za nadzor rada revizora i računovođa (Public Company Accounting Oversight Board – PCAOB).<sup>5</sup> Američka komisija za hartije od vrednosti (Securities and Exchange Commission – SEC) je donela propise na federalnom nivou, koji su ukinuli šarolikost praksu nejednakih uslova za registraciju emisije (federalne članice su imale svoje komisije za hartije od vrednosti, koje su propisivale različite uslove za registraciju hartija od vrednosti – od strogih do liberalnih, što je ponekad dovodilo do pogrešnog i netačnog prikaza investicione vrednosti hartije od vrednosti).<sup>6</sup> SEC je, kao prethodno i Sarbanes-Oxly Act, propisala i konsultantske usluge koje revizorske kompanije ne smeju da pružaju klijentima kojima vrše reviziju.

U Evropi se primena sistema korporativnog upravljanja zasnivala na Britanskom modelu – comply or explain (primeni ili objasni). Ovaj sistem je zasnovan na nizu dobro obavljenih poslova korporativnog upravljanja, koji bi sve kompanije trebalo da primenjuju, a ukoliko odstupe od primene – moraju to da objasne. Krajem 2004. godine Evropska komisija je donela i određene obavezujuće propise, koji su se odnosili na konsultantske usluge koje revizorske kompanije ne smeju da pružaju klijentima kojima vrše reviziju, na obavezu formiranja Komiteta za imenovanja, Komiteta za naknade i nagrade i Komiteta za reviziju u svakom akcionarskom društvu, sa nizom pravila o njihovom radu, transparentnosti, izveštavanju, obelodanjivanju, i dr.

Definisana je i pojam tzv. povezanog lica (povezivanje po osnovu kapitala, po osnovu rukovođenja i po osnovu srodstva), uz utvrđivanje pravila da, ako se

---

<sup>5</sup> Owen Geoffrey, Kirchmaier Tom, Grant Jeremy, *Corporate Governance in the US and Europe – Where Are We Now*, Palgrave Aacmillan, New York, 2006.

<sup>6</sup> Nada Todorović, cit. delo.



posluje sa povezanim licem (na primer sa firmom jednog od članova upravnog odbora) – mora se izaći pred upravni odbor, reći da se radi o povezanom licu, i onda odlučiti o samom poslu.

U pogledu sastava upravnog odbora – bilo je neophodno da se obezbedi da se u njihov rad uključe i tzv. nezavisni članovi (koji nisu akcionari ili druga povezana lica, odnosno, koji su potpuno nezavisni od upravljačko-izvršne funkcije u akcionarskom društvu). Ukoliko bi neko lice, koje je izabrano kao nezavisni član upravnog odbora, u toku trajanja mandata izgubilo ovo svojstvo, propisano je da se na sajtu kompanije mora objaviti ova činjenica.

Došlo je, znači, do poboljšanja oba modela korporativnog upravljanja njihovim međusobnim približavanjem i donošenjem imperativnih pravila.

Uspostavljeni su interni mehanizmi kontrole: afirmisanje uloge upravnog odbora, kao organa akcionarskog društva koji bi trebalo da spreči malverzacije menadžera (što se postiže povećanjem nezavisnosti upravnog odbora) i transparentnost naknada i nagrada za menadžere (objavljuje se na sajtu prosek grane i objavljuju se na sajtu nagrade i naknade menadžera u toj firmi). Istraživanja, inače, pokazuju da je u zadnjim godinama došlo do enormnog rasta zarada za rukovodioce (od 40–70%). U Švajcarskoj, na primer, plata CEO je sa 405.000 USD u 2001. godini porasla na 1,1 USD u 2003. godini. U Nemačkoj je plata CEO je sa 455.000 USD u 2001. godini porasla na 955.000 USD u 2003. godini. Prosečna vrednost kompenzacionog paketa u SAD je skoro duplo veća od najveće plate CEO u Evropi. U proseku iznosi oko 2,25 miliona USD.<sup>7</sup>

Uspostavljeni su i eksterni mehanizmi kontrole: ukidanje zaštite od preuzimanja (preuzimanje se vidi kao sankcija za loše upravljanje), jačanje eksterne regulacije i povećanje efikasnosti pravnog sistema, od koga se očekuje da pruži sigurnost akcionarima i menadžerima, da spreči malverzacije koje će oštetiti imovinu društva, da zaštiti male akcionare, investitore u hartije od vrednosti, i dr.

Može se zaključiti da je došlo do određenog poboljšanja sistema korporativnog upravljanja, ali određeni nerešeni problemi u ovoj oblasti su i dalje ostali, a što su pokazala i novija dešavanja u svetskoj ekonomiji.<sup>8</sup>

Krajem 2007. godine, zahuktala hipotekarna industrija u SAD je doživela ekonomski kolaps. Banke su, »gladne profita« napustile standardne uslove za odobravanje hipotekarnih kredita, i to: razmere između otplate i dohotka (PTI – payment to income ratio) i razmere između zajma i vrednosti (LTV – loan to value ratio).

---

<sup>7</sup> Kevin J. Murphy »Executive Compensation: Is Europe Catching Up with the US, and Should It Do So?«, *Corporate Governance in the US and Europe – Where Are We Now*, Palgrave Macmillan, New York, 2006.

<sup>8</sup> Nada Todorović, cit. delo.

Banke su napustile praksu klasičnog utvrđivanja kreditne sposobnosti i uz visoke kamatne stope su počele da odobravaju kredite klijentima koji nemaju kreditnu istoriju ili imaju lošu kreditnu istoriju, ali su založili nepokretnost kao obezbeđenje.

Odobranje kredita klijentima sa lošom kreditnom sposobnošću je pravda-  
no rastom cena nepokretnosti koje su date pod hipoteku. Cene nekretnina su u SAD porasle u periodu od 1997–2007. godine za 104,5%. Rast cena nekretnina i lako odobranje kredita, gurali su i dalje naviše tražnju za nekretninama i doprinosili rastu hipotekarnog tržišta. Broj vlasnika nekretnina je 2005. godine dostigao oko 70% populacije.

Osim toga, vrednost investicione nekretnine se (u skladu sa IFRS 7 o vrednovanju finansijskih instrumenata po fer vrednosti) iskazivala po tržišnoj vrednosti, a povećanje njene vrednosti se evidentiralo kao prihod, dakle, kroz bilans uspeha. To generalno ne bi bio problem da u svetu nisu viđeni mnogi »baloni nekretnina«. Ukoliko je u pitanju nastanak »balona nepokretnosti«, tada su prihodi iskazani po osnovu rasta vrednosti nekretnina suštinski nepostojeći. Konkretno, u SAD su cene nekretnina rasle od 1953. do 1995. godine samo za usklađivanje sa inflacijom. Od 1995. godine cene počinju naglo da rastu i do 2002. godine su porasle za 30% više od stope inflacije. U nominalnom iznosu ovo povećanje je iznosilo 2,6 triliona dolara (2.600.000.000.000 US\$), odnosno u proseku po 35.000 US\$ za pojedinačne vlasnike nepokretnosti kojih je tada bilo 73,3 miliona.<sup>9</sup> Iako knjigovodstveno evidentiranje ovog porasta vrednosti daje sliku uspešnosti i rasta, ipak, ako je u pitanju »balon nepokretnosti«, prihodi (od rasta vrednosti investicionih nekretnina, hipotekarnih hartija i hipotekarnih instrumenata) su suštinski nepostojeći. Zanimljivo je i da, dok su tržišne cene nekretnina i hipotekarnih hartija od vrednosti bile »naduvane«, a dobiti iskazani po tom osnovu nepostojeći, isplaćeni bonusi menadžmentu – bili su stvarni. Britanski list »Gardijan« je 2009. g. objavio da će menadžerima najvećih svetskih banaka biti isplaćeni bonusi za prethodne dve godine u iznosu od 70 milijardi dolara.<sup>10</sup>

Na osnovu svega, može se konstatovati da kontrolni mehanizmi korporativnog upravljanja u bankama nisu u celosti opravdali svoje postojanje. Menadžeri su oštetili akcionare uzevši enormne bonuse za nepostojeće dobitke, kao i zaposlene, koji su ostali bez posla, i dr. U literaturi postoji i mišljenje da bi »na američkom finansijskom prostoru trebalo više dograđivati koncept korporativnog upravljanja nego sam koncept hipotekarnog tržišta.«<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Pavlović Vladan i Ljumović Isidora »Finansijska regulativa u SAD kao pokretač aktuelne finansijske krize«, Časopis Računovodstvo, br. 5/6, SRRS, Beograd, 2009.

<sup>10</sup> V. Pavlović i I. Ljumović, cit. delo.

<sup>11</sup> N. Todorović, cit. del.

*Pravni aspekti korporativnog upravljanja u bankama  
u skladu sa zakonom o bankama Republike Srbije*

Zakon o bankama<sup>12</sup> je harmonizovan sa međunarodnim standardima i u tekst ovog zakona su ugrađena rešenja usaglašena sa propisima EU (Direktiva 000/12/EC) i rešenja usaglašena sa preporukama Bazelskog komiteta.<sup>13</sup>

Najviši organ upravljanja je skupština banke,<sup>14</sup> koju čine akcionari. Pravo glasa akcionari ostvaruju neposredno ili preko svojih predstavnika. Pravo neposrednog učešća u radu skupštine imaju akcionari (pojedinačno ili udruženi preko zajedničkog punomoćnika) koji imaju 1% ili više akcija s pravom glasa.

Skupština banke ne može donošenje odluka iz svoje nadležnosti preneti na drugi organ banke. Funkciju upravljanja bankom vrše upravni i izvršni odbor.

Upravni odbor banke<sup>15</sup> čini najmanje pet članova, uključujući i predsednika. Najmanje jedna trećina članova upravnog odbora banke moraju biti lica neza-

---

<sup>12</sup> »Sl. glasnik RS«, br. 107/2005.

<sup>13</sup> Dukić – Mijatović »Usklađenost bankarskog sistema Republike Srbije sa svetskim standardima«, *Zbornik radova XXI Kopaoničke škole prirodnog prava*, Udruženje pravnika Srbije, decembar 2008.

<sup>14</sup> Zakon o bankama propisuje da skupština banke: 1) usvaja poslovnu politiku i strategiju banke; 2) donosi statut banke i usvaja izmene i dopune osnivačkog akta i statuta banke; 3) usvaja godišnji račun banke i odlučuje o upotrebi i raspoređivanju ostvarene dobiti, odnosno pokriću gubitaka; 4) odlučuje o povećanju kapitala banke, odnosno o ulaganjima kapitala u drugu banku ili u druga pravna lica, kao i o visini ulaganja u osnovna sredstva banke; 5) imenuje i razrešava predsednika i članove upravnog odbora banke; 6) određuje naknadu članovima upravnog odbora banke; 7) odlučuje o statusnim promenama i o prestanku rada banke; 8) odlučuje o sticanju stečajne, odnosno likvidacione mase banke u stečaju, odnosno likvidaciji; 9) imenuje i razrešava spoljnog revizora; 10) donosi poslovnik o svom radu i odlučuje o drugim pitanjima, u skladu sa zakonom i statutom banke.

<sup>15</sup> Zakon o bankama propisuje da upravni odbor banke: 1) saziva sednice skupštine banke; 2) priprema za skupštinu banke predloge odluka i odgovoran je za sprovođenje tih odluka; 3) donosi, između dve sednice skupštine banke, akte kojima se sprovodi poslovna politika banke; 4) utvrđuje opšte uslove poslovanja banke, kao i njihove izmene i dopune; 5) bira i razrešava predsednika i članove izvršnog odbora banke; 6) bira i razrešava članove odbora za reviziju, kreditnog odbora i odbora za upravljanje aktivom i pasivom; 7) utvrđuje iznose do kojih izvršni odbor banke može odlučivati o plasmanima i zaduživanju banke i odlučuje o plasmanima i zaduživanju banke preko tih iznosa; 8) daje prethodnu saglasnost za izloženost banke prema jednom licu ili grupi povezanih lica preko 10%, odnosno za povećanje ove izloženosti preko 20% kapitala banke; 9) nadzire rad izvršnog odbora banke; 10) usvaja program i plan unutrašnje revizije banke; 11) uspostavlja sistem unutrašnjih kontrola; 12) utvrđuje procedure za identifikovanje, merenje i procenu rizika i za upravljanje rizicima; 13) razmatra izveštaje spoljne i unutrašnje revizije; 14) usvaja tromesečne i godišnje izveštaje izvršnog odbora banke o poslovanju banke i skupštini banke podnosi usvojeni godišnji izveštaj na konačno usvajanje; 15) donosi poslovnik o svom radu i o radu izvršnog odbora; 16) obaveštava Narodnu banku Srbije i druge nadležne organe o utvrđenim nepravilnostima; 17) obavlja druge poslove u skladu sa statutom banke.

visna od banke. Članovi upravnog odbora moraju imati dobru poslovnu reputaciju i odgovarajuće kvalifikacije, koje propisuje Narodna banka Srbije. Najmanje tri člana upravnog odbora moraju imati odgovarajuće iskustvo u oblasti finansija. Narodna banka Srbije daje saglasnost na izbor članova upravnog odbora.

Najmanje jedan član upravnog odbora banke mora aktivno znati srpski jezik i imati prebivalište na teritoriji Republike Srbije.

Izvršni odbor banke<sup>16</sup> čine najmanje dva člana, uključujući i predsednika. Predsednik izvršnog odbora banke predstavlja i zastupa banku. Pri preduzimanju pravnih radnji u ime i za račun banke, predsednik izvršnog odbora banke je dužan da obezbedi potpis jednog člana tog odbora. Članovi izvršnog odbora banke su u radnom odnosu u banci na neodređeno vreme s punim radnim vremenom. Članovi izvršnog odbora banke moraju imati dobru poslovnu reputaciju i odgovarajuće kvalifikacije, koje propisuje Narodna banka Srbije. Najmanje jedan član izvršnog odbora banke mora aktivno znati srpski jezik i imati prebivalište na teritoriji Republike Srbije, a svi članovi izvršnog odbora moraju imati boravište na teritoriji Republike Srbije.

Zakon propisuje da skupština banke najmanje jednom godišnje razmatra pismenu informaciju s detaljnim podacima o svim zaradama, naknadama i drugim primanjima članova upravnog i izvršnog odbora banke i o svim ugovorima između banke i članova tih odbora i drugih lica koja su povezana s tim članovima čija je posledica imovinska korist za ta lica, kao i predlog upravnog odbora banke o zaradama, naknadama i drugoj imovinskoj koristi tih lica za narednu godinu.

---

<sup>16</sup> Zakon o bankama propisuje da izvršni odbor banke: 1) izvršava odluke skupštine banke i upravnog odbora banke; 2) obezbeđuje zakonitost rada banke; 3) odlučuje o plasmanima i zaduživanju banke do iznosa koji utvrdi upravni odbor banke; 4) odlučuje o svakom povećanju izloženosti banke prema licu povezanom s bankom i o tome obaveštava upravni odbor banke; 5) primenjuje poslovnu strategiju banke; 6) identifikuje i meri rizike kojima je banka izložena u svom poslovanju i primenjuje principe upravljanja rizicima koje odobri upravni odbor banke; 7) utvrđuje organizacionu strukturu banke koja odgovara strategiji banke; 8) primenjuje procedure nadzora nad aktivnostima banke, redovno ocenjuje njihov kvalitet i, ako je potrebno, poboljšava ih, u skladu s poslovnim politikom banke; 9) obezbeđuje da svi zaposleni budu upoznati s propisima i drugim aktima banke kojima se uređuju njihove radne obaveze; 10) obezbeđuje sigurnost i redovno praćenje sistema informacione tehnologije banke; 11) obezbeđuje sigurnost i redovno praćenje sistema trezorskog poslovanja; 12) informiše upravni odbor banke o svim postupanjima koja nisu u skladu s propisima i drugim aktima banke; 13) najmanje jednom u toku poslovnog tromesečja podnosi upravnom odboru banke pregled poslovnih aktivnosti, bilans stanja i bilans uspeha banke; 14) bez odlaganja informiše upravni odbor banke i Narodnu banku Srbije o svakom pogoršanju finansijskog stanja banke ili postojanju opasnosti od tog pogoršanja, kao i o drugim činjenicama koje mogu znatno uticati na finansijsko stanje banke; 15) odlučuje o svim pitanjima koja nisu u nadležnosti skupštine banke i upravnog odbora banke.

Članovi upravnog i izvršnog odbora banke dužni su da, u roku od mesec dana od dana stupanja na dužnost, upravnom odboru banke dostave pismenu izjavu koja sadrži podatke o:

1) imovinskim pravima tih lica i članova njihovih porodica čija tržišna vrednost prelazi 10.000 evra u dinarskoj protivvrednosti prema zvaničnom srednjem kursu na dan procene vrednosti ovih prava;

2) pravnom licu u kome lica koja daju izjavu ili članovi njihovih porodica učestvuju u organima upravljanja ili rukovođenja ili imaju učešće u tom pravnom licu, odnosno status ortaka ili komplementara.

Banka je dužna da obrazuje odbor za praćenje poslovanja banke (odbor za reviziju), kreditni odbor i odbor za upravljanje aktivom i pasivom. Banka može obrazovati i druge odbore.

Odbor za praćenje poslovanja banke<sup>17</sup> čine najmanje tri člana, od kojih su najmanje dva članovi upravnog odbora banke koji imaju odgovarajuće iskustvo u oblasti finansija.

Najmanje jedan član odbora za praćenje poslovanja banke mora biti lice nezavisno od banke. Članovi odbora za praćenje poslovanja banke ne mogu biti lica povezana s bankom, osim po osnovu članstva u upravnom odboru banke ili u organu upravljanja, odnosno nadzora lica u sastavu iste bankarske grupe. Odbor za praćenje poslovanja banke pomaže upravnom odboru banke u nadzoru nad radom izvršnog odbora banke i zaposlenih u banci.

Kada oceni da banka posluje suprotno zakonu, drugom propisu, statutu ili drugom aktu banke ili se to može zaključiti na osnovu izveštaja o reviziji, odnosno kad utvrdi druge nepravilnosti u poslovanju banke odbor za praćenje poslovanja banke obavezno predlaže upravnom odboru banke da otkloni uočene nepravilnosti, kao i da zakaže vanredno zasedanje skupštine banke u slučaju da ustanovljene nepravilnosti mogu imati teže posledice na poslovanje banke.

---

<sup>17</sup> Zakon o bankama propisuje da je odbor za praćenje poslovanja banke dužan da: 1) analizira godišnje izveštaje i druge finansijske izveštaje banke koji se upravnom odboru banke podnose na razmatranje i usvajanje; 2) analizira i usvaja predloge politika i procedura banke u vezi sa upravljanjem rizicima i sistemom unutrašnjih kontrola koje se upravnom odboru banke podnose na razmatranje i usvajanje; 3) analizira i nadzire primenu i adekvatno sprovođenje usvojenih politika i procedura za upravljanje rizicima i sprovođenje sistema unutrašnjih kontrola; 4) najmanje jednom mesečno izveštava upravni odbor o svojim aktivnostima i utvrđenim nepravilnostima, kao i da predlaže način na koji će se otkloniti te nepravilnosti, odnosno unaprediti politike i procedure za upravljanje rizicima i sprovođenje sistema unutrašnjih kontrola; 5) na predlog upravnog ili izvršnog odbora banke ili spoljnog revizora banke razmatra ulaganja i aktivnosti banke; 6) upravnom odboru i skupštini banke predlaže spoljnog revizora banke; 7) razmatra, sa spoljnim revizorom banke, godišnje revizije finansijskih izveštaja banke; 8) predlaže upravnom odboru banke da se određena pitanja u vezi sa spoljnom i unutrašnjom revizijom uvrste u dnevni red sednice skupštine; 9) donosi poslovnik o svom radu.

Kreditni odbor odlučuje o kreditnim zahtevima u okvirima utvrđenim aktima banke i obavlja druge poslove utvrđene aktima banke.

Odbor za upravljanje aktivom i pasivom prati izloženost banke rizicima koji proizlaze iz strukture njenih bilansnih obaveza i potraživanja i vanbilansnih stavki, predlaže mere za upravljanje kamatnim rizikom i rizikom likvidnosti, a obavlja i druge poslove utvrđene aktima banke.

Banka ne može imenovati spoljnog revizora čiji je prihod od revizije te banke u prethodnoj godini bio veći od polovine njegovih ukupnih prihoda. Spoljni revizor može kod banke obavljati najviše tri uzastopne revizije godišnjih finansijskih izveštaja. Spoljni revizor ne može u istoj godini obavljati i reviziju finansijskih izveštaja banke i pružati joj konsultantske usluge, niti reviziju može vršiti za poslovnu godinu u kojoj joj je pružao te usluge. Ako reviziju izvrši spoljni revizor koji nije na listi Narodne banke Srbije, odnosno ako je revizija izvršena suprotno odredbama Zakona o bankama i drugih propisa, Narodna banka Srbije neće prihvatiti izveštaj o reviziji. Lice koje rukovodi revizijom banke i potpisuje izveštaj spoljnog revizora mora imati najviše profesionalno zvanje u oblasti revizije, prema zakonu kojim se uređuje revizija, tri godine iskustva u obavljanju poslova revizije banaka i mora biti nezavisno od banke.<sup>18</sup>

Spoljni revizor sačinjava izveštaj i daje mišljenje o tome da li su godišnji finansijski izveštaji banke sačinjeni u skladu sa međunarodnim standardima finansijskog izveštavanja, odnosno međunarodnim računovodstvenim standardima, zakonom kojim se uređuju računovodstvo i revizija i propisima Narodne banke Srbije i da li istinito i objektivno prikazuju finansijski položaj banke, rezultate poslovanja i novčane tokove za tu godinu po svim materijalno značajnim pitanjima.

Spoljni revizor daje upravnom i izvršnom odboru banke, kao i Narodnoj banci Srbije, mišljenje o efikasnosti funkcionisanja unutrašnje revizije, sistemu upravljanja rizicima i sistemu unutrašnjih kontrola.

Banka je dužna da Narodnoj banci Srbije dostavi pojedinačne finansijske izveštaje banke/bankarskog holdinga sa izveštajem spoljnog revizora, za prethodnu poslovnu godinu u roku od 120 dana nakon završetka te godine.

Izveštaj spoljnog revizora u skraćenom obliku banka i bankarski holding objavljuju u najmanje jednim dnevnim novinama koje se distribuiraju na teritoriji

---

<sup>18</sup> U smislu Zakona o bankama, navedeno lice se ne smatra nezavisnim od banke ako je ono ili preduzeće za reviziju u kome je to lice angažovano, ili rukovodilac tog preduzeća, u tekućoj godini i u dve prethodne poslovne godine, kao i za vreme obavljanja revizije: 1) bilo lice povezano s bankom ili bilo kojim članom bankarske grupe; 2) bilo poslovni partner banke ili bilo kog člana bankarske grupe; 3) bilo lice koje ima direktno ili indirektno vlasništvo u banci ili članu bankarske grupe; 4) bilo likvidacioni ili stečajni upravnik člana bankarske grupe; 5) bilo ugovorna strana u ugovornom odnosu s licem koje bi moglo negativno uticati na njegovu nepristrasnost i nezavisnost.

Republike Srbije, i to u roku od 15 dana od dana prijema tog izveštaja. Kompletni izveštaj spoljnog revizora o godišnjim finansijskim izveštajima za banku, bankarski holding i bankarsku grupu, uključujući i napomene uz finansijske izveštaje, banka objavljuje na svojoj Internet prezentaciji. Pored objavljivanja revidiranog godišnjeg finansijskog izveštaja, banka tromesečno na svojoj Internet prezentaciji objavljuje i nerevidirane finansijske izveštaje, u roku od 30 dana nakon isteka obračunskog perioda, koji sadrže bilans stanja, s vanbilansnim stavkama, bilans uspeha i izveštaj o tokovima gotovine, a objavljuje i imena članova upravnog i izvršnog odbora banke i lica koja imaju učešće u banci ili bankarskom holdingu i podatke o ovim licima, kao i organizacionu strukturu i spisak organizacionih jedinica te banke.

Banka je dužna da postupke sistema unutrašnjih kontrola uredi i sprovodi na način koji obezbeđuje kontinuirano praćenje i merenje rizika koji mogu negativno uticati na ostvarivanje utvrđenih poslovnih ciljeva banke, kao što su kreditni rizik, rizik zemlje dužnika, devizni rizik, rizik tržišta, kamatni rizik, rizik likvidnosti, operativni rizik i drugi rizici.

U banci postoji organizaciona jedinica u čijem delokrugu je kontrola usklađenosti poslovanja banke (identifikacija i praćenje rizika usklađenosti poslovanja banke i za upravljanje tim rizikom, koji posebno obuhvata rizik od sankcija regulatornog tela i finansijskih gubitaka, kao i reputacioni rizik). Rizik usklađenosti poslovanja banke nastaje kao posledica propuštanja usklađivanja poslovanja sa zakonom i drugim propisom, standardima poslovanja, procedurama o sprečavanju pranja novca i finansiranja terorizma, kao i sa drugim aktima kojima se uređuje poslovanje banke.

U banci postoji i organizaciona jedinica u čijem je delokrugu unutrašnja revizija,<sup>19</sup> čiji je osnovni zadatak da upravnom odboru banke pruži nezavisno i objektivno mišljenje o pitanjima koja su predmet revizije, da obavlja savetodavnu aktivnost usmerenu na unapređenje postojećeg sistema unutrašnjih kontrola i poslovanja banke i da upravnom odboru banke pruža pomoć u ostvarivanju njegovih ciljeva, i to primenjujući sistematičan, disciplinovan i dokumentovan pristup vrednovanju i unapređenju postojećeg načina upravljanja rizicima, kontrole i rukovođenja procesima.

---

<sup>19</sup> Zakon o bankama propisuje da je unutrašnja revizija dužna da: 1) ocenjuje adekvatnost i pouzdanost sistema unutrašnjih kontrola banke i funkcije kontrole usklađenosti poslovanja banke; 2) obezbedi da se rizici na odgovarajući način identifikuju i kontrolišu; 3) utvrđuje slabosti u poslovanju banke i njenih zaposlenih, kao i slučajeve neizvršenja obaveza i prekoračenja ovlašćenja i priprema predloge za otklanjanje tih slabosti, kao i preporuke za njihovo sprečavanje; 4) održava sastanke sa upravnom odborom banke, kao i odborom za praćenje poslovanja banke; 5) redovno priprema izveštaje o aktivnostima unutrašnje revizije i dostavlja ih upravnom odboru banke, kao i odboru za praćenje poslovanja banke.

Banka je dužna da Narodnoj banci Srbije dostavi godišnji izveštaj o adekvatnosti upravljanja rizicima i unutrašnjoj kontroli banke. Izveštaj mora da sadrži i sledeće izjave: 1) da li su upravni i izvršni odbor banke identifikovali značajne rizike; 2) da li su politike unutrašnje kontrole i upravljanja rizicima u banci adekvatne i da li se efikasno primenjuju; 3) da li su Narodnoj banci Srbije dostavljeni tačni prikazi politika upravljanja rizicima i sistema unutrašnjih kontrola; 4) da je utvrđen plan aktivnosti za otklanjanje nedostataka i da se primenjuje ili da će biti utvrđen i dostavljen na usvajanje upravnom odboru banke.

Na osnovu svega što je izloženo može se konstatovati da je Zakon o bankama *lex specialis*, koji materiju korporativnog upravljanja u bankama uređuje drugačije od sistemskog zakona za materiju privrednih društava, kao i da je usaglašen sa međunarodnim finansijskim standardima i međunarodnim principima korporativnog upravljanja.

Kodeks korporativnog upravljanja Privredne komore Srbije i Kodeks korporativnog upravljanja Beogradske berze su usaglašeni sa Zakonom o privrednim društvima. Banke, ukoliko prihvate Kodeks korporativnog upravljanja, moraju u godišnjim izveštajima akcionarima da naznače da su u određenim pitanjima odstupile od normi Kodeksa, i zašto su odstupile. Razlog za odstupanje je upravo poštovanje Zakona o bankama, koji sadrži pojedina drugačija rešenja od Zakona o privrednim društvima i Kodeksa korporativnog upravljanja. Druga varijanta je eventualno nepristupanje Kodeksu korporativnog upravljanja, koji je usaglašen sa rešenjima sadržanim u Zakonu o privrednim društvima i primena principa korporativnog upravljanja propisanih Zakonom o bankama, koji su ugrađeni u statute banaka (na koje saglasnost daje Narodna banka Srbije). Treće moguće rešenje bi bilo – Kodeks korporativnog upravljanja u bankama, koji bi u celosti bio usaglašen sa Zakonom o bankama.

## ZAKLJUČAK

Na osnovu svega što je izloženo može se konstatovati da je Zakon o bankama usaglašen sa međunarodnim standardima bankarskog poslovanja i korporativnog upravljanja.

Sušтина korporativnog upravljanja u bankarstvu je iznalaženje najboljeg načina na koji će uprava banke postaviti korporativne ciljeve, voditi dnevno poslovanje banke, odgovarati akcionarima, štitići interese deponenata i organizovati poslovanje u skladu sa važećom regulativom. Utoliko je veći značaj harmoniza-



cije domaćeg zakonodavstva sa aktuelnim svetskim standardima postavljenim u oblasti bankarskog sistema i korporativnog upravljanja.<sup>20</sup>

Zakon o bankama je *lex specialis*, koji materiju korporativnog upravljanja u bankama uređuje drugačije od sistemskog zakona za materiju privrednih društava. Na primer, Zakon o privrednim društvima<sup>21</sup> propisuje da je u otvorenom akcionarskom društvu predsednik upravnog odbora istovremeno i generalni direktor, koji je istovremeno i predsednik izvršnog odbora, ako osnivačkim aktom ili statutom nije drugačije određeno, dok bankom rukovodi izvršni odbor. Pri preduzimanju pravnih radnji u ime i za račun banke, predsednik izvršnog odbora banke je dužan da obezbedi potpis jednog člana tog odbora (*four eyes principle*; takođe specifičnost Zakona o bankama). Saglasnost na statut banke, kao i saglasnost na izbor članova upravnog odbora i članova izvršnog odbora daje Narodna banka Srbije. U bankama je obavezno konstituisanje odbora za reviziju, kreditnog odbora i odbora za upravljanje aktivom i pasivom, što nije slučaj u akcionarskim društvima koja nisu banke i koja postupaju isključivo u skladu sa Zakonom o privrednim društvima. Pored toga, u akcionarskim društvima koja nisu banke i koja u pitanjima korporativnog upravljanja postupaju isključivo po Zakonu o privrednim društvima, propisana je obaveza konstituisanja komisija upravnog odbora, i to: komisije za imenovanja i komisije za naknade, što nije propisano Zakonom o bankama. U bankama je propisano i obavezno postojanje unutrašnje revizije i praćenje usklađenosti poslovanja (*compliance*). Drugačije su imperativno postavljeni i zahtevi koje mora da ispunjava eksterni revizor banke. Finansijsko izveštavanje je, takođe, drugačije postavljeno u odnosu na akcionarska društva koja nisu banke, i dr.

Na osnovu svega što je izloženo može se konstatovati da ima prostora za razmišljanje o Kodeksu korporativnog upravljanja u bankama, upravo zbog niza posebnih odredaba Zakona o bankama, odnosno specifičnosti banaka u odnosu na akcionarska društva koja primenjuju isključivo Zakon o privrednim društvima.

---

<sup>20</sup> Dukić-Mijatović, cit. delo.

<sup>21</sup> »Sl. glasnik RS«, br. 125/2004.

GORDANA JUHAS. LL.M.,  
Secretary, Commercial Bank  
of Belgrade

LEGAL ASPECTS OF THE CORPORATE GOVERNANCE  
IN BANKS

Summary

The paper is a review of the concept of corporate governance in general. It also presents the way of applying of principles of corporate governance in the banking system of the Republic of Serbia. The author also analyses the most important institutes of corporate governance in banking system, concluding that the Law on Banks is harmonized with international standards in the field of corporate governance and banking. She also proposes the idea of preparing and adopting a Code of Corporate Governance in the Banks, harmonized with the Law on Banks in the Republic of Serbia.

NIKOLA CICMIL

## **ROBNI ZAPIS O USKLADIŠTENIM POLJOPRIVREDNIM PROIZVODIMA KAO HARTIJA OD VREDNOSTI**

### U V O D

Robni zapis o uskladištenim poljoprivrednim proizvodima, po prvi put u našoj zakonodavnoj praksi, uređen je Zakonom o javnim skladištima za poljoprivredne proizvode koji je Narodna skupština Republike Srbije donela na zasjedanju od 29. maja 2009. godine sa primenom od 10. juna 2009. godine.<sup>1</sup>

Robni zapis je hartija od vrednosti koja prati uskladištene poljoprivredne proizvode, ima višestruki značaj za vlasnike, odnosno imaoce tih zapisa, posebno za čuvanje i promet poljoprivrednih proizvoda.

S tim u vezi, u ovom prilogu prikazuju se najbitnija pitanja koja se odnose na izdavanje, promet i naplatu potraživanja koja su sadržana u robnom zapisu o uskladištenim poljoprivrednim proizvodima, kao hartiji od vrednosti.

#### *Pojam i značaj robnog zapisa o uskladištenju poljoprivrednih proizvoda*

Robni zapis o uskladištenim poljoprivrednim proizvodima je hartija od vrednosti izdata od strane javnog skladišta po osnovu ugovora o skladištenju po-

---

Nikola Cicmil, pravni savetnik Agencije MEDO, Beograd.

<sup>1</sup> Zakon o javnim skladištima za poljoprivredne proizvode objavljen je u Službenom glasniku RS, broj 41 od 2. juna 2009. god.

ljoprivrednih proizvoda zaključenog između ostavioca i javnog skladišta, a dokazuje vlasništvo nad naznačenom količinom i kvalitetom uskladištenih poljoprivrednih proizvoda, kao i obavezu javnog skladišta da čuva i na zahtev imaoca robnog zapisa, izvrši predaju poljoprivrednog proizvoda – član 3. Zakona o javnim skladištima za poljoprivredne proizvode.

Izdavanje robnog zapisa o uskladištenju poljoprivrednih proizvoda uređeno je sa više propisa, od kojih za ovu priliku ukazujemo na:

- Zakon o javnim skladištima za poljoprivredne proizvode;
- Pravilnik o vrstama poljoprivrednih proizvoda koji mogu da se skladište u javnim skladištima;<sup>2</sup>
- Pravilnik o sadržini i načinu vođenja jedinstvene evidencije o izdatim robnim zapisima;<sup>3</sup>
- Pravilnik o sadržini, načinu vođenja i izgledu Registra robnih zapisa za poljoprivredne proizvode, kao i sadržini i načinu izdavanja robnih zapisa, načinu vođenja evidencije o izdatim robnim zapisima i obrascu robnog zapisa<sup>4</sup> i
- Zakon o obligacionim odnosima<sup>5</sup>, (u daljem tekstu: ZOO), a posebno odredbe kojima se uređuje ugovor o uskladištenju, odredbe ugovora o zalozi – zaloga potraživanja i odredbe o prenosu hartija od vrednosti izdate po naredbi.

Korisno je podsetiti da će se na sva pitanja u vezi robnog zapisa o uskladištenju poljoprivrednih proizvoda, a koja nisu uređena Zakonom o javnim skladištima za poljoprivredne proizvode (u daljem tekstu: Zakon), supsidijarno primenjivati odredbe ZOO – posebno one koje se odnose na Ugovor o uskladištenju, a naročito one koje se odnose na *skladišnicu kao hartiju od vrednosti*, pošto je Zapis o uskladištenim poljoprivrednim proizvodima poseban oblik skladišnice o uskladištenju robe. Analogan je slučaj i sa odredbama Ugovora o zalozi.<sup>6</sup>

Na supsidijarnu primenu Zakona o obligacionim odnosima upućuje i član 2. Zakona tako da je pojava otvorenih pitanja o robnim zapisima o uskladištenju poljoprivrednih proizvoda svedena na minimum.

---

<sup>2</sup> Pravilnik o vrstama poljoprivrednih proizvoda koji mogu da se skladište u javnim skladištima objavljen je u Službenom glasniku RS, broj 50 od 10. jula 2009. god.

<sup>3</sup> Pravilnik o sadržini i načinu vođenja jedinstvene evidencije o izdatim robnim zapisima objavljen je u Službenom glasniku RS broj 50 od 10. jula 2009. godine.

<sup>4</sup> Pravilnik o sadržini, načinu vođenja i izgledu Registra robnih zapisa za poljoprivredne proizvode, kao i sadržini i načinu izdavanja robnih zapisa, načinu vođenja evidencije o izdatim robnim zapisima i obrascu robnog zapisa objavljen je u Službenom glasniku RS, broj 35 od 26. maja 2010. godine.

<sup>5</sup> Zakon o obligacionim odnosima objavljen je u Službenom listu SFRJ, br. 29/78, 39/85 i 45/89 i Službenom listu SRJ, br. 31/93, 22/99 i 44/99.

<sup>6</sup> Videti odredbe ZOO: Čl. 740. do 748. koje se odnose na skladišnicu kod ugovora o uskladištenju i Čl. 989. do 994. koje se odnose na ugovor o zalozi – zaloga potraživanja.

Robni zapis o uskladištenju poljoprivrednih proizvoda kao hartija od vrednosti ima višestruki značaj i korist za imaoca te hartije, od kojih treba posebno istaći:

– mogućnost prenosa prava, odnosno prodaje uskladištenih poljoprivrednih proizvoda bez njihove fizičke predaje između učesnika na tržištu poljoprivrednih proizvoda, kao što je npr. Produktna robna berza u Novom Sadu. To će omogućiti uvođenje robnih zapisa na listing berze i primenu elektronskog načina trgovanja. Sve to omogućava brže sticanje novčanih sredstava za »hranjenje« nove proizvodnje i drugih delatnosti koje prate tu proizvodnju;

– robni zapis se može koristiti kao sredstvo zaloge za dobijanje kratkoročnih (lombardnih) kredita kod poslovnih banaka koji su potrebni poljoprivrednim proizvođačima za brži i nesmetani kontinuitet u finansiranju proizvodnje više vrsta poljoprivrednih proizvoda dok traje proizvodna sezona,<sup>7</sup> kao i

– da se prenosom robnog zapisa mogu izvršavati obaveze, odnosno dugovi imaoca robnog zapisa prema njegovim poveriocima.

### *Izdavanje i sadržina robnog zapisa*

Robni zapis o uskladištenim poljoprivrednim proizvodima izdaje javno skladište u kojem su uskladišteni poljoprivredni proizvodi na osnovu ugovora koji zaključuju ostavilac i javno skladište po prijemu tih proizvoda na uskladištenje.

Robni zapis se izdaje u pisanoj formi, a može biti izdat i u elektronskoj formi prilagođen vođenju te vrste evidencije.

Robni zapis izdat u pisanoj formi sastoji se iz dva dela, a to su »Priznanica« i »Založnica«, a sadrži sledeće elemente: naziv: »Robni zapis za poljoprivredne proizvode«; naziv: »Priznanica« koja sadrži napomenu da je istovremeno izdata »Založnica« i obratno; naziv, sedište i broj dozvole za rad javnog skla-

---

<sup>7</sup> Ugovor o kreditu na osnovu zaloge hartija od vrednosti – čl. 1009. do 1071. ZOO; Ugovor o kreditu na osnovu zaloge hartija od vrednosti – banka odobrava kredit u određenom iznosu uz obezbeđenje zalogom hartija od vrednosti koje pripadaju korisniku kredita ili trećem koji na to pristane – član 1069. ZOO. Iz komentara uz čl. 1069. i 1071. ZOO: »Takav bankarski posao je jedna vrsta ugovora o kreditu uz obezbeđenje u vidu zalaganja pokretnih stvari (tzv. ugovor o lombardu ili lombardni posao). Jedan deo skladišnice, tzv. založnica ili varant, upravo služi za to da bi bilo omogućeno zalaganje te hartije, a to na simboličan način znači i robe koja je uskladištena u javnom skladištu radi dobijanja kredita (član 746. stav 1. ZOO) ... Pošto se bankarski poslovi smatraju privrednim poslovima, za prodaju založene hartije od vrednosti banci nije potrebno odobrenje suda.« *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, II knjiga, str. 1648. i 1649, Izdanje: Savremena administracija 1.1, Beograd, 1995, glavni redaktor prof. dr Slobodan Perović.

dišta; broj robnog zapisa i datum izdavanja; datum važenja robnog zapisa; naziv/ime imaoca robnog zapisa; sedište/prebivalište imaoca robnog zapisa; vrstu, količinu, godinu proizvodnje, kvalitet proizvoda koji je uskladišten; troškove skladištenja i iznos datog avansa; podatke o objektu u kojem je poljoprivredni proizvod uskladišten; napomene o drugim podacima važnim za uskladištenje; potpis ovlašćenog lica i pečat javnog skladišta.

Praktično, robni zapis je hartija od vrednosti koja glasi na ime.

Imalac robnog zapisa može od javnog skladišta naknadno zatražiti da se robni zapis podeli na više robnih zapisa u zamenu za već izdate robne zapise, odnosno može zatražiti objedinjavanje više robnih zapisa u jedan robni zapis – član 20. Zakona.

Robni zapis se izdaje na period do jedne godine, odnosno na period koji ne može biti duži od roka trajanja poljoprivrednih proizvoda.

Imalac robnog zapisa može da produži period uskladištenja izdavanjem novog robnog zapisa, s tim što se prethodni robni zapis po isteku roka stavlja van snage – poništava.

Sadržina, način izdavanja i obrazac robnog zapisa, propisani su Pravilnikom ministra za poljoprivredu i šumarstvo o načinu vođenja Registra robnih zapisa i načinu izdavanja robnih zapisa, Čl. 9. do 14. tog Pravilnika.

Na poledini priznanice robnog zapisa upisuju se podaci o prenosu i podaci o zalozi robnog zapisa. Robni zapis, kao hartija od vrednosti prenosi se indosamentom pa se na poledini priznanice stavlja potpis indosatora–prenosioca i potpis indosanta–primaoca robnog zapisa sa drugim potrebnim podacima.<sup>8</sup>

Na poledini založnice upisuju se podaci o zalozi robnog zapisa sa pratećim podacima i potpisima zalagodavca i zalogoprimca robnog zapisa.

Vlasnik izgubljenog robnog zapisa ili dela robnog zapisa o tome bez odlaganja obaveštava javno skladište koje je izdalo robni zapis. Posle amortizacije izgubljenog robnog zapisa, javno skladište izdaje novi robni zapis ili deo robnog zapisa.

Obrazac robnog zapisa štampa se na specijalno zaštićenom papiru sa vodenim žigom i hologramom.

Posle izdavanja uskladištenih poljoprivrednih proizvoda javno skladište preuzima odnosne robne zapise i iste poništava. Javno skladište čuva poništene robne zapise 10 godina od isteka godine u kojoj je taj zapis poništen.

---

<sup>8</sup> Indosament vidi: Čl. 243. do 249. ZOO; Čl. 10. do 19. Zakona o menici. *Leksikon mehaničkog prava* – Aleksandar Gloginić, izdanje JP Službeni glasnik, Beograd 2010, str. 48. do 52 – Indosament, vrste indosamenta, založni indosament... »Indosament mora biti bezuslovan. Svaki eventualno uneti uslov smatra se kao da nije napisan. Delimični indosament je ništav... Založni indosament sadrži napomenu »vrednost za zalogu« ili ma kakvu drugu napomenu pod kojom se podrazumeva zalaganje... Po formi, založni indosament mora biti samo puni.«

### *Evidencija izdatih robnih zapisa*

Način vođenja evidencije i sadržina evidencije o izdatim robnim zapisima o uskladištenju poljoprivrednih proizvoda, bliže su uređeni sa već navedenim pravilnicima Ministra za poljoprivredu i šumarstvo, a to su: Pravilnik o sadržini i načinu vođenja jedinstvene evidencije o izdatim robnim zapisima, i Pravilnik o sadržini, načinu vođenja i izgledu Registra robnih zapisa za poljoprivredne proizvode, kao i sadržini i načinu izdavanja robnih zapisa, načinu vođenja evidencije o izdatim robnim zapisima i obrascu robnog zapisa.

Javno skladište je dužno da vodi evidenciju o izdatim robnim zapisima u propisanom Registru zapisa za poljoprivredne proizvode. Registar se vodi u pisanom ili elektronskoj formi, a podaci koje sadrži Registar su javni.

Ministarstvo za poljoprivredu i šumarstvo vodi jedinstvenu evidenciju o svim robnim zapisima koji su izdati, iskorišćeni i oštećeni za svako javno skladište, na osnovu izveštaja javnih skladišta koji se svakog prvog i petnaestog u mesecu dostavljaju tom Ministarstvu.

Od podataka koji se unose u Registar robnih zapisa posebno treba istaći podatke o: javnom skladištu za poljoprivredne proizvode (naziv, sedište, upis u Registar, matični broj i poreski identifikacioni broj – PIB, ime ovlašćenog lica i dr.); ostaviocu poljoprivrednih proizvoda – pravnom, odnosno fizičkom licu; ugovoru o uskladištenju robe; uskladištenoj robi i uslovima skladištenja (troškovi, uplaćeni avans, dodatne usluge skladištenja i sl.); prinudnoj naplati potraživanja na osnovu robnog zapisa; prenosu i zalozi robnog zapisa; kao i drug podatke, kako je to bliže propisano u članu 4.Pravilnika o načinu vođenja Registra (Registra robnih zapisa za poljoprivredne proizvode).

Registarska knjiga u kojoj se vodi Registar robnih zapisa čuva se 10 godina od isteka kalendarske godine u kojoj je ta knjiga zaključena.

### *Prenos i zalaganje robnog zapisa*

Robni zapis, odnosno priznanica i založnica pojedinačno mogu biti predmet trgovine, uključujući i berzansku trgovinu.

Prenos robnog zapisa vrši se izjavom o prenosu zabeleženom na poleđini priznanice i overen je potpisom prenosioca. Izjava o prenosu u kojoj primalac nije određen, smatra se blanko prenosom.

Robni zapis, odnosno priznanica i založnica mogu se prenositi indosamentom, zajedno ili odvojeno, kao i druge hartije od vrednosti koje se izdaju po naredbi.

Primalac robnog zapisa, odnosno primalac priznanice ili založnice robnog zapisa odvojeno, bez odlaganja o tome obaveštavaju javno skladište podnošenjem odgovarajuće prijave za upis tih promena. Moguću štetu zbog neblagovremene, odnosno nepotpune prijave nastalih promena snose primaoci robnog zapisa, odnosno priznanice ili založnice robnog zapisa.

Imalac robnog zapisa može da koristi robni zapis kao zalogu za obezbeđenje potraživanja kod svog poverioca. Pravo zaloge prenosi se na založnog poverioca prenosom založnice robnog zapisa a izjava o prenosu sadrži podatke o: založnom poveriocu – ime (naziv), prebivalište, odnosno sedište, podatke o založnom dužniku, ukupan iznos duga – glavnica sa kamatom, datum početka i datum dospeća obaveze obezbeđene založnicom, naziv (odnosno ime) prvog indosatara založnice robnog zapisa, potpis i pečat zalagodavca.

Podaci o prenosu založnice obavezno se unose i na poledini priznanice robnog zapisa na osnovu pisane prijave za upis promena koju javnom skladištu podnosi založni poverilac – imalac založnice robnog zapisa.

Javno skladište ima založno pravo na uskladištenim poljoprivrednim proizvodima kao obezbeđenje naplate za svoja potraživanja iz Ugovora o uskladištenju i ostalih potraživanja nastalih u vezi sa čuvanjem robe – član 23. Zakona.<sup>9</sup>

Postupak izdavanja, promet i zaloga robnog zapisa uređeni su u pojedinos-tima odredbama čl. 19. do 23. Zakona.

Pravna pitanja koja se odnose na robni zapis, a koja nisu uređena Zakonom o javnim skladištima za poljoprivredne proizvode, rešavaće se shodnom primenom čl. 740. do 748. ZOO kojima je uređen ugovor o uskladištenju, što se posebno odnosi na »priznanicu« i »založnicu« koji su delovi skladišnice iz Ugovora o uskladištenju, analogno robnom zapisu kao skladišnici za poljoprivredne proizvode.

Istovremeno, podsećamo i na odredbe član 989. do 994. ZOO kojima se uređuje zaloga potraživanja sadržana u hartijama od vrednosti, a to je u ovom slučaju robni zapis za poljoprivredne proizvode, koje će se shodno primeniti i na zalaganje robnih zapisa u slučajevima kada ta pitanja nisu uređena Zakonom o javnim skladištima za poljoprivredne proizvode.

---

<sup>9</sup> »Pored naknada za čuvanje, skladištar ima pravo na naknadu troškova koji su bili potrebni za očuvanje robe. Za svoja potraživanja iz ugovora o uskladištenju i ostala potraživanja nastala u vezi sa čuvanjem robe on ima založno pravo na toj robi.« (član 736. ZOO); Iz Komentara: Prema stavu 2 ovog člana, kao obezbeđenje za svoja potraživanja skladištar ima založno pravo na uskladištenoj robi. To je zakonsko založno pravo, dakle postoji čak i kad nije predviđeno ugovorom... Skladištar može prodati uskladištenu robu ako je to potrebno radi podmirenja njegovih potraživanja. U tom pogledu primenjuju se pravila o prodaji stvari založene za potraživanja iz ugovora u privredi (član 981. ZOO); Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Ibid., 1270.



*Primudna naplata potraživanja po osnovu robnog zapisa*

Postupak prinudne naplate potraživanja po osnovu robnog zapisa, vrši se vanskudskom prodajom uskladištenih poljoprivrednih proizvoda, bez podizanja protesta za naplatu robnog zapisa. Naplatu pokreće poverilac: u roku od pet dana od dospelosti potraživanja obezbeđenog založnicom, kada založni poverilac ne poseduje priznanicu; za nepodmirene troškove usluga skladištenja u roku od pet dana od dana isteka roka važenja robnog zapisa, i u roku od pet dana od dana kada je imaocu založnice isplatio izvršio isplatu obezbeđenog potraživanja.

Imalac založnice može od prenosioca u roku od 30 dana, po isteku roka od pet dana za plaćanje potraživanja, zahtevati isplatu razlike potraživanja uz dostavljanje dokaza da prodajom uskladištene robe nije mogao postići potpuno namirenje svog potraživanja.

O pokretanju postupka prinudne naplate i promenama u tom postupku, poverilac je dužan da o tome u roku od dva dana obavesti javno skladište, dužnika i zalagodavca kada to nije isto lice. Javno skladište je dužno da na dan prijema obaveštenja izvrši upis pokretanja postupka prinudne naplate u Registar robnih zapisa za poljoprivredne proizvode. U obaveštenju o pokrenutom postupku prinudne naplate poverilac je dužan da obračuna ukupno potraživanje i da odredi rok do kojeg se obaveza može izmiriti da bi se izbegla prinudna prodaja založenih poljoprivrednih proizvoda.

Prodaja založenih poljoprivrednih proizvoda može se izvršiti: prodajom proizvoda na robnoj berzi po postupku berzanske prodaje; vanberzanskom prodajom putem metoda javne aukcije i putem neposredne pogodbe.

Sprovođenje postupka prinudne prodaje poverilac može poveriti licu koje ovu delatnost obavlja kao zanimanje u skladu sa zakonom.

Berzanska i vanberzanska prodaja se sprovode primenom načela hitnosti postupanja i prilagođavanjem svih radnji prodaje prema vrsti i osobinama poljoprivrednih proizvoda koji se prodaju.

Kod vanberzanske prodaje može se prihvatiti ponuda za kupovinu dela založene robe, pod uslovom da nije bilo ponude za kupovinu celokupne količine, kao i da je robu moguće podeliti bez negativnog uticaja na cenu preostalog dela uskladištene robe što će javno skladište upisati na založnici i priznanici robnog zapisa u Registru robnih zapisa.

Aukcijsku prodaju robe poverilac mora objaviti oglasom u dnevnom listu koje se prodaje na području gde se aukcija sprovodi. Oglas o javnoj prodaji robe putem aukcije sadrži sve potrebne podatke o mestu i robi koja se prodaje, a javno skladište može da o tome obavesti i druge ostavodavce koji kod njega skladište poljoprivredne proizvode.

Aukcija se održava radnim danom u toku radnog vremena. Početna cena na prvoj aukciji ne može biti niža od 90% tržišne vrednosti poljoprivrednih proizvoda, a ako prva aukcija ne uspe, na narednim aukcijama prodaja se može izvršiti i po nižoj ceni, ali ne manjoj od najviše ponuđene cene na prethodnoj aukciji.

Savesni kupac u postupku prinudne naplate potraživanja stiče pravo svojine bez tereta na kupljenim poljoprivrednim proizvodima i ovo pravo ne može se osporavati zbog eventualnih propusta u postupku prodaje.

U slučaju propasti uskladištenih poljoprivrednih proizvoda koji su osigurani, uspostavlja se zakonsko založno pravo u korist poverioca po robnom zapisu na potraživanje u visini iznosa naknade po ugovoru o osiguranju.

Kod prinudne prodaje uskladištenih poljoprivrednih proizvoda, prvo se podmiruju troškovi prodaje, zatim obaveze prema javnom skladištu, a posle toga obaveze prema založnom poveriocu po osnovu robnog zapisa. Eventualni ostatak od prodajne cene isplaćuje se imaoocu priznanice po robnom zapisu.

U slučaju sprovođenja stečajnog postupka nad imaoцем robnog zapisa ili nad imaoćem priznanice, poverioci po robnom zapisu imaju status razlučnih poverilaca u odnosu na založene poljoprivredne proizvode. Ta potraživanja namiruju se u celini i prioritarno iz stečajne mase.<sup>10</sup>

Odredbama čl. 24. do 37. Zakona uređena su pitanja koja se odnose na prinudnu naplatu potraživanja po osnovu robnog zapisa.

### *Kompenzacioni fond za zaštitu od mogućih rizika uskladištenih poljoprivrednih proizvoda u javnom skladištu*

Radi obezbeđenja sredstava za isplatu mogućih šteta po osnovu robnih zapisa izdatih za uskladištene poljoprivredne proizvode u javnim skladištima, osnovan je Kompenzacioni fond, član 43. Zakona.

Kompenzacioni fond ima svojstvo pravnog lica i posluje pod nazivom *Kompenzacioni fond Republike Srbije*. Sedište fonda je u Beogradu. Fond može imati organizacione delove van sedišta, ali ti delovi ne mogu imati svojstvo pravnog lica.

Kompenzacioni fond, kao pravno lice, upisan je u Registar privrednih subjekata kod Agencije za privredne registre, od kada je i počeo sa radom. Za svoje obaveze Kompenzacioni fond odgovara imovinom kojom raspolaže.

---

<sup>10</sup> *Zakon o stečaju*, član 49, Službeni glasnik RS, broj 104 od 16. decembra 2009. god.

Nadzor nad radom Kompenzacionog fonda vrši Ministarstvo za poljoprivredu. Poslovanje Kompenzacionog fonda podleže reviziji poslovanja u skladu sa zakonom.

Sredstva za osnivanje i početak rada Fonda su obezbeđena u Budžetu Republike Srbije.

Sredstva za rad Fonda obezbeđuju se iz: Budžeta Republike Srbije; Uplata koje vrše javna skladišta za poljoprivredne proizvode po osnovu članarine i doprinosa (po toni) za uskladištene poljoprivredne proizvode; prihoda Kompenzacionog fonda; donacije koje se daju fondu i drugih izvora prihoda u skladu sa Zakonom.

S tim u vezi, Ministar poljoprivrede je doneo »Pravilnik o utvrđivanju visine članarine i dinarskog iznosa po toni uskladištenih poljoprivrednih proizvoda koje javno skladište za poljoprivredne proizvode plaća Kompenzacionom fondu«.<sup>11</sup>

Na osnovu čl. 2. i 3. Pravilnika, javna skladišta su dužna da godišnje uplaćuju članarinu po 1.000,00 dinara u korist Kompenzacionog fonda.

Po osnovu uskladištenih poljoprivrednih proizvoda po jednoj toni bespovratno se uplaćuje Kompenzacionom fondu iznos od 0,12 evra po srednjem zvaničnom kursu Narodne banke Srbije na dan uplate (član 4. Pravilnika). Sve uplate se vrše mesečno, od 1. do 5. u mesecu za uskladištenu robu u prethodnom mesecu (član 7. Zakona).

Radi obezbeđenja naplate potraživanja koja Kompenzacioni fond može da ima prema javnom skladištu za poljoprivredne proizvode, Ministar za poljoprivredu je doneo »Pravilnik o metodologiji za utvrđivanje iznosa po garanciji banke koju javno skladište za poljoprivredne proizvode predaje Kompenzacionom fondu«.<sup>12</sup>

Na osnovu člana 2. navedenog Pravilnika, javno skladište je dužno da Kompenzacionom fondu preda neopozivu, безусловnu i na prvi poziv plativu bankarsku garanciju na iznos koji je ekvivalentan dinarskoj protivvrednosti 10% robe koju javno skladište može da primi na skladištenje u odnosu na ukupni registrovani kapacitet javnog skladišta. Garancija se izdaje sa rokom važenja od 60 dana dužim od isteka dozvole za rad javnog skladišta.

---

<sup>11</sup> Pravilnik o utvrđivanju visine članarine i dinarskog iznosa po toni uskladištenih poljoprivrednih proizvoda koje javno skladište za poljoprivredne proizvode plaća Kompenzacionom fondu je objavljen u Službenom glasniku RS, broj 15 od 19. marta 2010. godine, sa primenom od 27. marta 2010. god., kada je stupio na snagu.

<sup>12</sup> Pravilnik o metodologiji za utvrđivanje iznosa po garanciji banke koju javno skladište za poljoprivredne proizvode predaje Kompenzacionom fondu je objavljen u Službenom glasniku RS, broj 15 od 19. marta 2010. god.

Garancija glasi na iznos izražen u evrima, a plativa je u dinarskoj protivvrednosti evra po srednjem zvaničnom kursu Narodne banke Srbije koji važi na dan plaćanja po garanciji.

Tekst garancije utvrđuje Kompenzacioni fond u skladu sa zakonom, a iznos po garanciji utvrđuje se tako što se količina od 10% vrednosti robe u odnosu na registrovani kapacitet skladišta izražen u tonama množi sa iznosom od 110 evra po toni, nezavisno od vrste poljoprivrednih proizvoda koji će biti skladišteni.<sup>13</sup>

Kompenzacioni fond odvojeno vodi sredstva koja javno skladište uplaćuje za pojedine vrste poljoprivrednih proizvoda i iz tih sredstava vrši isplatu nastalih šteta na pojedinim poljoprivrednim proizvodima uskladištenim u javnom skladištu.

Sredstva Kompenzacionog fonda koriste se u skladu sa zakonom, statutom, pravilima poslovanja i programom rada Kompenzacionog fonda.

Slobodna sredstva Kompenzacionog fonda mogu se investirati preko finansijskog tržišta radi zaštite vrednosti kapitala fonda, u skladu sa ovlašćenjem Ministarstva za finansije.

Organi Kompenzacionog fonda su: *Upravni odbor, direktor i Nadzorni odbor*. Članove Upravnog i Nadzornog odbora imenuje i razrešava Vlada Republike Srbije na period od četiri godine i ista lica mogu biti ponovo birana.

Opšta akta Kompenzacionog fonda su: *Statut, Pravila poslovanja, akt o organizaciji i sistematizaciji radnih mesta i drugi opšti akti*.

*Statut Kompenzacionog fonda sadrži odredbe o:* nazivu i sedištu Fonda, organima i njihovoj delatnosti, načinu odlučivanja organa, zastupanju Fonda, postupku izmene Statuta i drugim pitanjima od značaja za rad Kompenzacionog fonda.

*Pravilima poslovanja Kompenzacionog fonda uređuje se:* postupak utvrđivanja štete i iznos štete, postupak regresiranja potraživanja Kompenzacionog fonda od javnog skladišta, postupanje sa sredstvima Kompenzacionog fonda, kao i druga pitanja od značaja za poslovanje toga Fonda.

Na statut Fonda, pravila poslovanja, program rada, finansijski plan i akt o organizaciji i sistematizaciji radnih mesta saglasnost daje Vlada.

Osnovna delatnost Kompenzacionog fonda je utvrđivanje postojanja i isplata štete koje nastaju u vezi sa uskladištenim poljoprivrednim proizvodima u javnom skladištu. Za koje je odgovorno javno skladište.

Da bi se izbegle moguće štete na uskladištenim poljoprivrednim proizvodima, korisno je podsetiti na obaveze javnog skladišta u vezi:

---

<sup>13</sup> *Bankarska garancija* – Čl. 1083–1087. ZOO. – Božidar Pavićević – *Bankarska garancija u teoriji i praksi*, izdanje JP Službeni list SRJ, Beograd 1991, str. 57–131.

– obezbeđenja odgovarajućeg skladišnog prostora i drugih uslova propisanih Pravilnikom Ministra za poljoprivredu o uslovima koje moraju da ispunjavaju javna skladišta u pogledu skladišnog prostora za prijem, čuvanje i isporuku poljoprivrednih proizvoda, opreme za merenje količine i utvrđivanje kvaliteta poljoprivrednih proizvoda koji se skladište, vrednosti osnovnih sredstava koja nisu opterećena hipotekom ili drugim založnim pravom, u zavisnosti od vrste poljoprivrednih proizvoda koji su predmet uskladištenja kao i pokazatelja finansijskog poslovanja<sup>14</sup> i

– kvalitetom poljoprivrednih proizvoda koji se skladište u javnim skladištima (pšenica, kukuruz, ječam, suncokret, soja i uljana repica), što je bliže propisano Pravilnikom Ministra za poljoprivredu o tehničkim zahtevima u pogledu kvaliteta koje moraju da ispunjavaju poljoprivredni proizvodi koji se skladište u javnom skladištu<sup>15</sup>, što se sve prethodno ocenjuje prilikom donošenja odluke o naknadi štete koju Kompenzacioni fond isplaćuje vlasniku uskladištenih poljoprivrednih proizvoda.

Odluku o visini i obavezi naknade štete donosi Upravni odbor Fonda, na koju saglasnost daje Ministarstvu za poljoprivredu (član 52. Zakona).

Naknada štete za određene poljoprivredne proizvode isplaćuje se iz sredstava Fonda koja se odvojeno vode za tu vrstu poljoprivrednih proizvoda.

Pored poslova koji se odnose na poslove unutrašnje organizacije i rada Kompenzacionog fonda, potrebno je posebno istaći poslove u vezi sa: investiranjem-plasmanom slobodnih novčanih sredstava fonda preko finansijskog tržišta radi zaštite i uvećanja njihove vrednosti, i poslove izveštavanja prema Vladi Republike Srbije i Ministarstvu za poljoprivredu.

Poslovanje Kompenzacionog fonda podleže reviziji poslovanja u skladu sa zakonom. Izveštaj o izvršenoj reviziji Kompenzacioni fond dostavlja Vladi Republike Srbije.

Nadzor nad radom Kompenzacionog fonda obavlja Ministarstvo za poljoprivredu preko ovlašćenih inspektora, što se posebno odnosi na finansijsko poslovanje fonda i uplatu prihoda fonda u skladu sa članom 7. Zakona (članarine i doprinos po osnovu raspoloživog skladišnog prostora).

---

<sup>14</sup> Pravilnik o uslovima koje moraju da ispunjavaju javna skladišta u pogledu skladišnog prostora za prijem, čuvanje i isporuku poljoprivrednih proizvoda, opreme za merenje količine i utvrđivanje kvaliteta poljoprivrednih proizvoda koji se skladište, vrednosti osnovnih sredstava koja nisu opterećena hipotekom ili drugim založnim pravom, u zavisnosti od vrste poljoprivrednih proizvoda koji su predmet uskladištenja kao i pokazatelja finansijskog poslovanja je objavljen u Službenom glasniku RS, broj 30 od 7. maja 2010. god.

<sup>15</sup> Pravilnik o tehničkim zahtevima u pogledu kvaliteta koje moraju da ispunjavaju poljoprivredni proizvodi koji se skladište u javnom skladištu je objavljen u Službenom glasniku RS, broj 37 od 1. jula 2010. god.

Kompenzacioni fond podnosi Vladi Republike Srbije godišnji izveštaj o svom poslovanju, a vanredne izveštaje po zahtevu Vlade ili Ministarstva za poljoprivredu.

Vlada Republike Srbije podnosi Narodnoj skupštini godišnji izveštaj o poslovanju Kompenzacionog fonda za prethodnu poslovnu godinu.

*Mere nadzora u vezi sa korišćenjem robnih zapisa  
za poljoprivredne proizvode*

Ministarstvo Republike Srbije nadležno za poslove poljoprivrede vrši nadzor nad primenom odredaba Zakona o javnim skladištima za poljoprivredne proizvode i propisa donetih na osnovu tog Zakona, što se odnosi i na robne zapise, a posebno: da li je javno skladište izdalo robne zapise u skladu sa zakonom; da li javno skladište vodi pravilnu evidenciju robnih zapisa u Registru robnih zapisa; kontrolu vođenja evidencija o prenosu robnih zapisa; da li je vršena prinudna naplata po osnovu robnih zapisa, kao i da li je javno skladište, posle isteka, odnosno oduzimanja dozvole za rad, vratilo Ministarstvu za poljoprivredu neiskorišćene robne zapise u propisanom roku.

Poslove inspeksijskog nadzora vrše poljoprivredni inspektori. Privredno društvo, odnosno drugo pravno lice koje podleže nadzoru, dužno je da inspektoru omogući vršenje inspektorskog nadzora i da mu bez odlaganja stavi na uvid i raspolaganje potrebnu dokumentaciju i druge dokaze i izjasni se o činjenicama koje su od značaja za vršenje nadzora.

U vršenju poslova nadzora, poljoprivredni inspektor je ovlašćen da: zabrani rad javnom skladištu ako je nastavilo da vrši uskladištavanje poljoprivrednih proizvoda posle isteka dozvole za rad; naredi otklanjanje nedostataka, odnosno upotrebu prostorija i opreme, ako ti nedostaci utiču na kvalitet ili higijensku ispravnost uskladištenih poljoprivrednih proizvoda, i da naloži druge mere i preduzimanje drugih radnji u skladu sa zakonom.

Radi otklanjanja utvrđenih nezakonitosti i nepravilnosti poljoprivredni inspektor donosi rešenje u upravnom postupku. Protiv rešenja se može izjaviti žalba u roku od osam dana od dana dostavljanja rešenja. Žalba ne odlaže izvršenje rešenja. Po žalbi protiv prvostepenog rešenja rešava Ministar poljoprivrede. Dru-gostepeno rešenje je konačno i protiv njega se može voditi upravni spor.

Za povredu odredaba Zakona koje se odnose na robne zapise propisane su novčane kazne za privredne prestupe i prekršaje, kako za pravna tako i za odgovorna fizička lica. U slučaju izricanja novčane kazne za učinjeni privredni pres-

tup, pravnom licu i odgovornom licu, kao zaštitna mera, može se izreći mera zabrane određene privredne delatnosti u trajanju od šest meseci do godinu dana.

Mere nadzora i kaznene odredbe propisane su čl. 61–67. Zakona.

*Aktuelna praksa u vezi sa izdavanjem  
i korišćenjem robnih zapisa*

Protekla je već godina dana od kada se primenjuje Zakon o javnim skladištima za poljoprivredne proizvode.

Šta je pokazala praksa u vezi sa izdavanjem i korišćenjem robnih zapisa o uskladištenim poljoprivrednim proizvodima?

S tim u vezi, Ministarstvo poljoprivrede je već jula meseca 2009. godine organizovala pilot projekat za skladištenje poljoprivrednih proizvoda u koji je uključeno sedam javnih skladišta. Nije bilo velikog interesa od strane vlasnika poljoprivrednih proizvoda za korišćenje usluga javnih skladišta (poziv je prihvaćen od strane samo tri zemljoradnika iz Subotičkog kraja). Ovo sa razloga što su:

– cene zakupa u javnim skladištima bile visoke, neadekvatne mogućnostima deponenta robe;

– cene žitarica, posebno pšenice koju bi trebalo skladištiti, su tokom godine realno opale u odnosu na cenu u toku žetve, pošto je realno opala vrednost dinara (usled inflacije), a na tržištu objektivno postoji višak ponude žitarica u odnosu na potražnju istih. Pad tržišne vrednosti žitarica ne stimuliše vlasnike da skladište žitarice u javnim skladištima jer im to povećava troškove u odnosu na realnu cenu kojom te troškove ne mogu pokriti, praktično javlja se gubitak na supstanci;

– Kompenzacioni fond kao garant sigurnosti i zaštite uskladištenih poljoprivrednih proizvoda još praktično nije profunkcionisao – nema uplate po osnovu članarina od strane korisnika skladišta, niti uplate provizije od strane skladišta na raspoložive skladišne kapacitete. Država samoinicijativno stoji iza Kompenzacionog fonda, ali realno iz Budžeta ne prenosi sredstva;

– za uskladištene poljoprivredne proizvode skladišta u toku 2009. godine nisu ni izdavala robne zapise nego odgovarajuće potvrde, pa su vlasnici uskladištenih poljoprivrednih proizvoda kod banaka po tom osnovu teško dobijali kratkoročne kredite za tekuću proizvodnju. U odnosu na vrednost založene robe krediti su davani do iznosa od 50%, odnosno 65% od vrednosti te robe. Motiv vlasnika poljoprivrednih proizvoda je jasan. Kada se proda poljoprivredni proizvod (npr. pšenica) cena mora da pokrije cenu proizvodnje, troškove skladištenja,

cenu kredita (kamatu) i da vlasnik ostvari bar prosečnu zaradu a u našoj praksi se dešava suprotno.<sup>16</sup>

To nisu bili ciljevi Zakona. Naprotiv, ciljevi Zakona su bili i isti za ubuduće stoje: doprinos razvoju tržišta poljoprivrednih proizvoda; da zemljoradnici i zemljoradničke zadruge mogu uskladištene žitarice prodavati kada im tržišna cena tih žitarica najviše odgovara; mogućnost kreditiranja zaliha od strane poslovnih banaka; popunjenost skladišnih kapaciteta što je zajednički interes skladišta i deponenata poljoprivrednih proizvoda; postojanje Kompenzacionog fonda kao garanta za otklanjanje mogućih šteta na uskladištenim poljoprivrednim proizvodima, kao i postojanje i promet robnih zapisa o uskladištenim poljoprivrednim proizvodima kao hartija od vrednosti, što omogućava berzansku elektronsku trgovinu, kao i korišćenje robnih derivata kao što su fjučers ugovori i opcijski ugovori.

Robni zapisi kao hartije od vrednosti i robni derivati (fjučers ugovori i opcijski ugovori) značajno bi unapredili trgovinu na robnim berzama koja se do sada obavljala promptno između poznatih kupaca, što je već prevaziđeno i tu trgovinu nužno treba ubrzati uvođenjem sistema sekundarne trgovine. Ovo tim pre pošto je Srbija proizvođač značajnih količina poljoprivrednih proizvoda – kao tipične berzanske robe.

Polazeći od iznetih činjenica, praksa upućuje na neodložno donošenje Zakona o robnim berzama.

NIKOLA CICMIL,  
MEDO Agency, Belgrade

## COMMODITY BILL FOR STORED AGRICULTURAL PRODUCTS AS A SECURITY

### Summary

Commodity bills for stored agricultural products were first introduced in domestic legislation by the Law on Public Storage Facilities for Agricultural Products, which was passed by the National Assembly of the Republic of Serbia at the meeting held on 29 May 2009, and has been in force since 10 June 2009.

---

<sup>16</sup> Izvor podataka: dnevni list Politika od 29. 10. 2009. god. i od 23. 06. 2010. god.



What follows is a detailed explanation of: the concept and significance of commodity bills for stored agricultural products; issuance and contents of a commodity bill; registration of commodity bills; transfer and pledging of commodity bills; collection of receivables by means of commodity bills; compensation fund for remuneration of possible loss on stored agricultural products for which a commodity bill has been issued; control measures in connection with commodity bills and current practice regarding the use of commodity bills for stored agricultural products.

Issuance, trading and operations with commodity bills for stored agricultural products are regulated by provisions of the law on obligations pertaining to storage agreements and pledging of securities, and regulations pertaining to assignment of securities, as explained in the text that follows.

Bearing in mind that the attached article explains in detail all aspects of the commodity bill for stored agricultural products as a new legal form in domestic law, we believe that it will be accepted with approval among the local law practitioners and theorists – participants in the Kopaonik School of the Natural Law.



*PREDRAG ŠULEJIĆ*

### **PREDLOG TEMA ZA JAVNU RASPRAVU O NOVIM REŠENJIMA KOJA SADRŽI PREDNACRT GRAĐANSKOG ZAKONIKA REPUBLIKE SRBIJE U ODNOSU NA UGOVOR O OSIGURANJU**

U nastavku rada Komisije za izradu Građanskog zakonika Republike Srbije, posle prve publikacije objavljene u novembru 2007. godine<sup>1</sup>, objavljena je knjiga pod naslovom: »Obligacioni odnosi« – Prednacrt – Građanski zakonik Republike Srbije – Druga knjiga – : (u daljem tekstu: Prednacrt), maja 2010. godine, koja obuhvata Opšti deo obligacionih odnosa i Ugovore – među kojima je i ugovor o osiguranju.

U Prvoj knjizi Komisije za izradu Građanskog zakonika (dalje: Komisija; GZ), kada je reč o ugovoru o osiguranju, ukazano je na potrebu preispitivanja postojećih rešenja u Zakonu o obligacionim odnosima, mogućnostima izmena i dopuna postojećih rešenja, kao i unošenju novih, a koja bi bila u skladu sa razvojem savremenog uporednog prava u ovoj materiji, teorije i zakonodavstva, kao i iskustva naše sudske i poslovne prakse u tridesetogodišnjoj primeni Zakona o obligacionim odnosima (u daljem tekstu: ZOO). U tom prvom pristupu ugovoru o osiguranju Komisija je, pored ukazivanja na »otvorena pitanja« u regulisanju ugovora o osiguranju, takođe iznela i neke predloge u obliku normativnih rešenja. Na taj način, želelo se (posebno sa davanjem alternativa za pojedina rešenja) da se uključi šira pravnička javnost u ovaj odgovorni i ne lak zadatak.

---

Dr Predrag Šulejić, profesor Univerziteta u Beogradu.

<sup>1</sup> »Rad na izradi Građanskog zakonika Republike Srbije – Izveštaj Komisije sa otvorenim pitanjima«, Beograd, novembar 2007.

Reakcija naše stručne javnosti bila izražena u brojnim i konstruktivnim priložima (u stručnim časopisima, na savetovanjima, i dr.)<sup>2</sup>, što je doprinelo da se rešenja predložena u Prvoj knjizi poboljšaju, da se otvore nova pitanja i pruži vredna argumentacija, koja ostaje kao trajan doprinos nauci i struci osiguranja, bez obzira na njihovo mesto u novom GZ. Ostaju očekivanja da će doprinos naše stručne javnosti biti nastavljen sve do okončanja posla na kodifikaciji, posebno imajući u vidu da predlog novog regulisanja ugovora o osiguranju, sadrži brojne alternative, varijante i mogućnosti, za koje se treba argumentovano opredeljavati.

U tekstu ugovora o osiguranju, koji je obimno regulisan u Zakonu o obligacionim odnosima, od 1978. godine (šezdesetosam članova), u Prednertu GZ od 2010. godine izvršene su brojne izmene i dopune (u 16 članova), kao i formulisani novi članovi (24 člana). (Ukupan broj članova koje sadrži ugovor o osiguranju u Nacrtu iznosi 90). U najvećem broju ovih novina dati su predlozi sa alternativama, varijantama i različitim mogućnostima njihovog formulisanja. Ovim se htelo, pre svega, da se obuhvate mišljenja data u predhodnoj javnoj raspravi i podstakne opredeljivanje za pojedina rešenja, naravno, na bazi argumentacije koja je pratila ove predloge. Autor ovog rada će pokušati da u jednoj kraćoj verziji podseti na neke od važnijih izmena, sa osnovnom argumentacijom<sup>3</sup>.

Prethodno treba istaći da je na opredeljivanje Komisije za pojedina rešenja neminovno uticalo i saznanje potrebe usaglašavanja sa rešenjima savremenog komparativnog prava, a naročito sa pravom Evropske unije (gde je, inače, u toku rad na izradi Građanskog zakonika EU, rad koji se neće okončati u neposrednoj budućnosti, ali koji bi svakako morao biti u paralelnoj optici rada na izradi našeg GZ). Pojedina rešenja u ovoj oblasti trebalo bi usaglasiti sa čitavim sistemom smernica koje dolaze iz Evropske unije, a koje se odnose na sasvim konkretna pitanja iz oblasti građanskog prava, a što je posebno izraženo u pravu osiguranja. Harmonizaciju prava ne sprovode samo zemlje članice Evropske unije, već i sa one zemlje koje se nalaze na putu ka članstvu u Evropsku uniju, gde se nalazi i Republika Srbije i njen pravni sistem. Naravno, na tom putu usaglašavanja sa pravom EU ne treba mehanički preuzimati sve što je tamo predviđeno, nego treba kritički posmatrati u kojoj meri ta rešenja odgovaraju našem pravu – podrazumevajući pod tim naše zakonodavstvo, našu poslovnu praksu, životni uslove u

---

<sup>2</sup> Objavljeno je preko dvadeset radova u vidu članaka u stručnim časopisima, referatima na savetovanjima, diskusijama na okruglim stolovima posvećenom predlogu Komisije o ugovoru o osiguranju.

<sup>3</sup> Potpunija i šira obrazloženja predloženih promena u Građanskom zakoniku koja se odnose na ugovor o osiguranju ovaj autor je dao u referatu za Savetovanje Udruženja za pravo osiguranja na Paliću, aprila 2010. (objavljenom u Zborniku radova sa Savetovanja).

kojima se odvijaju pravni odnosi. (Ni sve države EU ne sprovode na isti način direktive EU u svoje nacionalno zakonodavstvo). Dakle, treba ispitati u kojoj meri su pomenuta rešenja prihvatljiva u našem pravu i kompatibilna pre svega sa načelima kojima su regulisani obligacioni odnosi (načelo ravnopravnosti ugovornih strana, načelo ekvivalencije uzajamnih davanja, načelo pacta sunt servanda, itd.).

Budući da je u pitanju »podsetnik« o pitanjima o kojima javna rasprava treba da pomogne opredeljivanje za rešenja data u alternativama ili varijantama, u ovom prikazu neće biti širih obrazloženja, budući da su ona već sadržana, kao što je rečeno, u brojnim radovima u vezi teksta datog u Prvoj knjizi Komisije.

Otuda, pitanja o kojima je reč su sledeća<sup>4</sup>:

*Domen primene Zakonika – član 1165 (član 899 ZOO)*

a) isključivanje primene normi GZ na pomorska i vazдушna osiguranja (umesto izraza »plovidbena osiguranja« u ZOO, precizira se taj pojam navođenjem da je reč o »pomorskom osiguranju i drugim osiguranjima na koja se primenjuju odredbe o pomorskom osiguranju« kao i na »osiguranja u vazдушnom saobraćaju«.

b) pitanje reosiguranja – u odnosu na isključenje primene zakona na osiguranje kredita nije ništa menjano, ali se postavlja pitanje reosiguranja. U osnovnoj odredbi člana 1165. GZ reosiguranje više nije isključeno od primene zakonskih odredba o ugovoru o osiguranju. (Otuda je otvorena mogućnost da se u GZ posebnim odredbama reguliše ugovor o reosiguranju, što je u Prednacrtu i učinjeno – čl. 1247–1252). Međutim, data je i varijanta u kojoj je reosiguranje isključeno (Prva varijanta). Data je i druga varijanta, u kojoj je unet nov stav 2. po kome se odredbe ove glave GZ primenjuju kao opšta pravila u osiguranjima koja su regulisana posebnim zakonom. Time se htelo da se omogući da odredbe GZ mogu da se primenjuju kao *lex generalis* kod ugovora o reosiguranju, što prema ZOO nije bilo moguće, jer je on izričito isključivao primenu svojih odredaba na reosiguranje.

*Forma ugovora o osiguranju – član 1167. i član 1168.*

Osnovno pitanje: da li je ugovor o osiguranju formalan ili konsensualan pravni posao.

– Za razliku od ZOO (član 901) u Prednacrtu je prihvaćen princip konsensualnosti, uz određene izuzetke:

– prihvaćen je poseban režim za osiguranja lica – formalni karakter ugovora;

– u alternativni proširen je princip formalnosti i na tz. potrošačke ugovore (kada je osiguranik fizičko lice koje ne zaključuje ugovor za svoje profesionalne ili komercijalne delatnosti).

---

<sup>4</sup> U daljem tekstu će biti citirani članovi Prednacrtu Građanskog zakonika, a ukoliko je potrebno i važećeg teksta Zakona o obligacionim odnosima.

*Norme o zaštiti osiguranika kao »potrošača usluga« osiguranja*

– Obaveza osigurača na informisanje osiguranika – član 1169.

U Prednacrft je uneto potpuno novo rešenje: obaveza osigurača da osiguraniku, u određenoj formi, pre zaključenja ugovora, kao i u toku trajanja ugovora, dostavi određene informacije (o elementima ugovora navedenim u zakonu), uz pravo osiguranika da u određenom roku raskine ugovora ako osigurač ne ispuni ovu obavezu.

– Prava osiguranika kod distancionog ugovora – član 1176. i član 1177.

a) Pored informacija koje je osigurač dužan da da osiguraniku prema članu 1169. u ovom slučaju još je potrebno da upozna osiguranika sa pravom na raskid ugovora u određenom roku, na određeni način i sa određenim posledicama, kao i o pravu da dobije dodatne informacije.

b) U posebom članu (član 1177) predviđeno je pravo ugovarača osiguranja da u određenom roku, bez obrazloženja, raskine ugovor, sa određenim posledicama, u dva slučaja: 1– kod tzv. »potrošačkih ugovora« o osiguranju i kod ugovora o osiguranju života. Predviđeni su izuzeci od ovog prava kod određenih ugovora (ugovori koji su zaključeni na period kraći od mesec dana; na osiguranje putnika i prtljaga; na osiguranje vlasnika motornih vozila od odgovornosti). – Može se postaviti i pitanje ovog prava na odustanak od zaključenog ugovora i u drugim slučajevima: kod svih ugovora, to jest i kod »nedistancionih«, kao i kod »nepotrošačkih« ugovora o osiguranju.

*Polisa osiguranja*

– Proširivanje polise bitnim sastojcima ugovora – član 1177 (čl. 902. ZOO): proširen je krug bitnih elemenata polise; uneta su pravila o prenosu polise kao hartije od vrednosti; uneto je pravilo da polisa može biti izdata u elektronskoj formi i sadržavati mehanički potpis

– Unošenje normi za slučaj neslaganja polise i sadržine sporazuma (ugovora) o osiguranju – član 1172. Svrha ovih odredba je da se sačuva pravo osiguranika da reaguje kada smatra da su njegova prava povređena, ali i da se sačuva pravna sigurnost u slučaju kada on to ne učini.

*List pokrića* – uloga i značaj (dvostruka funkcija) – član 1171.

Za razliku od ZOO (član 902. st. 2) predviđena je dvostruka funkcija lista pokrića: kao dokaza o privremenom pokriću, i kao dokaza o definitivno zaključenom ugovoru u osiguranju.

*Opšti uslovi osiguranja kao deo ugovora* – član 1173–1175.

Regulisana su pitanja: propisivanje obavezne sadržine opštih uslova osiguranja; upoznavanje osiguranika sa opštim uslovima i predaja osiguraniku opštih uslova; sankcija u slučaju neispunjavanja obaveze predaje opštih uslova. (U ovom zadnjem slučaju predviđena je i alternativa, po kojoj se sankcija u slučaju nepredaje opštih uslova zamenjuje pravilom po kome: klauzule koje predviđaju ništavost,

gubitak prava ili isključenje pokrića punovažne su ako su vidljivo odštampane u polisi).

*Posledice neisplate premije* – član 1188 (član 913 ZOO)

– Pored uslova za raskid ugovora zbog neplaćanja premije koje sadrži ZOO (dospelost, preporučeno pismo osigurača osiguraniku, momenat prestanka ugovora – po isteku roka od trideset dana od opomene, odnosno godinu dana ako opomene nije bilo), u Prednacrtu je predviđena, kao dodatni uslov, njegova izjava osiguraniku da ugovor želi da raskine, odnosno, u slučaju protoka roka od godinu dana (ako nije obavestio osiguranika), da nije izjavio da ugovor želi da održi na snazi. Ovo bi upozorilo osiguranika na posledice njegove docnje, ali i bilo u interesu osigurača koji bi, uprkos nastupanja uslova za raskid, želeo da ugovor održi.

– Plaćanje premije u ratama. – U nekim vrstama osiguranja uobičajeno je da se godišnja premija osiguranja plaća u mesečnim ratama. Pri tome se obično ugovaraju posledice propuštanja plaćanja pojedinih rata. Na primer, ugovara se da ugovor prestaje ako osiguranik ne plati tri uzastopne rate premije. Postavlja se pitanje da li je takva praksa suprotna pravilu iz člana 913. st. 3. i st. 4. ZOO – budući da je u pitanju imperativna norma. U uporednom pravu ovo pitanje se retko predviđa zakonom (u francuskom pravu ono je slično rešenju koje je ovde predloženo: osigurač ima pravo da raskine ugovor po isteku roka od trideset dana od stavljanja u docnju osiguranika bilo u pogledu dospele premije, bilo u pogledu dospele rate premije – član L 113–3).<sup>5</sup> – Moguća su dva pristupa ovom problemu<sup>6</sup>: po jednom rešenju, posledice neplaćanja rate premije tretirale bi se na isti način kao i neplaćanje premije kao jedinstvenog iznosa. (Nezgode ovakvog rešenja bi bile u tome što bi osigurač morao osiguranika da opominje za dospelost svake pojedine rate, to jest da ga stavlja u docnju za svaku neisplaćenu ratu); sa druge strane, postavilo bi se i pitanje da li se predviđena zakonska posledica izostavljanja opomene osiguranika od strane osigurača, što dovodi do prestanka osiguranja po sili zakona godinu dana od dospelosti premije, odnosi samo na plaćanje cele zaostale godišnje premije, ili i na pojedine rate. – Drugo bi rešenje bilo predvideti ovo pravilo o posledicama neplaćanja rata premije kao dispozitivnu normu, i time legalizovati praksu naših osigurača.

---

<sup>5</sup> Ovo se pitanje možda može urediti i na drugi način, kao, na primer, kod ugovora o prodaji (u slučaju kada kupac dođe u docnju sa prvom otplatom cene, sa najmanje dve uzastopne otplate, slučaj kada prodavac može zahtevati isplatu celog ostatka cene, itd – član 546. Zakona o obligacionim odnosima).

<sup>6</sup> Reč je o dve mogućnosti kojima se u članu 1188 dodaje novi stav (stav 4. u dve varijante), a ne o alternativni, kako je formulisano u Prednacrtu.

*Mogućnost uvođenja instituta obustave (suspenzije) ugovora zbog neplaćanja premije – član 1188a*

Kao alternativno rešenje odredbama o posledicama neplaćanja premije u našem pravu, predloženo je i sistemski drukčije rešenje, poznato u nekim pravima, po kome u slučaju neplaćanja premije najpre dolazi do suspenzije ugovora, a tek potom do raskida. Naš Zakon o obligacionim odnosima prihvata sistem raskida ugovora bez predhodne suspenzije. Sistem suspenzije poznaju neka prava (francusko i švajcarsko pravo), a predviđen je i u Skici prof. Konstatinovića, u članu 891. Specifično rešenje poznaje naš Zakon o pomorskoj i unutrašnjij plovidbi (»Neplaćanje premije u roku ne oslobađa osiguravača njegove obaveze iz ugovora o osiguranju i ne daje mu pravo da raskine ugovor o osiguranju, ako nije drukčije ugovoreno« – član 744. st. 4). Komisija ostavlja stručnoj javnosti da oceni celishodnost unošenja ovog instituta u naše pravo osiguranja imajući u vidu njegove prednosti za obe ugovorne strane (obaveza pokrića može biti ponovo uspostavljena plaćanjem zaostale premije; posle isteka odedenog roka od opomene osiguranika osigurač može da odluči da li će ostaviti da dejstva suspenzije i dalje traju, ili će raskinuti ugovor; i dr.).

*Raskid ugovora protekom vremena – član 1199 (član 922 ZOO)*

– Uslovi za raskid (otkaz) ugovora protekom vremena. – U tipskim ugovorima, kakav je ugovor o osiguranju, klauzule o dugoročnom trajanju osiguranja mogu da budu nepovoljne za osiguranike, ukoliko oni nemaju pravo da do isteka trajanja ugovora izađu iz ugovorne veze. Otuda je prisutna težnja u uporednom pravu da se predvidi pravo otkaza takvih ugovora u što kraćim rokovima. U Prednactu se predviđaju rešenja koja odstupaju od onih koja su prihvaćena u ZOO (član 922). U jednoj varijanti ugovornim stranama se daje pravo da pod određenim uslovima raskinu višegodišnji ugovor posle isteka roka od tri godine. (U ZOO taj rok je pet godina). U drugoj varijanti predviđa se pravo raskida istekom svakog jednogodišnjeg perioda (uz ispunjenje predviđenih uslova). Za pojedine vrste osiguranja dopušta se ugovornim stranama odstupanje od ovih pravila, jer se smatra da pravo na otkaz ugovora svake godine ne odgovara tim vrstama osiguranja. Tako, kod osiguranja života, koji ima i elemente štednje, osiguraniku treba ostaviti mogućnost da u svako doba ugovor može da raskine. Zatim, kod osiguranja od bolesti, osiguraču treba ostaviti mogućnost održavanja trajanja osiguranja u skladu sa potrebom da izbegne antiselekciju rizika. Najzad, kod pokrića profesionalnih rizika: smatra se da samo osiguranici u svojstvu »potrošača usluga« treba da budu zaštićeni pravom na jednogodišnji otkaz ugovora, u cilju izbegavanja tzv. nekorektnih klauzula, dok, sa druge strane, preduzeća i drugi profesionalci mogu i sami da se zaštite od »klauzula zloupotrebe«.



– »Obračunske polise«. U našoj sudskoj praksi je bilo slučajeva zauzimanja različitih stavova kod tumačenja dejstva tzv. obračunskih polisa, to jest, polisa kojima se utvrđuje premija za kraći vremenski period u okviru ugovorenog roka trajanja osiguranja (po pravilu kod višegodišnjih osiguranja). Problem nastaje onda kada osiguranik odbije da potpiše takvu posebnu polisu i odbije da plaća preostale premije pozivajući se na nepostojanje ugovora (ili njegov prestanak po sili zakona posle godinu dana, ako nije dobio opomenu osigurača). Smatralo se korisnim da se u Nacrtu predvidi rešenje za takve slučajeve.

#### *Mogućnost zakonskog uređenja prećutnog produženje ugovora – član 1200*

Kod osiguranja sa određenim rokom trajanja, istekom ovog roka dejstva ugovora se normalno gase. Kao izuzetak od ovog pravila javlja se tzv. prećutno produženje ugovora i posle isteka njegovog roka trajanja. Do toga dolazi kada ugovorne strane nastave i dalje da se ponašaju prema odredbama ugovora: osiguranik plaća i dalje premiju bez protivljenja osigurača, koji, sa svoje strane, preduzima mere za zaštitu od rizika. Na ovaj način kod pravnih odnosa osiguranja može doći do prećutnog produženja kao i kod drugih ugovora građanskog prava sa trajnim izvršenjem obaveza. Međutim, svojstva pravnih odnosa osiguranja nalažu izvesna specifična pravila u pogledu prećutnog produženja ovog ugovora. Ona se tiču uslova koji moraju biti ispunjeni da bi do njega došlo, roka na koji se ugovor može na ovaj način da produži, kao i dejstva nastavljenih pravnih odnosa – da li se produžuje stari ugovor ili je reč o novom ugovoru pod istim uslovima.

Po ugledu na praksu uporednog prava u Prednacrtu se, među uslovima koji moraju biti ispunjeni da bi došlo do prećutnog produženja ugovora, predviđa sporazum o tome, dok je rok na koji se može ugovor prećutno produžiti ograničen na godinu dana (kao i svako naredno produženje), s tim što ugovorne strane mogu predvideti i kraći rok.

#### *Uticaj stečaja ili likvidacije na osiguranje – član 1201 (član 923 ZOO)*

Zakon o obligacionim odnosima (član 923) sadrži različita pravila za slučaj stečaja osiguranika i stečaja osigurača (u vreme donošenja ZOO nije postojao poseban institut likvidacije, pa je potrebno dejstva stečaja primeniti i na ove slučajeve prestanka subjekata pravnih odnosa osiguranja). Na ovaj način ugovorne strane su dovedene u neravnopravni položaj, jer u jednom slučaju (stečaj osigurača) ugovor o osiguranju prestaje po sili zakona u toku od trideset dana od otvaranja stečaja, a u drugom slučaju (stečaj osiguranika) dalja sudbina ugovora o osiguranju zavisi od volje ugovornih strana, koje ga mogu raskinuti u roku od tri meseca od otvaranja stečaja. Činjenica je da mogu postojati različiti interesi obeju strana bilo za prestanak ugovora, bilo za nastavljanje njegovog dejstva. Racio rešenja koje prihvata naše pravo u slučaju stečaja osigurača je da se osiguraniku želi da očuva pravo na zaštitu iz osiguranja za izvesno vreme dok ne

obezbedi pokriće na drugoj strani, a njegovim poveriocima (stečajna masa osiguranika) da ne ostanu automatski bez pokrića samom činjenicom stečaja osiguranika. Međutim, osiguraniku ne treba ograničavati pravo da nastavi ugovor ako za to ima interes. Sa stanovišta osigurača, pak, u slučaju stečaja osiguranika, treba takođe biti očuvano pravo na nastavak ugovora do isteka vremena njegovog trajanja (naročito ako je primio znatnu premiju), ali i da izađe iz ugovorne veze sa nesolventnim osiguranikom.

*Osiguranje ratnih i političkih rizika u zakonskoj regulativi* – član 1209 (član 931 ZOO)

Prihvatanje termina: »ratni rizici« umesto »ratne operacije i pobune«

*Nova rešenja u GZ u delu o imovinskim osiguranjima*

- preciziranje pojma interesa osiguranja – član 1202;
- redukcija osigurane suma i smanjenje premije kod savesno zaključenog nadosiguranja – član 1210;
- osiguranje izgubljene dobiti – član 1203 (alternativa za stav 5. člana 925 ZOO);
- osiguranje za slučaj štete prouzrokovane od strane organa pravnog lica osiguranika – unošenje novog stava 4. u članu 929 ZOO.

*Osiguranje od odgovornosti* – član 1218–1222

- regulisanje momenta nastupanja osiguranog slučaja (uvođenje claims made metoda kao alternativnog)
- vremenska važnost osiguranja
- regulisanje snošenja troškova pravne zaštite osiguranika

*Nova rešenja u osiguranju lica*

- pristanak osiguranog lica kod osiguranja života trećeg lica, odnosno zakonskog zastupnika maloletnika i lica lišenih poslovne sposobnosti, a ne i kod kolektivnog osiguranja od nesrećnog slučaja – član 1227 i član 1228
- otkup i predujam – član 1235 i član 1236
- kumuliranje naknade i osigurane sume – član 1229 (brisanje odredbe iz člana 948 ZOO. koja dopušta ugovaranje osiguranja od nesrećnog slučaja kao osiguranje od odgovornosti ugovarača i time zabranu kumuliranja osigurane sume i naknade štete koju je prouzrokovali treće lice.

*Zastarelost potraživanja iz odnosa osiguranja*

Zakon o obligacionim odnosima reguliše pitanja zastarelosti kod potraživanja koja proističu iz ugovora o osiguranju (potraživanja iz ugovora o osiguranju života i potraživanja iz drugih ugovora o osiguranju), kao i potraživanja iz drugih pravnih osnova, kao što su: direktna tužba u osiguranju od odgovornosti i subro-

gacioni zahtev kod subrogacije osigurača u prava osiguranika prema trećem licu koje je pričinilo štetu. Pri tome, u nekim od ovih slučajeva zakon određuje rok zastarelosti i početak tog roka, u drugima samo rok ili samo početak roka. Postoji potreba da se za sva potraživanja o kojima je reč odrede zakonom i dužina i početak roka zastarelosti, vodeći računa o specifičnosti pojedinih potraživanja i interesima lica koja ih ostvaruju.

U tom smislu u Nacrtu se prelaže:

– da bi rok zastarelosti potraživanja osigurača iz ugovora o osiguranju trebalo da počne da teče od dana kada je on kao poverilac imao pravo da zahteva ispunjenje obaveze druge strane;

– da zastarelost tužbe osiguranika prema osiguraču od odgovornosti treba da teče od dana kada je osiguranik obeštetio oštećeno lice, na osnovu presude ili poravnanja;

– da zastarelost direktne tužbe u osiguranju od odgovornosti treba da teče od časa kada je oštećeni saznao za štetu i učinioca (alternativno: od dana kada je oštećeni saznao kod koga je osigurača osiguranik osiguran);

– da bi trebalo proširiti dejstva opštih pravila o prekidu i zastoju zastarelosti i na zahteve oštećenog lica koje on ima prema osiguraniku i prema osiguraču;

– da bi, pored pravila o zastarelosti subrogacionog zahteva, takođe trebalo predvideti i pravila o zastarelosti regresnih zahteva osigurača prema osiguraniku ili nekom drugom licu za isplaćenu naknadu štete trećem licu.

Samo se po sebi razume da je poželjno da i ostala pitanja, kako ona koja su predviđena (kao nova ili kao izmene i dopune postojećih iz Zakona o obligacionim odnosima), tako i ona koja nisu regulisana, a za čije regulisanje postoje odgovarajući argumenti, budu razmatrani u javnoj raspravi.



**POGLED NA NEKA NOVA ZAKONSKA REŠENJA  
NEPRIMERENA OBAVEZONOM OSIGURANJU  
AUTOODGOVORNOSTI**

U V O D

Posle trinaest godina primene odredaba kojima je regulisano obavezno osiguranje za štete u saobraćaju obuhvaćenih u Zakonu o osiguranju imovine i lica od 1996. god. (ZOIL)<sup>1</sup>, inače ukinutog u delu ostalih odredbi donošenjem Zakona o osiguranju od 2004. god. (ZO)<sup>2</sup>, Srbija je konačno dočekala da dobije poseban zakon u kome je regulisana ova materija – Zakon o obaveznom osiguranju u saobraćaju (ZOOS; Zakon). Rad na njegovom donošenju je započet izradom 2004. god. prvog teksta nacрта ovog Zakona od strane Narodne banke Srbije (NBS) i trajao je pet godina.<sup>3</sup> To je neobičajeno dug period za ovako važan za-

---

Prof. dr Jovan Slavnić, Univerzitet u Novom Sadu; predsednik Udruženja za pravo osiguranja Srbije.

<sup>1</sup> Službeni list SRJ, br. 30/96 i drugi brojevi. To su članovi članovi 73–108, čl. 111–112, osim čl. 86. koji će prestati da važi po isteku tri godine od stupanja na snagu ZOOS. U čl. 86. predviđeni su minimalni iznosi na koje se mora biti zaključeno osiguranje od autoodgovornosti. Oni koji su predviđeni da će se primenjivati po isteku ovog roka, u čl. 22, značajno su niži kako za lične štete tako i štete na stvarima od predviđenih u čl. 9. Direktive 2009/103/EC koja se odnosi na osiguranje od građanskopravne odgovornosti u vezi sa upotrebom motornog vozila, i ustanovljenje obaveze da se osigura od te odgovornosti, o čijim rešenjima, nekima od njih, će biti reči prilikom razmatranja pitanja koja su predmet ovog rada.

<sup>2</sup> »Službeni glasnik RS«, br. 55/2004, 70/2004, 61/2005, 85/2005, 101/2007, 63/2009, 107/2009.

<sup>3</sup> Tokom rada na donošenju ovog Zakona, izrada njegovog nacрта je iz nadležnosti NBS prebačena u nadležnost Ministarstva finansija.

kon, čija je materija koja se odnosi na obavezno osiguranje odgovornosti u vezi s upotrebom motornih vozila, o kome će se govoriti u ovom radu, već bila regulirana u pet direktiva EU i čija su rešenja znatno ranije bila prihvaćena u svim republikama bivše SFR Jugoslavije.<sup>4,5</sup>

Posle nacрта izrađenog u NBS sastavljeno je više drugih, novih tekstova nacerta tog Zakona. U svima, kao i u poslednjem koga je Ministarstvo finansija uputilo Vladi da ga usvoji i dostavi Skupštini kao predlog Zakona na usvajanje, isticani su uvek isti razlozi koji nalažu njegovo donošenje. Ovde ćemo navesti samo one u okviru kojih ćemo, u izlaganjima koja slede, pratiti da li su rešenjima koja su u Zakonu prihvaćena oni kao postavljeni ciljevi (istaknuti su u obrazloženju Predloga Zakona) realizovani. To su: 1. potreba podizanja kvaliteta obavljanja delatnosti obaveznog osiguranja prema standardima koji postoje u razvijenim tržišnim privredama i u skladu sa regulativom Evropske unije u oblasti usluga u osiguranju; 2. potreba veće zaštite oštećenih lica u saobraćaju, kao i zaštita finansijskog i socijalnog položaja osiguranika kao lica odgovornog za štetu i 3. potreba nužnog obezbeđivanja većeg stepena stabilnosti i discipline u izvršavanju obaveza društava za osiguranje utvrđenih Zakonom i preuzetih ugovorom o osiguranju.<sup>6</sup>

Nekoliko tekstova objavljenih nacerta ZOOS bio je izložen javnoj raspravi. Oni su razmatrani na odgovarajućim internim skupovima u društvima za osiguranje i Udruženju osiguravača Srbije i pojedinim javnim stručnim i naučnim skupovima na kojima je ukazivano na ozbiljne nedostatke predloženih rešenja i

---

<sup>4</sup> Slovenija je, na primer, još 1994. god. donela Zakon o obaveznom osiguranju od odgovornosti u saobraćaju 1994, koji je kasnije kako su donošene directive EU više generacije menjan i dopunjavan i to 2002, 2006 i 2007. Hrvatska je svoj Zakon o obaveznom osiguranju u prometu donela 2005. Itd.

<sup>5</sup> ZOOS ipak nije stupio na snagu u celini istekom predviđenog roka od šest meseci od objavljivanja (12.10.2009), jer je primena velikog broja od njegovih 101 članova, a ako se ne izuzmu prelazne i završne odredbe, onda 119 članova ili odredaba pojedinih članova odložena do nastupanja nekoliko neizvesnih događaja (pristupanja Srbije Evropskoj uniji ili Svetskoj trgovinskoj organizaciji, ili od donošenja podzakonskih akata za primenu pojedinih odredaba od kojih za neke nije određen rok donošenja) ili izvesnih, kraćih ili dužih rokova (šest meseci, jedna godina, tri godine od dana stupanja na snagu zakona, od 1. januara 2010). Za, na primer, dvadeset članova ili za veći broj odredaba u pojedinim od tih dvadeset članovima odložena je primena do stupanja Srbije u EU (čl. 117. st. 1. tač. 1. ZOOS). Zakon je objavljen u Službenom glasniku RS, br. 51/2009.

<sup>6</sup> U obrazloženju za donošenje ZOOS, Ministarstvo finansija ističe da su, pored navedenih, osnovni razlozi za njegovo donošenje bili: potreba stvaranja zakonskih i drugih normativnih pretpostavki za razvoj i unapređenje obaveznog osiguranja u saobraćaju; potreba uređivanja oblasti obaveznog osiguranja posebnim zakonom, kao najbolje prakse država članica Evropske unije u ovoj oblasti, a saglasno tendenciji povećanja zaštite oštećenih lica u saobraćaju u Evropskoj uniji; i potreba podizanja nivoa zaštite sigurnosti pravnog prometa kroz obezbeđivanje minimalnog standarda funkcionisanja unutrašnjeg tržišta (?).

umesto njih predlagana su nova, bolja rešenja.<sup>7</sup> Rezultat tih rasprava i na njima učinjeni predlozi za nova rešenja je ostao, međutim, u velikoj nesrazmeri sa onim koji su prihvaćeni od predlagača Zakona, tako da su kritikovana glavna rešenja nacrtu zadržani u usvojenom tekstu Predloga ZOOS.<sup>8</sup> Štaviše, u usvojenom tekstu ZOOS našla su se i neka, takođe podložna ozbiljnoj kritici, nova rešenja koja nisu bila sadržana u njegovim nacrtima. Neke od ovih kritikovanih, a zadržanih rešenja kao i ovih novih jesu okosnica Zakona. Većina čine ključne elemente sistema osiguranja odgovornosti iz upotrebe motornog vozila u Srbiji (osiguranje autoodgovornosti).

U uvodnom izlaganju, radi sagledavanja širine našeg pogleda na rešenja ZOOS u kojima u ovom trenutku analize vidimo ozbiljne nedostatke koji zahtevaju oštru kritiku, mi ćemo ih samo navesti, sistematizujući ih u osam grupa. U nastavku, u posebnom delu rada, osvrnućemo se, međutim, samo na tri grupe rešenja. Za osvrt na sva ostala bio bi nam potreban veliki prostor a to izlazi iz okvira karaktera godišnjeg skupa koji organizuje Kopaonička škola prirodnog prava. Zato će ona biti izložena kritici u našim drugim radovima.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Jedan od specijalizovanih javnih skupova je organizovalo Udruženje za pravo osiguranja Srbije na kome su sintetizovane sve primedbe i predlozi razmatrani na ovom i drugim skupovima organizovanih tim povodom (videti: Okrugli sto »Nova rešenja u Nacrtu Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju«, Revija za pravo osiguranja, br. 1–2/2007, str. 34–43). Bilo je i zapaženih individualnih radova u kojima su razmatrana pojedina rešenja iz objavljenih nacrtu: Siniša Ognjanović, Kakvo je osiguranje od automobilske odgovornosti potrebno Srbiji, Zbornik radova sa IX godišnjeg savetovanja Udruženja za pravo osiguranja Srbije »Evropski put prava osiguranja Srbije, posebno ugovora o osiguranju«, Palić, april 2008, str. 237–238; Milan Cerović, Uloga i cilj organizacije garantnog fonda u zemljama u okruženju i nekim zemljama EU, Zbornik radova sa X godišnjeg savetovanja Udruženja za pravo osiguranja Srbije »Integracija prava osiguranja Srbije u EU sistem osiguranja«, Palić, april 2009, str. 235–263.

<sup>8</sup> O ovim ranije predloženim kritikovanim a sada novim sistemskim rešenjima tokom prve polovine 2010. god. razvila se ponovo živa diskusija u našoj stručnoj i naučnoj javnosti, bilo u okviru individualno objavljenih radova bilo javno upućenih kritika sa organizovanih skupova. Videti: Predrag Šulejić, »Osvrt na neke odredbe novog Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju«, Tokovi osiguranja, br. 1/2010, str. 3–9; Predrag Šulejić, Okrugli sto održan 14. juna 2010. u organizaciji Udruženja za pravo osiguranja Srbije i Udruženja osiguravača Srbije: »Nova rešenja i prava iskustva u primeni Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju«, izlaganje na temu: »Pozitivna i negativna rešenja u novom Zakonu o obaveznom osiguranju u saobraćaju«, Revija za pravo osiguranja, br. 3/2010.

<sup>9</sup> Jedno od tih rešenja mi smo ispitali u objavljenom izlaganju: »Ograničenje uloge Udruženja osiguravača Srbije«, na Okruglom stolu: »Nova rešenja i prva iskustva u primeni Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju«, Revija za pravo osiguranja, br. 3/2010, a sledeća dva u prilogu objavljenom u istom broju ovog časopisa pod naslovom »Nedostaci u načinu organizovanja garantnog fonda i propisanim merama nadzora u novom Zakonu o obaveznom osiguranju u saobraćaju«.

Nakon izvršene analize na »uzorku« rešenja ZOOS koja se odnose na grupe pitanja, dole nabrojana pod 1, 2 i 3, suočićemo se sa tolikom količinom usvojenih rešenja kojima se krše ekonomska i druga načela Ustava Republike Srbije ili su u suprotnosti sa sistemskim zakonima u određenim oblastima, kao što su oni kojim se uređuju obligacionopravni odnosi (Zakona o obligacionim odnosima), sistem osiguranja imovine o lica (Zakon o osiguranju) ili sistem slobodnog i otvorenog tržišta (Zakon o zaštiti konkurencije), koja, uz to, odstupaju od prava EU, da se opravdano može postaviti pitanje da li postoji politička volja stranaka na vlasti za vladavinom prava i pravnom državom i za harmonizaciju prava Srbije sa komunitarnim pravom. Ili im je pozivanje na Srbiju kao pravnu državu i usklađenost zakona koji se donose sa pravom EU samo dobra floskula za situacione dnevno političke potrebe promocije.<sup>10</sup> Ovo pitanje možda ne bi bilo umesno da nismo svedoci da se u Srbiji masovno donose zakoni, uredbе vlade i druga podzakonska akta kojima se narušava ustavni sistem zemlje i sistemski zakoni u odgovarajućim oblastima. Svež primer dok pišemo ovaj rad, jeste nedavno objavljena odluka Ustavnog suda Srbije o neustavnosti značajnog broja odredaba Zakona o izmenama i dopunama Zakona o javnom informisanju od 2009. god.

Grupe u kojima su obuhvaćena u osiguranju autoodgovornosti neprimerena rešenja koja donosi novi ZOOS su: 1. Ograničenja u prodaji polisa osiguranja autoodgovornosti i raspolaganju sredstvima premije za pokriće troškova sprovođenja ovog osiguranja, 2. Neodrživost ustanovljene obaveze za društava za osiguranje da primenjuju zajedničke uslove osiguranja, premijski sistem sa jedinstvenim osnovama premije osiguranja i minimalnom tarifom osiguranja autoodgovornosti, 3. Ograničenje prava oštećenog lica da koristi direktnu tužbu i ograničenja u odnosu na postupak i rokove za odlučivanje društva za osiguranje o zahtevu oštećenog lica za naknadu štete u mirnom postupku, 4. Ograničenja u oblasti naknade štete na licima, 5. Nedostaci rešenja o gubitku prava iz osiguranja autoodgovornosti, 6. Nedostaci posebnih mera nadzora nad poslovanjem društava za osiguranje koja sprovode osiguranje autoodgovornosti, 7. Nedostaci novog načina organizovanja garantnog fonda i 8. Ograničenje uloge Udruženja osiguravača Srbije.

---

<sup>10</sup> Ovo isto se može reći i za grupu rešenja pod 4. i 5. koja se odnose na ograničenja u oblasti naknade štete na licima i ograničenje uloge Udruženja osiguravača Srbije (videti o tome izlaganja Predraga Šulejića i Jovana Slavnića objavljena u Reviji za pravo osiguranja br. 3/2010 – Okrugli sto: »Nova rešenja i prva iskustava u primeni Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju«).



*Ograničenja u prodaji polisa osiguranja autoodgovornosti  
i raspolaganju sredstvima premije za pokriće  
troškova sprovođenja ovog osiguranja*

Jedna grupa osporavnih rešenja ZOOS je ona prema kojima se, pored zastupnika i posrednika osiguranja i društava za osiguranje, kao jedina ovlašćena lica za prodaju polisa osiguranja od autoodgovornosti određuje da mogu biti pravna lica ovlašćena za vršenje tehničkih pregleda motornih vozila (čl. 44. st. 1–3), rešenje kojim se u Zakonu limitira režijski dodatak u obavljanju poslova osiguranja od ove odgovornosti do maksimuma od 23% bruto premije tog osiguranja i provizija za prodaju polisa ovog osiguranja limitira na iznos do 5% bruto premije (čl. 45. st. 1–3). I, u vezi sa ovim rešenjima, rešenje kojim se predviđa, radi izbegavanja mogućeg zaobilaznog povećanja provizije za prodaju polisa osiguranja od strane pravnih lica ovlašćenih za vršenje tehničkih pregleda (tehnički pregledi), da ona, osim ugovora o prodaji polisa osiguranja, ne mogu sa društvima za osiguranje i njima povezanim licima da zaključuju ugovore o zakupu njihovog poslovnog prostora ili druge pravne poslove kojima bi tehnički pregledi ostvarivali druge prihode i pogodnosti iz sredstava društva za osiguranje ili sa njima povezanim licima<sup>11</sup>.

Zaključivanje ovih ugovora je čitav niz godina praktikovan u odnosima između društava za osiguranje i tehničkih pregleda, jer je su svi zakoni o bezbednosti saobraćaja na putevima, uključiv najnoviji usvojen 2009. god.<sup>12</sup>, zabranjivali ovim pravnim licima da, osim tehničkih pregleda, obavljaju druge poslove. Tako je zaključivanjem, primarno ugovora o zakupu sa tehničkim pregledima, od strane izvesnog broja društava za osiguranje izigravana zakonska zabrana da tehnički pregledi prodaju polise osiguranja i oni su de facto posredstvom zaključenih ugovora o zakupu njihovog poslovnog prostora pretvarali u zastupnike osiguranja. To je bio vladajući model, sa stanovišta nekih naših društava za osiguranje, da se postigne da zaposleni u tehničkim pregledima, umesto ili pored zastupnika osiguranja društava za osiguranje sa kojima su imali zaključene ugovore o zakupu poslovnog prostora, pretvore u »legalne« prodavce polisa osiguranja autoodgovornosti; i da se angažovanjem zaposlenih u tehničkim pregledima u prodaji polisa izbegnu profesionalni zastupnici i posrednici osiguranja, koji su

---

<sup>11</sup> Videti neka krirička zapažanja o ovim pitanjima kod: Rade Badža, Okrugli sto: »Nova rešenja i prva iskustva u primeni Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju«, izlaganje na temu: »Odnos društava za osiguranje i pravnih lica ovlašćenih za vršenje tehničkih pregleda u sprovođenju osiguranja autoodgovornosti i registracije motornih vozila«.

<sup>12</sup> Službeni glasnik RS, br. 41/2009.

očekivali, zahtevali i dobijali od društava za osiguranje značajno veće provizije od tehničkih pregleda. »Javna tajna« u miljeu društava za osiguranje u pogledu visine provizija za prodaju polisa osiguranja autoodgovornosti »otkrivala« je da su se one za profesionalne zastupnike i posrednike osiguranja odobravale u rasponu između 20% i 30% od naplaćene godišnje premije ovog osiguranja.

U vezi sa razmotrenim rešenjima koja sadrže čl. 44. i čl. 45. st. 1–3. ZOOS ističe se da su njima povređena, između ostalog, neka od osnovnih ustavnih ekonomskih načela, kao što je načelo da ekonomsko uređenje u Republici Srbiji počiva na tržišnoj privredi, otvorenom i slobodnom tržištu, slobodi preduzetništva, samostalnosti privrednih subjekata i ravnopravnosti privatne i drugih oblika svojine (čl. 82), načelo slobode preduzetništva (čl. 83) i načelo jednakosti pravnih subjekata na tržištu (čl. 84). Ukazuje se i da su ona, takođe, suprotna jednom od osnovnih načela obligacionih odnosa – načelu autonomije volje strana u obligacionim odnosima koje podrazumeva da strane u obligacionim odnosima slobodno uređuju svoje odnose (čl. 10. ZOO).<sup>13</sup>

Vredno je pažnje da se ovde ukaže na još jedno posebno rešenje koje se tiče bruto premije osiguranja autoodgovornosti, za koje se može istaći da su njegovim usvajanjem, takođe, učinjene povrede istaknutih načela ekonomskog uređenja. Reč je o u Zakonu ustanovljenoj obavezi za društva za osiguranje da u narednih pet godina po njegovom usvajanju izdvajaju kao deo preventive 1,2% bruto premije osiguranja od autoodgovornosti i da taj iznos kvartalno uplaćuju na poseban račun za uvođenje, funkcionisanje i unapređenje sistema za praćenje, kontrolu i regulisanje saobraćaja, rečju za video nadzor na putevima (čl. 45. st. 4–6).

To nije usamljen slučaj da država Srbija oličena u Vladi koja predlaže zakone i Skupštini koja ih donosi, namene koje se pokrivaju iz bužeta umesto da finansira iz sredstava javnih prihoda i javnih primanja, obezbeđuje nedostajuća sredstva u budžetu »eksproprijacom« sredstva građana i privrednih društava. U ovom slučaju ona ustanovljava novi budžetski izvor, tako što oduzima deo sredstava bruto premije osiguranja autoodgovornosti društvima za osiguranje, formira parabudžetska sredstva i osniva parabudžetski fond, iskazujući tako nemoć da obezbedi da se legalnim izvorima (javnim приходima i javnim primanjima) bužet puni i ostvaruju njegovi ciljevi<sup>14</sup>. Ignorišući pri tom prinudne norme Zakona o osiguranju (ZO) koje striktno propisuju namenu sredstava premija osiguranja i tehničkih rezervi (fondova) koje se iz bruto premija formiraju u društvima za osiguranje (čl. 106–107) i utvrđuju oduzimanje dozvole za rad društvu kao meru

---

<sup>13</sup> Rade Badža, *ibid.*

<sup>14</sup> Vidi članove 14–21 (»Vrste javnih prihoda i primanja«) u Zakonu o budžetskom sistemu, Službeni glasnik RS, br. 54/2009.

nadzora NBS ako sredstva premije troši nenamenski (čl. 174)<sup>15</sup> Ovim rešenjem ZOOS zanemaruje se i norma ZO koja izdvajanje dela premije za fond preventive proglašava fakultativnim izdvajanjem (pravom, a ne obavezom društva za osiguranje) (čl. 106. st. 2).

Sasvim je izvesno očekivati da će za procenat bruto premije koji su društva za osiguranje dužna, prema ZOOS, da izdvajaju za formiranje ovog iznudenog fonda preventive, društva povećati premije osiguranja autoodgovornosti i da će finansiranje ovog fonda, zahvaljujući prividu legalnosti ovog rešenja, biti prebačeno na osiguranike obaveznog osiguranja autoodgovornosti.

Razumno je pretpostaviti da se rešenje o formiranju fonda preventive iz bruto premije osiguranja autoodgovornosti našlo u Zakonu, jer je predlagač opravdano očekujivao da menadžment i lobi društava za osiguranje neće reagovati protivljenjem, pokretanjem postupka ocene njegove ustavnosti, kod velikih ustupaka koje su im učinjene nekim u njemu usvojenim rešenjima. Kao, na primer, da novčanu naknadu štete na licima utvrđuju primenom kriterijuma i isplaćuju do najviših iznosa koje propiše Vlada u okviru Zakonom određene minimalne sume na koje osiguranje može biti ugovoreno (čl. 26). Ili, ograničenjem prava oštećenim licima da koriste direktnu tužbu i ograničenjima kojima su oni podvrgnuti u složenom postupku i u pogledu predugih rokova koje imaju na raspolaganju društva za osiguranje kada odlučuju o zahtevu oštećenih lica za naknadu štete u mirnom postupku (čl. 24. i čl. 25).<sup>16</sup>

Povodom rešenja ZOOS da jedino tehnički pregledi mogu obavljati prodaju polisa osiguranja autoodgovornosti i da se prodaja polisa osiguranja autoodgovornosti od strane tehničkih pregleda ne smatra poslovlm zastupanja u osiguranju u smislu ZO,<sup>17</sup> treba istaći da je ono suprotno ekonomskom načelu Ustava o jednakosti pravnih subjekata na tržištu (član 84. st. 1. Ustava RS), a i Direktivi EU o posredovanju u osiguranju od 2002. god., tj. komunitarnom pravu sa kojim predlagač tvrdi u oficijelnom obrazloženju da je Predlog Zakona usaglašen.

Zbog čega je, pitanje je koje s pravom ovde može postaviti, pravo prodaje polisa osiguranja autoodgovornosti Zakon ustanovio samo za pravna lica koja obavljaju delatnost tehničkih pregleda motornih vozila, a ne npr. i za dilere motornih vozila, autoremontna preduzeća ili robne kuće?

---

<sup>15</sup> Službeni glasnik RS, br. 55/2004 (poslednje izmene i dopune u br. 107/2009).

<sup>16</sup> Možda je suvišno da pomenemo da ovde izloženim stavom mi ne osporavamo značaj uvođenja, funkcionisanja i unapređenja sistema video nadzora nad putevlm za bezbednost saobraćaj koji se na njima odvija. U pogledu ustavnosti i zakonitosti obaveznog izdvajanja dela premije osiguranja autoodgovornosti kao izvora sredstava za ovu namenu ništa ne menja u stvari to što je Zakonom limitiran rok na pet godina u kome će društva za osiguranje ta izdvajanja sprovesti (što ne znači da se taj rok ne može ili neće produžati izmenama Zakona) (čl. 45. st. 5).

<sup>17</sup> Vidi čl. 87–89, čl. 95 i druge (»Zastupanje u osiguranju«).

U pogledu pomenute primedbe da razmatrano rešenje nije usaglašeno sa komunitarnim pravom treba istaći da je u članu 1. st. 2. pomenute Direktive propisano da se ona ne primenjuje na lica koja pružaju usluge zaključivanja ugovora o osiguranju ukoliko su ispunjeni svi dole navedeni uslovi: a) ugovor o osiguranju zahteva samo poznavanje osiguravajućeg pokrića koje se pruža, b) ugovor o osiguranju nije ugovor o osiguranju života, c) ugovor o osiguranju ne pokriva bilo koju vrstu rizika odgovornosti, d) osnovna delatnost lica je neka druga, a ne posredovanje u osiguranju, e) osiguranje je dopunska delatnost proizvodu ili usluzi koju pruža takvo lice, gde takvo osiguranje pokriva: lom mašina, gubitak ili oštećenje robe koju prodaje to lice; ili štetu ili gubitak prtljaga i druge rizike povezane sa putovanjem koje je rezervisano kod tog lica, čak i onda kada se osiguranje odnosi na životno osiguranje ili rizik odgovornosti, pod uslovima da to pokriće bude dopunsko osnovnom pokriću za rizike koji se odnose na dato putovanje i f) suma godišnje premije ne prelazi 500 Evra i ukupno vreme trajanja osiguranja, uključujući i obnovu, ne prelazi 5 godina.

Prema tome, pošto tehničkim pregledima zakonodavac dodeljuje pravo da pored svoje osnovne delatnosti prodaju polise osiguranja rizika odgovornosti (uz obavezu da zaposleni koji rade na ovim poslovima ispunjavaju uslove kvalifikovanosti za profesionalno obavljanje poslova zastupanja u osiguranju propisane u ZO), njihovi poslovi u smislu ove Direktive imaju prirodu poslova zastupanja u osiguranju. Zato bi njihovi zaposleni uz propisanu osposobljenost za obavljanje ove delatnosti morali ispunjavati i druge u Direktivi i ZO propisane uslove za profesionalno obavljanje poslova zastupanja u osiguranju (dokazanu propisanu dobru reputaciju, zaključeno propisano osiguranje od odgovornosti, odnosno ispunjenost propisanih mere radi zaštite osiguranika od nemogućnosti da prenesu premiju osiguravaču ili sumu oštetnog zahteva i povrat premije osiguraniku i da su za ove poslove registrovani kod nadležnog zakonom određenog organa) (čl. 4. Direktive i čl. 95. ZO).<sup>18</sup>

*Neodrživost ustanovljene obaveze za društva za osiguranje  
da primenjuju zajedničke uslove osiguranja, premijski sistem  
sa jedinstvenim osnovama premije osiguranja  
i minimalnu tarifu osiguranja autoodgovornosti*

Sledeće neprimereno rešenje za jedan privredni sistem koje se zasniva na tržišnoj privredi, onaj koji se odvija na načelu otvorenog i slobodnog tržišta i na

---

<sup>18</sup> Direktiva 2002/92/EC Skupštine Evrope i Saveta EU od 9. decembra 2002. o posredovanju u osiguranju.

kome su zabranjeni svi akti kojima se, suprotno zakonu, ograničava slobodna konkurencija, stvaranjem ili zloupotrebom monopolskog ili dominantnog položaja na tržištu, koje je sadržano u ZOOS je ono kojim se za društva za osiguranje koja obavljaju poslove osiguranja od autoodgovornosti propisuje obaveza da na ugovore koje zaključuju u ovoj vrsti osiguranja primenjuju zajedničke uslove osiguranja, zajednički premijski sistem sa jedinstvenim osnovama premije osiguranja za te ugovore i zajedničku minimalnu tarifu ovog osiguranja. Ove zajedničke akte za društva za osiguranje koja sprovode obavezno osiguranje autoodgovornosti donosi Udruženje osiguravača Srbije po prethodno pribavljenoj saglasnosti NBS (čl. 108). Obaveza je ustanovljena sa ograničenim trajanjem – do 90-og dana od dana pristupanja Republike Srbije Evropskoj uniji (čl. 118. st. 2. tač. 3). Udruženje osiguravača Srbije je sve pomenute zajedničke akte donelo u kratkom roku po objavljivanju Zakona i na njih je dobilo prethodnu saglasnost NBS, tako da su ih društva za osiguranje do stupanja ili odmah po njegovom stupanju na snagu usvojila kao svoje pravne i poslovne akte i odmah počela da ih primenjuju.<sup>19</sup> Tako u Srbiji danas imamo pravni i ekonomski ambijent u kome sva društva za osiguranje zaključuju ugovore o osiguranju od autoodgovornosti prema jedinstvenim uslovima osiguranja i po jedinstvenom premijskim sistemom i jedinstvenim minimalnim tarifama premija (određenim prema premijskim grupama).

Ako se vratimo u istoriju sprovođenja obaveznog osiguranja autoodgovornosti u Srbiji, videćemo da su naši osiguravači prema jedinstvenim uslovima osiguranja i tarifama poslovala godinama unazad. U domenu premiskih stopa, u novijoj istoriji, videćemo da su postojale zajedničke tarife premija osiguranja autoodgovornosti koje je donelo strukovno udruženje naših osiguravača (tada je ono poslovalo pod nazivom: Udruženje osiguravajućih organizacija Jugoslavije) na osnovu ovlašćenja iz Uredbe o premijskim stopama u osiguranju od autoodgovornosti iz 1997. god.<sup>20</sup> Uredba je doneta ubrzo po stupanju na snagu ZOIL iz 1996. god. a prestala je da važi sa donošenjem ZOOS. Logika je nalagala da zajedničke, odnosno jedinstvene premijske stope iz 1997. god., moraju da imaju korelat u jedinstvenim uslovima osiguranja autoodgovornosti po kojima će osiguravači zaključivati ugovore u ovoj vrsti obaveznog osiguranja. To je postignuto tako što su osiguravači pristupili usaglašavanju svojih uslova osiguranja auto-

---

<sup>19</sup> Zajedičke uslove za obavezno osiguranje vlasnika motornih vozila od odgovornosti za štete pričinjene trecim licima Udruženje osiguravača Srbije je donelo pod br. 09/01–9/2, 9. oktobra 2009, a zajednički premijski sistem sa minimalnim tarifama ovog osiguranja pod br. 10/01–13/1, 31. maja 2010. godine; NBS je rešenjem G. br. 9963 od 24. maja 2010. godine dala prethodnu saglasnost na ove uslove i premijski sistem; Društvo za osiguranje »Delta Đenerali osiguranje« je ove uslove kao svoje usvojilo na sednici Izvršnog odbora 24. decembra 2009, itd.

<sup>20</sup> Službeni list SRJ, br. 20/1997.

odgovornosti na odgovarajućim telima formiranim u svojoj zajedničkoj strukovnoj profesionalnoj organizaciji – Udruženju osiguravajućih organizacija Jugoslavije, odnosno Udruženju osiguravača Srbije.

Po ovim jedinstvenim uslovima i tarifama u osiguranju autoodgovornosti naši osiguravači su poslovali neometano do donošenja novih zajedničkih uslova i tarifa za čije donošenje su imali osnov u članu 108. ZOOS. U tom poslu nisu pokolebana ni kada je Komisija za zaštitu konkurencije 2009. god., neposredno pred donošenje ZOOS, poništila zajedničku tarifu premija autoodgovornosti koju je donelo Udruženje osiguravača Srbije u skladu sa Uredbom o premijskim stopama u osiguranju od autoodgovornosti iz 1997. i podnela prekršajnu prijavu protiv ovog Udruženja i jedanaest društava za osiguranje, članica Udruženja, zbog nedozvoljenog dogovora oko formiranja jedinstvene cene osiguranja od autoodgovornosti. U vreme dok pišemo ovaj tekst (avgust 2010) ova prekršajna prijava nije dobila svoj epilog u rešenju o kažnjavanju Udruženja osiguravača Srbije i društava članova koja obavljaju ovo osiguranje zato što su primenjivali zajedničku tarifu.<sup>21</sup> Posle donošenja ZOOS i usvajanja u Udruženju osiguravača Srbije novih zajedničkih uslova za obavezno osiguranje vlasnika motornih vozila od odgovornosti za štetu pričinjenu trećeim licima i zajedničkog premijskog sistema, tarife premija osiguranja i minimalnu tarifu za te poslove donetih primenom čl. 108. očekivala se, razumljivo, dalja reakcija Komisije. Savet Komije je reagovao tako što je Ministarstvu finansija uputio inicijativu za izmenu Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju, s ciljem da se onemogući da društva za osiguranje ugovore o osiguranju autoodgovornosti zaključuju prema jedinstvenoj tarifi osiguranja.<sup>22</sup> Za uspeh u ovom postupku, ili kasnije uspeh u postupku za ocenu ustavnosti rešenja iz ovog člana, Komisija ima čvrst oslonac jer su rešenjem iz čl. 108. ZOOS povredena ekonomska načelima Ustava utvrđena u ovde više puta pominjanom čl. 82. i čl. 84. Ustava RS i s ovim načelima u vezi, načelom ustavnosti uređenom u čl. 194. st. 2. Ustava RS. Takođe, i u povredi odredaba iz čl. 9. i čl. 10. Zakona o zaštiti konkurencije u kojima je određen pojam povrede konkurencije i pojam i sadržina jednog od pojava oblika povrede konkurencije – zabranjena restriktivna konkurencija.

Pravilo prema kome su društva za osiguranje koja obavljaju poslove osiguranja od autoodgovornosti dužna do 90-og dana od pristupanja Srbije EU da primenjuju zajedničke uslove osiguranja, premijski sistem sa jedinstvenim osno-

---

<sup>21</sup> Milan Cerović, Okrugli sto: »Nova rešenja i prva iskustva u primeni zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju«, izlaganje na temu: »Neke novine u Zakonu o obaveznom osiguranju u saobraćaju«.

<sup>22</sup> Videti: Mišljenje na propise koji imaju uticaj na konkurenciju na tržištu, broj 1/0-06-495/09-01 od 5. novembra 2009. godine koje je Komisija za zaštitu konkurencije uputila Ministarstvu finansija kao predlagaču Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju.

vama premija osiguranja za te poslove i minimalnu tarifu premija na koje prethodnu saglasnost daje NBS, još je jedan primer norme iz ZOOS kojom je učinjena povreda načela da zakoni i drugi opšti akati koji se donose u Republici Srbiji moraju biti saglasni sa Ustavom (načelo ustavnosti). Njime se ukida konkurencija na jednom delu tržišta osiguranja, i to onom koje je u Srbiji najrazvijenije jer u ukupnoj premiji svih proizvoda osiguranja koji se plasiraju na njenom tržištu osiguranja, osiguranje autoodgovornosti već niz godina učestvuje sa 30%.

Kako objasniti razloge zbog kojih se u ZOOS našao jedan ovakav propis kojim se osiguranje autoodgovornosti ne može prodavati, između ostalog, ispod minimalne cene (pemie) koju su utvrdila društva za osiguranje uz saglasnost NBS, koje inače nije u interesu osiguranika/potrošača. Objasnjenje za prihvatanje ovog pravila je u korelativnoj vezi sa ranije razmotrenim odredbama ZOOS da društva za osiguranje za pokriće troškova pribave i druge troškove sprovođenja ovog osiguranja mogu da utroše maksimalno do 23% bruto premije. Jer, prirodno je da kada propiše minimalnu cenu osiguranja, zakonodavac ne može da dozvoli da se osiguranje prodaje uz visoke troškove i da mora da propiše iznos tih troškova. Time se čuvaju tehnička premija i tehničke rezerve koji se koriste za isplatu šteta. Zbog toga, ako bi Ustavni sud Srbije na bilo čiju inicijativu ocenio neustavnim napred razmotrene propise o prodaji polisa osiguranja autoodgovornosti, ili bi Ministarstvo finansija postupilo po predlogu Komisije za zaštitu konkurencije i ukinulo propis o obavezi društava za osiguranje da prodaju polise osiguranja autoodgovornosti prema u Udruženju osiguravača Srbije dogovorenoj minimalnoj tarifi da bi se čitav ovako ustanovljeni sistem u ZOOS prodaje osiguranja autoodgovornosti urušio.

Urušavanje ovog tek institucionalizovanog sistema bi narušilo ugled Vladi kao predlagaču ZOOS i Skupštini koja ga je donela. Zbog toga, mišljenja smo da Ministarstvo finansija u ovom momentu neće prihvatiti predlog Komisije za zaštitu konkurencije za izmenu čl. 108. ZOOS, niti da će u slučaju neprihvatanja predloga Komisija pokrenuti inicijativu za ocenu ustavnosti odredaba ovog člana. Na ovakav zaključak upućuje i trenutna konstelacija interesa i odnos snaga koji postoji između pojedinih članova Vlade koja je predložila Narodnoj skupštini donošenje ZOOS i političkih stranaka koje stoje iza njih.

Notorno je da se u sistemu tržišne privrede dozvoli da deluju tržišni zakoni kako u domenu uslova prodaje i troškova prodaje polisa osiguranja autoodgovornosti, tako i u određivanju cene ovom osiguranju. Ono što je propisano Zakonom na oba područja veštačka je tvorevina i nije održivo. Uostalom, pitanje koje se ovde postavlja jeste, šta opravdava da vlasnik vozila, a u pitanju su uglavnom građani sa većim primanjima od prosečnih, bude zaštićen niskom premijom osiguranja autoodgovornosti. Problem da li će se ukidanjem gornjeg limita troškova pribave i sprovođenja osiguranja autoodgovornosti i obaveze da društva za osigu-

ranje polise ovog osiguranja prodaju po jedinstvenim uslovima i tarifama premija podstaci nelojalna konkurencija uveliko prisutnu na našem tržištu osiguranja autoodgovornosti, čije se sprečavanje navodi kao argument lobista za prihvatanje razmatrenih ograničavajućih propisa, ne rešava se razmotrenom regulativom ZO-OS već delovanjem mehanizama slobodnog tržišta u sinergiji sa kontrolnim mehanizmima zaštite potrošača koji su ustanovljeni, pre svega, u Zakonu o zaštiti konkurencije i Zakonu o zaštiti potrošača.

*Ograničenje prava oštećenom da koristi direktnu tužbu  
i ograničenja u odnosu na postupak i rokove za odlučivanje društava  
za osiguranje o zahtevu oštećenih lica za naknadu štete  
u mirnom postupku*

Direktiva 2009/103/EC Skupštine i Saveta Evrope od 16. septembra 2009. koja se odnosi na osiguranje od građanskopravne odgovornosti u vezi sa upotrebom motornih vozila, i ustanovljenje obaveze da se osigura od takve odgovornosti (Direktiva)<sup>23</sup>, obavezuje države članice da obezbede u svom nacionalnim zakonodavstvom da svako lice koje je povređeno u saobraćajnoj nezgodi koju izazove motorno vozilo u vezi sa čijom je upotrebom postoji pokriće građanskopravne odgovornosti uživa pravo direktne tužbe protiv društva za osiguranje koje je osiguralo odgovorno lice od ove odgovornosti (čl. 18). Direktnom tužbom oštećenom licu u saobraćajnoj nezgodi se daje jedno dopunsko, alternativno pravo pravu da se za naknadu štete obrati direktno tužbom osiguranom štetniku i zato pravo na direktnu tužbu prema društvu za osiguranje ima prirodu osnovnog prava oštećenog lica.

Zahvaljujući ovoj odredbi Direktive pravo na direktnu tužbu je opšte prihvaćeno u obaveznom osiguranju odgovornosti iz upotrebe motornog vozila u EU. A u brojnim razvijenim državama EU je kao osnovno prihvaćeno u svim vrstama osiguranja od odgovornosti koja se zaključuju radi ispunjenja obaveze osiguranja koja postoji prema zakonima o obaveznom osiguranju.<sup>24</sup> U našem novijem pravu, pravo na direktnu tužbu je univerzalno prihvaćeno, s obzirom da je ustanovljeno u korist oštećenog u svim osiguranjima odgovornosti – obaveznim i dobrovoljnim – članom 941. Zakona o obligacionim odnosima od 1978. god. To objašnja-

---

<sup>23</sup> Donošenjem ove Direktive prestale su da važe ranijih pet direktiva donetih u ovoj istoj oblasti. One su navedene u čl. 29. u kome se određuje prestanak njihove važnosti.

<sup>24</sup> Videti, na primer, ovo rešenje u par. 115. st. 1. tač 1) Zakona o ugovoru o osiguranju Nemačke od 1. januara 2008.



va zbog čega nije postojao ratio da se ovo pravo oštećenog lica posebno ustanovljava u odredbama o obaveznom osiguranju u saobraćaju koje su bile obuhvaćene u Zakonu o osiguranju imovine i lica od 1996. god.<sup>25</sup> Međutim, treba naglasiti da je pre ZOO pravo na direktnu tužbu uvedeno u naš pravni sistem u svim vrstama obaveznih osiguranja u saobraćaju još od donošenja 1967. god. Zakona o imenama i dopunama Zakona o obaveznom osiguranju imovine i lica kada je i promenio naziv u Zakon o obaveznom osiguranju u saobraćaju (čl. 3).<sup>26</sup>

U ZOOS pravo na direktnu tužbu se ograničava obavezom oštećenog lica da se prvo u mirnom postupku obrati sa zahtevom za naknadu štete društvu za osiguranje koje je osiguralo štetnika (čl. 25, čl. 27, čl. 39 i čl. 40). I zatim, ako društvo zahtev oštećenog ne reši u propisanim rokovima ili ga reši a oštećeni nije zadovoljan sa ponudom za naknadu štete, može podneti tužbu sudu. Ovim uslovljavanjem prava na korišćenje direktne tužbe zakonodavac je otežao mogućnost oštećenom licu da efikasno ostvari naknadu štete, jer ako proceni da će je efikasnije, odnosno povoljnije ostvariti direktnom tužbom on se ipak njom ne može da koristi dok ne pokuša da je ostvari u mirnom postupku pred društvom za osiguranje. Ovo pravilo je još jedan primer rešenja u obaveznom osiguranju odgovornosti iz upotrebe motornog vozila gde je predlagač ZOOS, suprotno od njegove tvrdnje da je obavezno osiguranje autoodgovornosti uskladio se pravom EU, postupio suprotno.

---

<sup>25</sup> U našoj novijoj zakonodavnoj praksi u oblasti osiguranja nisu retki primeri da se brojne kategorije koje su regulisane za ugovor o osiguranju u Zakonu o obligacionim odnosima ponovo »institucionalizuju« u zakonima i drugim propisima koji imaju za predmet regulisanja specifična pravila za pojedine vrste ugovora o osiguranju. To govori da naši zakonopisci ne poznaju celinu našeg pravnog sistema u ovoj oblasti i odaje utisak o nestručnosti onih koji pišu zakone. Ovde ćemo navesti primer iz ZOOS čije odredbe u ovom tekstu razmatramo. U njemu je u odredbi čl. 29. st. 1. tač. 7. određeno da vozač kao osigurano lice u osiguranju autoodgovornosti gubi pravo na naknadu iz osiguranja ako je štetu prouzokvao namerno, koje pitanje je inače uređeno u čl. 929. st. 2 ZOO. Na suvišnost ove odredbe upućuje i jedna druga odredba ZOOS. Ona u kojoj se određuje da se na ugovore o obaveznom osiguranju u saobraćaju primenjuje zakon kojim se uređuju obligacioni odnosi (čl. 13).

<sup>26</sup> Zakon o obaveznom osiguranju u saobraćaju SFR Jugoslavije nastao je i dobio je ovo ime kao rezultat usvajanja izmena i dopuna izvršenih u Zakonu o obaveznom osiguranju imovine i lica SRJ Jugoslavije od 15. aprila 1967. god. Tim zakonom ovaj zakon menja naziv u Zakon o obaveznom osiguranju u saobraćaju jer su izmenama i dopunama unete bitne promene u postojeći sistem osiguranja tako što su ukinuta sva obavezna osiguranja društene imovine kojom su upavljala privredne u druge radne organizacije, državni organi i samoupravne organizacije i zadržano je samo obavezno osiguranje u saobraćaju. Prečišćeni tekst ovog »novog-starog« zakona objavljen je u Službenom listu SFRJ, br. 11/1968. To je istovremeno bio novi period u razvoju našeg prava osiguranja posle II Svetskog rata kada je donet Osnovni zakon o osiguranju i osiguravajućim organizacijama kojim je izvršena bitna izmena u organizaciji osiguranja i uvedeno načelo dobrovoljnosti u zasnivanju odnosa osiguranja (čl. 2) (Službeni list SFRJ, br. 7/1967).

ZOOS je predvideo složen postupak naknade štete sa dugim rokovima u okviru kojih društvo ima obavezu da odluči o oštetnom zahtevu oštećenog, što takođe odmaže oštećenom da efikasno i brzo ostvari svoje pravo na naknadu štete. Kumulativno određeni ti rokovi u slučaju, na primer, povoljnog rešavanja zahteva za štete na licima iznose 121 dan, a u slučaju odbijanja zahteva za štetu na licima rok je 75 dana.<sup>27</sup> Direktiva propisuje obavezu za države članice da propišu (mirni) postupak, koji obuhvata i rokove za isplatu oštetnih zahteva nastalih iz saobraćajnih nezgoda prouzrokovanih vozilom koje pokriva obavezno osiguranje od odgovornosti iz upotrebe motornog vozila (čl. 19. st. 1) i za povredu ovog postupka, odnosno dužnosti koje su u tom postupku određene za društvo za osiguranje odgovarajuće, delotvorne i sistemske finansijske ili administrativne kazne (čl. 22. st. 1). ZOOS je propisao administrativne kazne u »Kaznenim odredbama« (čl. 98 st. 1. tač. 6. i st. 2). Međutim, on je neusaglašen sa Direktivom, s obzirom da ona propisuje obavezu za društvo za osiguranje da odluči o oštetnom zahtevu oštećenog u roku od tri meseca od dana kada je oštećeni podneo zahtev za naknadu (čl. 22. st. 1) i jer nije predvideo sankciju zbog povrede obaveze društva za osiguranje da u odgovoru na zahtev, ukoliko ga prihvati, oštećenom uputi »razumnu ponudu« za likvidaciju štete (čl. 22. st. 1. (a)). Propisivanjem za društvo za osiguranje obaveze da njegova ponuda za naknadu štete mora da bude razumna sprečava se mogućnost da ono zloupotrebi mirni postupak regulisanja štete, tako što će iskoriti maksimalni rok za odlučivnje o zahtevu oštećenog da bi mu bez posledica ponudio bagatelnu odštetu.

U rezimeu u ovom odeljku rada razmotrenih nedostataka ZOOS u rešenjima kojima se reguliše sistem obaveznog osiguranja autoodgovornosti, treba istaći da je u dosadašnjoj poslovnoj praksi osiguranja mnogo jednostavnije rešavano pitanje naknade u odnosima oštećenog lica i društva za osiguranja i u kraćim rokovima. Postupak i rokove su uređivala sama društva uslovima osiguranja, primenom osnovnog roka od 14 dana od dana kada su dobila obaveštenje da se osigurani slučaj dogodio i nekih neznatnih ograničenja u proceduri propisanih u čl. 919. ZOO, od kojih je većina preuzeta u ZOOS. Po saznanju i iskustvu ovog autora, primenom odredaba člana 919. ZOO i dopunske procedure – postupka za naknadu štete propisanog u uslovima osiguranja, štete iz osiguranja autoodgovornosti su efikasno i brzo regulisane, osim u nelikvidnim društvima koju ova regulativa ne može da predupredi. Ustanovljeni dugi rokovi za odlučivanje društava za osiguranje o zahtevu za naknadu štete oštećenog lica i otežan postupak za sudsku zaštitu oštećenog suspenzijom prava na direktnu tužbu do okončanja mirnog pos-

---

<sup>27</sup> Bliže o kumulativnim rokovima videti kod: Predrag Šulejić, Okrugli sto: »Novine i prva iskustva u primeni Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju«.

tupka regulisanja štete, imaju u prvom planu u vidu zaštitu interesa društava za osiguranje, koja su, neka od njih, i lobirala za ustanovljenje ovih pravila.

## ZAKLJUČAK

Od svakog novog zakona u kome se uređuje obavezno osiguranje od auto-odgovornosti, što je svetski trend, posebno u državama EU koja je u ovoj oblasti donela pet temeljno menjanih i dopunjavanih direktiva i jednu (šestu) u kojoj su sve prethodne sistematizovane, racionalizovane i razjašnjene, očekuje se da proširi zaštitu trećih oštećenih lica i poboljša finansijski i socijalni položaj osiguranika. Ili, u zemljama koje nisu članice EU i nemaju obavezu da ugrade u svoj pravni sistem regulativu komunitarnog prava, makar da uravnoteži obim zaštite interesa oštećenih lica i osiguranika, s jedne strane, sa opravdanim intresima osiguravača, s druge strane. Ovaj cilj nije ostvaren usvajanjem novog Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju od 2009. god. i umesto reformisanog sistema obaveznog osiguranja autoodgovornosti dobili smo jedan novi retrogradni sistem, zaostaliiji od onog koji je u vreme donošenja proizveo u toj oblasti ranije primenjivani (deo) Zakon o osiguranju imovine i lica od 1996. god.

JOVAN SLAVNIĆ, LL.D.,  
Professor, University of Novi Sad;  
President of the Association  
for Insurance Law of Serbia

## NEW LEGAL SOLUTIONS INAPPROPRIATE IN COMPULSORY MTPL INSURANCE

### Summary

The author deals with three groups of new solutions inappropriate for the system of compulsory insurance for cars, as introduced by the Law on Compulsory Insurance in Traffic of the Republic of Serbia since 2009: 1. Limitations in selling of MTPL insurance policies and handling with insurance premium for covering sale costs for the insurance companies, 2.

Obligation of the insurance companies to apply single insurance conditions, premium system with a unique insurance premium basis and minimum insurance tariff for cars until Serbia joins the European Union, and 3. Limitations of rights of injured person in car accident to use direct action towards the insurance company, that insured responsibility of the owner and other users of the vehicles and limitations that the injured person is exposed to in the procedure in which his compensation request is regulated by the insurance company in the reconciliation process of damage liquidation.

Having made the corresponding and thorough analysis of the above matters, the author concludes that each new law defining compulsory insurance for cars, being a global trend, especially in EU, should expand protection of third damaged persons and improve social position of insured, and at the same time considering the just interest of the insurer. This aim has not been achieved by the new Law so that Serbia, instead of a reform of the system of MTPL insurance, has obtained another retrograde system, more obsolete than the one in the 1996 Law.

ZORAN RADOVIĆ

## PRAVO PLOVIDBENOG OSIGURANJA UNUTRAŠNJE PLOVIDBE

### U V O D

Pravo unutrašnje plovidbe se razvijalo u specifičnim uslovima rečne plovidbe. Za razliku od mora, reke sa međunarodnm statusom, nalaze se uvek u granicama nacionalnih država. Okeani i otvoreno more ne pripadaju ni jednoj državi (*mare liberum*) iako su poneke nastojale da ih prisvoje. Prihvatljivo je objašnjenje zbog čega su prve međunarodne konvencije donete da reše pravna pitanja koja se odnose na plovidbu morem. Lakše je regulisati područje koje ne pripada ni jednoj državi. Bilo je neophodno da se putem sporazuma uvede red, od bezbedne navigacije, izbegavanja sudara («svaka strana čuva svoju desnu stranu»), odgovornosti prevozioca do spasavanja na moru.

Pomorsko pravo izvršilo je veliki uticaj na razvoj prava unutrašnje plovidbe. Institucije pomorskog prava, kao što su zajednička havarija i spasavanje na moru, prenete su u pravo unutrašnje plovidbe. Zbog specifičnosti unutrašnje plovidbe ove institucije nisu se mogle »preslikavati«. Predmet razmatranja biće pravo unutrašnje plovidbe u delu u kome je ono relevantno za osiguranje.

U rečnoj plovidbi sve se češće koriste pomorsko-rečni brodovi. Pomorski uplovljavaju u rečne tokove što se isto dešava sa rečnim brodovima koji plove po Sredozemlju i Crnom moru. Međunarodne konvencije su dale različita rešenja za pomorske i rečne brodove po nizu važnih pitanja, od stvarnih prava na brodu,

---

Dr Zoran Radović, naučni savetnik Instituta za uporedno pravo, Beograd, u penziji.

ugovorne i vanugovorne odgovornosti prevozioca do primene merodavnog prava čija rešenja imaju neposrednog uticaja na osiguranje.

Pariskim ugovorm od 1856. Dunav je dobio status međunarodne reke. Berlinskim ugovorom (kongres) od 1878. potvrđen je međunarodni status Dunava. Definitivan status Dunava, kao međunarodne reke, usvojen je 1921. versaljskim ugovorom.<sup>1</sup> Plovidbu Dunavom reguliše Dunavska komisija sa sedištem u Budimpešti.

Rečni bazen Dunava je drugi po veličini u svetu u kome plove brodovi tri-desetak država.

## IZVORI PRAVA

Izvori prava su brojni. Biće navedeni samo najvažniji.

### *Međunarodni ugovori i konvencije*

– Konvencija o režimu plovidbe Dunavom od 1948. (Beogradska konvencija); Konvencija o upisivanju brodova unutrašnje plovidbe od 1965. Njen protokol br. I reguliše hipoteku i zakonska založna prava na brodu; Konvencija o sudaru brodova unutrašnje plovidbe od 1960; Konvencija o upisu brodova unutrašnje plovidbe od 1965; Konvencija o upisu prava na brodovima u gradnji od 1967; Konvencije o ograničenoj odgovornosti brodovlasnika brodova unutrašnje plovidbe od 1973. sa izmenama Protokolom od 1978. (CLNI); Konvencija o građanskoj odgovornosti za štete prouzrokovane prevozom opasne robe drumom, železnicom i unutrašnjim vodama od 1989; Konvencija o saradnji potrebnoj za zaštitu i korišćenje Dunava od 1994. (Sofijska konvencija); Konvencija o prevozu robe u unutrašnjoj plovidbi od 2000. (Budimpeštanska konvencija); Konvencija o prevozu robe u celosti ili delimično morem od 2008. (Roterdamska pravila); Dunavska pravila o zajedničkoj havariji od 1990; Sporazum dunavskih brodarstava od 1956. o opštim uslovima prevoza robe u međunarodnom saobraćaju, izmenjen 1989. (Bratislavski sporazum); Normativne odluke Dunavske komisije osnovane Bratislavskim sporazumom; Normativne odluke Međunarodne komisije za zaštitu reke Dunav, osnovane Konvencijom o zaštiti reke Dunav, 1998. (ICPDR); Direktive EU.

---

<sup>1</sup> <http://www.internationalwaterlaw.org/cases/ec-danube.html>.

- Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi od 1998.
- Zakon o pomorskom osiguranju Engleske od 1906. (MIA)
- Opšti uslovi osiguranja

## PLOVIDBENO PRAVO

Beogradska konvencija je proglasila da je Dunav »slobodan i otvoren za trgovačke brodove i robu svih država pod jednakim uslovima...«. Kabotaža nije dozvoljena.

Najvažniji deo plovidbenog prava odnosi se na deo koji se bavi iskorišćavanjem brodova. Svi ostali propisi koji se donose u pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi samo su nužna dopuna.<sup>2</sup> Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi (dalje »Zakon«) odnosi se na pomorske brodove i brodove unutrašnje plovidbe.<sup>3</sup> Zakon pravi razliku između ovih brodova ali sa pravnog stanovišta bespredmetno je pitanje da li se radi o pomorsko-rečnim brodovima. To su brodovi koji su konstruisani da podjednako dobro mogu da plove morem i unutrašnjim vodama za koje ne postoji potreba da se regulišu posebnim propisima.

### *Stvarna prava na brodu*

Sva moderna zakonodavstva podvrgle su brodove stvarnopravnom uređenju. Bez obzira što su brodovi po svojim karakteristikama pokretne stvari privredni i pravno-politički razlozi su uticali da se plovila u stvarnopravnom prometu tretiraju kao nekretnine.<sup>4</sup> Različita rešenja su usvojena u međunarodnim konvencijama i Zakonu u pogledu zakonskih založnih prava na pomorskom brodu i brodu unutrašnje plovidbe. Karakteristične specifičnosti zakonskih založnih prava na brodu dolaze do izražaja kod utvrđivanja na šta se sve prostiru.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> Branko Jakaša, *Sistem plovidbenog prava Jugoslavije*, treća knjiga, Ugovori o iskorišćavanju brodova, Zagreb, 1980, str. 1.

<sup>3</sup> Zakon o ratifikaciji Konvencije o upisu brodova unutrašnje plovidbe i Protokola br. 1. o in rem pravima (vlasništvo, plodouživanje, hipoteke i privilegije) i Protokola br. 2. o uzapćenju i prinudnoj prodaji brodova unutrašnje plovidbe, Međunarodni ugovori, Službeni list SFRJ, br. 7/1985.

<sup>4</sup> Jasenko Marin, *Stvarnopravno uređenje za plovila unutrašnje plovidbe*, Pomorsko poredno pravo, Zagreb, br. 163/2009, str. 34.

<sup>5</sup> Zoran Radović, *Hipoteka na brodu*, Beograd, 1986, str. 59.

Zakonsko založno pravo na brodu unutrašnje plovidbe se prostire na brod, pripadke broda i civile plovidbe. Prostiranje zakonskog založnog prava na civilne plodove, npr. vozarinu, objašnjava se činjenicom da su u pitanju potraživanja koja nastaju bez volje dužnika.<sup>6</sup> Na brodu unutrašnje plovidbe postoje i za potraživanja koja se odnose na naknade da se sačuva brod, sudske troškove, posade broda, za spasavanje i doprinosa broda i robe u zajedničku havariju. Zakonska založna na pomorskom brodu su brojnija. Postoje još za sledeća potraživanja: nastala iz ugovora koji je zapovednik broda zaključio, izvan sedišta brodovlasnika, da se brod sačuva uključujući privremene popravke broda, naknade štete zbog sudara brodova i drugih nezgoda (štete na lučkim postrojenjima, telesnih povreda putnika i posade), sudske troškove učinjene u zajedničkom interesu svih poverilaca u postupku izvršenja ili obezbeđenja, lučke troškove i pilotaže. S obzirom da se zakonska založna prava odnose na potraživanja koja su vezana za plovidbu, nastanak založnih prava nije moguć dok se brod nalazi na suvom ili se gradi. Ukoliko se brod u gradnji nalazi u plutajućem stanju zakonska založna prava na takvom brodu mogu nastati.

Odredbama Zakona detaljno je regulisana hipoteka na brodu. Hipoteka na brodu prostire se na pripadke broda i njegove uzgrednosti. Rešenje prema kome se dozvoljava prostiranje hipoteke na civilne plodove, kao što je vozarina, važno je zbog poverioca koji bezbednost za svoj kredit vidi u dugoročnim brodarskim ugovorima.<sup>7</sup> Hipoteka na brodu takođe se prostire na naknadu iz osiguranja koja pripada njegovom vlasniku. Domet hipoteke u ovom slučaju zavisi od odredaba ugovora zaključenog između hipotekarnog poverioca i njegovog dužnika.

Hipoteka na brodu u gradnji ima svoje specifičnosti. Brod u gradnji postoji od trenutka polaganja kobilice do trenutka upisa u upisnik brodova. Brisanje broda iz upisnika brodova u gradnji ne može se obaviti bez saglasnosti hipotekarnog poverioca.

U slučaju prinudne prodaje broda pravo hipotekarnog poverioca da naplati svoje potraživanje ugroženo je zakonskim založnim pravima s obzirom da njegovo pravo naplate dolazi posle zakonskih založnih prava. Zakonska založna prava su »nevidljiva« u momentu kada se na brod stavlja hipoteka.

### *Ugovorna odgovornost*

Ugovorna odgovornost prevozioca (brodara) nastaje povredom preuzete obaveze iz ugovora o prevozu robe zaključenog sa korisnikom prevoza (vlasni-

---

<sup>6</sup> Branko Jakaša, Užbenik pomorskog prava, Zagreb, 1979, str. 109.

<sup>7</sup> Emilio Pallua, Hipoteka i privilegija na brodu de lege ferenda, Zbornik pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 2. i 3, Zagreb, 1973, str. 214.



kom robe, krcateljem, drugim licem, npr. špediterom). Sloboda ugovaranja je ograničena imperativnim normama Zakona i Budimpeštanske konvencije. Bitni elementi ugovora o prevozu robe određeni su Zakonom.

Odnosi između učesnika koji iskorišćavaju brod mogu biti dvojadi. Oni se mogu zasnivati sporazumom stranaka ili na drugim činjenicama predviđenih Zakonom, npr., u slučaju spasavanja broda i robe. Budimpeštanska konvencija se primenjuje samo na međunarodne prevoze unutrašnjim plovim putevima. Neka usvojena rešenja su komplikovana. Pod uslovom da se izda pomorski konosman, a ako je pomorski put kraći od rečnog, konvencija se može primeniti i na ugovore o pomorsko-rečnom prevozu.<sup>8</sup> Konvencija predviđa određene situacije u kojima ograničava slobodu ugovaranja. Nedoovoljene stipulacije sankcionišu se ništavošću ugovora, npr. ništava je odredba ugovora koja daje mogućnost brodaru da osigura robu. Brodar ne odgovara za »navigacionu grešku«, npr., ukoliko je prouzrokovao sudar brodova. Ovo rešenje je napušteno u pomorskom pravu (Hamburška pravila)<sup>9</sup>. Predstavlja anomaliju koju je davno trebalo ukinuti.

Prevozilačku delatnost treba zaštititi. Hugo Grotius u 17. veku je smatrao da je ograničena odgovornost brodarka od javnog interesa. Konvencija (CLNI) i Zakon predviđaju da je odgovornost brodarka za štete na robi ograničena. Rešenje je usvojeno i u pomorskom pravu. Razlike postoje. Limit odgovornosti na koji pomorski brodarka ima pravo da ograniči odgovornost je veći.

### *Vanugovorna odgovornost*

Vanugovorna odgovornost podrazumeva dužnost naknade štete koja proizlazi iz građanskog delikta. Zasniva se na zakonu. Vanugovorna odgovornost brodarka za štetu u Zakonu nije na jedinstven način regulisana. U zavisnosti od mogućih štetnih posledica vodilo se računa na koji način će odgovornost biti utvrđivana: da li na osnovu objektivne ili subjektivne odgovornosti brodarka, brodarka i drugih lica. Zakon sadrži tri grupe odredbi: odgovornost za imovinske štete, zagađenje životne sredine i smrt i telesne povrede. Zakon je prihvatio brod kao subjekta odgovornosti,<sup>10</sup> npr. za sudar brodova, dok za štete nanete lučkim

---

<sup>8</sup> Ana Đorić, Budimpeštanska konvencija o ugovoru o prevozu robe u unutrašnjoj plovidbi – konvencija CMNI, Pravo i privreda, str. 183, br. 1–4/2002, Beograd.

<sup>9</sup> Christopher Hill, Hamburg Rules, The Charterers, London, January 1994, str. 7.

<sup>10</sup> Brod postaje subjekt prava od trenutka njegovog porinuća i postaje neposredno odgovoran za štetu, John Mr. Rogers, The Internet and Public International Law, Kentucky Law Journal, 1999–2000, vol. 88, No. 4, st. 803. Od svih mrtvih stvari, reče jedan engleski sudija, najživlji je brod.

postrojenjima, objektivne. Oštećeno lice može da bira da li će svoje pravo na naknadu štete ostvarivati tužbom in personam protiv odgovornog lica ili tužbom in rem protiv broda.

Za razliku od pomorskog prava, kod kojeg postoje veći broj međunarodnih konvencija, to nije slučaj sa pravom unutrašnje plovidbe.

### *Havarije*

U plovidbenom pravu štete koje nastaju kao posledica odgovornosti brodarra pojavljuju se pod zajedničkim nazivom »nezgode«. Dele se na zajedničke (generalne) i posebne (partikularne). U prvom slučaju podrazumeva se svaka namerna i razložna šteta ili trošak podnet za zajednički spas imovine učesnika u zajedničkom plovidbenom poduhvatu. U drugom, podrazumevaju se gubici ili oštećenja broda, robe i vanredni troškovi koji nisu posledica zajedničke havarije. Karakteristične partikularne havarije su sudar brodova, potonuće, požar i štete na robi. Havarije su regulisane Zakonom i međunarodnim konvencijama.

*Zajednička havarija.* – Zajednička havarija je pre svega institut pomorskog prava. Odredbe Zakona koje regulišu zajedničku havariju su dispozitivne prirode. Retko se primenjuju s obzirom da ugovori o prevozu robe najčešće predviđaju tipizirana pravila koja se na zajedničku havariju primenjuju, npr., Jork-antverpenska pravila. Za razliku od pomorskog prava, kada institut zajedničke havarije ima uvek primenu, na reci prema odredbama Zakona, ima primenu samo ako je njenu primenu predvideo ugovor o prevozu robe.<sup>11</sup>

Bratislavski sporazum koji su potpisali dunavska brodarstva, uključujući JRB, predviđa primenu instituta zajedničke havarije. Dunavska pravila o zajedničkoj havariji su sastavni deo ovog sporazuma. Jedan broj austrijskih i nemačkih brodarstava takođe je prihvatio njihovu primenu. Na Rajni primenjuju se Rajnska pravila IVR od 2006. Dunavska i Rajnska pravila se među sobom razlikuju, a razlikuju se od Jork-antverpenskih pravila koja se primenjuju na moru. Ako dođe do zajedničke havarije u plovidbi konvojem, kada tegljač ili gurač vodi barže različitih vlasnika, kada ugovori o prevozu predviđaju primenu različitih pravila o zajedničkoj havariji, nastaju nerešivi problemi. Npr., Rajnska pravila sadrže posebne odredbe o zimovanju, plovidbi u konvoju i troškovima u luci pribežišta. Dok dunavska i rajnska pravila sadrže skoro identične odredbe o likvidaciji nag-

---

<sup>11</sup> Brodari u rajnskom bazenu ugovaraju primenu Rajnskih pravila o zajedničkoj havariji, Jean Louis Bilat, Komitet za osiguranje rečnog kaska Međunarodne unije pomorskog osiguranja, 1984., što nije slučaj sa našim brodarima.

rade za spasavanje kao zajedničke havarije, rajnska pravila sadrže još odredbe o nagrađivanju spasilaca broda i robe ako su sprečili zagađenje čovekove sredine, rešenje koje je prihvaćeno u Jork-antverpenskimi pravilima.

*Partikularne havarije.* – Partikularne ili zasebne havarije su gubici i štete broda i robe kao i izvanredni troškovi koji nisu posledica zajedničke havarije.

*Sudar brodova.* – Odgovornost brodarara za sudar je subjektivna. Ne radi se o pretpostavljenoj krivici već dokazanoj, što podrazumeva da krivicu dokazuje oštećeno lice.<sup>12</sup> Odgovornost na osnovu krivice karakteriše partikularne havarije. Ovaj princip je potvrđen kod sudara brodova u plovidbi koji predstavlja institut plovidbenog prava. Odredbe o sudaru brodova u Zakonu unete su iz Konvencije o izjednačavanju nekih pravila o sudaru brodova donete u Brislu 1910. i Konvencije o izjednačavanju nekih pravila kod sudara brodova unutrašnje plovidbe donete u Ženevi 1960.

Jedan od načina da brodar izbegne svoju odgovornost jeste dokazivanjem da je šteta na brodu i robi koju prevozi prouzrokovana postupcima zapovednika ili posade broda u navigaciji ili rukovanju brodom.<sup>13</sup> Dato rešenje je usvojeno u Zakonu za pomorske ali ne i rečne brodove. Rešenje prema kome brodar može na ovakav način da se oslobodi odgovornosti nije prihvatljivo. Roterdamska pravila su ukinula pravo brodarara da izbegne svoju odgovornost dokazujući da je šteta prouzrokovana navigacionom greškom.

Za štete prouzrokovane sudarom brodar odgovara najviše do krajnje granice svoje odgovornosti predviđene Zakonom. Iznos ograničene odgovornosti za pomorske i rečne brodove se razlikuje. Isti je slučaj sa međunarodnim konvencijama koje regulišu ovu materiju. Konvencija o ograničenju odgovornosti za pomorske tražbine od 1976. i Konvencija koja ograničava odgovornost brodarara unutrašnje plovidbe regulišu ovu materiju na različit način.

*Spasavanje.* – Plovidbeno spasavanje je specifičan institut plovidbenog prava. Za svako spasavanje broda i robe na brodu, koje je dalo koristan rezultat, spasiocu pripada pravična nagrada. Prema odredbi Zakona nagrada za spasavanje broda ne može biti veća od njegove vrednosti. Staro pravilo: »iz mora se ne može izvući više od onoga što je moru povereno.« U Zakon su unete odredbe Konvencije o pružanju pomoći i spasavanju od 1910. Međutim, nisu unete odredbe konvencije iz ove materije od 1989. koja je predviđela spasiocima pravo na nagradu koji su sprečili zagađenje čovekove sredine. Konvencija dozvoljava primenu njenih odredbi na spasavanje u unutrašnjim vodama. Dunavska pravila

---

<sup>12</sup> Miodrag Trajković, Pomorsko pravo, Beograd, 1977, str. 203.

<sup>13</sup> Mark Lloyd, Waltons & Morse LLP, Bulletins – The Rotterdam Rules, <http://www.waltonsandmorse.com/Bulletins2.jsp?bulletinID=66>.

predviđaju da će se nagada za spasavanje obračunati kao zajednička havarija ukoliko je spasavanje izvršeno u cilju da se spasu brod i roba.

## PLOVIDBENO OSIGURANJE UNUTRAŠNJE PLOVIDBE

Plovidba se odvija u okruženju koje nije prirodno za život čoveka. Zbog toga se štiti putem osiguranja od raznih opasnosti koje mu na kopnu ne prete. Pod plovidbenim osiguranjem podrazumeva se osiguranje materijalnih interesa izloženih u plovidbi. S obzirom na specifičnosti plovidbe, kao i velike rizike kojima su plovna sredstva i roba u plovidbi izloženi, razvila se posebna vrsta transportnog osiguranja.<sup>14</sup> Odredbe Zakona ne odnose se samo na plovidbena osiguranja već i na druga<sup>15</sup>. Odredbe Zakona primenjuju se i na osiguranje brodova u gradnji i robe koja se prevozi kopnom ukoliko je njihovo osiguranje zaključeno prema uslovima koja se primenjuju u plovidbenom osiguranju.<sup>16</sup>

Jedna od karakteristika plovidbenog osiguranja jeste kategorizacija šteta. Ima dvostruki značaj. Može se ugovoriti različita širina pokrića u odnosu na nastalu štetu, tj. može se ugovoriti da su pokrivena sve kategorije šteta nastale usled osiguranih rizika ili samo neke od tih kategorija. U praksi pokrivaju se samo neke kategorije šteta.<sup>17</sup>

Zakon predviđa sledeće kategorije šteta: potpuni gubitak osiguranog predmeta; delimičan gubitak i oštećenje osiguranog predmeta; troškovi spasavanja i troškovi neposredno prouzrokovani nastupanjem osiguranog slučaja; zajednička havarija; nagrada za spasavanje; troškovi utvrđivanja i likvidacije šteta pokriveni osiguranjem i odgovornost osiguranika za štete pričinjene trećim licima.

Plovidbene havarije pokrivaju se osiguranjem.

### *Potpuni i delimičan gubitak osiguranog predmeta i njegovo oštećenje*

Prema odredbi Zakona, potpuni gubitak broda i robe nastaju kada prestanu da budu stvari određene vrste. MIA predviđa da pored stvarnog potpunog gubit-

---

<sup>14</sup> Branko Jakaša, *Pravo osiguranja*, Zagreb, 1972, str. 315.

<sup>15</sup> Pomorsko osiguranje kao najvažniji deo plovidbenog osiguranja obavlja se u svim zemljama na isti ili sličan način, Ivica Jankovec, predgovor knjige Veljka Tomašića, *Ugovor o plovidbenom osiguranju*, Beograd, 1990, str. 7.

<sup>16</sup> Dato rešenje može dovesti do sporova. Napravljena je greška. Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi donet je pre Zakona o obligacionim odnosima.

<sup>17</sup> Tomašić, str. 137–138.

ka, postoji izvedeni potpuni gubitak (constructive total loss) kada osiguranik napušta (abandon) brod ili robu zbog toga što je potpuni gubitak neizbežan.<sup>18</sup> Vršni njihov napuštaj u korist osiguravača.

Ako osiguranik ne može da dokaže da je u pitanju potpuni gubitak osiguranog predmeta u pitanju je delimičan gubitak. Međutim, ukoliko osiguranik dokaže da je nastao izvedeni potpuni gubitak nastala šteta će se likvidirati kao stvarni potpuni gubitak.<sup>19</sup>

### *Zajednička havarija*

Prema odredbi Zakona iz osiguranja se naknađuju gubici, oštećenja i troškovi osiguranika u vezi sa osiguranim predmetom koji su priznati u deobnoj osnovi (dispaši) i doprinosi u zajedničkoj havariji.

### *Nagrada za spasavanje*

Prema odredbi Zakona iz osiguranja se naknađuju nagrade za spasavanje osiguranog predmeta od opasnosti pokrivenih osiguranjem koje je osiguranik dužan da plati. Sa stanovišta osiguranja nagrada za spasavanje se razlikuje od troškova spasavanja. Troškovi spasavanja su pokriveni osiguranjem nezavisno od korisnog rezultata. MIA predviđa da se pod nagradom za spasavanje (salvage charges) podrazumeva iznos koji se po pomorskom pravu plaća nezavisno od ugovora o spasavanju.

Prema Jork-antverpenskimi pravilima nagrada za spasavanje će se obračunati kao zajednička havarija uzimajući kao polaznu tačku vrednost imovine na odredištu, bez obzira što se nagrada za spasavanje određuje prema vrednosti imovine u mestu u kome je spasavanje završeno. Ovakvo rešenje ne može se smatrati uvek pravičnim. Može nastati razlika između doprinosa u zajedničkoj havariji i visini nagrade za spasavanje. Npr., vrednost robe na odredištu po pravilu je veća.

---

<sup>18</sup> E.R.H. Ivamy, Marine Insurance, London, 1969, str. 377.

<sup>19</sup> Robert H. Brown, A handbook to Marine Insurance by Victor Dover, London, 1970, str. 417.

### *Odgovornost*

Osiguranje odgovornosti je neophodno za plovidbenu delatnost. Bez ovog osiguranja plovidba praktično nije moguća ako brod u toku plovidbe tiče luke raznih država.<sup>20</sup> Prema odredbama Zakona iz osiguranja se naknađuju iznosi koje je osiguranik obavezan da plati u vezi sa svojom odgovornošću pokrivenu zakonom. Obaveza osiguravača postoji samo prema osiguraniku. Oštećena treća lica nemaju pravo da ostvaruju naknadu pretrpljene štete od osiguravača.<sup>21</sup>

Osiguranje brodova unutrašnje plovidbe kod domaćih osiguravača obuhvata sledeće: a) štete prouzrokovane drugom plovnom objektu i stvarima koje se nalaze u vodi ili kopnu; b) štete prouzrokovane izlivanjem ili izbacivanjem materija iz broda koje su po svom svojstvu štetne za čovekovu sredinu i c) naknadu za smrt i povredu lica.

Osiguranje odgovornosti za zagađenje čovekove sredine predstavlja najveći rizik za osiguravače koje je ponekad potrebno reosigurati. Ovakve rizike najsigurnije pokrivaju specijalizovani osiguravači brodara. Npr. ruski pul (The Russian P&I pool) pokriva odgovornost brodara do US dolara 500.000.000. po jednom štetnom događaju.<sup>22</sup> Položaj osiguravača je olakšan činjenicom da brodari mogu najčešće<sup>23</sup> da svoju odgovornost ograniče po međunarodnim konvencijama. Osiguranje odgovornosti se po pravilu vrši istovremeno sa brodom.<sup>24</sup>

### *Merodavno pravo*

U našoj pravnoj teoriji postoje razmimoilaženja u vezi sa primenom zakonskih propisa na transportna osiguranja. Po jednom shvatanju,<sup>25</sup> odredbe Zakona primenjuju se ne samo na plovidbena osiguranja već i na sva druga, ukoliko je

---

<sup>20</sup> Hartmut Rechders, report addressed to IUAI inland committee, Lisboa Conference, 1998.

<sup>21</sup> U plovidbenom pravu osiguranja odgovornost predstavlja predmet osiguranja. Ugovorni odnos postoji samo između osiguravača i osiguranika. Ne radi se o osiguranju od odgovornosti. Ne postoji zakonska odredba koja bi omogućila oštećenom licu da se obrati osiguravaču sa zahtevom za naknadu štete.

<sup>22</sup> <http://www.russian-pool.com/rechts/txrussian.html>.

<sup>23</sup> Prema budimpeštanskoj konvenciji brodar neće moći da ograniči svoju odgovornost u slučaju da je štetu prouzrokovao namerno ili krajnje nehatno.

<sup>24</sup> <http://www.rlicorp.com/products/Marine/hull.asp>.

<sup>25</sup> Veljko Tomašić, *Primena zakonskih propisa o plovidbenom osiguranju, Osiguranje i prireda*, Zagreb, br. 10/1980, str. 25.

osiguranje zaključeno prema opštim uslovima osiguranja uobičajenim za plovidbena osiguranja. Prema drugom,<sup>26</sup> na čisto transportna osiguranja primenjuju se odredbe Zakona o obligacijama. Međutim, osiguravači odgovornosti rešavaju odštetne zahteve broдача koji se postavljaju u različitim pravnim režimima s obzirom da Dunav tiče luke deset država<sup>27</sup>. U tim slučajevima naše pravo nije odlučujuće.

### HARMONIZACIJA PRAVA UNUTRAŠNJE PLOVIDBE I OSIGURANJA

Transportno pravo nije poklonilo poednaku pažnju regulisanju vodnog saobraćaja na moru i rekama. Dok je zajednička havarija kao institut pomorskog prava bila regulisana još u drugoj polovini devetnaestog veka, donošenjem Jorkantverpenskih pravila, ovaj institutu za plovidbu Dunavom i Rajnom tek 100 godina kasnije odvojenim pravilima. Budimpeštanska konvencija od 2000. je mnoge stvari rešila, međutim, pomorsko pravo korača napred donošenjem Roterdamskih pravila. Dolazi do pooštovanja odgovornosti nosioca plovidbenog poduhvata. Svaka konvencija iz ove oblasti sadrži jedan mehanizam koji, u delu odgovornosti, uređuje odnose između nosioca plovidbenog poduhvata (broдача) i korisnika prevoza. Usvojena rešenja utiču na odgovornost nosioca plovidbenog poduhvata a shodno tome i na visinu premije koju plaća za osiguranje odgovornosti.<sup>28</sup> Zbog toga se međunarodne konvencije iz oblasti transportnog prava donose uz učešće asocijacija osiguravača. Da li je jedna konvencija dobra zavisi, između ostalog, od odgovora na pitanje da li će ukupni troškovi osiguranja porasti (osiguranje robe plus odgovornosti).<sup>29</sup>

Evropska unija poklanja sve veću pažnju Dunavu koji je postao važan evropski put (koridor) na kome treba da se uklone konfliktni interesi pribrežnih država.<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> Ivica Jankovec, Saobraćajno pravo (grupa autora), Beograd, 1979, str. 347.

<sup>27</sup> Edgar Martin, International waterways in crisis: the case of river Danube, edgarŽDanube-research.com.

<sup>28</sup> Zoran Radović, Uticaj međunarodnih konvencija iz transportnog prava na razvoj vodnog saobraćaja, Zbornik radova Saobraćajnog fakulteta u Beogradu, Beograd, 2002, str. 311.

<sup>29</sup> Zoran Radović, Hamburška pravila sa stanovišta osiguranja, Simpozijum iz oblasti transportnog osiguranja, Beograd, 1983.

<sup>30</sup> Michael Baltazer, Inland navigation in the new EU-looking ahead: Coordin VII in the Blue Danube, 2004.

Svoj doprinos za razvoj vodnog saobraćaja dali su osiguravači ne samo kod donošenja konvencija već i putem svojih tipiziranih uslova osiguranja. Kod donošenja Konvencije o građanskoj odgovornosti za štete prouzrokovane za vreme prevoza opasne robe drumom, železnicom i brodovima unutrašnje plovidbe nije bilo moguće odrediti visok limit do kojeg prevoznik odgovara za pričinjenu štetu. Činjenica da prevoznik može da pričini veliku štetu nije prihvatljiva za osiguravače koji nisu spremni da takvu njegovu odgovornost pokriju. Ukoliko bi je pokrili, visina premije koju bi prevoznik morao da plati, bila bi nesrazmerno visoka u odnosu na vozarinu.

Plovidbeno osiguranje predstavlja najstariju granu osiguranja<sup>31</sup> i za njegov razvoj najveći doprinos su dali engleski osiguravači putem institutskih klauzula.<sup>32</sup> Ukoliko klauzulama neko pitanje nije rešeno primeniće se engleski zakon (MIA) čije odredbe su najvećim delom dispozitivne prirode.<sup>33</sup> Zakonom je kodifikovano englesko precedentno pravo.<sup>34</sup> Odredbe MIA u velikoj meri su preuzete Zakonom o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi. Naši osiguravači primenjuju institutske klauzule<sup>35</sup> koje su poznati širom sveta<sup>36</sup> samo kod osiguranja robe u pomorskom prevozu. Naši osiguravači nemaju jedinstvene uslove za osiguranje robe u prevozu rečnim brodovima.

Plovidbeno osiguranje u Evropi sprovode osiguravajuće kompanije i klubovi za zaštitu i naknadu.<sup>37</sup> Premda su naši osiguravači delimično prihvatili rešenja institutskih klauzula<sup>38</sup>, postoje razlike između engleskih i naših opštih uslova osiguranja.

---

<sup>31</sup> David McCahan, *Inland Marine Insurance*, <http://www.jstor.org/pss/1018315>.

<sup>32</sup> *The Institute Clauses (marine cargo forms, marine hull forms)*, N.G. Hudson i A.C. Allen, *The Institute Clauses Handbook*, London, 1986.

<sup>33</sup> Zakon sadrži mali broj imperativnih normi, npr., ne može se pokriti krajnja nepažnja osiguranika, što je važno kod osiguranja odgovornosti, Anthony Diamond, *The law of marine insurance – has it a future?*, *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, February 1968, Part I, str. 17.

<sup>34</sup> Veljko Tomašić, *Nova engleska polica i uslovi za osiguranje robe*, *Osiguranje i privreda*, Zagreb, God. XXIII, br. 11, str. 3.4.

<sup>35</sup> Klauzule su izdali Lloyd's Underwriters Association i Institute of London Underwriters, *Reference book of Marine insurance clauses*, Witherby publication, London, 1996.

<sup>36</sup> Engleske klauzule predviđaju primenu engleskog zakona i prakse. Mišljenja smo da ovu odredbu naši osiguravači treba da izbrišu.

<sup>37</sup> *Protecting & Indemnity clubs* su specijalizovane organizacije brodara koje osiguravaju odgovornost svojih članova obično na uzajamnoj osnovi.

<sup>38</sup> Veljko Tomašić, *Transportno osiguranje*, Beograd, 1987, str. 221.



Institute Time Clauses – Hulls, 280. (engleski) – opšti uslovi naših osiguravača

### *Osiguranje kaska*

a) *jemstva osiguranika*: da brod zadrži klasu broda; da osiguranik obavesti osiguravača ukoliko brod; promeni ili izgubi klasu; promeni zastavu; promeni upravu; osiguranje automatski prestaje u navedenim slučajevima.<sup>39</sup> – (nema odredbi);

b) *izvedeni potpuni gubitak broda* – (nema odredbi);

c) *pokrivene štete*: zajednička havarija; nagrada za spasavanje; nehat posade broda; baraterija<sup>40</sup>; piraterija (nema odredbi).

### *Osiguranje odgovornosti*

Najšire pokriće pružaju klubovi za zaštitu i naknadu iz Engleske.

Engleski opšti uslovi (osiguravajućih kompanija i klubova) – Opšti uslovi naših osiguravača

Opšti uslovi obuhvataju osiguranje ugovorne i vanugovorne odgovornosti – ugovorna odgovornost odvojenim uslovima

*Pokrivene štete*:

– smrt ili povreda člana posade – nema odredbi;

– zagađenje čovekove sredine izlivanjem nafte ili opasne materije sa broda – nema odredbi;

– troškovi vađenja potonulog broda i uništenje njegove olupine – samo po naredbi vlasti ili ako je brod potpuni gubitak;

– klub naknađuje deo troškova zajedničke havarije pokrivene kasko polisom ukoliko osiguravajuća kompanija odbije da ih osiguraniku naknadi smatrajući da je brod bio nadosiguran – nema odredbi;

– klub naknađuje troškove za slepe putnike kao i razne kazne osiguranika (carinske i druge) – nema odredbi

---

<sup>39</sup> Jemstva osiguranika nisu svojstvena našem pravu. Ukoliko osiguranik ne ispunji jemstvo, a šteta na brodu nastane, osiguranik gubi pravo na naknadu bez obzira na činjenicu što je šteta nastala kao posledica osiguranog rizika, čl. 48. MIA.

<sup>40</sup> Baraterija obuhvata svaku namernu štetu prouzrokovanu brodu od strane posade broda, Pravilo 11. za tumačenje polise osiguranja, bliže, E.R.H.Ivamy, Chalmers' Marine Insurance Act 1906, London, 1993, str. 174.

S obzirom da brod na plovnom putu Rajna–Manjna–Dunav tiče luke raznih država osiguravači odgovornosti se susreću sa različitim pravnim sistemima koji regulišu odgovornost broдача. Pored propisa Dunavske i Manhajmske konvencije<sup>41</sup> i propisa EU, postoje nacionalni propisi država, kroz koje protiče Dunav, koje nisu prihvatile navedene konvencije.

## ZAKLJUČAK

Plovidbeno pravo unutrašnje plovidbe je mlada grana prava koja još nije dobila svoj konačan oblik. Razvoj se odvijao pod uticajem pomorskog prava. Za razliku od pomorskog prava, pravo unutrašnje plovidbe nije dovoljno obuhvaćeno međunarodnim konvencijama, naročito iz oblasti odgovornosti broдача. Brodar se susreće sa različitim pravnim sistemima kada plovi Dunavom i kada se protiv njega podnese odštetni zahtev na osnovu ugovorne i vanugovorne odgovornosti. Brodovi koji plovo Dunavom tiču luke deset država. Treba dosta poradići da bi se zaštita čovekove sredine na reci regulisala.

Neophodno je izvršiti harmonizaciju pomorskog prava i prava unutrašnje plovidbe. Neke razlike među njima nisu potrebne. Ne postoje opravdani razlozi da brodar unutrašnje plovidbe odgovara manje od pomorskog. Takođe je potrebno izvršiti harmonizaciju pravnih rešenja koja postoje na Dunavu i Rajni. Institut zajedničke havarije na Dunavu i Rajni treba izjednačiti po uzoru na Jork-antverpenska pravila koja se primenjuju na moru. Ne postoje razlozi zbog čega se zajednička havarija uvek primenjuje na moru a na reci samo u slučaju ako njenu primenu predviđa ugovor o prevozu robe.

Plovidbene havarije su poznate i proučene. Osiguravači brodova i robe koja se njima prevozi prokrivaju rizike broдача i korisnika prevoza. Slaba strana ovog osiguranje je u tome što naša osiguravajuća društva imaju različite opšte uslove osiguranja. U tom pogledu pomorsko osiguranje je nesumnjivo bolje pošto primenjuje engleske institutske klauzule poznate širom sveta. Primena institutskih klauzula olakšava sprovođenje reosiguranja. Pokriće odgovornosti broдача za gađanje čovekove sredine treba predvideti u opštim uslovima osiguranja.

Postoje razlike između pomorskog prava i prava unutrašnje plovidbe kod regulisanja stvarnih prava na brodu. Ne postoje razlozi da na pomorskom brodu postoji veći broj zakonskih založnih prava nego na rečnom. Veći broj zakonskih založnih prava na pomorskom brodu više štiti interese hipotekarnog poverioca i njegovog osiguravača.

---

<sup>41</sup> Mannheim Convention for Rhine Navigation, sa izmenama od 1963.

Činjenica je da naše osiguravajuće kompanije, koje osiguravaju rečne brodove i robu koja se na njima prevozi, nemaju jedinstvene opšte uslove osiguranja. Potrebno je u većoj meri prihvatiti rešenja engleskih institutskih klauzula i dati podršku Uduženju osiguravajućih organizacija da započne harmonizaciju opštih uslova osiguranja.

ZORAN RADOVIĆ, LL.D.,  
Institute of Comparative Law, Belgrade

## INSURANCE LAW OF INLAND NAVIGATION

### Summary

Law of inland navigation and insurance law of inland navigation are still developing and are influenced by maritime law and marine insurance to great extent. Nevertheless, inland navigation differs from maritime navigation for which reason it was not possible to copy all solutions. Inland navigation in many aspects is different from maritime navigation. The basin of river Danube, with its international status, is within boundaries of adjacent countries. The countries involved have different legal regimes and there are not enough international conventions to harmonize the law. It is quite different in maritime law.

It is indispensable to harmonize inland navigation law. It should be noted that the longest river route in Europe is the Rhine-Main-Danube. Besides Mannheim and Danube conventions and EU directives, which were endorsed by many adjacent countries, they were not endorsed by all countries. There are different important solutions in Rhine and Danube regulations that should be rectified. Inland vessels sail not only in rivers but also at sea. The general average is in the Rhine, Danube and sea is regulated by different rules. This situation affects the insurance business, in particular insurance companies that cover liability of ship-owners and charterers.

Domestic insurance terms and conditions should be considerably improved. Insurance covers offered to ship-owners, charterers and owners of goods are not unified. This situation affects not only the assured but the reinsurance business too. Marine insurance has no such problem since insurance is carried by applying English institute clauses known all over the world. It is high time to harmonize domestic insurance inland terms and conditions. Institute clauses should serve as a guide. This task should be entrusted to the Association of insurance organizations of Serbia.



*SLOBODAN ILJIĆ*

**VANSUDSKI POSTUPAK ZA NAKNADU ŠTETE  
PO ZAKONU O OBAVEZONOM OSIGURANJU  
U SAOBRAĆAJU REPUBLIKE SRBIJE**

U V O D

Već više od 30 godina na tlu Srbije odredbe o vansudskom postupku za naknadu štete po osnovu osiguranja od autoodgovornosti sadržane su u Zakonu o obligacionim odnosima<sup>1</sup>. Po prestanku SFRJ sve republike bivše SFRJ preuzele su taj zakon u sopstvene pravne sisteme, ali su ga naknadno neke više a neke manje novelirale. Razume se, neke ga ni malo nisu dirale. Međutim, od momenta kada su se sve bivše republike SFRJ opredelile za put ka članstvu u EU počela je era, koju karakteriše donošenje posebnih zakona iz materije obaveznog osiguranja u saobraćaju<sup>2</sup> sa detaljnim odredbama o vansudskom postupku za naknadu štete. Ti novi zakoni, kao i njihove odredbe o vansudskom postupku za naknadu štete u slučaju automobilske nezgode, bile su inspirisane komunitarnim pravom osiguranja EU. U odnosu na ostale republike bivše SFRJ, Republika Srbija je vremenski poslednja donela Zakon o obaveznom osiguranju u saobraćaju jula

---

Mr Slobodan Iljić, istraživač saradnik IMPP, Beograd.

<sup>1</sup> »Službeni list SFRJ«, br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 i »Službeni list SRJ«, br. 22/99, 23/99, 35/99, 44/99, 31/93.

<sup>2</sup> Detaljnije o zakonima bivših republika SFRJ u Mr Slobodan Iljić: »Vansudski postupak za naknadu štete u obaveznom osiguranju u saobraćaju«, Zbornik radova Udruženja za odštetno pravo sa 13. savetovanja, zakazanog za septembar 2010. u Beogradu, na opštu temu »Obavezno osiguranje, naknada štete i obezbeđenje potraživanja« (u štampi).

2009. godine<sup>3</sup>. Zakon o obaveznom osiguranju u saobraćaju (skraćeno: Zakon)<sup>4</sup> predstavljao je prvu kodifikaciju oblika obaveznog osiguranja u saobraćaju na teritoriji Republike Srbije. Zakon je predvideo etapnu<sup>5</sup> strukturu približavanja komunitarnom pravu osiguranja EU, pa je tako propisano da će pojedine grupe odredaba početi da se primenjuju u različitim periodima u budućnosti. Prva grupa odredaba Zakona stupila je na snagu 12. oktobra 2009. godine, a poslednja grupa odredaba Zakona počće da se primenjuje kad Republika Srbija pristupi STO i EU. U ovom radu biće razmatrane samo odredbe vansudskog postupka za naknadu štete sadržane u prvoj grupi odredaba Zakona, sa zadatkom da se sagleda stepen njihove prilagođenosti vansudskom postupku za naknadu štete iz komunitarnog prava osiguranja EU.

## *2. Važeće zakonske odredbe o vansudskom postupku za naknadu u Republici Srbiji*

2.1. Priprema vansudskog postupka za naknadu štete za oštećenog počinja vremenski od trenutka kada se dogodila saobraćajna nezgoda, a za odgovornog osiguravača od trenutka kad bude obavešten o saobraćajnoj nezgodi u kojoj je učestvovao njegov osiguranik po osnovu obaveznog osiguranja od autoodgovornosti. Naime, u Zakonu je predviđeno da je vlasnik motornog vozila, odnosno učesnik u saobraćajnoj nezgodi, dužan da odgovornog osiguravača obavesti o saobraćajnoj nezgodi u roku od 15 dana od dana kada se saobraćajna nezgoda dogodila (član 23). Međutim, za slučaj da se vlasnik motornog vozila ne pridržava navedenog pravila, Zakon je zapretio vlasniku da može da bude kažnjen za privredni prestup (član 97. stav 1. tačka 3. Zakona). Od dostave obaveštenja o saobraćajnoj nezgodi na obe strane, tj. na strani oštećenog i na strani odgovornog osiguravača, počinju pripreme za središnu fazu pravnog odnosa u nastajanju. Kad oštećeni prikupi ono što smatra da potkrepljuje njegov zahtev, odnosno kad bude raspolagao činjeničnim i dokaznim materijalom za koji smatra da je dovoljan za podnošenje odštetnog zahteva, tada će podneti odštetni zahtev neposredno odgovornom osiguravaču. Saobraćajna greška ili propust osiguranika odgovornog osi-

---

<sup>3</sup> »Službeni glasnik RS«, br. 51/2009 od 14. jula 2009. godine.

<sup>4</sup> Prikaz najvažnijih odredaba Zakona u Mr Slobodan Ilijić: »Zakon o obaveznom osiguranju«, Stručno-informativni časopis IP »Intermek« Beograd, »Pravni informator«, br. 4/2010, str. 54–60.

<sup>5</sup> Detaljnije o strukturi Zakona u Mr Slobodan Ilijić: »Povodom Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju RS«, čas. za teoriju i praksu osiguranja Kompanije »Dunav osiguranje«, a.d.o., Beograd, »Tokovi osiguranja«, br. 4/2009, str. 31–40.

guravača, odnosno štetna radnja štetnika u saobraćaju, postala je pravni izvor za nastanak pravnog odnosa između oštećenog i odgovornog osiguravača. U vezi sa ovom fazom pravnog odnosa za naknadu štete, treba se podsetiti da je važeći zakonodavac propisao da svaki vozač-učesnik u saobraćaju mora da nosi sobom polisu osiguranja, da je prilikom saobraćajne nezgode dužan da tražene podatke dostavi ostalim učesnicima u saobraćajnoj nezgodi, da popuni na licu mesta Evropski izveštaj o saobraćajnoj nezgodi i sl., odnosno sve ono što se u takvim okolnostima čini po osnovu Zakona i važećeg Zakona o bezbednosti saobraćaja na drumovima, odnosno po osnovu podzakonskih opštih akata donetih na osnovu tih zakona. Za razliku od oblika vansudskog postupka, u kome je odštetni zahtev oštećenog upravljen neposredno ka odgovornom osiguravaču, Zakonom je predviđena mogućnost i da oštećeno lice podnese odštetni zahtev osiguravaču, sa kojim je zaključio ugovor o obaveznom osiguranju od autoodgovornosti (član 24. stav 2. Zakona). Ovaj postupak nosi naziv regulisanje tzv. direktne štete. Takav vansudski postupak već postoji u nizu razvijenih privreda EU<sup>6</sup>, a predviđeno je da se uvede kao mogućnost i u Zakonu Srbije<sup>7</sup>, kao i u nekim od zakona republika bivše SFRJ. Vansudski postupak regulisanja tzv. direktne štete kao oblik vansudskog postupka ostaće izvan predmeta ovog rada, s obzirom na specifičnosti tog postupka, a težište rada biće i dalje na vansudskom postupku za naknadu štete po kome se odštetni zahtev upravlja ka odgovornom osiguravaču.

2.2. Pravni odnos po pitanju naknade štete između oštećenog saobraćajnom nezgodom i odgovornog osiguravača, čiji je osiguranik štetnik, prerašće u centralnu fazu vansudskog postupka onog momenta kada oštećeni podnese dokumentovan odštetni zahtev neposredno tom osiguravaču. Oštećeni je podnošenjem odštetnog zahteva prijavio neposredno odgovornom osiguravaču da se desio osiguranik slučaj i da je on treće lice, a da je njegov osiguranik štetnik u saobraćajnoj nezgodi, zbog koje je odštetni zahtev podnet. Međutim, kompletiranje odštetnog zahteva ili dokazivanje da se desio sigurni slučaj za oštećenog ne ide lako ni brzo, pogotovu u uslovima tranzicije. Od toga da li je prikupljeni činjenični i dokazni materijal potpun i kao takav priložen odštetnom zahtevu zavisi krajnji ishod ovog postupka pred odgovornim osiguravačem. Ugovorni odnos, koji je nastao podnošenjem zahteva oštećenog, zakonodavac je pravno kvalifikovao kao

---

<sup>6</sup> Dipl. pravnik Nenad R. Terzić, direktor AVUS-a Beograd: »Direktno regulisanje šteta u osiguranju od autoodgovornosti«, Zbornik radova Udruženja za pravo osiguranja Jugoslavije sa savetovanja, održanog aprila 2003. na Paliću, na opštu temu »Pravo osiguranja u tranziciji«, Palić, 2003, str. 149–155.

<sup>7</sup> Prof. dr Siniša Ognjanović: »Socijalizacija građanske odgovornosti u srpskom pravu putem obaveznih osiguranja«, Zbornik radova Udruženja za pravo osiguranja Srbije sa savetovanja, održanog aprila 2009. na Paliću, na opštu temu »Integracija (prava) osiguranja Srbije u evropskom (EU) sistemu osiguranja«, Palić, 2009, str. 284–298.

– ostvarivanje potraživanja oštećenog lica prema odgovornom osiguravaču neposredno (član 24. stav 1. Zakona). To bi bio prvi deo ključne pravne norme vansudskog postupka za naknadu štete iz Zakona. Drugi deo ključne pravne norme vansudskog postupka za naknadu štete iz Zakona mogao bi uprošćeno da se izrazi na sledeći način, i to: ako odgovorni osiguravač ne dostavi obrazloženu ponudu za naknadu štete u roku od 90 dana od dana prijema odštetnog zahteva ili ako osiguravač ne isplati dokumentovanu malu štetu u roku od osam dana od dana prijema zahteva, oštećenom se priznaje pravo da može da podnese tužbu sudu i o tome da obavesti Narodnu banku Srbije (skraćeno: NBS) (član 24. stav 2. Zakona). Dakle, naspram pravu oštećenog da neposredno upravi odštetni zahtev prema osiguravaču stoji obaveza odgovornog osiguravača da u zakonskim rokovima i po zakonskim uslovima odgovori na odštetni zahtev. Inače, ovako definisan vansudski postupak za naknadu štete u Zakonu neposredno se primenjuje kod osiguranja od autoodgovornosti, a shodno se primenjuje na zahtev za naknadu štete podnet Garantnom fondu (čl. 90. i 95. Zakona), zatim na zahtev za naknadu štete zbog odgovornosti vlasnika vazduhoplova za štetu pričinjenu trećim licima i putnicima (član 63), i najzad, na zahtev za naknadu štete zbog odgovornosti vlasnika čamca za štetu koju pričini trećim licima (član 66). Drugim rečima, odredbe Zakona neposredno se primenjuju na zahtev oštećenog za naknadu štete u obaveznom osiguranju od autoodgovornosti, a u svim ostalim slučajevima obaveznog osiguranja u Zakonu te odredbe se shodno primenjuju. Bez obzira da li se kod odštetnog zahteva radi o neposrednoj ili o shodnoj primeni odredaba ovog Zakona, za odredbe Zakona o obligacionim odnosima predviđena je u ovom ugovornom odnosu osiguranja sporedna, tj. supsidijerna ili dopunska primena. Ovde treba napomenuti da se Zakon o obligacionim odnosima potvrdio u dugogodišnjoj praksi i da je na njegovoj osnovi formirana osiguravajuća i sudska praksa, a da je vansudski postupak za naknadu štete iz ovog Zakona proglasio faktički sporednom formiranu osiguravajuću i sudsku praksu o tome postupku do sada. Vreme, osiguravajuća i sudska praksa pokazaće kakva će biti razlika između neposredne i shodne primene odredaba o vansudskom postupku za naknadu štete iz ovog Zakona s jedne strane i s druge strane kakav će biti ubuduće uspostavljen odnos vansudskog postupka za naknadu štete između odredaba ovog Zakona i Zakona o obligacionim odnosima.

2.3. Podnošenje odštetnog zahteva neposredno odgovornom osiguravaču po osnovu Zakona otvorilo je još jedan poseban aspekt vansudskog postupka za naknadu štete. Naime, Zakon je direktno obavezao svakog osiguravača, ovlašćenog za obavezno osiguranje u saobraćaju, da mora da formira posebnu knjigu šteta ili pak da ustroji trajnu evidenciju odštetnih zahteva (član 24. stav 4. Zakona). Razume se, knjiga šteta najmanje mora da sadrži dan prijema zahteva, da se upisivanje zahteva vrši po redosledu prijema, kao i niz drugih podataka (o podnosiocu



zahteva, o okolnostima saobraćajne nezgode i dr.). Za celovito sagledavanje ovog aspekta vansudskog postupka za naknadu štete u Zakonu nužno je odredbe o posebnoj knjizi šteta dovesti u vezu sa odredbama o registru štetnih događaja, potom sa odredbama o formiranju baze podataka kod svakog osiguravača, dalje sa odredbama o Informacionom centru na nivou Udruženja osiguravača Srbije (skraćeno: Udruženje), pa sa pravom besplatnog pristupa Informacionom centru i dr., što sve zahteva detaljnu podzakonsku regulativu počev od Udruženja, kao donosioca podzakonskih opštih akata, do svakog osiguravača, koji je ovlašćen da se bavi obaveznim osiguranjem u saobraćaju. Da evidentiranje zahteva za naknadu štete nije samo puki tehničko-administrativni posao, postarala se sama praksa osiguranja. Naime, u vezi sa knjigom šteta pokrenuto je pitanje u praksi da li kod saobraćajne nezgode treba svaki od više odštetnih zahteva evidentirati posebno ili sve podnete zahteve za naknadu štete od iste saobraćajne nezgode evidentirati, kao jedan, povezano?<sup>8</sup> Najzad, kad odgovorni osiguravač isplati štetu oštećenom, on stiče pravo regresa od osiguravača kod koga je osiguran odgovorni za štetu pričinjenu oštećenom. Dakle, odredbe o vansudskom postupku za naknadu štete obuhvataju niz evidencija povodom podnetih odštetnih zahteva, pa je zakonodavac predvideo da se sudbina svakog pojedinog vansudskog postupka za naknadu štete može sagledavati iz različitih uglova i vremenski mnogo godina unazad, što čini evidencije o štetama vrlo važnim kod svih oblika obaveznog osiguranja u saobraćaju i svakog od tih oblika pojedinačno.

2.4. Zakon je predvideo niz uslova i rokova u centralnom delu vansudskog postupka za naknadu štete. Po Zakonu mala šteta je ona šteta za koju je odštetni zahtev iznosio manje od 500 evra u dinarskoj protivvrednosti i za koju su dostavljeni dokazi na osnovu kojih se može utvrditi obaveza osiguravača, te se i isplata vrši u roku od osam dana od dana prijema zahteva (član 106. Zakona). Za sve ostale štete kumulativno je propisano zakonsko pravilo po kome je osiguravač dužan da u roku od 14 dana od dana prijema zahteva utvrdi osnov i visinu odštetnog zahteva, zatim da dostavi podnosiocu zahteva obrazloženu ponudu za naknadu štete i najzad, da isplati naknadu štete (član 25. stav 1. Zakona). Međutim, ako podneti odštetni zahtev ne bude potpun, osiguravač je dužan da se pismenim putem obrati podnosiocu zahteva u roku od osam dana od dana prijema zahteva i da zatraži upotpunjavanje, kompletiranje, dokumentacije uz podneti zahtev (član 25. stav 2. Zakona). U složenijim odštetnim zahtevima odgovorni osiguravač nije objektivno u mogućnosti da u roku od 14 dana utvrdi osnov i visinu odštetnog zah-

---

<sup>8</sup> Artur Demek intervjuisao Nebojšu Divljana, predsednika Upravnog odbora Udruženja osiguravača Srbije i generalnog direktora Delta Generali osiguranja, u članku pod naslovom: »Izvučimo se, konačno, iz devedesetih«, čas. Fonda za razvoj osiguranja iz N. Sada »Svet osiguranja i finansija« br. 2/2010, str. 30–35.

teva, pa je zakonodavac propisao duže rokove i odgovarajuće uslove povodom takvih zahteva. Ako je u okviru odštetnog zahteva tražena šteta na stvarima, osiguravač je dužan da utvrdi osnov i visinu odštetnog zahteva u roku od 45 dana od dana prijema tog zahteva, a ako je u okviru odštetnog zahteva tražena šteta na licima, osiguravač je dužan da utvrdi osnov i visinu odštetnog zahteva u roku od 90 dana od dana prijema tog zahteva. Po proteku roka od 45, odnosno po proteku roka od 90 dana od dana prijema zahteva, osiguravač je dužan da isplati naknadu štete u daljem roku od 14 dana u oba slučaja (član 25. stav 3. Zakona). U Zakonu je predviđena situacija kada se razlikuju visina potraživanja oštećenog i ponudena visina naknade štete osiguravača. U tom slučaju osiguravač je dužan oštećenom da ponudi i isplati nesporni deo potraživanja u navedenim rokovima od 45 dana (za štetu na stvarima), odnosno 90 dana (za štetu na licima). Pri tome, ako oštećeni prihvati nesporni deo odštetnog zahteva, propisano je da to ne utiče na njegovo pravo na potraživanje spornog dela odštetnog zahteva (član 25. stav 4. Zakona). Najzad, zakonodavac je predvideo i životnu situaciju u kojoj je odštetni zahtev neosnovan. U tom slučaju zakonodavac je obavezao osiguravača da pismenim putem obrazloži svoju ocenu da zahtev nema osnova i da o tome obavesti podnosioca zahteva u roku od osam dana od dana kada je utvrdio da je zahtev neosnovan, pri čemu dostava tog obrazloženog pismenog obaveštenja mora još da bude u okviru napred utvrđenih rokova od 45 dana, odnosno 90 dana, kao i roka od 14 dana (član 25. stav 5. Zakona).

2.5. Po završetku vansudskog postupka za naknadu štete oštećenom se priznaje pravo da podnese tužbu sudu, ali i da o toj tužbi obavesti NBS (član 24. stav 2). Povodom zakonske odredbe o priznanju prava na tužbu i obaveštavanju NBS otvaraju se, najmanje, dva pravna pitanja, i to: prvo, da li je zakonodavac uveo obavezu oštećenog da mora da prijavi podnošenje tužbe sudu (u vidu uručenja primerka tužbe ili običnog dopisa i sl.)? Drugo, kakvo je pravno dejstvo obaveštavanja NBS u ovoj zakonskoj normi? U odnosu na prvo pitanje, pouzdan odgovor može da se dobije uvidom u Kaznene odredbe Zakona iz 2009. godine. Naime, u tim odredbama su predviđene kazne za privredne prestupe i prekršaje, ali u tim odredbama nema zaprećene prestupne ili prekršajne odgovornosti za oštećenog za neobaveštavanje NBS o podnetoj tužbi sudu. Prema tome, oštećeni nije u zakonskoj obavezi da obavesti NBS da je podneo tužbu sudu<sup>9</sup>. Drugo, u ci-

---

<sup>9</sup> Suprotno pravno shvatanje može da se izvede iz člana 7. Uslova za obavezno osiguranje vlasnika motornih vozila od odgovornosti za štetu pričinjenu trećim licima (na snazi od 12.12.2009) Kompanije »Dunav osiguranje« a.d.o. Beograd. U tom članu je predviđeno da NBS obavezno posreduje u rešavanju odštetnog zahteva radi sprečavanja nastanka spora iz osnova osiguranja od autoodgovornosti. To pravno znači da je posredovanje obavezno putem NBS, iako je pokrenuta parnica u istoj stvari, te da sud sam ili neko koga sud odredi ne može da odredi posrednika u toku te parnice.

lju sagledavanja pravnog dejstva ove zakonske odredbe nužno je da se ona dovede u vezu sa članom 144. Zakona o osiguranju<sup>10</sup>, koji je na pravnoj snazi od 29. maja 2004. godine do momenta zaključenja ovog rada (1. jul 2010. godine). Član 144. Zakona o osiguranju je lociran u odeljku tog zakona u kome su regulisani upravni poslovi NBS, koje NBS vrši kao svaki upravni (nadzorni) organ ili upravna vlast nad delatnošću osiguranja. U naimenovanju iznad člana 144. Zakona o osiguranju je predviđeno da je u njemu regulisana zaštita prava osiguranika, korisnika osiguranja i trećih oštećenih lica. Prema Zakonu o osiguranju NBS posreduje u rešavanju odštetnih zahteva radi sprečavanja nastanka spora iz osnova osiguranja, razmatra prigovore osiguranika, korisnika osiguranja i trećih oštećenih lica i štiti prava i interese tih lica (član 144. stav 1). Takođe, po Zakonu o osiguranju NBS je ovlašćena da propiše način zaštite prava i interesa lica iz stava 1. ovog člana (član 144. stav 2). Iz citiranih odredaba Zakona o osiguranju postaje vidljivo u kome pravcu treba tražiti odgovor na pitanje kakvo je pravno dejstvo obaveštavanja NBS kad oštećeni pokrene sudski spor nezadovoljan ishodom vansudskog postupka za naknadu štete.

2.6. Guverner NBS<sup>11</sup> je iskoristio svoje ovlašćenje za donošenje podzakonskog opšteg akta iz osnova stava 2. člana 144. Zakona o osiguranju, tako da je doneta Odluka o načinu zaštite prava i interesa osiguranika, korisnika osiguranja i trećih oštećenih lica i postupku posredovanja radi mirnog rešavanja spornih odnosa nastalih iz osnova osiguranja<sup>12</sup> (skraćeno: Odluka). Iz Odluke proizilazi da se ona sastoji iz dva dela, odnosno da su odredbe tač. 1–9 regulisale rad na prigovorima, pritužbama protiv osiguravača, a da se odredbe tač. 10–16. mogu da dovedu u vezu sa temom ovog rada. Što se tiče odredaba tač. 1–9. Odluke, oštećeni može da podnese pritužbu NBS protiv odgovornog osiguravača, a NBS onda dejstvuje kao svaki nadzorni organ, primera radi, šalje inspektore na lice mesta, potom izriče administrativne mere i dr. Drugim rečima, tač. 1–9. Odluke spadaju u delokrug rada klasičnog upravnog (kontrolnog) nadzora NBS nad delatnošću osiguranja, te tako ovaj deo Odluke ne stoji u direktnoj vezi sa temom ovog rada. Drugi deo Odluke može da se dovede u vezu sa temom ovog rada. Naime, odredbe tač. 10–16. Odluke regulišu postupak posredovanja radi mirnog rešavanja spornih pitanja iz odnosa osiguranja. Inicijator mirenja je NBS ako proceni da će doći do sudskog spora, a ne neka od dve stranke. Prema tač. 10–16. Odluke postupkom posredovanja rukovodi radnik zaposlen u NBS, u svojstvu posrednika, koji određuje rokove i učestvuje u postupku, a ako se saglase učesnici u sporu

---

<sup>10</sup> »Službeni glasnik RS«, br. 55/2004, 70/2004 – ispravka, 61/2005, 61/2005 – dr. zakon, 85/2005 – dr. zakon, 101/2007, 63/2009–US, 107/2009.

<sup>11</sup> Navedeni podzakonski opšti akt je doneo Radovan Jelašić guverner NBS u mandatu.

<sup>12</sup> »Službeni glasnik RS«, br. 46/2005.

posrednik angažuje stručna lica sa liste stalnih sudskih veštaka, tako da troškove tog angažmana snosi strana zainteresovana za postizanje sporazuma. Prema tač. 10–16. Odluke o postupku posredovanja vodi se vrlo detaljan zapisnik, koji se, po mišljenju potpisnika ovog rada, ne razlikuje u bitnom od sudskog zapisnika, a, ako eventualno posredovanje uspe, sve se završava sporazumom, koji ima karakter – vansudskog poravnjanja. Dakle, po osnovu tač. 10–16. Odluke za oštećenog se otvara mogućnost da obavesti NBS odmah po podnošenju tužbe sudu, ali i znatno kasnije u poodmakloj fazi sudskog postupka, te da NBS izmiri oštećenog i odgovornog osiguravača. Očigledno, tač. 10–16. Odluke predstavljaju domaću varijantu vansudskog postupka u širem smislu te reči.

### *3. Pogled na vansudski postupak za naknadu štete u Republici Srbiji iz ugla komunitarnog prava osiguranja EU*

3.1. Već više od 50 godina postoji EU, pod različitim nazivima i u različitim sastavima članica. U tom periodu došlo je do porasta svih vrsta saobraćaja, a samim tim povećana je učestalost saobraćajnih nezgoda, tako da se na tlu EU prosečno godišnje dogodi 500.000 saobraćajnih nezgoda. Otuda, komunitarno pravo osiguranja EU pokazalo je i pokazuje veliku brigu za žrtve saobraćajnih nezgoda, pa je osiguranje od građanske odgovornosti iz upotrebe motornih vozila za štete pričinjene trećim licima postalo jedna od najviše regulisanih oblasti EU. Tu oblast komunitarnog prava osiguranja EU čine brojne direktive, a među najvažnije spada pet direktiva<sup>13</sup>. Pri tome, četvrta i peta direktiva su međusobno komplementarne u tom smislu što rešavaju problem automobilista-turista, koji je nastao u EU<sup>14</sup>, jer su ta lica posle neskrivljene saobraćajne nezgode u drugoj državi članici EU teško mogli da naplate naknadu štete. Naime, četvrta direktiva je rešavala problem naknade štete nastale u inostranstvu i u zemljama sistema zelene karte, a peta direktiva je tromesečni rok iz četvrte direktive za rešavanje odštetnog zahteva za saobraćajnu nezgodu u inostranstvu proširila i na neskrivljenu štetu pričinjenu u domaćoj saobraćajnoj nezgodi. Posle

---

<sup>13</sup> Prva Direktiva 72/166/EEC od 24. aprila 1972. godine; druga Direktiva 84/5/EEC od 30. decembra 1983. godine; treća Direktiva 90/232/EEC od 14. maja 1990. godine; četvrta Direktiva 2000/26/EC od 16. maja 2000. godine; peta Direktiva 2005/14/EC od 11. maja 2005. godine. Ovih pet direktiva u vidu prečišćenog teksta sadržano je u Direktivi 2009/103/EC od 16. septembra 2009. godine.

<sup>14</sup> Doc. dr Marijan Ćurković: »Peta direktiva EU o obaveznom osiguranju u saobraćaju od građanske odgovornosti za štete od motornih vozila«, čas. Udruženja za pravo osiguranja SCG »Revija za pravo osiguranja« br. 3–4/2005, str. 1–7.

stupanja na snagu ovih dveju direktiva od nacionalnog propisa je zahtevano da se u regulisanju odštetnog zahteva za osiguravača uvede rok od tri meseca u kome mora da odgovori oštećenom putem obrazložene razumne ponude ili putem pravno zasnovanog odgovora zašto odštetni zahtev ne može da se reši. Takođe, za nacionalnu regulativu u EU peta direktiva je donela proširenje dejstvo četvrte direktive u tom smislu što je precizirala nadležnost informacionog centra organizovanog na nivou države članice EU, koji je dužan da prikuplja podatke o registraciji i osiguranju motornih vozila, a svi ti podaci moraju da budu dostupni oštećenim bez obzira gde se saobraćajna nezgoda dogodila u EU, odnosno u zemljama članicama sistema zelene karte. Ove dve direktive donele su u EU, razume se, još niz novina u pravcu jedinstvene regulative građanske odgovornosti iz upotrebe motornih vozila za štete pričinjene trećim licima, ali je isticanje navedenih elemenata bilo dovoljno za svrhu ovog rada.

3.2. Kada su u pitanju saobraćajne nezgode s elementom inostranosti<sup>15</sup> u EU, iz ugla oštećenog regulisanje odštetnog zahteva vrši se na jedan od dva načina zavisno od situacije. Prvi način je obuhvatio sledeću situaciju, i to: ako je do saobraćajne nezgode došlo u državi u kojoj oštećeni ima redovno boravište, a štetnikovo motorno vozilo je registrovano i osigurano od autoodgovornosti u nekoj drugoj državi, onda se regulisanju odštetnog zahteva pristupalo ili putem ovlašćenog predstavnika štetnikovog osiguravača u domaćoj zemlji ili putem Biroa zelene karte posećene zemlje. Po Zakonu Srbije odredbe o konstituisanju ovlašćenih predstavnika stranih osiguravača u Srbiji (čl.46 do 49) počele da se primenjuju tek od trenutka kad Republika Srbija postane članica EU. Što se pak tiče sistema zelene karte, treba istaći da je taj sistem definisan u Zakonu kao »Multilateralni sporazum« (član 3. tačka 6. i dr.) i da postoji dugi niz godina u Srbiji (član 70). Već tokom 2007. godine taj multilateralni sporazum doživeo je dalju ekspanziju u geografskom smislu te reči i obuhvatio je prostor država od Atlantika do Tihog okeana, s obzirom da je Rusija postala član tog sporazuma<sup>16</sup>. Prema istom izveštaju biroa zelene karte BiH i Srbije ostali su i dalje pod monitoringom Saveta biroa zelene karte iz Brisla. Drugi pak način obuhvatio je sledeću situaciju, i to: ako je do saobraćajne nezgode došlo u državi u kojoj oštećeni nema redovno prebivalište, a štetnikovo motorno vozilo nije registrovano i osigurano od autoodgovornosti u državi u kojoj oštećeni ima redovno prebivalište, onda se re-

---

<sup>15</sup> Nenad R. Terzić, direktor AVUS internacional Regulisanje štete d.o.o.Beograd: »Prime-na četvrte direktive EU o osiguranju od autoodgovornosti«, Zbornik radova Udruženja za pravo osiguranja SCG sa savetovanja, održanog aprila 2006. na Paliću, na opštu temu »Osiguranje u svetlu procesa pridruživanja SCG EU«, Palić, 2006, str. 93–111.

<sup>16</sup> Dr Marijan Ćurković, predstavnik HUU na 42. sednici Opšte skupštine Saveta Biroa zelene karte: »Prijem Rusije u prijelazno članstvo«, mesečni čas. industrije osiguranja »Svijet osiguranja« br. 6/2008, str. 71.

gulisaniu odštetnog zahteva pristupalo kroz vansudski postupak predviđen četvrtom i petom direktivom EU. Razume se, ovlašćeni predstavnik stranog osiguravača u domaćoj državi, zatim služba za naknadu štete u domaćoj državi, kao pravni instituti, predviđeni su ovim direktivama kao dodatne garancije u vansudskom postupku za naknadu štete. Što se pak tiče službe za naknadu štete u direktivama, odnosno u Zakonu definisane kao Biro za naknadu štete (čl. 53 do 58), napominje se da će te odredbe Zakona početi da se primenjuju tek sa pristupanjem Srbije EU.

3.3. Za svrhu ovog rada ključne odredbe vansudskog postupka za naknadu štete oštećenog prema odgovornom osiguravaču predviđene su u članu 22. Direktive 2009/103/EC od 16. septembra 2009. godine<sup>17</sup> (skraćeno: Direktiva). Naime, u roku od tri meseca od dana podnetog odštetnog zahteva odgovorni osiguravač je bio dužan da oštećenom dostavi razumnu ponudu, ako je nesporna odgovornost njegovog osiguranika ili da dostavi obrazložen odgovor oštećenom, ako smatra da odštetni zahtev nije osnovan ili ako smatra da je sporna odgovornost njegovog osiguranika ili ako odgovornost njegovog osiguranika nije tačno utvrđena ili ako šteta nije potpuno obračunata. Sastavni deo cit. ključne odredbe Direktive čine i sankcije. Direktiva je obavezala države članice da propišu sankcije, koje će biti odgovarajuće, delotvorne i sistemske u finansijskom smislu te reči ili njima ekvivalentne administrativne sankcije. To znači da se od nacionalnog propisa u EU zahtevalo da propiše jednu od dve vrste sankcija, građansku ili upravnu sankciju, tako da se u prvom slučaju kamata plaća na iznos naknade štete koju je ponudio osiguravač ili u drugom slučaju sankcija koju dosudi sud. Drugim rečima, kod propisivanja ovih sankcija Direktiva je zahtevala od nacionalnog propisa EU da u vansudskom postupku svaka od ove dve vrste sankcija bude upravljene prema onom odgovornom osiguravaču, koji se ne ponaša u skladu sa citiranim rokovima i uslovima – standardima, te treba da pogodi njegovu imovinu. U odnosu na građanske sankcije Direktiva je imala u vidu pre svega propisivanje kamata. U literaturi se građanska sankcija ilustruje primerima Francuske i Italije, koje su uvele za odgovornog osiguravača za nepoštovanje rokova i drugih uslova – standarda veće stope zatezne kamate (za 50%) u odnosu na ostale predviđene u drugim propisima<sup>18</sup>. Zakonodavac Srbije nije predvideo građansku sankciju u vidu zatezne kamate za nepoštovanje rokova i drugih uslova – standarda propisanih

---

<sup>17</sup> »Službeni list L 263« od 7. oktobra 2009. godine, str. 0011–0031.

<sup>18</sup> Doc. dr Marijan Ćurković : »Novi sustav obveznog osiguranja od automobilske odgovornosti u Republici Hrvatskoj«, Zbornik radova Udruženja za pravo osiguranja SCG sa savetovanjima, održanog aprila 2006. godine na Paliću, na opštu temu »Osiguranje u susret procesu pridruživanja SCG EU«, Palić, 2006, str. 141–154.

Zakonom, ali je za nepoštovanje rokova i uslova – standarda, propisanih Zakonom, predvideo upravne mere. Koji su razlozi što se domaći zakonodavac nije opredelio za uvođenje kaznene kamate za odgovornog osiguravača, već za upravnu sankciju, ostaje da se sagledava u budućnosti. Za svrhu ovog rada je bitno da se razmotri predviđenost i utvrđenost upravnih mera u Zakonu, a zatim kako ta predviđenost i utvrđenost utiče na stepen prilagođenosti domaćeg vansudskog postupka vansudskom postupku EU.

3.4. U posebnom odeljku Zakona, pod nazivom – mere nadzora – propisan je vrlo širok krug radnji, činjenja ili nečinjenja, kao i pet vrsta mera, koje može da izrekne NBS (čl. 67 do 69). U prvom od ukupno tri člana zakonodavac je predvideo pravo NBS da za radnje, činjenja ili nečinjenja, iz 15<sup>19</sup> članova, navedenih po broju člana, izrekne pet mera pored mera koje može da izrekne po osnovu Zakona o osiguranju (član 67. stav 1). Takođe, u istom članu je dalje propisano da te mere mogu da budu, i to: (1) javno objavljivanje informacije o neizvršavanju ili neblagovremenom izvršavanju obaveza društva ili o poslovanju društva suprotno propisima, a sve to na teret društva; (2) oduzimanje saglasnosti direktoru ili drugom odgovornom licu u društvu, koja je data saglasno Zakonu o osiguranju; (3) privremena zabrana društvu da obavlja poslove obaveznog osiguranja; (4) oduzimanje dozvole društvu za obavljanje poslova obaveznog osiguranja; (5) izricanje novčane kazne društvu, kao i predsedniku, odnosno članu organa društva (član 67. stav 2). Od svih mera zakonodavac je definisao samo poslednju upravnu pravnu meru – novčanu kaznu – u intervalu od najniže ka najvišoj kazni. U tom smislu, predviđeno je da izrečena novčana kazna društvu za osiguranje ne može da bude manja od 1% ni veća od 5% propisanog iznosa novčanog dela osnovnog kapitala, odnosno izrečena novčana kazna predsedniku ili članu organa društva ne može da bude manja od jedne zarade ni veća od zbira dvanaest zarada koje su ta lica primila u periodu do dana donošenja rešenja (član 68. stav 1). Po dostavljanju, rešenje NBS o izricanju novčane kazne predstavlja izvršnu ispravu (član 68. stav 3), a izrečena novčana kazna čini prihod budžeta Republike Srbije (član 68. stav 2). Najzad, predviđeno je da NBS vrši izbor upravne mere po sledećim kriterijumima, i to: (1) na osnovu ocene o težini, odnosno posledici neizvršavanja ili neblagovremenog izvršavanja obaveza društva za osiguranje utvrđenih ovim Zakonom i njihovim obimom, kao i poslovanju društva suprotnom propisima; (2) na osnovu ocene dotadašnjeg stepena utvrđenih nezakonitosti i nepravilnosti u poslovanju društva za osiguranje; (3) na osnovu pokazane spremnosti i sposobnosti organa društva za osiguranje da otkloni

---

<sup>19</sup> Čl. 6. i 9, čl. 24. do 27, čl. 39. i 40, čl. 42. do 45, čl. 70, 106. i 108.

utvrđene nepravilnosti u poslovanju društva (član 69). S obzirom na napred navedene zahteve Direktive kod propisivanja sankcija u državama članicama, postavlja se pitanje da li upravne mere iz cit. odredaba Zakona ispunjavaju zahteve Direktive?

3.5. Po mišljenju potpisnika ovog rada, Zakonom propisane upravne mere, po osnovu nadzora NBS prema odgovornom osiguravaču pred kojim se pokreće i završava vansudski postupak za naknadu štete, ne ispunjavaju zahteve iz Direktive iz sledećih razloga. Prvo, postavlja se pitanje u kom postupku NBS utvrđuju radnje, činjenja ili nečinjenja, kod društva za osiguranje pri rešavanju vansudskog postupka za naknadu štete i u kome se izriču mere? Direktiva upotrebljava termin administrativna sankcija, što znači da je Direktiva imala u vidu administrativno pravo i administrativnopravnu sankciju, odnosno upravno pravo i upravnopravnu sankciju. Otuda, bi bilo logično da se zakonodavac (u odeljku o merama nadzora ili drugde) izrekom opredelio da NBS *u upravnom postupku* utvrđuje radnje, činjenja ili nečinjenja, kod društva za osiguranje i za to mu izriče meru. To što je prosečnom pravniku i čitaocu ovog Zakona bilo pravno adekvatno, delotvorno i sistemsko, ovom zakonodavcu nije bilo adekvatno, delotvorno i sistemsko, te je došlo u Zakonu do pravne praznine. Drugo, po definiciji<sup>20</sup> svaka direktiva EU propisuje ciljeve, koji treba da se postignu, a organima nacionalnih država članica EU prepušta se izbor pravne forme i sredstva izvršenja. S obzirom da je zakonodavac propisao da NBS novčanu kaznu utvrđuje rešenjem i da će ono postati izvršni naslov, Zakonom se htelo posredno reći da to rešenje u upravnom postupku postaje konačno i izvršno, te da u upravnom postupku nema mesta pravu žalbe. Osnovano se moglo postaviti pitanje da li je intencija zakonodavca bila da se u pravnoj formi običnog dopisa izriču ostale upravne mere? Razume se, i ostale mere treba izricati putem rešenja kao pravne forme. Dakle, Zakon je ostavio pravnu prazninu u pogledu predviđenosti *pravne forme u kojoj se izriče svaka mera pojedinačno*, osim novčane kazne, kao što je ostavio i pravnu prazninu po pitanju postojanja ili nepostojanja *prava na žalbu* u upravnom postupku. Drugim rečima, za pravnu zaokruženost upravnih mera nadzora u Zakonu mora se zaključiti da nije odgovarajuća, da nije delotvorna i da nije sistemska. Treće, kad NBS rešava u konkretnom upravnom postupku pitanje da li je odgovorni osiguravač povredio neki od rokova, propisanih Zakonom, odnosno kad NBS rešava pitanje da li se odgovorni osiguravač ogrešio prema podnosiocu odštetnog zahteva u pogledu nekog od uslova – standarda, propisanih Zakonom, NBS primenjuje

<sup>20</sup> Prof. dr Radovan Vukadinović: »Kako usklađivati domaće propise sa pravom EU«, Centar za pravo EU Pravnog fakulteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2004, str. 60 i dr. Prikaz te monografije objavio Mr Slobodan Ilijić u čas. Kompanije »Dunav osiguranje« a.d.o. »Tokovi osiguranja« br. 3/2004, str. 38–41.



upravni postupak, kao i svaki organ državne uprave (opštinski, gradski, republički). Po pravnosnažnosti upravnog postupka, a po novom Zakonu o upravnim sporovima<sup>21</sup> i pre pravnosnažnosti upravnog postupka, može se tužbom pokrenuti upravni spor<sup>22</sup>. Dakle, zakonodavac je načinio novu pravnu prazninu po pitanju da li je *dozvoljeno vođenje upravnog spora*, posle izricanja svake od pet upravnih mera. Ova pravna praznina je u stvari krupan propust zakonodavca u sistemskom sagledavanju upravnog nadzora i regulisanju upravnih kazni i kažnjavanja. Uostalom, u članu 22. Direktiva posebno ukazuje na sankciju, koju će sud dosuditi, čime svakom zakonodavcu skreće pažnju na sudsku kontrolu rada uprave, ovde konkretno sudsku kontrolu administrativnog kažnjavanja. Četvrto, zakonodavac se izrekom pozvao na 15 članova Zakona i u nastavku te izreke dozvolio NBS da »može, nezavisno od mera nadzora predviđenih Zakonom o osiguranju, izreći i sledeće mere« (član 67. stav 1), a zatim je u stavu 2. tog člana citirao pet mera koje se po ovom Zakonu mogu izreći. Drugim rečima, Zakon je izrekom dozvolio da NBS za istu radnju, činjenje ili nečinjenje, izvršenu u isto vreme, izrekne istim rešenjem istom osiguravaču meru nadzora – kaznu po osnovu Zakona o osiguranju i meru – nadzora ili kaznu po osnovu ovog Zakona. Naprotiv, bilo bi adekvatno, delotvorno i sistemski regulisano administrativno kažnjavanje da je izrekom NBS ovlašćena da jednim rešenjem izrekne jednu upravnu meru, sankciju, po osnovu ovog Zakona, a da se u ovom Zakonu ne dira upravno ovlašćenje istog državnog organa iz osnova drugog zakona. Izreka navedenog upravnog ovlašćenja NBS sama za sebe predstavlja neuobičajeno veliku moć državnog organa, javne službe, koja zato sadrži u sebi mogućnost *arbitrarnosti*. Stoga, za navedeno upravno ovlašćenje iz Zakona mora da se zaključi da nije odgovarajuće, da nije delotvorno i da nije sistemsko. Sa tih razloga upravne mere, predviđene u Zakonu u odnosu na vansudski postupak za naknadu štete, ne ispunjavaju zahteve Direktive da budu odgovarajuće, delotvorne i sistemske. Propisivanje upravnih sankcija u Zakonu spustilo je još za jedan stepen prilagodенost domaćeg vansudskog postupka vansudskom postupku iz cit. Direktive EU. U isto vreme zakonodavac je onemogućio NBS, kao nosioca upravnog ovlašćenja za administrativno kažnjavanje, da osiguravača – stvarnog krivca primerno kazni za radnje, činjenje ili nečinjenje, prema podnosiocu odštetnog zahteva.

---

<sup>21</sup> »Službeni glasnik RS«, br. 111/2009.

<sup>22</sup> Ljubodrag Pljakić, dugogodišnji sudija Vrhovnog suda Srbije: »Zakon o upravnim sporovima i upravno sudstvo«, Zbornik radova Udruženja pravnika Beograda sa savetovanja, održanog marta 2010. u Beogradu, na opštu temu »Novine u procesnim zakonima Republike Srbije i njihova praktična primena«, Beograd, 2010, str. 90–95.

## ZAKLJUČCI

1) Zakonom o obaveznom osiguranju u saobraćaju RS skraćeni su rokovi u odnosu na jedinstveni rok iz komunitarnog prava osiguranja EU. Time su objektivno znatno izmenjeni uslovi – standardi domaćeg vansudskog postupka za naknadu štete u obaveznom osiguranju od automobilske odgovornosti, čime je stepen prilagođavanja domaćeg vansudskog postupka za naknadu mogao da bude označen kao »meko« prilagođavanje vansudskom postupku EU. Ovakav stepen prilagođavanja domaćeg vansudskog postupka za naknadu štete vansudskom postupku za naknadu štete komunitarnog prava osiguranja EU zahtevaće u praksi dugotrajan i vrlo detaljan inspekcijski nadzor od strane nadzornog organa nad osiguravačima ovlašćenim za vršenje obaveznog osiguranja u saobraćaju.

2) Zakonom o obaveznom osiguranju u saobraćaju RS nisu propisane građanske sankcije, odnosno kaznene kamate prema odgovornom osiguravaču, koji ne poštuje rokove ili uslove – standarde propisane u domaćem vansudskom postupku za naknadu štete. Istovetan stav je primećen u većini zakona bivših republika SFRJ. Umesto građanske sankcije domaći zakonodavac se orijentisao na propisivanje administrativne sankcije, što je inače dozvoljena opcija građanskoj sankciji u izvoru komunitarnog prava osiguranja EU.

3) Upravne mere propisane Zakonom o obaveznom osiguranju u saobraćaju propisane su na način da je nužno popuniti pravne praznine, odnosno novelirati pojedine odredbe ovog Zakona, da bi se lakše i brže sproveo pravilan i zakonit postupak za izricanje administrativne sankcije. Zbog toga, po važećim zakonskim odredbama nije moguće odgovornog osiguravača – stvarnog krivca pravilno i zakonito strogo administrativno kazniti ma kojom od pet upravnih mera. Kad budu novelirane odredbe Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju, koje regulišu upravne mere, odnosno kad budu noveliranjem otklonjene pravne praznine i uočeni propusti, može se očekivati da će domaći vansudski postupak za naknadu štete predstavljati »meko« prilagođavanje vansudskom postupku za naknadu štete EU.

SLOBODAN ILIĆ, LL.M.,  
Research Fellow, IMPP,  
Belgrade

EXTRAJUDICIAL PROCEEDINGS FOR DAMAGES  
UNDER THE LAW ON COMPULSORY INSURANCE  
IN TRAFFIC

Summary

The author elaborates the issues connected to article 22 of the Directive 2009/103/EC of 16 September 2009. He presents the key provisions of that article regulating the extrajudicial proceedings for damages in the EU insurance law. These provisions represent a model for regulating this matter, both for the national laws of EU member states and those outside it. Also elaborated are the provisions of domestic law of extra-judicial compensation procedure for the compulsory insurance in traffic. In his conclusions the author points out to the provisions of domestic law that are tailored to article 22 of the Directive, but particularly to the legal loopholes in domestic legislation, pertaining to administrative punishment. When local law-makers remove the legal loopholes provisions, the domestic law could be harmed with the above mentioned article.



ZORAN ISAILOVIĆ

## DILEME U IZGRADNJI PORESKOG SISTEMA SRBIJE

### U V O D

Nakon uzavrele rasprave o potrebi suštinske reforme našeg poreskog sistema, u kojoj su učestvovali i poreski eksperti MMF, lagano kao da se strasti stišavaju, i poslovi vezani za promenu poreskih propisa su odloženi za izvesno vreme, kada će situacija u privredi biti jasnija ili preciznije, kada će izlazak iz krize biti vidljiviji. Očito je da je bilo značajnih razmimoilaženja između relevantnih političkih i stručnih faktora u Republici, zbog čega ovaj izuzetno značajan posao za egzistiranje države i funkcionisanje privrednog i društvenog života se nije mogao obaviti u predviđenim rokovima. Istorijsko iskustvo vezano za legislativu u ovoj materiji nam pokazuje da, zbog svoje prirode i složenosti efekata koje izazivaju, poreski propisi su kod nas bili podložni čestim i brzim promenama, te se može reći da se ova sfera pravno-ekonomskih odnosa, nalazi na čelu po svojoj dinamičnosti i osetljivosti u okviru korpusa ukupnog društvenog života. Utešno je, što ni u drugim savremenim državama nije lako napraviti optimalni poreski sistem.<sup>1</sup> Prava poreska reforma predstavlja težak proces koji zahteva posvećenost cilju kao što je stvaranje efikasnijeg, jednostavnijeg i pravičnijeg poreskog sistema.<sup>2</sup> U poreskoj teoriji se ističe da promene poreskih zakona uvek

---

Dr Zoran Isailović, profesor Pravnog fakulteta u Prištini.

<sup>1</sup> U SAD kongresmen Čarls Rejndžel govoreći o kritičarima postojećeg stanja u poreskom sistemu duhovito primećuje: »oni govore o čupanju poreskog zakonika iz korena, ali ga svake godine samo dodatno dubre.«

<sup>2</sup> Lazear, Edward P. and James M. Poterba, 2006, »Reforming Taxes to Promote Economic Growth,« *The Economists*, Voice 3 (1): Article 3, str. 7.

stvaraju probleme i zaključuje da su: »stari porezi, dobri porezi«. Svaki novi poreski zakon zahteva bezbroj sudskih odluka za utvrđivanje kako će se tumačiti svaka njegova odredba. Dok ta tumačenja ne postanu jasna, postoji nesigurnost, a nesigurnost ima svoju ekonomsku cenu.<sup>3</sup>

U okviru brojnih promena propisa u Srbiji, bilo je određenih uspeha ali i značajnih neuspeha, ipak sa jednom jasnom vizijom da se konačno dođe do finalnog cilja, izgradnje modernog poreskog sistema kojeg poznaju savremene države sveta. U kontekstu izloženog, pozitivni poreski sistem u Republici se počeo izgrađivati od 2001. godine donošenjem paketa poreskih propisa, kojim su postignuti sledeći najvažniji rezultati:

– Počelo se sa primenom Zakona o porezu na dodatu vrednost PDV (od početka 2005. godine)<sup>4</sup>, i krenulo u pravcu harmonizacije Zakona o akcizama<sup>5</sup> sa propisima EU;

– Objedinjene su procesno pravne norme, donošenjem Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji<sup>6</sup>;

– Proširena je poreska osnovica kod najvažnijeg poreza na dohodak građana – poreza na zarade, tako što je prihvaćen sistem oporezivanja bruto plata<sup>7</sup>;

– Kod poreza na dobit preduzeća<sup>8</sup>, i nekih poreza na dohodak građana (prihoda od samostalnih delatnosti, prihoda od kapitala, kapitalne dobitke i dr.), snižene su poreske stope na svega 10%, dok je poreska stopa kod oporezivanja zarada snižena sa 14 na 12%.

U stručnoj javnosti postoji saglasnost, da je sprovođenje reforme poreskog sistema ili nekog njegovog segmenta determinisano sa četiri osnovne karakteristike kvalitetnog sistema oporezivanja: efikasnost, pravičnost, jednostavnost i bilansna izdašnost.<sup>9</sup> Međutim, problem je kako treba da izgleda sistem putem koga će se ostvariti navedene karakteristike oporezivanja. Konkretnije, dileme su kakva treba da izgleda poreska struktura (odnos između neposrednih i posrednih pore-

---

<sup>3</sup> Videti: Joseph E. Stiglitz, *Ekonomija javnog sektora*, prvo izdanje, 2004. godine, Beograd, Ekonomski fakultet u Beogradu, str. 728.

<sup>4</sup> »Službeni glasnik RS«, br. 84/04, 86/04, isp., 61/05 i 61/07.

<sup>5</sup> »Službeni glasnik RS«, br. 22/01, 73/01, 80/02, 43/03, 72/03, 43/04, 55/04, 135/04, 46/05, 101/05 – dr. zakon, 61/07, 5/09, 31/09.

<sup>6</sup> »Službeni glasnik RS«, br. 80/02, 84/02 – ispr., 23/03 – ispr., 70/03, 55/04, 61/05, 85/05 – dr. zakon, 62/06 – dr. zakon, 63/06 – ispr., dr. zakon, 61/07, 20/09, 70/09 – dr. zakon i 53/010.

<sup>7</sup> Videti: Zakon o porezu na dohodak građana, »Službeni glasnik RS«, br. 24/01, 80/02 – dr. zakon, 135/04, 62/06, 65/06 – ispr., 31/09, 44/09 i 18/010.

<sup>8</sup> Videti: Zakon o porezu na dobit pravnih lica, »Službeni glasnik RS«, br. 25/01, 80/02, – dr. zakon, 43/03, 84/04 i 18/010.

<sup>9</sup> Grupa autora, *Poreska politika u Srbiji, pogled unapred*, Beograd, 20010, str. 77.

za). U okviru poreskih vrsta, nesporno je da treba podržati funkcionisanje poreza na dodatu vrednost i akciza, kod kojih su njihovi osnovni elementi najvećim delom usklađeni pravnom regulativom Evropske unije. Dakle, kod njih imamo snažna međunarodno pravna ograničenja samostalne regulative država. Međutim, precizna visina učešća ovih poreza u strukturi javnih prihoda nije međunarodnim normama utvrđena i zbog toga izaziva dileme. Preciznije, sloboda nacionalnih poreskih sistema u regulaciji visine ovih prihoda, itekako utiče na njihove finansijske, ekonomske i socijalne efekte, što otvara prostor za naučne i stručne rasprave protkane dilemama i nedoumicama.

Za razliku od navedenih posrednih (indirektnih) poreza, kod neposrednog oporezivanja postoje daleko brojnije i raznolikije dileme, posebno kod poreza na dohodak građana. Glavni razlog tome je, što regulacija u ovoj sferi najvećim delom pravno nije harmonizovana na međunarodnom planu. Naime, kod neposrednih poreza u praksi država se pojavljuju značajna heterogena pravna rešenja. Najvažniji motiv ovakve raznolikosti, je u nameri država, da zadržavanjem nacionalnog fiskalnog suvereniteta, iskoriste poreske instrumente u ostvarivanje važnih fiskalnih i tzv. vanfiskalnih ciljeva.

### *Uticao privrednih kretanja na koncipiranje poreskog sistema*

Sa promenama privrednih kretanja, globalizacijom svetskog tržišta, ulaskom brojnih država savremenog sveta u ekonomsku krizu, dobija na značaju preispitivanje pravnih propisa koji regulišu poreski sistem. Dakle, otvaraju se pitanja oportuniteti poreskih propisa u novonastalim uslovima. Po mom mišljenju za Srbiju je važno da se te promene provode postepeno. Nakon određenih rezultata u izgradnji našeg poreskog sistema, radikalne promene bi kod nas dovele do drugačije raspodele poreskog tereta, do promene poreske strukture itd., povezane sa brojnim opasnostima, koje bi stvarale nepotrebne tenzije koje se negativno reperkutuju na odvijanje privrednog i društvenog života. S tim u vezi, ne može se zanemariti da su se u našoj Republici činili pokušaji koncipiranja poreskog sistema koji ne bi bio smetnja namerama da se ostvari ubrzani privredni rast, pravednost, itd. Na polju poreskog prava, posebni rezultati su ostvareni od početka ovog veka, formiranjem sistema po ugledu na propise EU i drugih savremenih država. Rezultat takvih tokova je da se može reći da primena važećeg sistema relativno omogućava efikasno prikupljanje neophodnih sredstava za finansiranje javnih potreba. Istina, u određenoj manjoj nezadovoljavajućoj meri se ostvaruju utvrđeni ekonomski ciljevi, dok se najmanje ostvaruju ciljevi pravednosti oporezivanja.

Napred izrečeno pokazuje spoljnu sliku, pomalo grubo izraženu, koju sam pokušao prezentirati teorijskim uopštavanjem. Međutim, detaljnija stručna analiza bi pokazala manje svetliju stvarnost i činjenice koje izražavaju značajnije i brojnije slabosti sadašnjeg važećeg sistema, koje treba jasno identifikovati i blagovremenim promenama propisa prevazići ih.

Međutim, to u praksi nije lako učiniti, što ilustrativno pokazuju različita mišljenja relevantnih faktora koji su zaduženi za koncipiranje poreskog sistema u Republici.

Strukturu poreskog sistema Srbije čine neposredni i posredni porezi sa jasnim naglašenim značajem posrednih poreza (poreza na dodatu vrednost – u daljem tekstu PDV i akciza), u cilju stvaranja optimalnog privrednog ambijenta privlačnog za strane investicije.

Najveće dileme, kao što je rečeno, se pojavljuju u procesu koncipiranja izgradnje novih propisa vezanih za porez na dohodak građana. S tim u vezi, ne mali broj stručnjaka zagovara značajne promene i napuštanje važećeg mešovitog sistema. Ovaj sistem je već odavno napušten u savremenim državama zbog postojanja mnogih manjkavosti, od kojih su najvažnije nepravedno dejstvo i negativan uticaj na efikasnost privređivanja.

U ekonomskom smislu kritičari važećeg sistema oporezivanja građana najviše zameraju ovom, da se prejako oslanja na oporezivanje zarada, i da je zbog toga nedovoljno konkurentan u borbi za nužnu izveznu orijentaciju naše privrede radi ostvarivanja dohotka, zapošljavanja, rešavanja problema deficita platnog bilansa, itd. Zbog toga je neophodno smanjiti poreze i doprinose na zarade i tim putem pojeftiniti radnu snagu. Navedenim promenama protagonisti ovih ideja, smatraju da će se povećati zapošljavanje, podstaći konkurentnost privrede i stimulisati nove investicije. Takođe, smanjio bi se rad na crno i time povećala lojalnost građana za plaćanje poreza. Nedostatak finansijskih sredstava koji bi nastao ovim promenama, bio bi nadoknađen povećanjem stopa PDV. Ovo mišljenje je zastupljeno u studiji »Poreska politika u Srbiji, pogled unapred«, grupe autora saradnika Ministarstva finansija.

Po mom mišljenju, autori navedene studije dominantno teže ka potrebi koncipiranja sistema koji bi bio ekonomski efikasan, dok bi se u drugi plan stavila potreba za koncipiranje pravednog sistema oporezivanja. Analizom poreskih propisa, teško se može zaključiti o preteranom poreskom opterećenju zarada ako se imaju u vidu: stopa oporezivanja zarada od 12%, i neka izuzimanja od oporezivanja određenih subjekata. Pored toga, finansijski efekti od strane prikupljenih prihoda od zarada, uporedno gledano u odnosu na druge zemlje, ne daje osnova kritici da je kod nas to oporezivanje preterano. Dilema je i da li će dalja preraspodela poreskog tereta sa zarada na opterećenje potrošnje ostvariti očito ambiciozne



ciljeve koje pomenuta grupa očekuje.<sup>10</sup> S tim u vezi, pojavljuju se argumentovana osporavanja teze da će se investicije i zaposlenost neminovno povećati ukoliko se smanji oporezivanje zarada, a povećaju stope PDV. Ističe se, na primer, da stvari nisu tako jednostavne i da je potrebno prethodno ispitati poresku incidencu i videti ko će imati koristi od smanjenja poreza i doprinosa na zarade, a ko štete od povećanja PDV. Ukoliko profitiraju poslodavci, tako što se smanje dažbine a neto zarade ostanu nepromenjene, onda će ceo teret željenog rasterećenja privrede platiti stanovništvo kroz povećanje PDV. Ukoliko profitiraju zaposleni, tj. ukoliko se njihove plate povećaju za smanjene dažbine, tada rasterećenja privrede neće biti, pa ni obećanih pozitivnih efekata. Sa druge strane, stanovništvo će platiti povećani PDV, pa će i ono otprilike ostati na istom. Sporno je i ukidanje doprinosa za zdravstveno osiguranje. Koncept finansiranja zdravstva (uključujući i povezano pitanje ko ima i koliko prava na usluge državnog zdravstva) je daleko ozbiljnija stvar nego što se vidi iz ugla uske poreske tehnike.<sup>11</sup> Pored nepovoljnog regresivnog dejstva PDV, njegovo dalje povećanje može imati negativan uticaj i na poslodavce. Naime, njegovo funkcionisanje skopčano je sa potrebom kreditiranja države od strane privrede, te bi njegovo dalje povećanje dovelo do dalje nelikvidnosti brojnih privrednih subjekata u nepovoljnim ekonomskim uslovima.

Srbija se po mišljenju Svetskog ekonomskog foruma u prošloj godini po konkurentnosti privrede našla na 93. mestu (od 133 zemlje). Ne mali broj stručnjaka iz poreske oblasti smatra da Srbija nije previsoko poreski opterećena. S tim u vezi, česta su mišljenja da ona nije privlačna za investitore, ali ne iz poreskih razloga i da dalje smanjenje poreza neće doneti željene rezultate. Po navedenom forumu, glavni razlozi naše nekonkurentnosti su: visoki nivo korupcije; preterana birokratizacija i administriranje; niska razvijenost infrastrukture; kvalitet ljudskog kapitala; dominacija politike nad ekonomijom, itd. Neposredne akcije koje predstoje pred našom Republikom u cilju efikasnog stimulisanja stranih direktnih investicija su: jačanje pravnog sistema, ulaganje u infrastrukturu, obrazovanje i zdravstvo. Kada je o poreskom sistemu reč, za investitore su najvažnije njegova stabilnost i jednostavnost.

---

<sup>10</sup> »Sa malo mašte i nešto ironije, možda bi se moglo dokazati da će poreska reforma smanjiti i broj maloletničkih trudnoća, saobraćajnih nesreća, ili da će povećati pismenost stanovništva.« – Nebojša Katić, Vrabac u ruci i golub na grani, »Politika«, 8. maj 2010.

<sup>11</sup> Videti: Boško Mijatović, Prvo naplata postojećih poreza, »Politika«, od 11. maja 2010. godine.

*Pravednost plaćanja poreza*

Zašto je pravednost stalno aktuelna prilikom koncipiranja poreskih propisa? Odmah možemo reći da to nije slučaj samo sa zemljama ophrvanim ekonomskom krizom, nerazvijenošću i siromaštvom. To je slučaj i sa visoko razvijenim zemljama. Odgovor o potrebi vođenja računa o pravednoj raspodeli možemo dati, nakon analize prihvaćenih normi poželjne raspodele koje zahtevaju savremena teorija i praksa. S tim u vezi, u uslovima robno-novčanih odnosa koji obeležavaju praksu savremenih država, većina društvenih aktivnosti se odvija dobrovoljnim transferom novca. Ta sredstva se troše za plaćanje rada i za nabavku dobara – proizvoda i usluga. Ovim putem se dakle, na tržištu vrši raspodela stvorenog dohotka. Ako se utvrdi da tržište te norme ne može ostvariti nastaje potreba primene mera državne intervencije, u okviru kojih porezi imaju zapaženu ulogu. U kontekstu izloženog, u teoriji se norme raspodele, odnosno shvatanja pravednosti vezuje za potrebe, učinke i/ili šanse.

Za potrebe ovog rada, izvršiću analizu pomenitih normi raspodele u tržišnim uslovima Srbije, vezane za pravednost. Najpre ispitivanjem rezultata raspodele na tržištu Srbije, možemo zaključiti da ono ne obezbeđuje širokom krugu građana zadovoljenje osnovnih potreba za hranom, stanovanjem, odećom, obućom i dr. Drugo, u našim tržišnim uslovima, jasno i nedvosmisleno postoji oštar raskorak između učinaka privrednih subjekata i nadoknade koje se za njih dobijaju. Drugim rečima, u praksi imamo suštinsko često nepravedno razlikovanje, između učinaka i raspodele na one koji su uložili faktore proizvodnje. S tim u vezi, možemo reći, da zbog različitih individualnih sposobnosti ljudi u davanju rezultata, ni savršeni tržišni mehanizam ne jamči život dostojan čoveku. Čak i kada se nagrađuje prema učinku ipak ne postoji podudarnost između potreba i mogućnosti zadovoljenja potreba. Treće, u Srbiji možemo zapaziti izrazito postojanje nejednakosti objektivnih prilika, koje uslovljavaju nejednake šanse za uspeh u životu. Naime, javljaju se subjekti koji imaju izdašne resurse (imovine, novca, talenta i sl.), koji na tržištu imaju bitnu prednost u odnosu na brojne građane koji nemaju pomenuto bogatstvo. Pored toga, kod nas je posebno nemoguće stvoriti jednakost u pogledu šansi i zbog toga što nije u praksi moguće obezbediti radno mesto i napredovanje prema sposobnostima kandidata. Nažalost, u velikom broju slučajeva, za dobijanje posla nije merodavna stručna sposobnost. Neretko, u ovom pogledu, primat imaju neki drugi kriterijumi koji nemaju veze sa strukom (poznastvo, mito i sl.).

Prema tome, upoređenjem tržišnih rezultata s rezultatom državne alternative, možemo zaključiti nužnu potrebu da se i poreskim putem mora popraviti postojeća raspodela u društvu.

Finansijski slom nastao u SAD 2008. godine oštro se manifestovao na reakciju javnog mnjenja, osudom bogataša za kolaps ekonomije i krah na berzi. Ovakvi tokovi su neizbežno uticali na kritiku važećih poreskih sistema s naglasakom na potrebu suštinskih promena u smeru jačeg poreskog opterećenja bogatijih ljudi i eliminiranjem brojnih podsticaja uvedenih u cilju ostvarivanja ekonomskog cilja. Čak i kod pojedinih bogataša su se čula mišljenja o potrebi povećanja poreza bogatašima. Primera radi, jedan od najbogatijih Amerikanaca Voren Bafet rešio je da polovinu svoje imovine pokloni gladnoj deci Afrike, mladima koji bi da studiraju, a nemaju mogućnosti, poljoprivrednicima i drugim korisnicima iz humanitarnih fondova.<sup>12</sup> Takođe je tražio i da se poveća porez bogatijima, ističući da oni plaćaju porez na kapitalnu dobit koji iznosi oko 15 odsto, koji je dvostruko manji od poreza na dohodak. Po njegovim rečima nije fer da jedna čistačica procentualno daje više novca državi nego milijarder. I na polju poreskog zakonodavstva već su evidentirani procesi koji nagoveštavaju suštinske promene. Tako, imovinska taksa odnosno porez na nasledstvo je u Americi pre 2001. iznosila 55%, a za vreme Buša je smanjena na 45%, a od 2011. bi trebalo da bude vraćena na pred-Bušovo vreme. Dakle, u savremenom svetu, potreba za pravednošću oporezivanja ponovo dobija na značaju. Takve diskusije se pojavljuju i u Srbiji.

Najvažniji porez u savremenim državama koji se ističe opštošću plaćanja i može se prilagoditi ličnim okolnostima obveznika je porez na dohodak građana. Po pravilu, ovaj porez u pravnoj regulativi nije međunarodno ograničen. Pošto se države razlikuju u uvažavanju esencijalnih vrednosti, kao što su: pravednost oporezivanja, potreba za poreskim podsticajem privrednog razvoja, izdašnošću poreza itd., imamo u modernim državama nejednaka pravna rešenja vezana za prihvatanje modela oporezivanja dohotka građana. Ovim procesima u savremenim uslovima svakako snažno doprinosi tzv. poreska konkurencija. Ona u današnjoj globalizovanoj ekonomiji koja se karakteriše izuzetnom mobilnošću međunarodnog tržišta roba, rada i kapitala suštinski utiče na pojavu razmišljanja o potrebi radikalnog zaokreta u izgradnji modernog oblika poreza na dohodak i napuštanja dosad neprikosnovenog sintetičkog poreza. Tako se upozorava, da evropske zemlje listom napuštaju sintetički sistem poreza na dohodak građana. U kontekstu izloženog se ističe, da imućniji građani prvenstveno ostvaruju prihode od kapitala (a ne od rada), a kapital je postao izuzetno mobilan u poslednje dve decenije. Moderna tehnologija i liberalizacija kapitalnih tokova omogućavaju imućnim građanima širom sveta da svoj kapital jednostavno registruju u nekom

---

<sup>12</sup> Pored toga Bafet je zajedno sa Bil Gejtsom pokrenuo akciju »Obavezivanje na davanje« kojom su apelovali na američke milijardere da se obavežu da će polovinu svog bogatstva ostaviti u dobrotvorne svrhe.

poreskom rajju i na taj način (kompletno legalno) izbegnu plaćanje sintetičkog poreza u matičnoj državi. Po ovom shvatanju, u kontekstu globalizovane ekonomije, sintetički porez nije u mogućnosti pruži visoke budžetske prihode, ali zato stvara ogromne administrativne troškove – kako za poreske vlasti, tako i za same građane (poreski formulari itd..).

Sintetički porez je u SAD stožer poreskog sistema, i zato predmet posebnih analiza vezanih za njegov uticaj na privredni i društveni život. S tim u vezi, rezultati jedne ankete su pokazali da, trećina Amerikanaca smatra da im teže pada popunjavanje poreske prijave nego plaćanje visokih poreza. Takođe, više od dve trećine poreskih obveznika netačno odgovori na osnovna pitanja iz svojih prijava.<sup>13</sup> Komplikovanost poreskih propisa pored povećanja administrativnih troškova, negativno utiče na poštovanje propisa i dovodi do izbegavanja poreza.

Glavni problem našeg poreskog sistema je njegova nepravednost. Drugim rečima, kod nas se ne poštuje ustavno načelo da je »obaveza plaćanja poreza i drugih dažbina opšta i zasniva se na ekonomskoj moći obveznika«. <sup>14</sup> U Srbiji danas ne postoji poreski oblik, kojem bi se dala pozitivna ocena s aspekta poštovanja načela: »da onaj ko ima više i plaća više poreza.« Neki porezi po svojoj prirodi ne mogu ostvariti pomenuto načelo, iako po svojim drugim karakteristikama solidno odgovaraju poreskoj vlasti. Takav slučaj je kod poreza na promet i akciza. Međutim, zbog svoje izdašnosti, jednostavnosti i jeftinoće primene (primena principa samooporezivanja), povoljnog stepena onemogućavanja izbegavanja i ekonomske efikasnosti se od poreskih vlasti glorifikuju i proglašavaju nesumnjivo pravednim, iako u praktičnoj primeni to nije tako. Takođe, ni priroda poreza na dobit pravnih lica (čija uloga je najvažnija u pogledu ostvarivanja ekonomskih efekata), nije takva da se putem njega mogu ostvariti neki značajniji rezultati na polju pravednosti. Prema tome, imajući u vidu druge važnije poreske oblike, potencijalna mogućnost za ostvarivanje pravednosti bi kod nas mogla biti ostvarena putem primene poreza na dohodak građana i poreza na imovinu, poreskih oblika koje u predstojećem periodu treba suštinski reformisati, jer su u praksi iskazali brojne defektnosti.

Međutim, danas je ne samo kod nas, već i u svetu, najteže pitanje reformisati porez na dohodak građana. Naime, pravo poreza na dohodak ne tretira jednako razne oblike primanja. Naprotiv, u tom su pravu sadržane brojne povrede načela prema kojem bi dohodak trebalo tretirati jednako bez obzira na njegovo poreklo. Uopšte nije svejedno kojem će se obliku primanja pripisati neko primanje. Za porez na dohodak karakteristično je mnoštvo odbitaka, oslobođenja i sl., što ga čini složenim obaveznim davanjem. Mogućnost odbitka potpuno se razli-

---

<sup>13</sup> President s Advisory Panel on Federal Tax Reform, 2005, str. 2–3.

<sup>14</sup> Čl. 91, st. 2, Ustava Republike Srbije, »Službeni glasnik RS«, br. 98/06.

kuje za različite osobe, odnosno domaćinstva, i ne postoji nikakva veza u pogledu iznosa pojedinih odbitaka. Neki se prihodi uopšte ne ubrajaju u prihode u smislu Zakona o porezu na dohodak.<sup>15</sup> Pored toga, razlog složenosti ovog poreza je i postojanje konflikta interesa između globaliziranog kapitala i nacionalno određenih poreskih politika. U kontekstu izloženog, u uslovima ekonomske krize neophodno je posvetiti punu pažnju ulozi socijalne države ili države blagostanja. Dakle, istovremeno je neophodno ostvariti inkompatibilne ciljeve.

Za razliku od stavova grupe autora izloženoj u pomenutoj reformskoj studiji pod nazivom »Poreska politika u Srbiji, pogled unapred« koja se zalaže za davanje gotovo presudne uloge ostvarivanju ekonomskih efekata poreskog sistema, zalažem se i za značajnijem uvažavanju pravednosti oporezivanja. Da bi se to postiglo, kod oblikovanja modela poreza na dohodak građana potrebno je ostvariti kompromis između načela plaćanja poreza prema ekonomskoj snazi i načela ekonomske efikasnosti i jednostavnosti poreza. To se po mom mišljenju u praksi Srbije, ne može ostvariti primenom nekog od teorijski čistog modela oporezivanja građana (sintetičnog, dualnog ili proporcionalnog sistema.). Zbog toga predlažem akceptiranje najjednostavnijeg modela sintetičkog (globalnog) poreza, sa što manje poreskih stopa, poreskih olakšica i oslobođenja, s istovremenom korektivnom primenom u određenim slučajevima i drugih modela. Preciznije, korekcija bi se ogledala u tome, što bi se dividende i kamate izdvojile iz globalnog sistema oporezivanja i posebno oporezovale niskim proporcionalnim stopama u cilju ostvarenja optimalne konkurentnosti poreskog sistema (eliminiranje dvostrukog ekonomskog oporezivanja i stimulanja ulaganja kapitala u zemlji). Radi pojednostavljenja sistema, trebalo bi uvesti sintetički porez (varijante PAYE sa usklađivanjem na kraju godine), koji bi obezbedio da 80–90 odsto obveznika plaća porez praktično samo na platu, ali bi onih 10–20 odsto imali povećano poresko opterećenje. Stepem progresije mogao bi se preciznije izračunati (na primer 10 odsto, 20 odsto i 30 odsto), tako da se nadomesti prihod koji bi se izgubio ukidanjem doprinosa na zarade za zdravstveno osiguranje i omogućiti smanjivanje fiskalnog deficita.<sup>16</sup>

Ulaskom u ekonomsku krizu Republika Srbija je zbog nedostatka sredstava, osetno smanjila transfere sredstva lokalnim samoupravama. Prirodno, navedeni procesi su otvorili pitanje pronalaženja sredstava za njihovo finansiranje. S tim u vezi, kao jedan od važnijih novih potencijalnih izvora pojavila se imovina poreskih obveznika. Pošlo se od toga, da prihodi od poreza na imovinu u našoj Republici učestvuju u BDP-u upola manje u odnosu na zemlje OECD-a. Tako,

---

<sup>15</sup> Dieter Brummerhoff, Javne finansije, sedmo izdanje, R. Oldenbourg Verlag, Munchen Wien, prevod, MATE, 2000, Zagreb, str. 312.

<sup>16</sup> Videti: Božidar Raičević, Pre svega pravičnost, »Politika«, od 11. maja 2010. godine.

ilustracije radi, porez na imovinu u užem smislu (periodični porez), u ukupnoj strukturi prihoda gradova i opština iznosi 5%. Prosečna poreska obaveza po nepokretnosti, u svojini fizičkih lica u 2009. godini je iznosila oko 2600 dinara. Pri tome, treba imati u vidu, da je ovaj prihod od 2007. godine postao izvorni prihod lokalne samouprave, a do tada je bio u pravnom režimu ustupljenih prihoda lokalnim samoupravama od strane Republike.

Ne negirajući mogućnost i potrebu pribavljanja izdašnjih javnih prihoda od opterećenja imovine, neophodno je upozoriti na nepopularnost ovog poreza. Pošto transakcije na tržištu nekretnina obično nisu česte, porez na imovinu mora da se razrezuje na procenjenu vrednost nepokretnosti. U meri u kojoj je ova procena obavljena nestručno (ili namerno pogrešno), ovaj porez se smatra nepravilnim.<sup>17</sup> Iskustvo naše Republike pokazuje izrazitu nepravednost važećih propisa o oporezivanju imovine i prakse u njihovoj primeni. Više je razloga nepravednosti, navešću neke od njih.

Jedan od važnih razloga je značajno izbegavanje plaćanja periodičnog poreza na imovinu, zbog nepostojanja potrebne evidencije nepokretnosti, od strane poreske uprave. Drugi razlog, je nerealno utvrđivanje osnovice za oporezivanje. S tim u vezi, možemo reći da su odredbe Zakona o porezima na imovinu<sup>18</sup> deklarativnog karaktera, jer je po pravilu stvarna osnovica utvrđena u praksi daleko od prave tržišne vrednosti. Najveći problemi se pojavljuju kod utvrđivanja amortizacije i poreskih kredita. Najpre, amortizacija se nerealno uključuje u tržišnu vrednost nepokretnosti. Naime, propisano je da se visina tržišne vrednosti svake godine umanjuje za amortizaciju po stopi od 1,5%, a najviše do 70%.

Najvažniji je poreski kredit kojim se utvrđeni porez umanjuje za 40% i po 10% za svakog člana domaćinstva, tako da ukupno umanjenje po ovom osnovu može iznositi i do 70% utvrđenog poreza izrazito je nepravedan.<sup>19</sup>

Zakonom o porezima na imovinu se i formalno utvrđuju dva izuzetka od načela, da je poreska osnovica tržišna vrednost nepokretnosti. Ti izuzeci su kod oporezivanja poljoprivrednog i šumskog zemljišta i drugi kod opterećenja obveznika koji vode poslovne knjige. Osnovica poreza na poljoprivredno i šumsko zemljište je petostruki iznos godišnjeg katastarskog prihoda od tog zemljišta. Pošto naši podaci o katastarskom prihodu nisu ažurirani još od 2004. godine, obveznici koji plaćaju ovaj porez praktično su neoporezovani, jer je njihova obaveza po pravilu manja od troškova pripreme i slanja poreskog rešenja. Izloženi način opo-

---

<sup>17</sup> Detaljnije o ovome videti: Harvey S. Rosen i Ted Gayer, Javne finansije, Ekonomski fakultet u Beogradu, 2009, str. 575–577.

<sup>18</sup> »Službeni glasnik RS«, br. 26/01, 42/02, 80/02 – dr. zakon, 135/04, 61/07 i 5/09.

<sup>19</sup> O defektnosti ovog poreskog kredita, videti autorov rad pod nazivom: Mogućnosti oporezivanja imovine u savremenim uslovima, »Pravni život«, br. 12, Beograd, 2009, str. 19.

rezivanja posebno neopravdano povlašćuje krupne posednike, npr., one vlasnike zemljišta čija površina iznosi i više hiljada hektara.

Nepravilno oporezivanje je i kod drugog izuzetka vezanog za obveznike koji vode poslovne knjige, kojima je osnovica za oporezivanje knjigovodstvena vrednost te imovine. Pošto se u praksi obvezniku u većini slučajeva akceptira veći iznos amortizacije to dovodi do potcenjivanja vrednosti imovine u poslovnim knjigama i zbog toga nerealnog poreskog opterećenja.

Nažalost, ne možemo biti zadovoljni ni sa administriranjem ovog poreza od strane poreske uprave. Dok je bilo u njenoj nadležnosti Republička poreska uprava se oslanjala na dobrovoljno podnošenje poreskih prijava od strane poreskih obveznika, a u onim slučajevima kada obveznici nisu prijavljivali svoju poresku obavezu, nisu ni bili registrovani niti im je vršena procena vrednosti imovine, nisu im slata poreska rešenja niti je bilo terenske kontrole i podnošenja prijava za poresko-prekršajne postupke.<sup>20</sup>

Analizom poreskih propisa o imovini i prakse, možemo zaključiti da oni najviše odgovaraju obveznicima sa najvrednijom imovinom. Drugim rečima, poštuje se načelo: »da onaj ko ima više plaća manje poreza«. Dakle, poreski propisi o oporezivanju imovine su nepravedni i treba ih menjati. Zbog toga sam mišljenja, da je potrebno osnovicu poreza na imovinu približiti tržišnoj vrednosti nepokretnosti, kao što je to slučaj kod poreza na prenos apsolutnih prava. Takođe, jedinicama lokalne samouprave kojima je dato ovlašćenje u pogledu određivanja poreskih stopa, treba proširiti pravo i na određivanje poreskih kredita, koji bi bili propisani, u skladu sa poštovanjem načela plaćanja poreza prema ekonomskoj snazi. Kao i kod poreskih stopa i kod određivanje poreskih kredita, Zakonom bi se propisivao njihov najveći iznos. Najzad, imajući u vidu neopravdane finansijske efekte kod oporezivanja poljoprivrednog i šumskog zemljišta i kod opterećenja obveznika koji vode poslovne knjige, neophodno je ove posebne režime oporezivanja preispitati i pronaći model za njihovo napuštanje.

### *Porez na dobit pravnih lica*

Koncept oporezivanja dobiti pravnih lica u Srbiji je komparabilan sa konceptom savremenih država Evropske unije i zemalja regiona. U teoriji se ističe da je porez na dobit, oblik koji se efikasno može upotrebiti radi ostvarivanja poreske konkurencije. Najefikasnije se to postiže primenom niskih stopa. U praksi se to često puta uprošćava i ima u vidu samo tzv. zakonska poreska stopa. Međutim,

---

<sup>20</sup> Grupa autora, Poreska politika u Srbiji, pogled unapred, op. cit., str. 111.

potrebno je voditi računa o realnoj poreznoj konkurentnosti pod kojom se podrazumeva ukupno, stvarno i konačno porezno opterećenje, tj., efektivna poreska stopa (koja osim brojčanih pokazatelja fiktivnog poreskog opterećenja sadrži i sve ostale parametre iz porezne legislative koji utiču na veličinu realnoga i konačnoga poreznog opterećenja, npr. vrsta, struktura, trajnost, signifikantnost pojedinih pribojnih i odbitnih stavki pri utvrđivanju porezne osnovice, kao i pojedinih olakšica, oslobođenja i podsticaja u sastavu poreza na dobit.<sup>21</sup> Zakonske poreske stope se po svojoj visini po pravilu razlikuju u zemljama u tranziciji u odnosu na zemlje Evropske unije. Poređenja radi, ilustrovaću to sledećim podacima: U Makedoniji stopa poreza na dobit iznosi 15%, Crnoj Gori 9%, Bosni i Hercegovini (Republika Srpska 10%), Rumuniji 16%, Bugarskoj 15%.<sup>22</sup> Zakonske osnovne poreske stope poreza na dobit u nekim zemljama Evropske unije iznose: u Nemačkoj – 25%, Italiji – 36%, Austriji – 34%.<sup>23</sup> Zakonska poreska stopa u Srbiji je 10%, a procenjuje se da je efektivna stopa 5% i 6% i da je kao takva najniža u Evropi. Zbog toga, važeći sistem oporezivanja dobiti je finansijski neizdašniji u odnosu na druge zemlje a i prema prosečnoj stopi privrednog rasta BDP i pored niskog poreza naša država ne pokazuje zavidne rezultate.

U kontekstu izloženog, osnovna dilema u potrebi dogradnje poreza na dobit pravnih lica Srbije, se pojavljuje u opsegu upotrebe poreskih podsticaja. Njih bi mogli definisati, kao svaki ustupak učinjen od strane države prilikom utvrđivanja poreskog obveznika, poreske osnovice, poreske stope ili plaćanje visine prihoda, u poređenju sa opštim pravilima utvrđenim poreskim propisima. Može se slobodno reći da poreski sistem Srbije nije siromašan brojem i vrstom utvrđenih podsticajnih mera. Te mere su sledeće: ubrzana amortizacija, oslobođenje za nedobitne organizacije, oslobođenje za koncesiona ulaganja, olakšice za novoosnovana preduzeća u nerazvijenim područjima, poreski kredit za ulaganja u osnovna sredstva (tri različita režima obračuna), poreski kredit za novozaposlene, poreska oslobođenja za tzv. velika ulaganja i poreska oslobođenja za tzv. mala ulaganja.

U celini gledano, dosadašnje iskustvo u vezi sa ovom materijom u praksi ne može se oceniti pozitivnim. Konkretno, susretali smo se sa nepotrebnim brzim i radikalnim promenama propisa koje su negativno uticale na stabilnost privredivanja. Nije se uspelo sa potrebnom koncipiranjem poreskog sistema i poreske politike, koji bi sa gledišta podsticajnosti bili stabilni, umereni i izgrađeni na jasnim kriterijskim osnovama koje bi efikasno pomogli privredi. Neke olakšice utvrđene Zakonom, u praksi se nisu ni primenjivale. To su olakšice: za koncesio-

---

<sup>21</sup> Videti: Mario Kraljić, Analiza porezne konkurentnosti sustava poreza na dobit tranzicijskih zemalja, Finansijska teorija i praksa, Zagreb, br. 4/2001, str. 543.

<sup>22</sup> Podaci Ministarstva finansija navedenih država, 2005.

<sup>23</sup> Izvor podataka: IBFD, European Tax Handbook, Amsterdam, 2003.



na ulaganja, ubrzana amortizacija, poreska oslobođenja za tzv. mala ulaganja i olakšice za novoosnovana preduzeća u nerazvijenim područjima. Ipak, ne može se reći da je periferan finansijski značaj sadašnjih podsticaja u Srbiji. Tako, primenom u praksi devet vrsta poreskih olakšica su u 2008. godini umanjili poreske prihode za 27,9 milijardi dinara (približno 1% BDP). S tim u vezi, ukupan iznos poreskih rashoda po osnovu olakšica u sistemu poreza na dobit Srbije jednak je 72% ukupno ostvarenog prihoda od ovog poreza u 2008. godini.<sup>24</sup>

Dakle, u sadašnjim uslovima privrednog razvoja zemlje, poreski podsticaji iako nesumnjivo nužni, izazivaju dilemu, da li su u praksi u toj meri i potrebni za ostvarenje ciljeva zbog koji su i uvedeni? Naime, po Zakonu je utvrđeno da se radi ostvarivanja ciljeva ekonomske politike u pogledu stimulisanja privrednog rasta, razvoja malih preduzeća, koncesionih ulaganja, obvezicima pružaju poreski podsticaji.

Analizom propisa, njihove primene i efekata koji se pojavljuju u praksi, mišljenja sam da je u ovoj materiji potrebno napraviti značajne promene, koje bi u suštini značile potrebu za značajnim reduciranjem podsticaja, što bi dovelo do povećanja finansijskih prihoda od poreza na dobit, a ne bi se osetnije negativno reperkutovalo na ostvarivanje zacrtanih ekonomskih ciljeva. Ovo mišljenje je u skladu sa stavovima moderne teorije, da u opštem slučaju poreske olakšice tj. odstupanja od opšteg režima oporezivanja predstavljaju neefikasno i nepravično rešenje, jer: a) unose distorziju u ekonomsko odlučivanje (narušavaju alokativnu neutralnost poreza), b) kreiraju višak tereta subvencija, jer bi većina investitora realizovala svoje ulaganje i da takvih podsticaja nema i c) implicira različitu izloženost poreskom teretu preduzeća slične ekonomske snage.<sup>25</sup>

U teoriji nije sporna potreba korišćenja investicionih poreskih kredita, radi podsticanja privrednog rasta. Međutim, u našoj poreskoj praksi pod uplivom poslovnih krugova o potrebi intezivnije stimulacije investicija pojavljuju se tri različita pravna režima investicionih poreskih kredita. Prvim režimom propisano je da se obvezniku koji izvrši ulaganje u sopstvenoj registrovanoj delatnosti umanjuje porez na dobit za 20% ulaganja izvršenoj u toj godini. Međutim, poreski kredit ne može biti veći od 50% obračunatog poreza u godini u kojoj je izvršeno ulaganje. Drugim režimom, obvezniku koji je prema Zakonu kojim se uređuje računovodstvo razvrstan u malo preduzeće, priznaje se pravo na poreski kredit u visini od 40% izvršenog ulaganja u sopstvenoj registrovanoj delatnosti, s tim što ne može biti veći od 70% od obračunatog poreza u godini u kojoj je izvršeno ulaganje. I najzad, trećim režimom, propisano je pravo na poreski kredit u visini od 80% od ulaganja izvršenog u toj godini u osnovna sredstva za obavljanje delatno-

---

<sup>24</sup> Videti: Grupa autora, op. cit., str. 86 i 87.

<sup>25</sup> Videti: Grupa autora, op. cit., 88.

sti, obveznicima pod uslovom da su, u skladu sa Zakonom kojim se uređuje klasifikacija delatnosti i registar jedinica razvrstavanja, razvrstani u jednu od zakonom taksativno utvrđenoj delatnosti. Te delatnosti su poljoprivreda, proizvodnja tekstilnih prediva i tkanina, proizvodnja odevnih predmeta, dorada i bojenje krzna, proizvodnja osnovnih metala i dr. Izložena rešenja se u stručnim krugovima ocenjuju ekonomski i troškovno neefikasnim i nepravičnim, i radi pojednostavljenja poreskog sistema i minimiziranja alokativne pristrasnosti predlaže se zamena postojeća tri režima, jednim režimom investicionog poreskog kredita koji bi se primenjivao za sva preduzeća.<sup>26</sup>

Republika Srbija je svojim propisima pokušala da privuče »tzv. velike investitore« davanjem posebnih poreskih privilegija. Radi se o desetogodišnjem poreskom oslobođenju srazmerno ulaganju, za poreskog obveznika koji ispuni kumulativno sledeće uslove: 1) uloži u svoja osnovna sredstva, odnosno u čija osnovna sredstva se uloži više od 800 miliona dinara; 2) navedena sredstva koristiti za obavljanje pretežne delatnosti i delatnosti upisanih u osnivačkom aktu obveznika, odnosno navedenih u drugom aktu obveznika, kojim se određuju delatnosti koje obveznik obavlja i 3) u periodu ulaganja dodatno zaposli na neodređeno vreme najmanje 100 lica. Smatram da je potrebno eliminisati ovaj poreski podsticaj iz sistema. Poreski propisi o ovom podsticaju su se menjali ali i uneli nepotrebnu komplikovanost u sistem. Dakle, ovaj podsticaj je nepravedan jer se oslobođenje daje poreskim obveznicima koji imaju jaku ekonomsku snagu i koji bi poreski teret lako podneli. Najzad, ovaj podsticaj prema svojim finansijskim učincima je zanemarljiv. Ilustracije radi, do sada nijedan preduzetnik nije ispunio uslove za ostvarivanje ovog podsticaja. Pored toga, do sada je svega nekoliko (manje od deset) obveznika poreza na dobit ispunilo uslove za ostvarivanje navedenog oslobođenja.

## ZAKLJUČAK

Srbija se nalazi pred trećom poreskom reformom, koje se odvijaju u poslednjih dvadeset godina. Pokušaj prve reforme možemo vezivati za početak devedesetih godina prošlog veka, drugu za početak dvadesetprvog veka i treća se očekuje za početak druge dekade ovog veka. Ono što je zajedničko za sve pomenute reforme, jeste težnja zakonodavca da stvori moderan i komparabilan poreski sistem koji poznaje savremeni svet. Pored toga, ambiciozni ciljevi navedenih re-

---

<sup>26</sup> Grupa autora, op. cit., str. 88.

formi su namera da se naprave podsticajni poreski sistemi koji bi omogućili planirani privredni rast i ostvarila visoka pravednost.

Imajući u vidu stvarna kretanja u društvu i efekte koje je ostavila dosadašnja primena poreskih propisa, mišljenja sam da se poreskim reformama nedopustivo pristupa sa visokom dozom nerealnosti u pogledu mogućnosti koncipiranja poreskog sistema, kojim će svi biti srećni i zadovoljni.<sup>27</sup> Vodeći računa o karakteristikama poreza, kao instrumenta kojim se jednostrano, prinudno i bez protivnaka prikupljaju finansijska sredstva za pokriće nužnih javnih potreba je nemoguće realizovati. Preciznije, u praksi, dosledno istovremeno ostvarivanje najvažnijih ciljeva finansijskih, ekonomskih i socijalnih je nemoguće ostvariti zbog njihove kontradiktornosti. Zbog toga zakonodavcu je nemoguće da harmonično uredi poreske propise kojim bi sve relevantne faktore u društvu zadovoljio. Zbog toga sam mišljenja, da je realno gledano umeće zakonodavca, da u složenim i komplikovanim uslovima stvarnosti (savremenog privrednog i društvenog života) pronade rešenje, koje bi omogućilo tolerantno i podnošljivo odvijanje društvenih procesa, svestan činjenice da porezi moraju da postoje i pored određenih negativnih dejstava, zato što zasada ne postoje neki drugi bolji instrumenti za prikupljanje finansijskih sredstava neophodnih za finansiranje javnih potreba.

Na osnovu izloženog, da ne bi nepotrebno bili razočarani, ne treba previše očekivati od nastupajuće nove poreske reforme. Zbog toga se zalažem za koncipiranje takvog poreskog sistema koji će imati takvu strukturu, koja će skladno povezati učešće neposrednih i posrednih poreza, strogo vodeći računa da se ne pojavi hipertrofiranost ni na jednoj strani. U kontekstu izloženog, prirodno je da se mora imati u vidu savremeni trenutak potrebe vođenja računa o formiranju konkurentnog poreskog sistema, ali ne na uštrb ostvarivanja pravednog oporezivanja. Drugim rečima, potrebno je u ovim turbulentnim ekonomskim uslovima u kojim se nalazi Srbija imati u poreski sistem, poreske oblike koji će suštinski omogućiti ostvarenje ustavnog načela »plaćanja poreza prema ekonomskoj snazi«. Uveren sam, da se u našim uslovima to može postići, uvođenjem i primenom u praksi jednostavnog sintetičkog oblika poreza na dohodak građana, kod kojeg je moguće napraviti određene izuzetke kod oporezivanja prihoda od kapitala, u cilju izgradnje optimalnog konkurentnog poreskog sistema.

Pored toga u cilju doslednije izgradnje pravednog oporezivanja, neophodno je iskoristiti i porez na imovinu, koji jasno mora biti koncipiran na način da zah-

---

<sup>27</sup> »Izrada poreskog zakona zahteva odmeravanje jedne nepravičnosti u odnosu na drugu, jedne distorzije u odnosu na drugu. Cilj našeg razmatranja jeste da razjasnimo tu vrstu trejdofa i da pomognemo da se objasne veoma česte situacije u kojima se zakonodavci suočavaju s činjenicom da su u pokušaju da isprave jednu nepravičnost ili distorziju stvorili novu, podjednako lošu ili čak goru od prve.« – Joseph E. Stiglitz, Ekonomija javnog sektora, op. cit., str. 637.

vata jače, veću ekonomsku snagu obveznika koji su se identifikovali kao subjekti koji to mogu podneti bez većih posledica.

Najzad, kod oporezivanja dobiti pravnih lica, treba nastaviti sa primenom niske poreske stope, ali potrebno je izvršiti suštinske promene propisa, značajnim reduciranjem poreskih podsticaja, što bi dovelo do povećanja finansijskih prihoda od ovog poreza, a ne bi se osetnije negativno reperkutovalo na ostvarivanje utvrđene ekonomske politike.

ZORAN ISAILOVIĆ, LL.D.,  
Professor, Faculty of Law,  
Priština

## DILEMMA ABOUT TAX SYSTEM BUILDING IN SERBIA

### Summary

In order to build a modern tax system following the example of tax law of the European Union, OECD countries and neighboring countries, Serbia is before the third tax reform in the last twenty years. The tendency of the tax regulations creators is to build a tax system that would be tax competitive in respect to neighboring and other countries. For this reason, the change in the current system is proposed by which tax structure will be reduced in terms of personal income tax burden, increase of consumption taxation, and introduction of a new system of citizens' taxation.

Despite the need for taking into account the economic efficiency, the tax system must be fair, which in Serbia may be realized by introducing a simple global tax system in the citizens' income tax (with indispensable correction in capital gains taxation) and an essential reform of property taxation.

MARINA DIMITRIJEVIĆ

## **NOVI POGLED NA NEKA PRAVA OBVEZNIKA POREZA**

### U V O D

Uspešna primena poreskog sistema je suštinska aktivnost poreskih organa. Radi se o utvrđivanju, kontroli i naplati poreza u skladu sa poreskim zakonima, uz poštovanje prava poreskih obveznika i obezbeđenje visokog nivoa dobrovoljnog počinovanja obveznika porezima.

U uvek promenljivom okruženju, unutar koga administriraju poreze, poreski organi moraju imati jasnu predstavu šta su ciljevi njihovog rada a, takode, treba i da kritički preispituju postojeće poreske procedure i svoju organizacionu strukturu.

Ovo je neophodno kako bi se obezbedila što efikasnija i efektivnija upotreba resursa koji im stoje na raspolaganju. Prilagođavanje i usmeravanje aktivnosti poreskih organa u pravcu što većeg uvažavanja potreba poreskih obveznika, utiče na povećanje integriteta ovih državnih organa u javnosti.

Istovremeno se time kreira i novi pogled na neka prava poreskih obveznika u poreskom sistemu.

---

Dr Marina Dimitrijević, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Rad predstavlja rezultat istraživanja na projektu »Pristup pravosuđu – instrumenti za implementaciju evropskih standarda u pravni sistem Republike Srbije«, br. 149043D, koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

## PRAVA PORESKIH OBVEZNIKA U PORESKOM SISTEMU

U bilo kom demokratskom društvu, poreski obveznici imaju izvestan broj prava, koja su zakonom propisana.<sup>1</sup> Prvenstveno je reč o sledećim pravima: pravu na informisanje; pravu na pomoć; pravu na korektno utvrđen iznos poreza koji se plaća; pravu na izvesnost; pravu na privatnost; pravu na poverljivost i tajnost podataka.<sup>2</sup> Ovim pravima se dodatno reguliše odnos poreske vlasti (oličene u poreskoj administraciji – poreskim organima) i poreskih obveznika. Namera je da se uspostave određena ograničenja za postupanje poreskih organa (tj. zaštite poreski obveznici od neograničene poreske vlasti), definiše prostor njihovog delovanja i postave granice, koje oni svojim radnjama u poreskom postupku ne smeju da pređu.

Generalni zahtev, u savremenim uslovima, je da prava poreskih obveznika treba da budu precizno određena, poštovana i pravilno tretirana, kao deo fundamentalnih prava u demokratskom društvu. Ukoliko između proklamovanih prava i njihovog ostvarenja postoji raskorak on treba da bude minimalan, odnosno atributima pravne države treba raditi na njegovom potpunom prevazilaženju. U ovom smislu, a i uz uvažavanje važnosti poslova koje poreski organi obavljaju, regulacija rada poreskih službenika postaje sve značajnija. Poreski službenici su veza između poreskih obveznika i poreske vlasti, tj. »ključ« za faktičko ostvari-

---

<sup>1</sup> Nisu retke ni one zemlje u kojima postoje posebni dokumenti posvećeni ovoj problematiki. Reč je o tzv. Poveljama poreskih obveznika. Temeljni razlozi postojanja Povelja poreskih obveznika su jasni standardi rada poreskih organa, kao i potreba da poreski obveznici budu unapred informisani o tim standardima, svojim pravima i obavezama. Povelje poreskih obveznika mogu da ostvare svoju svrhu ukoliko su poreski obveznici upoznati sa postojanjem ovih povelja i njihovom sadržinom. Povelje donekle štite i same poreske organe. Preko povelja se poreskim obveznicima pružaju informacije i pojašnjenja šta od poreskih organa, u poreskom postupku mogu očekivati, odnosno šta oni očekuju od poreskih obveznika. Drugim rečima, povelje jesu, u određenoj meri, sredstvo dodatne razrade pojedinih pitanja u vezi sa porezima a u nameri da se izbegnu ponekad komplikovani i dugi poreski postupci. Bitno je, svakako, pratiti primenu ovih dokumenata, tj. poštovanje onoga što je napisano u poveljama. Videti: Mileva Anđelković, Marina Dimitrijević, Poresko pravo Srbije, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, 2009, str. 220.

<sup>2</sup> Poreskopравни položaj obveznika čine pored prava i obaveze, koje u poreskopravnom odnosu, po samoj prirodi poreske dužnosti, imaju primat. Reč je o ponašanjima poreskih obveznika koja su fundamentalna za primenu poreskog sistema. Bez odgovarajućeg balansa prava poreskih obveznika sa obavezama, poreski sistem ne bi mogao da funkcioniše adekvatno. Obaveze poreskih obveznika su: obaveza poštenog postupanja; obaveza kooperativnosti; obaveza obezbeđivanja tačnih informacija i dokumenata; obaveza vođenja poslovne dokumentacije; obaveza blagovremenog plaćanja poreza. Videti: Taxpayers' Rights and Obligations (Practice Note), Tax guidance series, Prepared by The OECD Committee of Fiscal Affairs Forum on Tax Administration, Centre for Tax Policy and Administration, OECD, August 2003, p. 3.

vanje prava poreskih obveznika. Takođe, oni su čuvari javnog interesa u oblasti oporezivanja i poverenja javnosti u poreski sistem. Stoga se čini važnim da poreski službenici u svom radu, pored pravnih propisa i pravila struke, neizostavno poštuju i određene etičke principe. Potreba za postojanjem i primenom Kodeksa profesionalne etike poreskih službenika, kao i poštovanjem pravila o konfliktu interesa<sup>3</sup> pojavila se najpre kao ideja, a potom i kao praksa mnogih poreskih administracija.<sup>4</sup> To dodatno osigurava poreske obveznike od kršenja njihovih prava, olakšava postupak ostvarivanja tih prava i obezbeđuje zadovoljavajući kvalitet rada poreskih službenika.

Kodeks profesionalne etike poreskih službenika predstavlja normativni okvir za regulisanje ponašanja poreskih službenika. On sadrži fundamentalne etičke koncepte, osnovne principe profesionalnog ponašanja, pravila ispravnog postupanja, zabrane. Njime se, u određenoj meri, reguliše odnos poreskih službenika prema poslu, drugim poreskim službenicima, ali i odnos prema poreskim obveznicima.<sup>5</sup> Stvaranje profesionalnih i javnosti odgovornih poreskih službenika, praksa je potvrdila kao dugotrajan proces neposredno povezan sa radikalnom promenom vladajućeg shvatanja o njihovoj ulozi u društvu.

#### UTICAJ KONCEPTA PRUŽANJA USLUGA PORESKIM OBVEZNICIMA NA NEKA PRAVA OBVEZNIKA POREZA

Današnje vreme odlikuju značajne reforme u sektoru poreske administracije, kao nastojanje da se poboljša efikasnost, efektivnost i kvalitet njenog rada.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> Postojanje konflikta na relaciji javni interes – privatni interes minimizira se, najčešće, postojanjem preciznih pravnih pravila o tome ko i pod kojim uslovima može da obavlja poslove poreskog službenika.

<sup>4</sup> Principles of Good Tax Administration – Practice Note, Prepared by the OECD Committee of Fiscal Affairs Forum on Strategic Management, Centre for Tax Policy and Administration, OECD, 2 May 2001, p. 5.

<sup>5</sup> Napominjemo da se u literaturi može naići na nabranje principa etičkog postupanja poreskih službenika kao npr.: čuvanje službene tajne, odanost poreskom poslu, rad u javnom interesu, institucionalna solidarnost, zaštita ugleda institucije poreske administracije, nepostojanje konflikta interesa, promovisanje transparentnosti rada. Videti više: William Mayville, Codes of Ethics and Conduct in Revenue Administrations: What does International Practice Tell Us, A Study Produced by the World Bank Tax Policy and Tax Administration Thematic Group, October 1999, p. 5.

<sup>6</sup> O kriterijumima efikasnosti, efektivnosti i kvaliteta rada poreskih organa, kao opšteprihvaćenim standardima Evropskog administrativnog prostora, videti više: Marina Dimitrijević, Poreska administracija u svetlu nekih evropskih zahteva, Pravni život, br. 11/2008, str. 728–735.

Centralno mesto u ovim reformama zauzima uspostavljanje ispravne prakse poreskog upravnog postupanja, koja uključuje primenu informacione tehnologije u radu.

Paralelno sa tehničkim napretkom, mnogi poreski organi su suočeni sa budžetskim ograničenjima i smanjenjem broja zaposlenih, što čini informacionu tehnologiju neophodnom kako bi što uspešnije nadomestila sve oskudnija finansijska sredstva.

Prisutna sporost u radu poreskih organa, tamo gde postoji, javlja se takođe kao značajan problem i stoji uporedo sa niskim kvalitetom rada. Poreski organi, nespremni da adekvatno reaguju na promene u svom okruženju, jak su i stalan izvor nezadovoljstva poreskih obveznika, kao i poreski organi koji ne obavljaju svoje funkcije na očekivanom nivou kvaliteta. Povećanje kvaliteta rada poreskih organa nužna je pretpostavka zadovoljstva poreskih obveznika njihovim radom. Ono zahteva poreske obveznike sposobne da se koriste različitim formalnim i neformalnim mehanizmima uticaja (npr. putem medija, različitih inicijativa poreskih obveznika, zahteva udruženja poreskih obveznika i sl.) kako bi se poboljšao rad poreskih organa.

U razvijenim zemljama članicama Evropske unije i nacionalni administrativni sistemi i *acquis communautaire* razvijali su se, prethodnih decenija, u skladu sa rastućom naprednošću i složenošću zapadnoevropskih ekonomija, integracijom u evropske i svetske poslovne (trgovinske) tokove i njihovim višeslojnim tržišnim sistemima i infrastrukturama. To je ostavilo trag na postupanje poreskih organa na području EU i omogućilo novi pogled na neka prava obveznika poreza u poreskom sistemu. Prvenstveno je reč o pravu na informisanje i pravu na pomoć.

Realizacija prava na informisanje i prava na pomoć, koja se garantuju poreskim obveznicima, dobila je novi sadržaj sa razvojem savremenog uslužno-orientisanog modela rada poreskih organa, koji je prilično prihvaćen u razvijenim zemljama EU, ali i sveta. Takav model rada se, u velikoj meri, od strane međunarodnih organizacija, propagira i u reformama poreske administracije u zemljama u tranziciji.

Funkcija pružanja usluga poreskim obveznicima, naročito u domenu informisanja i pomoći, neophodnim da bi ispunili svoje poreske obaveze, ima odlučujuću ulogu u primeni poreskog zakonodavstva.



Namera je da se usluge prilagode poreskom obvezniku u smislu da su pristupačne, razumljive i blagovremene, i da ostvaruju efekat očuvanja i jačanja spremnosti obveznika da se dobrovoljno povinuju porezima.<sup>7</sup> Ovo je ostvareno preko sistema i procedura koje su sve više okrenute potrebama poreskih obveznika.<sup>8</sup>

Naime, povećan razvoj elektronskih sredstava komunikacije omogućava funkcionisanje web sajtova, softver paketa sa pravilima o važećem poreskom zakonodavstvu, e-foruma, elektronskog podnošenja poreskih prijava i elektronskog plaćanja poreza.<sup>9</sup>

Uz to, poreski organi u mnogim zemljama uspostavljaju call centre, kako bi se olakšao telefonski pristup poreskih obveznika neophodnim informacijama i drugim uslugama poreskih organa u konkretnom slučaju (npr. saveti).

Obezbeđenje usluga poreskim obveznicima preko pomoći u postupku, pružanja informacija o porezima i poreskim zakonima i različitim vidova edukacije obveznika smatra se obavezom savremenih poreskih organa.

Ovim je moguće ostvariti sledeće ciljeve: učiniti teret plaćanja poreza što lakšim onim poreskim obveznicima koji žele da se dobrovoljno povinuju poreskim zakonima; minimizirati iznos resursa potrebnih za naplatu poreza; povećati, zahvaljujući edukaciji, broj poreskih obveznika koji dobrovoljno plaćaju poreze.

Činjenica je da poreski organi danas tragaju za optimalnom kombinacijom kanala (sredstava, metoda) za pružanje usluga poreskim obveznicima, pokušavajući da naprave balans između cilja poboljšanja službi za pružanje usluga poreskim obveznicima i potrebe da poreski organi smanje troškove.

---

<sup>7</sup> Improving Taxpayer Service Delivery: Channel Strategy Development, Prepared by Forum on Tax Administration Taxpayer Services Sub-group, Approved by Committee on Fiscal Affairs, May 2007, p. 5.

<sup>8</sup> Primena koncepta usmerenosti poreskih organa prema poreskom obvezniku, pre svega, znači: obezbeđenje usluga poreskim obveznicima (u vremenskom i prostornom smislu); razvoj različitih informativnih programa za poreske obveznike; sprovođenje poreskih postupaka na što jednostavniji način; razvoj metoda za ispitivanje zadovoljstva poreskih obveznika uslugama poreskih organa; poboljšanje kvaliteta opremljenosti poslovnih prostorija namenjenih za kontakte sa poreskim obveznicima; razvoj programa obuke poreskih službenika u oblasti odnosa sa poreskim obveznicima.

<sup>9</sup> Naravno, još uvek su u značajnoj meri zastupljeni i tzv. tradicionalni kanali komunikacije – lični kontakti i pisana komunikacija posredstvom pošte. Elektronska komunikacija, sama po sebi, znači mogućnost pristupa uslugama 24 sata na dan / 7 dana u nedelji, iz udobnosti vlastitog doma, niže troškove usluga, manje opterećenje zaposlenih u poreskim organima i automatizirane postupke.

Ovi ciljevi nisu uvek međusobno isključivi, ali neizostavno podrazumevaju modeliranje postojećih poreskih procedura,<sup>10</sup> organizacione strukture poreske administracije<sup>11</sup> i nova znanja poreskih službenika<sup>12</sup> i poreskih obveznika.<sup>13</sup>

Izazov za poreske organe je i da razumeju individualne okolnosti i afinitete poreskih obveznika i da im izlaze u susret. U principu, potrebno je razviti strukture usluga koje se mogu prilagoditi jednostavnim administrativnim zahtevima velike većine poreskih obveznika, uz istovremeno postizanje potrebne funkcionalnosti u radu. Uostalom, dobrovoljno povinovanje porezima je maksimizirano kada su poreski organi svesni promena u okruženju i kada brzo reaguju na njihove implikacije na administriranje poreskim sistemom i povinovanje porezima.<sup>14</sup>

Customer relationship management (CRM), primenjen u modernim poreskim administracijama treba da identifikuje činioce uticaja na poreske obveznike, unapređuje filozofiju orijentacije prema poreskom obvezniku, razvija postepeno procese koji su u službi potreba poreskog obveznika, obezbeđuje adekvatnu pomoć poreskim obveznicima, obezbeđuje postupanje po prigovorima i žalbama poreskih obveznika.<sup>15</sup>

Značajna uloga poreskih stručnjaka, kao zastupnika poreskih obveznika, od strane poreskih organa sve se više prepoznaje. Poreski stručnjaci su identifikova-

---

<sup>10</sup> Napominjemo da je reinženjering poreskih procedura potrebniji od njihove jednostavne automatizacije.

<sup>11</sup> U organizacionoj strukturi poreskih administracija redovno postoje Servisi za poreske obveznike. Najpre su se pojavili Servisi za velike poreske obveznike, a potom i posebni programi rada poreske administracije za postupanje sa srednjim i malim poreskim obveznicima (podela poreskih obveznika u grupe izvršena je prema njihovom prihodnom potencijalu). Poreski službenici, zaposleni u Servisima, su u privilegovanom položaju jer mogu neposredno da prate stavove poreskih obveznika o poreskom sistemu i njihovo razumevanje i prihvatanje aktivnosti poreskih organa u celini. Jednim delom i samo ophođenje ovih poreskih službenika prema poreskim obveznicima vrši uticaj na formiranje stavova i ispoljavanje reakcija obveznika. Videti: *Administrative responsiveness and the taxpayer*, Public management studies, OECD, Paris, 1988, p. 10, p. 26.

<sup>12</sup> Iako je vladavina prava i postupanje po pravnim pravilima i nadalje nezaobilazni koncept evropske javne uprave, prodor ideologije i metoda New public management-a (Novog javnog upravljanja), slabljenje socijalne države te naglašenije značenje javnih politika, dovelo je do bitnih promena u upravnom obrazovanju svih savremenih evropskih zemalja.

<sup>13</sup> Pri planiranju e-komunikacije poreskih organa i poreskih obveznika očekivani troškovi su uglavnom ograničeni na nabavku informaciono-tehnološke opreme, a mnogo puta se zaboravljaju troškovi njenog održavanja i dogradnje, troškovi obrazovanja korisnika, troškovi dodatnih ljudskih resursa za održavanje i upravljanje informacionom tehnologijom. Videti: Maja Klun, Mitja Dečman, *Elektroničke javne usluge: E-oporezivanje u Sloveniji*, Financijska teorija i praksa 30 (3)/2006, str. 232.

<sup>14</sup> *Principles of Good Tax Administration – Practice Note*, p. 3.

<sup>15</sup> *Improving Taxpayer Service Delivery: Channel Strategy Development*, p. 18.

ni kao grupa zainteresovanih subjekata za usluge poreskih organa pa im se, shodno tome, obezbeđuje određeni obim, njima prilagođenih usluga.<sup>16</sup> Poznavanje poreske materije je njihov posao, a najčešće je reč o pravnim praktičarima, računovođama ili revizorima. To traži viši kvalitet poreskih usluga.<sup>17</sup>

Neke poreske administracije grade strateški prilaz pružanju usluga poreskim obveznicima, koji obuhvata: pružanje različitih vrsta poreskih usluga različitim grupama poreskih obveznika, imajući u vidu ispoljene karakteristike, stavove, očekivanja i ponašanja svake od njih; tretiranje poreskih obveznika kao subjekata sa pravima propisanim zakonom, a u novije vreme i kao korisnika usluga; konsultovanje, u većoj meri, poreskih obveznika i/ili njihovih predstavnika, vezano za implementiranje promena u postojećim uslugama i dizajniranje novih usluga;<sup>18</sup> korišćenje prednosti koje pruža nova informaciona tehnologija; utvrđivanje i praćenje usluga prema propisanim standardima i merenje zadovoljstva poreskih obveznika obimom i kvalitetom usluga koje im se nude; pružanje publiciteta dostignutom nivou pružanja usluga; sistemsko identifikovanje slabosti u pružanju usluga, razvoj planova za usredsređivanje pažnje na te slabosti, kao i analiza troškova koji pritom nastaju.<sup>19</sup> Strategiju čine organizacione dimenzije, uključujući tehničku i fizičku infrastrukturu, sve metode pružanja usluga, sadržaj usluga, administrativni procesi i administrativna kultura.

## ISPRAVNOST KONCEPTA PORESKI OBVEZNIK KAO KORISNIK USLUGA

Postavljanje poreskog obveznika tj. potreba obveznika u centar aktivnosti modernih poreskih organa nesumljivo se pozitivno odražava na njihove rezultate rada, ali i na realizaciju prava na informisanje i prava na pomoć, priznatih prava obveznika. Promena načina na koji se poreski organi odnose prema poreskim obveznicima u svojoj osnovi ima zahtev da se prema poreskim obveznicima oni odnose kao prema korisnicima usluga, koji imaju svoje potrebe i da pri tome koriste najbolju praksu privatnog sektora i standarde koje termin korisnik usluge podra-

---

<sup>16</sup> Survey of Trends in Taxpayer Service Delivery Using New Technologies, Centre for Tax Policy and Administration, OECD, February 2005, p. 31.

<sup>17</sup> Improving Taxpayer Service Delivery: Channel Strategy Development, p. 40.

<sup>18</sup> Uopšte posmatrano, dobri poreski organi se konsultuju sa poreskim obveznicima i drugim zainteresovanim subjektima prilikom promena i razvoja značajnih politika i procedura. Ovo omogućava da se troškovi plaćanja poreza drže na minimalnom nivou da bi se dostigao zadovoljavajući stepen saglasnosti povinovanja poreskim zakonima.

<sup>19</sup> Survey of Trends in Taxpayer Service Delivery Using New Technologies, p. 8.

zumeva. Povratno, poboljšanje usluga koje se pružaju poreskim obveznicima treba da vodi višem nivou dobrovoljnog ispunjavanja poreskih obaveza.

Jača usmerenost poreskih organa prema poreskim obveznicima i odnos prema njima kao korisnicima usluga znači veliku psihološku promenu i za poreske organe i za poreske obveznike. Ovakav pristup donosi i pitanja koja se, međutim, često zaobilaze i ne postavljaju: Da li termin »korisnik usluge« odgovara terminu »poreski obveznik« u čijoj je osnovi prvenstveno obaveza (a ne potreba) plaćanja poreza? Koliko je ovaj novi, drugačiji, odnos poreskih organa i poreskih obveznika stvarno iskren jer poreski obveznici nemaju izbor da »posao« ispunjavanja poreske dužnosti obave na drugi način i na drugom mestu, a za uzvrat neposredno ne dobijaju nikakva posebna prava ili naknadu, već samo obavezu prijavljivanja i plaćanja poreza?<sup>20</sup>

Između pojmova »korisnik usluge« u tržišnoj ekonomiji i poreskog obveznika, koji ima određene obaveze i prava u odnosu sa poreskim organima, postoje značajne razlike. Naime, korisnici usluga u tržišnoj ekonomiji manje ili više slobodno biraju usluge koje su im potrebne. Poreski obveznici nemaju tu mogućnost, njihov odnos sa poreskim organima nije slobodnom voljom izabran. U odnosu poreskih organa i poreskih obveznika primat svakako imaju obaveze poreskih obveznika a ne njihova prava prema poreskim organima. Jako je teško, u pravom smislu reči, termin »pružanje usluga korisniku« iz privatnog sektora preneti u oblast javnog sektora kao »pružanje usluga poreskom obvezniku«. Primena principa »zadovoljavanje potreba poreskog obveznika kao korisnika usluge ili novac nazad« ili »poreski obveznik je uvek u pravu« takođe je neprimenjiva i neprihvatljiva u odnosu poreskih organa i poreskog obveznika.

Odnos poreskih organa i poreskih obveznika se uređuje odredbama imperativnog prava. Nema sumnje da poreski organi treba da poboljšaju svoj odnos prema poreskim obveznicima i ostvarivanje nekih njihovih prava, između ostalog i poboljšanjem usluga koje pružaju obveznicima, ali poreski obveznici nikada ne mogu imati status korisnika usluga iz privatnog sektora. Poreski obveznici stupaju u odnos sa poreskim organima zato što su na to primorani zakonom. Doslovno shvatanje da je poreski obveznik korisnik usluge poreskih organa je nepravilno i pogrešno a uz to daje i varljiv prikaz prirode odnosa poreskih organa i poreskih obveznika. Poreski obveznik ima dužnost, ustavom i zakonom ustanovljenju, da plaća poreze.

Pokušaj upoređivanja poreskog obveznika sa korisnikom usluge ne treba posmatrati ni suviše pesimistički. Ako su konkretni poreski organi sposobni da u

---

<sup>20</sup> U tom smislu videti: John Prebble, Customers, branding, mottoes and The New Zealand Inland Revenue Department, u: Tax Administration in the 21st Century, Edited by Michael Walpole and Chris Evans, Prospect, St Leonards, 2001, p. 83–84.

svoj odnos sa poreskim obveznicima unesu neke osobine koncepta korisnika usluge to treba pozdraviti jer je u funkciji poboljšanja ovog odnosa i podsticanja obveznika da dobrovoljno ispunjavaju svoje obaveze. Uostalom, današnji poreskopравни odnos predstavlja javnopravni odnos sa elementima demokratizacije i razvoja (što je moguće do određenog stepena demokratizacije ovog odnosa) i elementima uslužnosti, razvijenim u tržišnom sektoru a koji su primenjivi (prihvatljivi) i daju efekte u javnom sektoru.

Smatramo neophodnim da ukažemo da postoje mišljenja o tome da koncept poreski obveznik kao korisnik usluge osiromašuje koncept demokratski aktivnog građanina kao poreskog obveznika. Zato se ističe potreba promovisanja ideje aktivnog poreskog obveznika. Naime, građanin je izvor i kontrolor javne uprave (i poreskih upravnih organa kao njenog dela) putem demokratskih procedura izbora svojih predstavnika na izborima. Takođe, plaćanjem poreza poreski obveznici finansiraju funkcionisanje poreskih organa, a sve to ih dovodi u položaj koji bi trebalo da bude snažniji, aktivniji i drugačiji od onog koji ima običan korisnik usluge.

## ZAKLJUČAK

Okruženje unutar koga poreski organi savremenih država administriraju poreze je promenljivo. Poreske politike, poreski zakoni, praksa i kultura postupanja poreskih organa, svake od njih, imaju svoje posebnosti. Podsticanje dobrovoljne saglasnosti u ispunjavanju poreskih obaveza permanentan je zadatak poreskih organa, kako bi se očuvao integritet poreskog sistema. Praksa pokazuje da jasni i konzistentni poreski zakoni smanjuju kompleksnost poreskog sistema i troškove njegove primene i poboljšavaju percepciju poreskih obveznika o potrebi da se povinuju poreskim zakonima.

E-poreska vlast, zasnovana na upotrebi informacione tehnologije i njenim prednostima, uslovljava promene u različitim delovima poreske oblasti. Pojavljivanje interneta i moderne tehnologije call centara je obezbedilo inovativna i efikasna sredstva za komunikaciju i interakciju poreskih organa sa obveznicima poreza. Sistemi i procedure, koji su sve više usmereni na potrebe poreskih obveznika, kreiraju novi pogled na prava obveznika poreza. Realizacija prava na informisanje i prava na pomoć dobija novu sadržinu. Poreski organi se rukovode fundamentalnim principom da će poreski obveznici, tretirani sa poštovanjem i pravično, obezbeđeni informacijama, savetima, pomoći i drugim uslugama, biti spremniji da se povinuju poreskim obavezama. U poreskim administracijama razvijenih zemalja Evropske unije i sveta, aktivno se promoviše tzv. kultura mo-

deliranja usluga, kako bi se izašlo u susret očekivanjima različitih grupa poreskih obveznika i zahtevima troškovne efikasnosti.

MARINA DIMITRIJEVIĆ, LL.D.,  
Assistant Professor, Faculty of Law,  
Niš

## A NEW PERSPECTIVE OF CERTAIN TAXPAYERS' RIGHTS

### Summary

In every country the tax administration is confronted with a different set of circumstances which significantly affect the application of the respective tax system. The primary objective of tax administration is to ensure that the taxpayers abide by tax regulations. Efficient tax authorities endeavor to identify and assess the risks they may encounter in the process of taxation and they develop strategies to minimize the effects of these risks. Thus, in order to preserve the integrity of the tax system, the primary task of tax authorities is to enhance voluntary tax compliance, i.e. ensure that the taxpayers fulfill their tax liabilities on a voluntary basis.

In any democratic society, taxpayers have a number of prescribed rights and obligations governing their relations with the national tax authorities. The taxpayers' observance of the tax legislation is promoted not only by the precisely defined legal position of the taxpayer but also by a really fair and efficient treatment of taxpayers. In the contemporary circumstances, the straightforward, simple and user-friendly tax administration systems and procedures are important factors which additionally contribute to the taxpayers' greater compliance with the tax legislation. This field has been subject to significant reforms lately, particularly in the developed countries (including the EU). The principal activity relates to a steadfast promotion of administrative procedures and practices, including the use of modern information technologies. The use of the Internet, call-centers, computer and telephone system has provided new and efficient means of communication between tax authorities and taxpayers. These new systems and procedures are increasingly aimed at meeting the taxpayers' needs, thus generating a new perspective on some of the taxpayers' rights.

The author analyses these developments, concluding that the current state of affairs is significantly different in various countries which have their own distinctive features not only in terms of their tax policies and respective legislative frameworks but also in terms of their administrative practices and culture.

SNEŽANA STOJANOVIĆ

## ZAJEDNIČKA KONSOLIDOVANA KORPORATIVNA PORESKA OSNOVICA

### U V O D

Nepravična poreska konkurencija je fenomen o kome se danas u »poreskim krugovima« sve češće govori. Reč je pojavi koja podrazumeva da jedna jurisdikcija pokušava da vrlo povoljnim poreskim režimom i pružanjem različitih poreskih pogodnosti privuče na svoju teritoriju što veći broj poreskih obveznika, kako pravnih, tako i fizičkih lica. Pri tom, davanje različitih olakšica (naročito proširivanje poreske osnovice i značajno snižavanje poreskih stopa) čini se na štetu drugih jurisdikcija, najčešće onih koje se nalaze u neposrednom susedstvu. Ovaj problem posebno je izražen u Evropskoj uniji, budući da zajedničko tržište i nepostojanje međudržavnih granica omogućuju slobodno kretanje i seljenje kapitala i radne snage iz jedne države u drugu. Ovo naročito pogoduje velikim, multinacionalnim kompanijama koje svoje poslovanje obavljaju u najmanje dve države Unije. Tako su globalizacija poslovne aktivnosti i slobodno prekogranično kretanje faktora rada pored brojnih dobrobiti, doneli i dosta problema u funkcionisanju zajedničkog tržišta i održavanju stabilnosti nacionalnih poreskih sistema i sistema javnih prihoda. U cilju eliminisanja i/ili barem ublažavanja posledica ove neželjene pojave u Evropskoj uniji, kao i na širem međunarodnom planu preduzeti su brojni koraci. U EU je 1997. godine usvojen *Kodeks ponašanja u oporezivanju poslovne aktivnosti* (eng. *Code of Conduct in Taxing Bu-*

---

Dr Snežana Stojanović, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

*siness Activity*), kao zvanični dokument koji treba da predstavlja smernicu u otklanjanju neželjenih pojava u oporezivanju kompanija koje posluju u Uniji. Međutim, reč je o dokumentu koji ne predstavlja pravni akt, već samo političko obavezivanje država-članica, tako da su i sankcije koje se mogu primeniti u slučaju nepoštovanja njegovih odredbi isključivo političkog karaktera.

Što se tiče šire međunarodne zajednice, borba protiv nepravične poreske konkurencije vodi se od strane Organizacije za ekonomsku saradnju i razvoj (eng. *Organization for Economic Cooperation and Development, OECD*). Ova organizacija je 1998. godine započela projekat o nepravičnim poreskim režimima. Karakteristično je da se projekat uglavnom bazira na »poreskim rajevima«, kao glavnom obliku nepravičnih režima. U tom smislu, OECD je dala preporuke svojim državama-članicama u vezi sa ugovorima koje zaključuju sa državama-poreskim rajevima, u zavisnosti od toga da li su u pitanju države koje »saraduju« ili ne sa OECD-om u borbi protiv nepravične poreske konkurencije. Čak je i sačinjena lista takozvanih nekooperativnih poreskih rajeva i data preporuka državama-članicama da otkazu postojeće poreske ugovore zaključene sa ovim državama, kao i da ubuduće više ne ulaze u bilo kakave poreske aranžmane sa njima.

Za razliku od OECD-a i borbe koju je Evropska unija vodila u prethodnom periodu, kada se problem nepravične poreske konkurencije uglavnom, posmatrao sa aspekta niskih poreskih stopa, širokih poreskih osnovica i poreskih rajeva, i tražene su najadekvatnije mere za ublažavanje posledica nepravičnih poreskih režima, aktuelni pristup je drugačiji. Danas se u EU najviše pažnje posvećuje pitanjima (1) međudržavne razmene informacija; (2) unošenju u nacionalno zakonodavstvo i primeni pravila kojima se onemogućuje zloupotreba prava i (3) uvođenju zajedničke konsolidovane korporativne poreske osnovice (eng. *Common Consolidated Corporate Tax Base, CCCTB*) u pogledu multinacionalnih kompanija koje posluju u najmanje dve države EU, tj. na zajedničkom tržištu Unije. Upravo o ovim merama biće reči na stranicama koje slede. Naročita pažnja i najveći deo rada biće posvećen konsolidovanoj poreskoj osnovici, jer se druge dve mere i preduzimaju upravo da bi se omogućila konsolidacija korporativne poreske osnovice.

### *Razmena informacija*

Razmena informacija (eng. *Exchange of information*) važna je kako kao unilateralna, tako i kao bilateralna, odnosno multilateralna mera. Na nacionalnom nivou, ova mera uobičajeno se povezuje sa okončavanjem bankarske poverljivosti, dok se na međudržavnom nivou smatra značajnim sredstvom obezbeđivanja



višestruke pomoći među državama: obezbeđivanje određenih informacija i saradnja sa poreskim organima u različitim državama, unapređivanje višestruke pomoći u vezi sa obnavljanjem poreskih zahteva, itd. Sve ove mere OECD je predložila u svom Izveštaju o nepravičnim poreskim režimima iz 1998. godine. Iako grupa eksperata koja je sačinila izveštaj o primeni Kodeksa ponašanja (takožvana »Primarolo grupa«<sup>1</sup>) nije istakla razmenu informacija kao posebnu meru u borbi protiv nepravične poreske konkurencije, stav ove grupe je da izbegavanje razmene informacija sa organima drugih država predstavlja jasan pokazatelj postojanja nepravične poreske konkurencije.<sup>2</sup>

Uglavnom, smatra se da izbegavanje razmene informacija predstavlja jedan od najvećih problema u oblasti oporezivanja prihoda od privatne štednje. Po pravilu, poreski rajevi su države koje ne pokazuju spremnost da sarađuju sa drugim državama i pružaju im informacije o prihodima koje su na njihovim teritorijama ostvarili pojedinci i kompanije. Upravo zato, druge države u kojima su na snazi visoke poreske stope trebalo bi da primenjuju određene prinudne mere u odnosu na poreske rajeve kako bi zaštitile svoje poreske sisteme od posledica nepravičnih režima poreskih rajeva. Reč je o merama kao što su: otkazivanje postojećih ugovora zaključenih sa poreskim rajevima ili donošenju odluke da se ne zaključuju novi ugovori sa ovim državama.<sup>3</sup>

U vezi sa razmenom informacija potrebno je naglasiti da se OECD na ovom planu znatno više angažovala u odnosu na EU. U tom smislu, sačinjen je model *Model sporazuma o razmeni informacija u poreske svrhe* (eng. *Model Agreement on Exchange of Information on Tax Matters*). Model sporazuma ne predstavlja obavezujući instrument, ali zato sadrži dva podmodela u vezi sa obavezama preuzetim od strane država-učesnika. U tom smislu, odnosi se na razmenu informacija kako u vezi sa civilnim, tako i u vezi sa krivičnim poreskim pitanjima. Takođe, Modelom su predviđene i dve verzije, bilateralna i multilateralna, zavisno od broja država-potpisnica. Država mora pružiti traženu informaciju nezavisno od toga da li joj je ta informacija potrebna za sopstvene poreske svrhe. Bitno je da je informacija potrebna drugoj državi radi primene njenih poreskih zakona. Ugovorne strane složile su se da nadležni državni organi moraju imati ovlašćenja da dobiju i pruže informacije od strane banaka, drugih finansijskih institucija i lica koja rade u agencijama ili kao fiducijari, kao i da dobiju i

---

<sup>1</sup> Grupa je nazvana po Primarolu (*Dawn Primarolo*), britanskom ministru finansija, koji je bio na čelu tima eksperata. Više vid.: Snežana Stojanović, *Nepravična poreska konkurencija u Evropskoj uniji*, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2010, str. 64.

<sup>2</sup> Vid.: B. J. Kieckhefer, *Harmful Tax Competition in the European Union: Code of Conduct, Countermeasures and EU Law*, Kluwerlaw, Foundation for European fiscal studies, Erasmus University, Rotterdam, 2004, str. 102.

<sup>3</sup> *Ibidem*, str. 98–99.

pruže informacije u vezi sa svojinskim odnosima fizičkih lica. Istovremeno, Model sporazuma sadrži klauzule o zaštiti legitimnih interesa poreskih obveznika (npr. zahtev za davanjem informacije može biti odbijen ako bi to dovelo do otkrivanja trgovačke ili poslovne tajne ili ako je informacija zaštićena primarnim interesom zastupnika klijenta.

Model sporazuma zahteva da se svaka razmena informacija tretira kao poverljiva i da država koja zahteva informaciju da pismenu saglasnost da informaciju neće razmenjivati sa trećim licima ili trećim državama.

Razmena informacija u poreske svrhe može biti efektivna jedino kada je pouzdana informacija, sa predvidivim značajem za poreske stvari konkretne jurisdikcije, dostupna ili može biti dostupna pravovremeno i kada postoje legalni mehanizmi, koji omogućuju da se informacija dobije i razmeni. Ovo podrazumeva vođenje računovodstvenih izveštaja i njihovu transparentnost, u smislu dostupnosti i razumljivosti.<sup>4</sup>

Osim, utvrđivanja Modela sporazuma o razmeni informacija u poreske svrhe, OECD i Savet Evrope su 1988. godine usvojili i *Konvenciju o višestrukoj administrativnoj pomoći u poreskim stvarima* (eng. *The Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters*)<sup>5</sup>. Iako je već iste godine Konvencija mogla biti potpisana od strane država-članica OECD-a, odnosno Saveta Evrope, potpisivanje, a zatim i ratifikacija naročito su intenzivirani krajem 20. veka. Ovakav stav svakako je posledica nepravilne poreske konkurencije i potrebe pojedinačnih država da se izbore sa štetnim posledicama koje trpe zbog postojanja ove negativne pojave.<sup>6</sup> Takođe, razmena informacija i administrativna pomoć koju države jedna drugoj međusobno pružaju izuzetno su značajne u sprečavanju širenja nepravilnih poreskih režima, zbog čega se, pored definisanja zajedničke korporativne poreske osnovice, i opštih pravila o sprečavanju zloupotrebe prava, ove mere smatraju izuzetno značajnim u borbi protiv međunarodne nepravilne poreske konkurencije.

### *Sprečavanje zloupotrebe prava*

Zloupotrebe prava, sa aspekta poreskog prava, podrazumeva da jurisdikcije, kao i pojedinci i kompanije, zloupotrebljavaju prava koja im pripadaju kao

---

<sup>4</sup> Vid.: OECD, *The OECD's Project on Harmful Tax Practices: The 2004 Progress Report*, OECD, Centre for Tax Policy and Administration, Paris, 2004, pp. 13.

<sup>5</sup> Vid.: OECD and Council of Europe, *The Convention on Mutual Administrative Assistance in Tax Matters*, Twentieth Anniversary Edition, OECD, Paris, 2008.

<sup>6</sup> Ibidem, str. 128–129.

poreskim organima i poreskim obveznicima. Često, nerezidentne jurisdikcije koriste svoja poreska ovlašćenja na način koji omogućava odobravanje olakšica određenim poreskim obveznicima ili koji im omogućava da na legalan način izbegnu svoje poreske obaveze prema rezidentnim državama, što je posebno izraženo u oblasti direktnog oporezivanja. U tom cilju, mnoge države su u svoje zakonodavstvo uvrstile pravila kojima se sprečavaju zloupotrebe poreskih prava. Tako sam izraz »pravila o sprečavanju zloupotreba« (eng. *anti-abuse rules*) obuhvata širok spektar pravila, mera i praksi putem kojih države pokušavaju da zaštite svoje poreske osnovice u oblasti oporezivanja korporacija i pojedinaca.

U okviru EU, Evropska komisija je 2007. godine donela poseban dokument u vezi sa primenom pravila o sprečavanju zloupotreba. U pitanju je *Komunikacija o primeni mera o sprečavanju zloupotreba u sferi direktnog oporezivanja – u okviru EU i u odnosima sa trećim državama*<sup>7</sup>. Značaj ovog dokumenta je u tome što se predviđa mogućnost uvođenja različitih mera, ali je potrebno da one budu u skladu sa Ugovorom o EZ (EU). Takođe, ustanovljen je okvir u kome se mogu kretati pojedinačna pravila. Uopšte, karakteristično je da mnoge države-članice, u cilju zaštite svojih poreskih osnovica od određenih vrsta prekograničnog izbegavanja plaćanja poreza, primenjuju ne samo opšta pravila o sprečavanju zloupotreba (eng. *general anti-abuse measures*), nego i pojedinačna (eng. *specific anti-abuse measures*). Opšta pravila daju mnogo veću slobodu nacionalnim poreskim organima i uglavnom se svode na procenu da li u konkretnom slučaju postoji odsustvo neke ekonomske aktivnosti. Kada je reč o opštim pravilima mnoge države Evropske unije primenu svojih protivmera zasnivaju na primeni već pominjane doktrine o prednosti suštine nad formom (eng. *substance-over-form doctrine*). Uglavnom, ova doktrina predstavlja ustavni princip i ugrađena je u odgovarajuće nacionalne zakone. Svakako, u primeni opštih pravila o sprečavanju zloupotrebe prava značajnu ulogu imaju i odredbe Ugovora o EZ (EU) o zabrani diskriminacije, četiri osnovne slobode, itd., kao i presude Evropskog suda pravde.<sup>8</sup>

Imajući u vidu da kod primene opštih pravila uvek postoji mogućnost pojave diskrecionog postupanja nacionalnih poreskih organa kako bi se takvo po-

---

<sup>7</sup> Vid.: Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the European Economic and Social Committee on »The application of anti-abuse measures in the area of direct taxation – within the EU and in relation to third countries«, COM (2007) 785.

<sup>8</sup> Više o zloupotrebi prava i njihovom sprečavanju u evropskom pravu vid.: W. Schn, »Abuse of Rights and European Tax Law« in J. Avery Jones, P. Harris and D. Oliver (editors), *Comparative Perspectives on Revenue Law: Essays in of John Tiley*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 75–98 i P. HJ Essers et al. (editors), *The Compatibility of Anti-Abuse Provisions in Tax Treaties with EC Law*, Kluwer Law International, The Hague–London–New York, 1998.

našanje onemogućilo, potrebno je kombinovati ova pravila sa specifičnim pravilima o sprečavanju zloupotreba. Najčešće su to pravila o kontrolisanim stranim korporacijama (eng. *Controlled Foreign Corporation Legislation*, CFC zakonodavstvo) i utanjenoj kapitalizaciji, ali takođe i pravila o isključivanju mogućnosti da se umesto metode izuzimanja primeni metoda kredita (kod dvostrukog oporezivanja), pravila kojima se onemogućuje ostvarivanje dvostruke olakšice (izuzimanja) u takozvanoj »sendvič situaciji«<sup>9</sup>, pravila kojima se onemogućavaju zloupotrebe prilikom prodaje akcija (u smislu da se prikažu kao prodaja imovine, da bi se tako izigrala pravila o konsolidaciji kompanije zbog primene pravila o izuzimanju po osnovu učešća), itd.<sup>10</sup>

CFC pravila se najčešće uvode s ciljem da se rezidentne kompanije onemoguće u nameri da izbegnu plaćanje domaćeg poreza tako što bi svoj prihod usmerile u zavisna preduzeća locirana u državama sa niskim porezima. Krajnja posledica ovakve regulative je da će neraspodeljeni dohodak CFC kompanije biti uključen u poresku osnovicu rezidentnih akcionara i biti oporezovan kao deo prihoda fizičkih lica, a bez prethodnog plaćanja poreza na dobit korporacija. Delokrug primene ovih pravila generalno se određuje putem kriterijuma koja se odnose na kontrolu, efektivni nivo oporezivanja, aktivnosti i vrstu prihoda kontrolisanih stranih korporacija. U okviru ovih pravila, profiti kompanije mogu biti raspodeljeni domaćim akcionarima (najčešće, akcionarima matične kompanije) i oporezovani od strane domaće države kao tekući prihod, što znači da bi tada matična kompanija plaćala porez na profite svoje inostrane zavisne kompanije samo u

<sup>9</sup> Pod »sendvič situacijom« ili »sendvič kompanijom« podrazumeva se grupa kompanija u kojoj se pored kompanija koje su rezidenti država-članica EU nalazi i jedna kompanija koja je rezident države izvan EU. Vid.: European Commission: CCCTB WG, *Anti-abuse rules*, Brussels, 26 March 2008, pp. 8–10.

<sup>10</sup> Upored.: European Commission: CCCTB WG, *Anti-abuse rules*, op. cit., str. 3. Koncept CFC zakonodavstva zasniva se na posebnom poreskom tretmanu prihoda koje ostvaruju rezidentne domaće kompanije koje ih zatim usmeravaju u svoje ogranke u državama sa niskim porezima, i to pre svega iz razloga sprečavanja izbegavanja plaćanja poreza. Prihod stranih ogranaka rezidentnih kompanija se ili obračunava prema domaćem metodu određivanja profita ili se polazi od sume profita određene u drugoj državi. U skladu sa ovim, postoje i razlike u oporezivim prihodima akcionara koje se zasnivaju na različitim teorijskim pristupima. Jedan pristup polazi od principa »prodora kroz pravno lice«, pa se korporacija ne uzima u obzir kao poreski obveznik, nego se profiti pripisuju akcionarima, tako da oni i snose punu poresku obavezu. Drugi pristup polazi od toga da se prihod koji se pripisuje akcionarima, u stvari, tretira kao pretpostavljena dividenda (čak iako nije izvršena raspodela). U pitanju je pravna fikcija, stvorena isključivo u svrhe oporezivanja. Nezavisno od toga koji pristup se koristi, važni su ustav države i poštovanje principa poreske pravičnosti i nediskriminacije domaćih i stranih državljana, odnosno rezidentnih i nerezidentnih pravnih lica. Vid.: H.–Jörgen Aigner et al. »General Report« in M. Lang et al. (editors), *CFC Legislation: Domestic Provisions, Tax Treaties and EC Law*, LINDE VERLAG Wien and Kluwer Law International Ltd., London, 2004, pp. 13–52.

vreme kada se vrši repatrijacija.<sup>11</sup> Mnoge države članice su ova pravila ustanovile tako što su ili donele posebne zakone ili su ih uvrstile u već postojeće.<sup>12</sup>

Pravila o utanjenoj kapitalizaciji uvele su mnoge države-članice sa ciljem rešavanja problema finansiranja otplate dugova. Reč je o pravilima koja se odnose na situaciju u vezi sa odnosom između duga i osnovnog kapitala (eng. *debt-equity ratio*) kada između njih postoji nesrazmera. Uglavnom, kompanije predstavljaju rezultate svog poslovanja kao osnovni kapital, zato što dug i osnovni kapital imaju različit poreski tretman: dug se oporezuje višom stopom u odnosu na osnovni kapital. Finansiranje kompanije sredstvima osnovnog kapitala dovodi do distribucije profita u obliku dividendi akcionarima nakon što je izvršeno oporezivanje ovih profita na nivou zavisnog preduzeća. Finansiranje duga, zatim, dovodi do plaćanja kamate poveriocima i umanjivanja oporezivih profita zavisnog preduzeća.

Kao što dug i osnovni kapital imaju različiti poreski tretman, tako se razlikuje i poreski tretman dividendi i kamata. Kada je reč o kamatama, poreski organi su više ograničeni u poređenju sa ovlašćenjima koja su im data u sferi oporezivanja dividendi. Kako bi se izbegla eventualna erozija poreske osnovice u državi zavisnog preduzeća, države-članice uvele su specijalna pravila o utanjenoj kapitalizaciji putem kojih, uglavnom, ograničavaju izuzimanje kamate plaćene na zajam uzet od strane akcionara, i to do obima do koga se smatra da je zavisno preduzeće platilo nizak porez (tj. da je bilo posebno »tanko« kapitalizovano).<sup>13</sup>

### *Zajednička konsolidovana korporativna poreska osnovica*

Mera za rešavanje nepravilne poreske konkurencije kojoj se danas poklanja najviše pažnje u okviru Evropske unije jeste utvrđivanje zajedničke konsolidovane poreske osnovice za korporacije koje posluju u dve ili više država Unije. Pojava multinacionalnih kompanija i ostvarivanje prihoda u više država često do-

---

<sup>11</sup> Vid.: European Commission, *Direct taxation: Communication on the application of anti-abuse measures – within the EU and in relation to third countries – Frequently Asked Questions*, MEMO/07/558, Brussels, 10 December 2007, str. 1.

<sup>12</sup> Primera radi, Nemačka je CFC pravila uvela 1972, Francuska 1980, Švedska 1990, Norveška 1992, Finska, Španija, Portugalija i Danska 1995, Mađarska 1997. godine, itd. Više vid.: G. Kofler, »CFC Rules« in M. Lang et al. (editors), *Common Consolidated Corporate Tax Base*, LINDE VERLAG, Wien, 2008, pp. 727.

<sup>13</sup> Vid.: European Commission, *Direct taxation: Communication on the application of anti-abuse measures – within the EU and in relation to third countries – Frequently Asked Questions*, op. cit., str. 2.

vodi ne samo do pojave nepravilne međudržavne poreske konkurencije, nego i do toga da same korporacije izbegavaju izvršavanje svojih poreskih obaveza i zloupotrebljavaju ovlašćenja koja su im dodeljena. A često se zloupotreba vrši i od strane nacionalne poreske administracije. Upravo da bi se sprečile ili barem znatno umanjile ovakve negativne pojave, Evropska komisija započela je rad na uvođenju zajedničke konsolidovane korporativne poreske osnovice (eng. *Common Consolidated Corporate Tax Base, CCCTB*).<sup>14</sup> Razlog za zalaganje da se što pre definiše zajednička konsolidovana osnovica za multinacionalne kompanije predstavlja težnja EU da njeno zajedničko tržište postane najkonkurentnija ekonomska zona u svetu. Ovo bi značilo ne samo privlačenje brojnih inostranih kompanija da svoje poslovanje lociraju u državama Unije, nego i privlačenje brojnih investicija, a time i značajno snaženje privreda država-članica i povećanje broja zaposlenih.<sup>15</sup>

Karakteristično je da prethodne mere o kojima je govoreno (pravila o sprečavanju zloupotrebe prava i razmena informacija) predstavljaju samo pomoćne mere za uvođenje CCCTB, kao glavne mere u borbi protiv nepravilnih poreskih režima.

Sam pojam »zajedničke konsolidovane korporativne poreske osnovice« obuhvata grupu poreskih pravila u vezi sa korporacijama u pogledu obavljanja njihovih poslovnih aktivnosti širom EU. Radi se, pre svega, o stavu koji zastupa Evropska komisija da jedini sistematični način da se otklone poreska ograničenja sa kojima se suočavaju kompanije čije se poslovanje odvija u dve, odnosno više država-članica predstavlja konsolidacija korporativne poreske osnovice za poslovne aktivnosti širom EU. Smatra se da bi CCCTB omogućila kompanijama koje imaju poslovne jedinice u najmanje dve države-članice da obračunavaju svoj grupni oporezivi dohodak u skladu sa jednom grupom pravila, tj. pravilima koja se odnose na novu EU poresku osnovicu, umesto da to čine prema sistemu odvojenog računovodstva, što je aktuelno rešenje. Time bi se umanjili troškovi plaćanja poreza i efektivno bi se otklonila većina poreskih ograničenja sa kojima se suočavaju ove kompanije. Istovremeno, znatno bi bili smanjeni i troškovi nacionalnih poreskih administracija, a to bi dalje u mnogim oblastima dovelo do

---

<sup>14</sup> Više o zajedničkoj konsolidovanoj korporativnoj poreskoj osnovici vid.: Snežana Stojanović, *Nepravilna poreska konkurencija u Evropskoj uniji*, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2010, str. 113–118.

<sup>15</sup> Vid.: Commission of the European Communities, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee: *Implementing the Community Programme for Improved Growth and Employment and the Enhanced Competitiveness of EU Business: Further Progress during 2006 and Next Steps towards a Proposal on the Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*, Brussels, 2.5.2007, COM(2007)223 final, str. 3.

umanjivanja rizika da se poreski zakoni država-članica proglašene nepravičnim u smislu ograničavanja osnovnih sloboda ustanovljenih EZ ugovorom.<sup>16</sup> Uopšte, konsolidacija osnovice za kompanije koje svoju poslovnu aktivnost obavljaju širom EU značajno bi doprinela efikasnom oporezivanju i što boljoj naplati poreza; dovela bi do pojednostavljenja postupka naplate i povećanja transparentnosti u korporativnim poreskim sistemima; umanjila bi postojeće razlike u nacionalnim poreskim sistemima, ali bi i dalje omogućavala postojanje međudržavne poreske konkurencije.<sup>17</sup>

Ipak, svrhu utvrđivanja CCCTB ne predstavlja umanjivanje nivoa oporezivanja u svakom pogledu, već stvaranje što efikasnijeg metoda oporezivanja EU kompanija, i to takvog koji bi bio znatno neutralniji posmatrano sa aspekta prihoda. Ovo znači da bi, pre svega, kod ustanovljavanja konsolidovane osnovice trebalo posebno voditi računa o poštovanju poreskih principa neutralnosti i horizontalne pravičnosti, dok bi sami međunarodni računovodstveni standardi trebalo da budu samo korisno sredstvo za određivanje poreske osnovice, ali ne i da se njihovi principi primene na štetu odgovarajućih poreskih principa.<sup>18</sup>

U cilju rešavanja brojnih postojećih problema i radi što uspešnijeg uvođenja i implementiranja CCCTB, Evropska komisija je 2004. godine oformila posebnu radnu grupu za uvođenje CCCTB. Radi se o grupi eksperata koji potiču iz svih država-članica, ali to ne znači i obavezu svake pojedinačne države da primeni CCCTB. Inicijalno, grupa je formirana na period od tri godine uz plan da se sastaje četiri puta godišnje, a poslednji (trinaesti) sastanak održan je aprila 2008<sup>19</sup>.

U okviru radne grupe pokrenuta su brojna pitanja i problemi na koje su ponuđeni različiti argumentovani odgovori i rešenja, a sve u cilju ustanovljavanja što boljeg modela. Jedno od osnovnih pitanja bilo je da li konsolidacija poreske osnovice treba da predstavlja obavezu ili opciju za koju kompanije u grupi mogu da se opredele. Smatra se da je obavezan pristup efikasan i vrlo jasan, jer se pod-

---

<sup>16</sup> Više vid.: Commission Non-Paper to informal ECOFIN Council, 10 and 11 September 2004: *A Common Consolidated EU Corporate Tax Base*, 7 July 2004, pp. 1–2.

<sup>17</sup> Vid.: Commission of the European Communities, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee: *Towards an Internal Market without Tax Obstacles, A Strategy for Providing Companies with a Consolidated Corporate Tax Base for Their EU-Wide Activities*, Brussels, 23.10.2001, COM(2001)582 final, pp. 16 i J. Freedman and G. Macdonald, »The Tax Base for CCCTB: The Role of Principles« in M. Lang et al (editors), *Common Consolidated Corporate Tax Base*, pp. 226.

<sup>18</sup> Vid.: Commission Non-Paper to informal ECOFIN Council, 10 and 11 September 2004: *A Common Consolidated EU Corporate Tax Base*, op. cit., str. 4. i J. Freedman and G. Macdonald, »The Tax Base for CCCTB: The Role of Principles«, op. cit., str. 227.

<sup>19</sup> Za više informacija konsultovati web site: [http://ec.europa.eu/taxation\\_customs/taxation/company\\_tax/common\\_tax\\_base/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/common_tax_base/index_en.htm).

razumeva da se bez izuzetaka postojeće poreske osnovice zamenjuju jednom, konsolidovanom. Takođe, obavezna konsolidacija znači i manju mogućnost za poresku evaziju od strane kompanija. Ipak, primoravanje država-članica na uvođenje takve osnovice predstavlja vrlo težak zadatak, jer se njihova nacionalna poreska pravila uveliko razlikuju. Iz tog razloga, Evropska komisija i CCCTB radna grupa opredelile su se za pristup koji se zasniva na opcionom modelu, koji podrazumeva da kompanije imaju mogućnost izbora između postojeće nacionalne poreske osnovice i zajedničke konsolidovane EU osnovice. Ovakav pristup ima značajne praktične prednosti: pre svega, omogućuje da se izbegne potencijalni rizik velike promene u nacionalnim poreskim pravilima, tako da države-članice imaju veću kontrolu nad svojim poreskim sistemom; osim ovoga, opcioni model znači da će se konsolidacija sprovesti samo kada su u pitanju kompanije koje obavljaju prekogranične aktivnosti i ostvaruju prihode u najmanje dve države-članice, uz zadovoljenje zahteva za postojanjem određenog procentualnog učešća matične kompanije u vlasništvu ili u organima upravljanja zavisnih kompanija u grupi.<sup>20</sup>

Da bi sama konsolidacija korporativne poreske osnovice bila uspešno obavljena, potrebno je ustanoviti takav mehanizam raspodele poreske osnovice između država-članica koji bi bio pravičan, efikasan i transparentan, i koji bi bio u skladu sa ekonomskim principima i imao političku podršku država-članica. Upravo iz tog razloga, CCCTB radna grupa zalaže se za uvođenje opcionog modela koji bi bio jednostavan i jedinstven, kao i za takvo proširivanje poreske osnovice koje neće imati uticaja na nacionalne poreske stope.<sup>21</sup> Imajući u vidu da se EU poreska osnovica raspodeljuje na bazi sistema odvojenog računovodstva, koje podrazumeva da se pojedinačne nacionalne poreske osnovice obračunavaju odvojeno, a da se prekogranične transakcije između povezanih preduzeća utvrđuju prema principu van dohvata ruke, uvođenjem CCCTB ovi problemi bi bili rešeni. Konsolidovana osnovica značila bi utvrđivanje jedinstvene EU poreske osnovice u pogledu poslovnih aktivnosti koje se obavljaju širom EU, a zatim bi ta osnovi-

<sup>20</sup> Više vid.: J. Hey, »CCCTB – Optionality« in M. Lang, P. Pistone, J. Schuch and C. Staringer (editors), *Common Consolidated Corporate Tax Base*, pp. 102–108.

<sup>21</sup> Više vid.: Commission of the European Communities, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee: *Implementing the Community Programme for Improved Growth and Employment and the Enhanced Competitiveness of EU Business: Further Progress during 2006 and Next Steps towards a Proposal on the Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*, Brussels, 2.5.2007, COM(2007)223 final, pp. 6 i Commission of the European Communities, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee: *An Internal Market without Company Tax Obstacles: achievements, ongoing initiatives and remaining challenges*, Brussels, 24.11.2003, COM(2003)726 final, pp. 21.



ca bila raspodeljena ili pripisana državama-članicama (u kojima se nalaze ogranci ili stalne poslovne jedinice matične kompanije) prema odgovarajućem ključu. Sam ključ raspodele utvrđivao bi se ili prema metodi koji se zasniva na dodatoj vrednosti (eng. *value-added basis*) ili prema utvrđenoj formuli (eng. *formula-based system*). Prvi metod uglavnom počiva na istim principima na kojima se vrši i raspodela PDV osnovice kod utvrđivanja prihoda od PDV-a kao jednog od vlastitih prihoda budžeta Unije<sup>22</sup>. Međutim, imajući u vidu kompleksnost takvog načina obračuna, CCCTB radna grupa usmerila je svoj rad na metod raspodele putem formule (sa posebnim uzimanjem u obzir rada, kapitala i prometa, kao tri najznačajnija faktora u obavljanju poslovne aktivnosti), jer je on znatno jednostavniji i transparentniji, a time i efikasniji.<sup>23</sup>

Svakako, pored značajnih prednosti, konsolidacija korporativne poreske osnovice povezana je i sa izvesnim nedostacima, pre svega tehničke prirode. Reč je o usvajanju veoma detaljnih pravila i postizanju sporazuma o tome kako će se vršiti raspodela poreske osnovice između država-članica. Pored toga, sama konsolidacija predstavljala bi obavezu samo pojedinih grupa kompanija. Uglavnom je zastupljen pristup da bi CCCTB mogla biti primenjena kada je odnos povezanosti između matične i zavisnih kompanija 50% ili više (najčešće 75%), u smislu da matična kompanija poseduje preko 50% akcija ili udela zavisnih kompanija ili ima toliki procenat glasačkih prava u organima upravljanja zavisnih kompanija. Pri tom, smatra se da ako je odnos povezanosti od 50% do 75% povezane kompanije imale bi pravo izbora da li će sve prihvatiti konsolidovanu osnovicu ili ne, a ako je odnos povezanosti preko 75% konsolidacija bi bila obavezna za sve članove grupe.<sup>24</sup> Inače, sama Evropska komisija smatra da je kod uvođenja i raspodele CCCTB neophodno primeniti takozvanu uniformnu formulu, što znači onu koja je identična za sve države-članice.<sup>25</sup>

Pored ovoga, imajući u vidu da poslovanje povezanih preduzeća često znači i pojavu transfernih cena, pre samog uvođenja CCCTB izuzetno je važno

---

<sup>22</sup> Više vid.: S. Stojanović, *Finansiranje Evropske unije*, Službeni glasnik/ Institut za uporedno pravo, Beograd, 2008, str. 45–46.

<sup>23</sup> Upared.: Commission of the European Communities, Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee: *An Internal Market without Company Tax Obstacles: achievements, ongoing initiatives and remaining challenges*, op. cit., str. 21–23.

<sup>24</sup> Upared.: A. Oestreicher, »CCCTB – Methods of Consolidation« in M. Lang, P. Pistone, J. Schuch and C. Staringer (editors), *Common Consolidated Corporate Tax Base*, pp. 517–546 i European Commission, CCCTB WG, *CCCTB: possible elements of a technical outline*, Brussels, 26 July, 2007, Taxud E1, pp. 22–27.

<sup>25</sup> Više vid.: BusinessEurope Task Force on CCCTB, *Comments on Document CCCTB/WP/047: Common Consolidated Corporate Tax Base Working Group – Sharing Mechanism*, 8 March, 2006, pp. str. 3.

otklanjanje problema koji nastaju kod transakcija koje se obavljaju po ovakvim cenama. Postojanje tranfernih cena podrazumeva čitav niz cena sa različitim maksimalnim i minimalnim iznosima, a to dalje dovodi do pojave konflikata ne samo između poreskih organa i poreskih obveznika, nego i između samih država, kao i nemogućnost da se postigne saglasnost o prihodu koji treba pripisati stalnoj poslovnoj jedinici.<sup>26</sup>

Polazeći od navedenih brojnih problema i pitanja postavljenih tokom rada CCCTB radne grupe, preduzeti su značajni koraci na uklanjanju prepreka i stvaranju uslova da se konsolidacija korporativne poreske osnovice u Uniji što uspešnije obavi. U tom smislu, dosadašnji rad grupe rezultirao je sledećim:<sup>27</sup> (1) unete su izmene u Uredbu o matičnim i zavisnim preduzećima (eng. *Parent-subsidiary Directive*); (2) izmenjena je Uredba o povezanim preduzećima (eng. *Merger Directive*); (3) usvojena je Uredba o kamatama i autorskim naknadama (eng. *Interest-Royalty Directive*); (4) ustanovljen je i počeo je sa radom Forum o zajedničkim transfernim cenama (eng. *Forum on Joint Transfer Prices*); (5) pripremljena je inicijativa za otklanjanje prekograničnih gubitaka u poslovanju (eng. *cross-border loss-offset*); (6) pripremljena je inicijativa o izmenama u bilateralnim/ multilateralnim poreskim ugovorima; (7) usvojene su smernice u vezi sa pravilima Evropskog suda pravde, a u pogledu oporezivanja korporacija koje posluju širom EU.

Ipak, i pored mnogih napora uložениh od strane Evropske komisije i CCCTB radne grupe, sama konsolidacija zajedničke korporativne poreske osnovice još uvek nije postignuta. Iako su i Komisija i same države-članice svesne neophodnosti da se ovakava osnovica što pre utvrdi i da se time otklone brojni problemi koji nastaju usledu postojanja 27 različitih režima oporezivanja kompanija u Evropskoj uniji, saglasnost oko svih pitanja još uvek nije postignuta, tako da se uvođenje CCCTB tek očekuje u bliskoj budućnosti.

## ZAKLJUČAK

I Evropska unija i OECD, kao sredstva borbe protiv nepravične poreske konkurencije preporučuju svojim državama-članicama preduzimanje većeg broja odbrambenih mera usmerenih na neutralisanje efekata pogodnosti preferencijalnih poreskih režima drugih država. Karakteristično je da poslednjih nekoliko go-

---

<sup>26</sup> Više vid.: BusinessEurope Task Force on CCCTB, *Comments on Document CCCTB/WP/047: Common Consolidated Corporate Tax Base Working Group – Sharing Mechanism*, op.cit, str. 1–2.

<sup>27</sup> Vid.: M. Mors, *The Common Consolidated Tax Base (CCCTB): Trojan Horse or Completion of the Single Market?*, Institute of European Affairs, Dublin, 28 June 2006.

dina Evropska komisija najviše pažnje posvećuje trima odbrambenim merama: međudržavnoj razmeni informacija, pravilima o sprečavanju zloupotrebe prava (najviše u vezi sa transfernim cenama i utanjenom kapitalizacijom), i uvođenju zajedničke konsolidovane korporativne poreske osnovice (CCCTB) za kompanije koje posluju u dve ili više država. U suštini, i razmena informacija između država i primena pravila o sprečavanju zloupotreba imaju za cilj omogućavanje uvođenja i što efikasniju primenu CCCTB, jer se smatra da takva osnovica predstavlja najdelotvornije sredstvo za otklanjanje nepravičnih poreskih režima i sprečavanje narušavanja poreske konkurencije. Međutim, i pored veoma intenzivnog rada Evropske komisije i posebne radne grupe, oformljene isključivo u cilju uvođenja CCCTB, zajednička konsolidovana poreska osnovica za multinacionalne kompanije još uvek nije utvrđena. Po svojoj prilici, najveću kočnicu njenom uspešnom uvođenju i implementiranju u nacionalne poreske sisteme predstavlja nespремnost pojedinačnih država da se odreknu dela svog poreskog suvereniteta i dozvole »mešanje« Unije u njihove unutrašnje odnose. Ipak, CCCTB radna grupa nastavila je svoj rad tako da će, po svojoj prilici, države-članice EU morati da pristanu na izvesno ograničavanje svog poreskog suvereniteta i relativno ujednačavanje nacionalnih korporativnih poreskih osnovica i uvođenje CCCTB kako bi zaštitile sopstvene poreske sisteme. Time bi se, svakako, stvorila i značajna prepreka daljem opstanku nepravičnih poreskih režima u Uniji i njenom neposrednom okruženju.

SNEŽANA STOJANOVIĆ, LL.D.,  
Assistant Professor, Faculty of Law,  
Kragujevac

## COMMON CONSOLIDATED CORPORATE TAX BASE

### Summary

The article deals with solving of the harmful tax competition problem in the European Union considering measures which are in the focus of the European Commission efforts from the beginning of the 21st century. Special attention is given to the consolidation of the tax base for multinational companies that conduct their business on the Common Market of the EU. Also, very important measures are interstate exchange of information and application of the anti-abuse rules. The reasearch is based on these measures and results of their application considering the view of the European Commission and single member-states and steps that should be taken in the future to enable consolidation of the corporate tax base, which is the final goal in the harmful tax competition struggle.



## **CARINSKA OSNOVICA KAO POSEBAN OBLIK PORESKE OSNOVICE**

### U V O D

Svjetska trgovina pokazuje tendencije kontinuiranog razvoja, sve šireg povezivanja kao i naglašene liberalizacije procesa. Danas se insistira na harmonizaciji standarda i kriterijuma trgovinske i uopšte ekonomske politike, pa se može govoriti o zajedničkoj trgovinskoj politici i integrisanoj svjetskoj ekonomiji. U afirmaciji slobodnog svjetskog tržišta izraženu ulogu ima Svjetska trgovinska organizacija, kojoj se na planu stvaranja uslova za slobodno kretanje robe pridodaje Svjetska carinska organizacija.

Carinski sistem i carinska politika svake države tako predstavlja značajan faktor međunarodnih ekonomskih odnosa. Carina je prisutna, potrebna i nužna svakoj državi i njenoj ekonomiji, kako onoj u razvoju, tako razvijenoj ili pak u tranziciji.<sup>1</sup> Plaćanjem carine pri uvozu strane robe smanjuje se njena konkurentnost, zbog povećanja cijene, pa se otežava plasman tih proizvoda u korist domaćih. Pored ove zaštitne funkcije domaće ekonomije od inostrane konkurencije,

---

Dr Srđa Božović, docent Pravnog fakulteta Univerziteta Mediteran u Podgorici.

<sup>1</sup> Carina predstavlja jednu vrstu poreza na potrošnju, koji se naplaćuje kad proizvod/carinska roba – u terminologiji Carinskog zakona (ulazi na državnu teritoriju) uvozna carina, kada se prevozi ili prenosi preko državne teritorije (tranzitna carina), odnosno kad iz nje izlazi (izvozna carina). U OECD klasifikaciji poreza, carine i druge uvozne dažbine spadaju u podgrupu 5123. Carina se može definisati kao posredan, objektni i analitički porez. Tako, po profesoru J. Lovčeviću carine »nijesu ništa drugo do na granici države naplaćeni porezi na potrošnju«.

carina je važan budžetski prihod države, ali ostvaruje i mnoge druge efekte npr. na uvoz, ponudu i potražnju, na cijene, na zaposlenost i sl.

Za carinsko poslovanje i realizaciju ciljeva carinskog sistema i carinske politike na razvoj spoljnotrgovinskih odnosa i dalje usklađivanje i integraciju u svjetske ekonomske okvire poseban značaj se pridaje zakonskom definisanju osnovnih elemenata carine, gdje prednjači pitanje carinske osnovice.

Carinska osnovica, kao i svaka poreska osnovica, je kvantitativno i kvalitativno određen i konkretizovan poreski objekat. To je element na osnovu kojeg se obračunava i utvrđuje carinska obaveza. Svaki poreski oblik ima posebnu poresku osnovicu. Kako je, na primjer, osnovica poreza na dobit oporeziva dobit, kod poreza na nasljeđe – utvrđena vrijednost naslijeđene imovine, kod poreza na dohodak građana – visina oporezivog dohotka, kod poreza na promet – tržišna cijena, tako je carinska osnovica carinska vrijednost uvezene robe.

Postoje značajni sadržaji koji čine posebnom osnovicu carine od osnovice svih drugih poreza, iako sve one predstavljaju određenu vrijednost. Svi ti sadržaji, uglavnom, uslovljeni su razlogom unapređivanja međunarodne trgovine, što je moralo biti regulisano odgovarajućim sporazumima i drugim međunarodnim izvorima prava o carinskim pitanjima, a to se ne može reći za »unutrašnje« poreze. Takođe, na taj način uspostavljen sistem kompleksnog modela utvrđivanja carinske osnovice treba da udovolji specifičnoj funkciji zaštite domaće proizvodnje putem carina, kao svojevrsnog »međunarodnog« poreza.

## POJAM I VRSTE CARINSKE OSNOVICE

U carinskom sistemu u kojem se carina naplaćuje prema vrijednosti robe (carina ad valorem), kakav je i crnogorski, osnovicu carine predstavlja carinska vrijednost uvezene robe. Carinska vrijednost može u izvjesnim slučajevima imati šire značenje nego carinska osnovica.<sup>2</sup> Ona se može utvrđivati i u situacijama kada roba ne podliježe naplati carine, na primjer kada je izvršen carinski prekršaj sa robom koja je oslobođena plaćanja carine i tada se pri odmjeravanju novčane kazne uzima vrijednost dotične robe utvrđena na način kako se ona utvrđuje u postupku naplate carine. Takođe, kada se radi o izvozu robe ili o privremenom uvozu–izvozu, itd.

---

<sup>2</sup> Simić, Pavle: Carine i carinski postupak, Sveučilište u Zagrebu – Ekonomski fakultet, Zagreb, 1989, str. 117.

Carinska vrijednost uvezene robe je od izuzetne važnosti za nacionalnu ekonomiju jer se njena visina, posredno ili neposredno, reflektuje na obim i strukturu domaće proizvodnje, zatim na visinu fiskalnih prihoda države, ali i na uslove privređivanja uvoznika kao i na uslove poslovanja korisnika uvezene robe. Zato je pitanje određivanja carinske osnovice, odnosno carinske vrijednosti uvezene robe u fokusu carinskog sistema i carinske politike svake države. Najvažniji i najsloženiji zadatak svake carinske vlasti jeste određivanje optimalnog nivoa carinske vrijednosti uvezene robe, koji ne smije biti niži niti viši od stvarne vrijednosti te robe.

Utvrđivanjem carinske vrijednosti uvezene robe na visokom nivou povećava se iznos carine, čime se povećava cijena uvoznog roba. Posljedica toga je smanjenje uvoza strane robe i pad budžetskih prihoda od carine i povećanje potrošnje iste ili slične robe domaćeg porijekla. Međutim, dobar plasman domaće robe na domaćem tržištu može negativno da utiče na njenu konkurentnu sposobnost, zbog toga što to ne stimuliše domaće proizvođače na povećanje produktivnosti rada i ekonomičnosti poslovanja. I utvrđivanje carinske vrijednosti uvezene robe na niskom nivou ugrožava plasiranje istovrsne domaće robe, jer ona ne može da konkuriše uvezenoj robi. To utiče na smanjenje konkurentnosti domaće robe usljed povećanja pojedinih troškova proizvodnje u njenoj cijeni. Uz ovo, ni povećanje obima uvoza zbog niskog nivoa carinske vrijednosti robe ne može da otkloni smanjenje ubranih javnih prihoda od carine.

S druge strane, neadekvatno utvrđivanje carinske vrijednosti uvezene robe izaziva određena dejstva na uslove privređivanja uvoznika i krajnjeg korisnika te robe. Uvoznik je favorizovan na tržištu ako je vrijednost uvozne robe utvrđena na nižem nivou od njene stvarne vrijednosti, jer roba nije zahvaćena adekvatnom visinom troškova carine i drugih uvoznih dažbina i obrnuto. Zbog toga se i teži da se realno utvrdi carinska vrijednost robe.

U carinskim sistemima različitih država i u pojedinim razvojnim periodima primjenjuju se različite vrste carinske osnovice, odnosno carinske vrijednosti uvezene robe.<sup>3</sup> To pitanje države su regulisale samostalno, svojim autonomnim propisima ili je carinska vrijednost definisana u međunarodnim konvencijama i sporazumima.

Sistem autonomnog regulisanja carina poznaje nekoliko vrsta carinske osnovice: 1) propisana carinska vrijednost; 2) zvanična carinska vrijednost; 3) carinska vrijednost na osnovu prodajnih cijena; 4) carinska vrijednost na osnovu stvarnih cijena na inostranom tržištu, tj. eksportnih cijena zemlje izvoznice. Po

---

<sup>3</sup> Uporedi: Tontić Milorad, *Carinska vrijednost, Carinski pregled*, Beograd, 1974, str. 78.

pravilu, propisom se načelno uređuje način carinskog vrednovanja robe za sve vrste robe i sve obveznice. U tom smislu, definisana je obaveza uvoznika da prijave carinsku vrijednost na osnovu odgovarajućih cijena, a carinskih službenika da ispitaju vjerodostojnost prijavljenih podataka o cijenama robe i utvrde carinsku vrijednost. U određenim slučajevima za pojedine vrste robe, odnosno pojedine uvoznike, propisom je određen iznos koji predstavlja carinsku vrijednost za uvezenu robu (propisana carinska vrijednost). Tipičan takav primjer jeste tzv. nekomercijalni uvoz fizičkih lica za predmete za ličnu upotrebu i za domaćinstvo. Neke zemlje ustanovljavaju u zakonom definisanim situacijama zvaničnu carinsku vrijednost. Tu ovlašćeni organ utvrđuje carinsku vrijednost uvezene robe, koja je obavezna i za uvoznika i carinsku službu. Kao ilustrativan slučaj ovakvog vrednovanja carinske robe možemo pomenuti komisijско utvrđivanje carinske vrijednosti za upotrebljavanu ili oštećenu uvezenu robu.

Složena, u krajnjem neprecizna i nedjelotvorna procedura carinskog vrednovanja robe izazvala je potrebu međunarodnog ujednačavanja carinske politike i usklađivanja odlučujućih pitanja međunarodne robne razmjene. Na tom planu 1947. godine usvojen je Opšti sporazum o carinama i trgovini (GATT), u čijem članu VII su svoje mjesto našli i principi carinskog vrednovanja uvezene robe.<sup>4</sup> Prema tim principima carinska vrijednost uvezene robe zasniva se na stvarnoj vrijednosti uvezenog proizvoda. Stvarna vrijednost predstavlja cijenu po kojoj se roba prodaje ili nudi na prodaju u uobičajenoj trgovačkoj transakciji i u uslovima pune konkurencije. Praktično, to je fakturna vrijednost robe pod pomenutim uslovima, uključujući troškove u vezi s isporukom robe do određenog mjesta.

Postoje dva modaliteta carinskog vrednovanja uvezene robe na osnovu međunarodnih konvencija. Jedan je inaugurisan Konvencijom o carinskoj vrijednosti iz 1950. godine u Briselu i poznat je kao Briselska definicija vrijednosti, koja se primjenjivala od jula 1953. sve do početka 1981. godine. Tada je ona izmijenjena Sporazumom o carinskom vrednovanju koji predstavlja Sporazum o primjeni člana VII GATT-a, odnosno člana VII Svjetske trgovinske organizacije (STO), čime je otpočela primjena novog modela utvrđivanja carinske osnovice.

Prema Briselskoj definiciji vrijednosti, carinsku vrijednost uvezene robe predstavlja normalna cijena. To je cijena po kojoj se carinska roba prodaje ili nudi na prodaju u vrijeme nastanka obaveze plaćanje carine i drugih uvoznih dažbina, u uslovima pune konkurencije između kupca i prodavca. Dakle, radi se o cijeni koja kao takva vlada na otvorenim međunarodnim tržištima. Uz to, Briselska definicija vrijednosti je kategorično polazila od pariteta CIF, odnosno »franko

---

<sup>4</sup> GATT (General Agreement on Tariffs and Trades) je 1994. prerastao u Svjetsku trgovinsku organizaciju (WTO—World Trade Organization). Odredbe člana VII Opšteg sporazuma o carinama i trgovini koje se odnose na carinsku vrijednost nijesu mijenjane.



granica«, kao dogovorenog uslova isporuke robe.<sup>5</sup> Time se vrijednost robe uvijek uvećava za sve troškove i izdatke u vezi s prodajom i isporukom robe do luke, do aerodroma ili mjesta na ulasku u carinsko područje zemlje uvoza (troškove prevoza, osiguranja, ležarine i drugih), kao i za vrijednost prava intelektualne svojine koja se odnose na robu. Iz cijene su isključeni svi troškovi i izdaci koji se naplaćuju u zemlji uvoza.

Briselska definicija vrijednosti obično se ispoljava u svom teorijskom obliku, što znači da se ovdje ne radi o jednoj dostignutoj cijeni pri konkretnoj prodaji između određenog prodavca i kupca, već o onoj koja se objektivno formira na otvorenom tržištu i pri punoj konkurenciji. Zbog toga često se događalo da uvoznici plate carinu u većem iznosu od iznosa koji bi platili po fakturnoj cijeni konkretne robe. Ovakav način utvrđivanja carinske osnovice kao i obavezno dodavanje svih troškova koji terete robu do mjesta ulaska robe u carinsko područje uticali su na izmjenu modela carinskog vrednovanja uvezene robe.

Upravo, gore pomenutim Sporazumom o carinskom vrednovanju s početka 1981. godine kojim je razrađena primjena člana VII GATT-a, umjesto normalne cijene prihvaćena je transakcijska vrijednost, odnosno cijena koju kupac stvarno plaća za uvezenu robu, kao bazni element za utvrđivanje carinske osnovice. Pored toga, zemlje potpisnice ovog Sporazuma imaju mogućnost da u svojim carinskim sistemima, uz paritet CIF, odnosno »franko granica«, inkorporiraju i partitet FOB.<sup>6</sup> Paritet FOB su u svoje carinske sisteme uključile samo prekomorske zemlje (SAD, Kanada, Japan i Australija). Ovo otežava plasman robe iz tih zemalja u druge zemlje, uključujući i evropske države.

Danas se prema pravilima iz Sporazuma o primjeni člana VII GATT-a, odnosno člana VII STO carinska vrijednost utvrđuje u većini zemalja. I bivša Jugoslavija je još 1982. godine prihvatila taj sporazum i inkorporirala ga u tada važeći Carinski zakon i time se opredijelila za utvrđivanje carinske osnovice na bazi ugovorene i stvarno plaćene cijene za robu koja se uvozi, zadržavajući paritet CIF, odnosno »franko granica«.

GATT-ovim, odnosno pravilima STO postoji mogućnost da se carinska vrijednost uvezene robe utvrdi na različiti način, zavisno od konkretne situacije. Postoje šest metoda za utvrđivanje carinske vrijednosti koji su navedeni po red-

---

<sup>5</sup> To je jedan od međunarodnih termina koji označavaju pojedine paritete isporuke robe koji se najčešće koriste u međunarodnoj trgovini. Za svaki od tih termina, kojih je trinaest, usvojena su pravila za njihovo tumačenje, poznata po skraćenici INCOTERMS. Termini su: EXW, FCA, FAS, FOB, CFR, CIF, CPT, CIP, DAF, DES, DEQ, DDU, DDP. CIF (Cost, Insurance and Freight), striktno znači »cijena, osiguranje i vozarina«.

<sup>6</sup> FOB (Free On Board) Striktno znači »isporuka na palubu broda«, odnosno u praksi označava isključivanje iz carinske osnovice svih troškova koji terete robu od mjesta isporuke do mjesta ulaska robe u zemlju uvoza.

sljedu koji se mora poštovati. Naime, carinska vrijednost uvezene robe temelji se na stvarnoj vrijednosti uvezenog proizvoda na koji se primjenjuje carina ili na stvarnoj vrijednosti sličnog proizvoda i ne bi smjela da se zasniva na vrijednosti proizvoda domaćeg porijekla ili na proizvoljnoj i fiktivnoj vrijednosti. Stvarna vrijednost predstavlja cijenu po kojoj se, u vrijeme i u mjestu koje određuje zakonodavstvo uvoznike zemlje, uvezena i slična roba prodaje ili nudi na prodaju pod normalnim trgovačkim operacijama i u uslovima pune konkurencije. Ako je tako nemoguće utvrditi stvarnu vrijednost, carinska vrijednost se bazira na istinskom ekvivalentu koji je najbliži ovoj vrijednosti.<sup>7</sup>

### CARINSKA OSNOVICA U CARINSKOM SISTEMU CRNE GORE

Pojam carinske osnovice i postupak njenog utvrđivanja u Crnoj Gori regulisani su Carinskim zakonom<sup>8</sup>, kao osnovnim propisom kojim je normativno uređena oblast carinskog vrednovanja uvezene robe, odnosno osnovica koja služi za obračun carine i drugih uvoznih dažbina, i Uredbom za sprovođenje Carinskog zakona<sup>9</sup>, kao pratećim propisom kojim su pojašnjene pojedine odredbe Carinskog zakona koje se odnose na vrijednost robe za carinske svrhe.

Carinski zakon i Uredba za sprovođenje Carinskog zakona preuzeli su principe carinskog vrednovanja uvezene robe koji su sadržani u članu VII Opšteg sporazuma o carinama i trgovini iz 1994. godine i Sporazuma o primjeni člana VII toga Opšteg sporazuma. Ovim međunarodnim dokumentima ostavljeno je pravo zemljama potpisnicama da izaberu mjesto koje se u carinskom smislu smatra mjestom isporuke, kao i da urede način kalkulisanja troškova dopreme robe do zemlje uvoznice u carinsku vrijednost uvezene robe.

Crna Gora se opredijelila za princip utvrđivanja carinske vrijednosti uvezene robe na nivou vrijednosti koju roba ima na ulasku u njeno carinsko područje. To će reći za paritet CIF, odnosno »franko granica«. Kao mjesto unošenja robe u carinsko područje smatra se: a) carinski prelaz – u drumskom i željezničkom saobraćaju; b) luka istovara – u pomorskom saobraćaju; c) prvi odredišni aerodrom – u vazdušnom saobraćaju; d) mjesto gdje roba prelazi kopnenu granicu carinskog područja – za robu koja se transportuje na drugi način<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Jerinić, dr Dragan, Jerinić, dr Dragoslav, Carinski sistem Srbije i osnovni instituti, Beogradska poslovna škola, Beograd, 2008, str. 251.

<sup>8</sup> Službeni list RCG, br. 7/2002, 38/2002, 72/2002, 21/2003, 29/2005, 66/2006.

<sup>9</sup> Službeni list RCG, br. 15/2003, 81/2006. i Službeni list CG, br. 38/2008.

<sup>10</sup> Čl. 85 Uredbe za sprovođenje Carinskog zakona.

## POJAM CARINSKE VRIJEDNOSTI UVEZENE ROBE

Carinska vrijednost uvezene robe predstavlja osnovicu na koju se naplaćuje carina. Carinska vrijednost uvezene robe je njena transakcijska vrijednost. To je stvarno plaćena cijena ili cijena koju treba platiti za robu kupljenu radi uvoza u Crnu Goru, uvećana za zakonom određene troškove, naknade i druge kalkulatívne elemente izvršene do ulaska robe u njeno carinsko područje.

Elementi koji se uračunavaju u carinsku vrijednost uvezene robe, određeni Carinskim zakonom Crne Gore (dodatne stavke) su sljedeći<sup>11</sup>:

1) troškovi koji se odnose na isporuku robe do granice Crne Gore, a nijesu uključeni u stvarno plaćenu cijenu ili cijenu koju treba platiti za robu. To su:

– troškovi prevoza robe koji se stvarno plaćaju za prevoz robe od mjesta isporuke do mjesta ulaska robe u carinsko područje Crne Gore. Oni se utvrđuju na osnovu zvanične prevozne tarife koja važi za odnosnu vrstu prevoza robe u redovnom saobraćaju. Ako je roba dopremljena prevozom za koji ne postoji zvanična prevozna tarifa, troškovi prevoza se obračunavaju na osnovu vozarine koja je ugovorena u približno isto vrijeme za prevoz istovjetne ili slične robe, u približno istoj količini i na istoj relaciji. Ako nema takvih podataka, troškovi prevoza se obračunavaju na osnovu cjenovnika prevoznika u odgovarajućem vidu transporta. Za robu prevezenu sopstvenim prevoznim sredstvom shodno se primjenjuju prethodna pravila;

– troškovi pakovanja robe, koji obuhvataju materijalna sredstva u kojim je roba upakovana (ambalaža) i rad utrošen za pakovanje robe. Standardna ambalaža, tj. ambalaža u kojoj se roba obično pakuje (kese, kutije, flaše, vreće, sanduci i sl.) predstavlja dio vrijednosti robe koja je u njoj upakovana. Nestandardna ambalaža (ambalaža specijalne izrade i specijalnog materijala) ne predstavlja dio carinske vrijednosti robe koja je uvezena u takvoj ambalaži i carini se posebno;

– manipulativni troškovi, koji čine troškove utovara, istovara i pretovara robe do ulaska u carinsko područje Crne Gore. Ovi troškovi mogu biti sadržani u ugovorenoj cijeni robe, ako ih je preuzeo prodavac, ili se posebno iskazati, kada ih snosi kupac. Ako manipulativni troškovi nijesu sadržani u ugovorenoj cijeni, dodaju se transakcijskoj vrijednosti robe u visini iznosa obračunatog na ime istovara, utovara ili pretovara;

– troškovi osiguranja robe do ulaska u carinsko područje Crne Gore. U slučaju da prodavac nije osigurao robu od oštećenja ili gubitka u prevozu, robu može da osigura kupac, kada se carinska vrijednost uvezene robe uvećava za iznos stvarnih troškova koji se odnose na osiguranje konkretne robe. U osiguranju

---

<sup>11</sup> Vidi: čl. 38 Carinskog zakona i čl. 83–90 Uredbe za sprovođenje Carinskog zakona.

robe u međunarodnom prevozu ne postoje jedinstvene tarife, već svaki osiguravač samostalno donosi svoje tarife, pa premije osiguranja za istu robu mogu biti različite. Za robu koja se doprema u pomorskom ili vazdušnom transportu, u njevu carinsku vrijednost uračunava se cjelokupan iznos premije osiguranja, a u kopnenom prevozu – carinska vrijednost se uvećava za ukupnu premiju osiguranja umanjenu za dio koji se odnosi na domaće područje.

2) troškovi koji se odnose na prodaju robe predstavljaju provizije i naknade posredovanja, osim kupovne provizije. Kako je poznato, u poslovima kupoprodaje robe između prodavca i kupca može biti uključen posrednik sa svojstvima agenta, dilera, zastupnika, konsignatera, komisionara i sl. U carinsku vrijednost uvezene robe uračunava se iznos provizije posrednika kojeg je angažovao prodavac za prodaju svoje robe (provizija za prodaju). Naime, posrednik koga je angažovao prodavac da pronalazi kupce i prikuplja porudžbe, ali i da organizuje smještaj robe i obavlja isporuku kupcima dobija odgovarajuću nadoknadu u obliku provizije, premije ili marže svejedno.

3) troškovi koji se odnose na proizvodnju robe čine učešće kupca u proizvodnji uvezene robe. Sastoji se od srazmjernog dijela vrijednosti robe i usluga koje je kupac isporučio radi proizvodnje i prodaje uvezene robe radi izvoza i to do stepena do koga ta vrijednost nije bila uključena u cijenu koja je plaćena ili koju treba platiti. To su:

- materijalni izdaci, koji obuhvataju izdatke za sirovine, repromaterijal, djelove za ugradnju, alate, kalupe, matrice i slične robe, koje je kupac obezbijedio besplatno ili po sniženoj cijeni a koji su upotrijebljeni u proizvodnji robe koja se uvozi;

- naknade i troškovi za nematerijalna prava, koji su u vezi sa korišćenjem prava na upotrebu patenta, modela, znaka ili inostrane fabričke ili trgovačke marke a kupac ih plaća neposredno ili posredno jer je prodaja uslovljena takvim plaćanjem, ako takve naknade nijesu uključene u stvarno plaćenu odnosno cijenu koju treba platiti;

- izdaci na ime inženjering usluga, pod kojima se podrazumijevaju poslovi projektovanja, razvoja, umjetničkog oblikovanja, izrade planova i skica obavljani u inostranstvu i potrebni za proizvodnju uvezene robe. Ovi izdaci predstavljaju dio ugovorene vrijednosti robe ako ih je obavio prodavac. Međutim, ako je kupac obezbijedio prodavcu inženjering usluge, njihova vrijednost nije sadržana u ugovorenoj cijeni uvezene robe, pa se u tom slučaju pri obračunavanju carinske vrijednosti uvezene robe obračunava iznos plaćenih inženjering usluga od strane kupca, koje je ovaj ustupio prodavcu.

4) dio iznosa ostvaren daljom prodajom, ustupanjem ili upotrebom uvezene robe koji se direktno ili indirektno plaćaju prodavcu.

Imajući u vidu osnovni princip da se carinska vrijednost uvezene robe utvrđuje na osnovu vrijednosti koju roba ima u mjestu isporuke prilikom ulaska u carinsko područje, u carinsku vrijednost te robe ne uračunavaju se troškovi s njom u vezi od mjesta ulaska u Crnu Goru do krajnjeg odredišnog mjesta (odbitne stavke). U carinsku vrijednost neće se uračunavati takvi troškovi koji nijesu uračunati u stvarno plaćenu cijenu ili cijenu koju treba platiti, pod uslovom da su posebno iskazani, kao što su<sup>12</sup>:

1) troškovi u vezi s isporukom robe ne domaćem području (troškovi prevoza robe na domaćoj relaciji, manipulativni troškovi na domaćem području i troškovi osiguranja na domaćem području);

2) troškovi koji se odnose na kupovinu robe:

– tzv. kupovina provizija, tj. izdaci koje kupac snosi na ime posredničke provizije, jer ne predstavljaju dio cijene koja se plaća prodavcu za robu;

– troškovi finansiranja kupovine robe i kamata za odloženo plaćanje, koji nastaju zbog angažovanja stranih banaka ili drugih finansijskih institucija u obezbjeđivanju sredstva za finansiranje kupovine robe koja se uvozi. Da se kamate koje proističu iz finansijskog aranžmana koji je zaključio kupac u vezi kupovine uvezene robe ne uračunavaju u njenu carinsku vrijednost neophodno je da taj aranžman bude sačinjen u pisanoj formi, kao i da kupac raspolože dokazom da je roba prodana po stvarno plaćenju cijeni ili cijeni koju treba platiti i da kamata ne prelazi visinu uobičajenih kamata za takve transakcije u vrijeme i u zemlji u kojoj je obezbijeđen kredit;

– izdaci za pravo za umnožavanje (reprodukciju) uvezene robe, koji se prvenstveno odnose na grafičko i trodimenzionalno umnožavanje, izgradnju, tonsko i vizuelno snimanje i prikazivanje, kao i čuvanje u elektronskom obliku. Da bi nadoknada za pravo reprodukcije mogla da se izuzme iz carinske vrijednosti, potrebno je postojanje dokaza o originalnosti rada sadržanog u uvezenoj robi i da je riječ o reprodukciji prava intelektualne svojine stranog lica koje je ustupljeno domaćem licu kupoprodajnim ili nekim drugim ugovorom uz naknadu;

– uobičajena sniženja cijena i gotovinski popusti, koji su rezultat količine robe koja se kupuje, roka plaćanja, roka isporuke, vansezonske kupovine, kupovine neaktuelnog modela i sl. Prilikom obračuna carinske vrijednosti prihvata se svako sniženje cijene i gotovinski popust ako su ugovoreni prije obavljenog uvoza i ostvareni u ugovorenom roku;

– poreska i druga davanja koja se plaćaju u Crnoj Gori pri uvozu ili prodaju robe.

---

<sup>12</sup> Vidi: čl. 39 i 40 Carinskog zakona i čl. 91 Uredbe za sprovođenje Carinskog zakona.

Da bi carinska vrijednost uvezene robe mogla da se utvrdi na osnovu njene transakcijske vrijednosti, potrebno je da bude zadovoljeno nekoliko uslova. Carinski zakon propisuje četiri takva uslova.<sup>13</sup>

Jedan od tih uslova jeste da prodavac ne ograničava pravo raspolaganja robom ili upotrebu robe koja bitno utiču na vrijednost uvezene robe. Na primjer, ako prodavac prodaje robu po nerealnoj cijeni uz uslov da kupac tu robu može da koristi samo u dobrotvorne svrhe, ova cijena ne može služiti kao osnova za utvrđivanje carinske vrijednosti uvezene robe, jer odstupa od stvarne vrijednosti koju dotična roba ima. Međutim, ograničenje preprodaje uvezene robe na određenom geografskom području, koje prodavac nameće kupcu, kao i ograničenja koja bitno ne utiču na vrijednost robe, nijesu smetnja za utvrđivanje carinske vrijednosti na osnovu njene transakcijske vrijednosti (npr. zabrana reklamiranja robe).

Naredni uslov da bi carinska vrijednost uvezene robe mogla biti utvrđena na osnovu cijene iz ugovora jeste uvoz robe iz nepovezanog poslovnog aranžmana. Nasuprot tome, carinska vrijednost u okviru povezanih transakcija ne može se utvrditi na osnovu transakcijske vrijednosti. Kao primjere povezanih poslova navešćemo slučaj kada prodavac uslovljava cijenu predmetne robe kupovinom određene količine druge robe ili kada u kompenzaciji prodavac uvrdjuje cijenu robe u zavisnosti od cijene po kojoj mu kupac prodaje drugu robu.

Utvrđivanje carinske vrijednosti na osnovu njene transakcijske vrijednosti moguće je pod uslovom da prodavac neće imati nikakve koristi, neposredne ili posredne, koju kupac ostvari od naknadne preprodaje, raspolaganja robom ili upotrebom robe, osim u zakonom predviđenim slučajevima. Na primjer, ako prodavac snizi cijenu jer očekuje da učestvuje u podjeli dobiti koju kupac ostvari od te robe, takva cijena ne može biti osnov za utvrđivanje njene carinske vrijednosti.

Na kraju, da bi carinska vrijednost uvezene robe mogla da se utvrdi na osnovu transakcijske vrijednosti potrebno je da kupac i prodavac nijesu međusobno povezani. Kupac i prodavac su međusobno povezani u sljedećim situacijama: 1) ako je kupac upravnik ili direktor firme u vlasništvu prodavca i obratno (npr. ako je kupac uložio kapital u firmu prodavca ili osnovao firmu prodavca i obratno); 2) ako su pravno priznati partneri u poslu (ako su zaključili ugovor o kooperaciji, ugovor o zastupanju ili konsignaciji, ugovor o osnivanju firme); 3) ako su u odnosu poslodavac i posloprimac (ako je kupac zaposlen kod prodavca i obratno); 4) ako je jedan od njih direktni ili indirektni vlasnik ili kontroliše ili posjeduje 5% ili više akcija s pravom glasa u obje firme; 5) ako jedan od njih neposredno ili posredno nadzire drugoga; 6) ako su direktno ili indirektno pod nadzorom trećeg lica; 7) ako zajedno, neposredno ili posredno, nadziru treće lice; 8) ako su članovi iste porodice.

---

<sup>13</sup> Čl. 30 Carinskog zakona.

Okolnost da su kupac i prodavac povezana lica nije dovoljan razlog da se ne prihvati određena transakcijska vrijednost.<sup>14</sup> U slučaju kupoprodaje između povezanih lica, transakcijska vrijednost se uvijek prihvata i roba normalno vrednuje kada uvoznik dokaže da je takva vrijednost utvrđena u isto ili približno isto vrijeme, približno jednaka:

- transakcijskoj vrijednosti u prodaji između nepovezanih lica za identičnu ili sličnu robu namijenjenu za izvoz u Crnu Goru;
- carinskoj vrijednosti identične ili slične robe utvrđenoj propisanim metodima kada se vrijednost robe ne može ustanoviti na osnovu transakcijske vrijednosti.

## METODI UTVRĐIVANJA CARINSKE OSNOVICE

Utvrdjivanje carinske osnovice, tj. carinske vrijednosti uvezene robe vrši se prema Carinskim zakonom i drugim carinskim propisima definisanim pravilima. Crnogorskom carinskom legislativom ustanovljeno je šest metoda čijom primjenom se utvrđuje carinska vrijednost uvezene robe kao i redosljed u njihovoj primjeni. Prvi metod je osnovni, primarni, a ostali su alternativni, zamjenljivi metodi.

Utvrdjivanje carinske vrijednosti primjenom prvog metoda pretpostavlja da je uvoz robe obavljen na osnovu komercijalne transakcije između domaćeg kupca i stranog prodavca predmetne robe. Komercijalne transakcije zasnivaju se na komercijalnim dokumentima kojima se dokazuje ugovorena, odnosno stvarno plaćena cijena za uvezenu robu. Tako, uvoznik raspolaže kupoprodajnim ugovorom, komercijalnom fakturom i drugom dokumentacijom (npr. prevozna isprava, polisa o osiguranju uvezene robe i sl.) kojom dokazuje stvarno plaćenu cijenu ili cijenu koju treba platiti za uvezenu robu.

Primjena prvog metoda vrednovanja carinske robe je najčešće prisutna u praksi, pošto se roba uglavnom uvozi na osnovu kupoprodajnog posla. Da bi carinska vrijednost uvezene robe mogla da se utvrdi primjenom ovog metoda, neophodno je da cijena iz ugovora odgovara stvarnoj vrijednosti predmetne robe. Zadatak carinske službe upravo jeste da ocijeni prihvatljivost ugovorene cijene, odnosno cijene iz fakture, kao osnove za obračun carinske vrijednosti uvezene robe. U tom smislu carinska služba cijeni podatke iz svakog podnijetog dokumenta u pogledu realnosti, odnosno prihvatljivosti iskazane cijene, upoređujući

---

<sup>14</sup> Dr Todorović, Tomislav: Carinsko poslovanje (I knjiga), Beogradska poslovna škola, Beograd, 2006, str. 111.

tu cijenu sa raspoloživim podacima o cijeni istovjetne ili slične robe. Prilikom upoređivanja cijena najbitnije je da se sagledaju uslovi kupoprodaje robe za carinjenje (veleprodaja, maloprodaja, količina), zatim vrste i kvalitet robe, kao i kretanje cijena, posebno kod sezonske, berzanske i slične robe. Uz ovo, u svakom konkretnom slučaju vodi se računa o svim aspektima troškova koji se uračunavaju, ali i troškova koji se ne uračunavaju u carinsku vrijednost uvezene robe (dodatne i odbitne stavke).

Metodom carinskog vrednovanja uvezene robe na osnovu transakcijske vrijednosti carinska služba ocjenjuje različite komponente bitne za carinsku vrijednost uvezene robe. Pri tome, najvažnije je utvrditi sljedeće činjenice:

- da li je vrijednost iz fakture stvarna vrijednost uvezene robe;
- da li je vrijednost iz fakture potpuna;
- da li ima drugog plaćanja za uvezenu robu sem iznosa u fakturi;
- da li se vrijednost iz fakture može uskladiti korigovanjem za odgovarajuće troškove i izdatke koji se odnose na prodaju i isporuku robe;
- da li postoje neki uslovi ili ograničenja usljed kojih fakturna vrijednost nije prihvatljiva za utvrđivanje carinske vrijednosti;
- da li su kupac i prodavac povezani.<sup>15</sup>

Praktično, carinska vrijednost ovim metodom utvrđuje se prema podacima iz komercijalne fakture uvezene robe. Kako se ovdje radi o ugovorenoj cijeni, carinska vrijednost obično je različita za istovjetnu robu. Ako vrijednost iz fakture ne sadrži troškove i izdatke koji se uračunavaju u carinsku vrijednost uvezene robe, u postupku utvrđivanja carinske vrijednosti oni se dodaju fakturnoj vrijednosti. Isto tako, ako su u ugovorenoj cijeni sadržani izvjesni troškovi koji ne ulaze u carinsku vrijednost uvezene robe, prilikom utvrđivanja carinske vrijednosti predmetne robe njena ugovorena vrijednost se umanjuje za odgovarajući iznos.

Međutim, nije uvijek moguće utvrđivanje carinske vrijednosti primjenom prvog metoda vrednovanja. Nema osnova za carinsko vrednovanje uvezene robe tim metodom ako je ugovorena cijena, odnosno transakcijska vrijednost umanjena kao posljedica međusobne povezanosti kupca i prodavca ili je cijena prikazana lažno, odnosno fiktivno. Pored ovih slučajeva postoje i druge transakcije kod kojih se carinska vrijednost uvezene robe ne može utvrditi korišćenjem prvog metoda. Kao takve transakcije najčešće se sreću uvoz robe u kompenzacionim poslovima, uvoz robe u uslovima vezane prodaje, uvoz robe bez obaveze plaćanja protivvrijednosti (pokloni, humanitarna pomoć, reklamni materijal i sl.), uvoz robe po osnovu zakona ili lizinga, uvoz pozajmljene robe, uvoz robe radi

---

<sup>15</sup> Opšimo: Simić, Borka: Carinsko vrednovanje robe, ŽELIND, Beograd, 2003, str. 129–135.



uništavanja itd. Carinska vrijednost uvezene robe u ovim vidovima uvoza utvrđuje se primjenom ostalih metoda vrednovanja, uz poštovanje propisanog redosljeda u njihovoj primjeni.

Ako carinska vrijednost uvezene robe ne može da se utvrdi primjenom prvog metoda, carinska vrijednost se određuje kao transakcijska vrijednost identične robe prodate za izvoz u Crnu Goru i izvezene u isto ili približno isto vrijeme kao i roba koja se carini (drugi metod).<sup>16</sup>

Kao transakcijska vrijednost uvezene robe uzima se transakcijska vrijednost identične robe prodate u istom obliku prodaje (veleprodaja ili maloprodaja) i približno istoj količini i u približno isto vrijeme kao i roba koja se carini. Ako nema takvih prodaja, koristeće se transakcijska vrijednost identične robe prodate u različitom obliku kupoprodaje ili u različitim količinama, uz potrebna usklađivanja razlika proisteklih iz oblika prodaje ili količine. U slučaju postojanja više transakcijskih vrijednosti, za utvrđivanje carinske vrijednosti primijenit će se najniža od tih vrijednosti.

Identična roba jeste roba koja je dobijena u istoj državi i koja je po svojim fizičkim svojstvima, kvalitetu i trgovačkom izgledu istovjetna robi koja se uvozi.

Kada se carinska vrijednost robe za carinjenje nije mogla utvrditi primjenom prethodna dva metoda, tada se po trećem metodu za carinsku osnovicu uzima transakcijska vrijednost slične robe prodate radi izvoza u Crnu Goru, ako je roba izvezena u isto ili približno isto vrijeme kao i roba koja se vrednuje.<sup>17</sup> Pod sličnom robom smatra se roba koja je dobijena i ima, iako u svim pogledima nije identična, jednake osobine i jednaki materijalni sastav, što joj omogućava da ispunjava jednake funkcije i da služi za zamjenu.

Po ovom metodu za utvrđivanje carinske vrijednosti koristeće se transakcijska vrijednost slične robe prodate u istom obliku kupoprodaje (veleprodaja ili maloprodaja) i u približno istoj količini i u približno isto vrijeme kada i roba koja se carini. U slučaju da nema takvih prodaja upotrijebiće se vrijednost slične robe u različitim oblicima kupoprodaje ili u različitim količinama, uz neophodna usklađivanja razlika koje iz toga proističu. Ako se dogodi da postoji više transakcijskih vrijednosti slične robe, za određivanje carinske osnovice uzet će se najniža od tih vrijednosti.

Ukoliko se transakcijska vrijednost uvezene robe ne može utvrditi na ovaj način, onda se primjenjuje četvrti metod (deduktivni metod).<sup>18</sup> Naime, ako se ista ili identična ili slična uvezena roba prodaje u Crnoj Gori u istom stanju u kome je uvezena, carinska vrijednost robe koja se procjenjuje utvrđuje se na osnovu jedi-

---

<sup>16</sup> Čl. 32. Carinskog zakona.

<sup>17</sup> Čl. 33. Carinskog zakona.

<sup>18</sup> Čl. 35. Carinskog zakona.

nične cijene po kojoj se ta roba, odnosno identična ili slična uvezena roba prodaje u najvećoj ukupnoj količini u istom ili približno istom vremenskom periodu kao i roba koja se vrednuje, pod uslovom da se cijena umanjuje za iznos:

- uobičajene provizije koja je plaćena ili koju treba platiti ili ostvarene dobiti i pokriva opštih troškova prodaje u Crnoj Gori;
- uobičajenih troškova prevoza i osiguranja robe i drugih pratećih troškova nastalih u Crnoj Gori;
- carina, poreza i drugih naknada koji se plaćaju u Crnoj Gori prilikom uvoza ili prodaje robe.

Sljedeći način utvrđivanja carinske vrijednosti uvezene robe jeste njeno dobijanje na osnovu obračunate vrijednosti (kalkulativni metod).<sup>19</sup> Obračunatu vrijednost čini zbir sljedećih komponenti: 1) vrijednosti materijala i troškova proizvodnje uvezene robe; 2) iznosa dobiti i opštih troškova koje proizvođači u zemlji izvoza imaju u vezi s prodajom istovrsne robe za izvoz u Crnu Goru; 3) troškova isporuke (vozarina, osiguranje, manipulativni troškovi u prevozu).

Pretpostavka za realizaciju kalkulativnog metoda vrednovanja uvezene robe jeste spremnost stranog isporučioaca da pruži odgovarajuće informacije, jer se utvrđivanje carinske vrijednosti robe vrši na osnovu podataka o troškovima proizvođača iz inostranstva.

Krajnjim metodom carinsko vrednovanje uvezene robe vrši se na osnovu raspoloživih podataka u Crnoj Gori,<sup>20</sup> koristeći principe člana VII Opšteg sporazuma o carinama i trgovini iz 1994. i Sporazuma o njegovoj primjeni, kao i Carinskog zakona.

Carinski zakon je taksativno naveo osnove prema kojima nije dozvoljeno utvrđivati carinsku vrijednost uvezene robe. To su: 1) prodajna cijena robe koja se proizvodi u Crnoj Gori; 2) cijena koja je viša od druge alternativne vrijednosti; 3) cijena robe na domaćem tržištu zemlje izvoznice; 4) troškovi proizvodnje, sem u slučaju primjene kalkulativnog metoda; 5) cijena robe namijenjena izvozu u drugu zemlju, a ne za tržište Crne Gore; 6) službeno utvrđena najmanja carinska vrijednost; 7) proizvoljna ili izmišljena vrijednost.

## ZAKLJUČAK

Carina je jedan od brojnih regulatora spoljne trgovine, ali i veoma značajan regulator. Carinski sistem i carinska politika važan su segment šireg ekonomskog

---

<sup>19</sup> Čl. 36. Carinskog zakona.

<sup>20</sup> Čl. 37. Carinskog zakona.

ambijenta. Pored fiskalnog značaja, njima se utiče na nivo produktivnosti rada, ekonomije troškova i rentabilnosti poslovanja privrede. U tom smislu naglasak se stavlja na efikasnost sprovođenja carinskog postupka. Prema svim analizama, najkompleksnije pitanje carinskog postupka je carinsko vrednovanje uvezene robe. Čak više od tri četvrtine od ukupnog broja carinskih sporova odnosi se na tu oblast.

Realno utvrđivanje carinske osnovice, dakle, od odlučujuće je važnosti za sprovođenje adekvatne zaštite domaće proizvodnje i ubiranje optimalnog obima državnih prihoda iz tog naslova. Carinsku vrijednost uvezene robe utvrđuje carinski organ, primjenjujući zakonom propisane metode bazirane uglavnom na principima i pravilima međunarodnih konvencija i drugih međunarodnih pravnih izvora.

Carinska osnovica, odnosno carinska vrijednost uvezene robe je deklarirana vrijednost u carinskim dokumentima od strane carinskog obveznika. Njen obim i način utvrđivanja zavisen je od carinskog sistema i često je različit u pojedinim razvojnim etapama, koji imaju usvojena karakteristična rješenja carinskog vrednovanja, prije svih u pogledu pariteta isporuke robe. Tako, evropske zemlje upotrebljavaju paritet CIF, odnosno »franko granica«, što podrazumijeva uvećanje fakturane cijene troškovima koji terete robu do mjesta njenog ulaska u carinsko područje zemlje uvoznice, i na taj način učestvuju u utvrđivanju carinske osnovice.

Crnogorska carinska legislativa, slijedeći praksu evropskog carinskog modela, kao carinsku vrijednost uvezene robe definiše njenu transakcijsku vrijednost, tj. stvarno plaćenu ili cijenu koju treba platiti za robu koja se prodaje radi izvoza u Crnu Goru, uvećanu za troškove robe do mjesta unošenja u njeno carinsko područje.

Nije mali broj onih koji ukazuju da postojeći sistem carinskog pravnog okvira, a posebno njegova implementacija, nije u najboljoj funkciji efikasnog, realnog i racionalnog carinskog vrednovanja uvezene robe. To može biti važan poziv za dogradnju i usavršavanje aktuelnih međunarodnih carinskih pravnih izvora, ali još više i nacionalnog carinskog zakonodavstva u domenu carinskog vrednovanja, kao i tekuće carinske prakse.

SRĐA BOŽOVIĆ, LL.D.,  
Assistant Professor, Faculty of Law,  
Mediterranean University,  
Podgorica

## CUSTOMS BASE AS A SPECIFIC FORM OF TAX BASE

### Summary

Customs base is a specific form of a tax base, as the customs are nothing else but consumption taxes collected at the state border. The customs base is the customs value of the imported goods. It is extremely important for the national economy. Its amount directly or indirectly influences the volume and the structure of domestic production, the level of fiscal income and the terms and conditions of the entrepreneurs' activities, as well as those of beneficiaries of the imported goods.

The defining and determining of the customs valuation of the imported goods has special importance for the customs activities and for attaining the customs system objectives. It is also particularly important for the customs policy with respect to further harmonization of international trade relationship and integration into global economic framework.

Nowadays, the Montenegrin Customs Law and subordinate legislation has adopted the principles of the customs valuation of the imported goods from Article VII of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 and Agreement on Implementation of Article VII of the General Agreement on Tariffs and Trade. According to the above Law, the customs value of the imported goods is its transaction value. It represents the actually paid price or a price that should be paid for goods declared in customs documents.

Six methods are applied for determining customs value of the imported goods, and the order of their application is also determined. According to the first method, which is basic, the customs value is determined on the ground of data from the commercial invoice of the imported goods. The remaining methods are alternative or substitute methods.

Further improvement and enhancement of the international customs legal sources, as well as national customs legislation in the area of customs valuation and current customs practices represent an imperative nowadays.

## **KONTRACIKLIČNA FISKALNA POLITIKA**

### **U V O D**

Fiskalna politika može doprineti makroekonomskoj stabilnosti preko tri glavna kanala. Prvi je automatsko smanjivanje vladine štednje za vreme ekonomskih padova i njezino povećanje za vreme ekonomskih uspona, što ublažuje šokove agregatne potražnje (Blinder and Solow, 1974). Takva automatska stabilizacija je rezultat variranja poreznih prihoda, koji reaguju na promene dohotka i privatne potrošnje, kao i rashodnih programa specijalno dizajniranih za podršku potrošnje u periodima recesije, uključujući i naknadu zbog nezaposlenosti. U onom stepenu u kojem je vladina potrošnja manje promenлива od ostalih komponenta bruto domaćeg proizvoda, javni sektor može doprineti stabilnosti proizvodnje putem efekata na strani agregatne potražnje. Drugo, vlade mogu putem diskrecionih promena javnog trošenja i poreznih instrumenata da neutraliziraju fluktuacije ekonomskog ciklusa. Konačno, struktura poreznog i transfernog sistema mogu biti dizajnirani da maksimiziraju ekonomsku efikasnost i tržišnu fleksibilnost i time pojačaju elastičnost ekonomije uprkos šokovima. Pojam fiskalne stabilizacije odnosi se na prva dva kanala.

Globalna ekonomska kriza i najnoviji razvoj u makroekonomskom modeliranju oživelu su ponovo klasičnu debatu o efikasnosti fiskalne politike kao instrumenta makroekonomske stabilizacije (van der Ploeg, 2005). Sa teoriske strane, rapidni razvoj mikro zasnovanih modela opšte ravnoteže omogućuje ocenu efe-

kata fiskalne stabilizacije u koherentnom i rigidnom analitičkom okviru (Botman and others, 2006). Ove studije potvrđuju konvencionalno gledište da blagovremeno kontraciklično reagovanje fiskalne politike šokovima potražnje doprinosi manjim oscilacijama proizvodnje i potrošnje (Kumhof and Laxton, 2009). Međutim, dobronamerni fiskalni aktivizam može biti nepoželjan, kad šokovi predominantno utiču stranu ponude, ili snažno destabilizirajući, kad vremensko zaostajanje zbog informacionih, zakonodavnih i implementacionih legova prekomerno produžuje transmisioni lanac. Sa strane ekonomske politike, rastući broj zemalja okrenuo se fiskalnoj politici kao primarnom stabilizacionom instrumentu bilo zbog promena u njihovom monetarnom režimu (valutni bord, čvrsto pegiranje, ili učešće u monetarnoj uniji), ili zbog pogoršanja finansijskog ambijenta koji čini monetarnu politiku neefikasnom (Spilimbergo and others, 2008).

Značajniju ulogu fiskalno kreirane stabilnosti generišu faktori koji mogu varirati u vremenu i prostoru, kao što je inherentna fleksibilnost ekonomije, ili postojanje alternativnih stabilizatora, kao što je efektivna monetarna politika i slobodni pristup ekonomskih subjekata finansijskim institucijama i instrumentima. Za vreme skorašnje krize, naglašena potreba fiskalne stabilizacije bila je neosporno velika. Fleksibilnost nacionalnih ekonomija bila je smanjena zbog dubine i globalne prirode ekonomskog šoka. Ekonomski subjekti, s druge strane, suočili su se sa ograničenim pristupom ili visokih troškova na kreditnom tržištu. U takvom ambijentu, kontraciklična fiskalna politika koja se, pre svega, oslanja na efektivne automatske stabilizatore deluje preko fiskalnih stimulansa blagovremeno i brzo.

Globalna ekonomska kriza je pokazala da za vreme velikih šokova potražnje, monetarna politika ne može obezbediti adekvatan odgovor, naročito, kada je njen transmisioni mehanizam ometan uslovima finansijskog sistema. Diskreciona fiskalna politike može biti upotrebljena, međutim ona ima dve ozbiljne mane. Ona pati od vremenskog zaostajanja (implementacionih legova, uključujući i proces donošenja odluka o promeni fiskalnih parametara u zakonskoj proceduri) i nije automatski obrnuta kad se ekonomski ciklus poboljša, tako da povećava sklonost potencijalnom deficitu. Automatski stabilizatori nemaju takvih problema. Njihova efikasnost zavisi od ciklične rezonivnosti poreznog sistema i od veličine vlade. Međutim, povećanje veličine vlade (zbog ekonomskih konsideracija) iznad određenog nivoa može oslabiti ekonomsku efikasnost. Oдавde, osnovno pitanje je kako se mogu povećati automatski stabilizatori bez povećanja veličine vlade. U tom smislu razmotrićemo mogućnosti i ograničenja pojačanja automatskog (kontracikličnog) delovanja putem promena porezne i rashodne strukture.

## PREDNOSTI AUTOMATSKE STABILIZACIJE

Jedno od najkontroverznijih pitanja kreatora fiskalne politike je to da li da se prednost diskrecionoj fiskalnoj intervenciji ili automatskim stabilizatorima inkorporiranim u budžetskom sistemu. Automatski stabilizatori ne pate od mana diskrecione fiskalne politike. Sa snažnim fiskalnim stabilizatorima implementacija politike je blagovremena i postupna onako kako porezi i rashodi reaguju na kontracikličan način na promene u ekonomskim uslovima. Nema političkih odluka i zaostajanje u delovanju se minimizira. Sa aspekta fiskalne održivosti automatizam, isto tako, obezbeđuje blagovremeni kontraciklični zaokret od fiskalne ekspanzije, tako da labava (ekspanzivna – deficitna) fiskalna politika u periodima ekonomskog pada biće automatski praćena čvrstom (restriktivnom – suficitnom) politikom u periodima ekonomskog uspona. Ovo može da pojača uticaj fiskalne ekspanzije na cikličnu potražnju u odnosu na diskrecione akcije, koje mogu da povećaju probleme solventnosti i da utiču na kamatne stope.

Automatski stabilizatori se reflektuju na prihodne i neke rashodne pozicije koji se automatski prilagođavaju cikličnim promenama u ekonomiji. Tako, na primer, u periodima recesije kad padaju proizvodstvo i dohodak, iznos naplaćenih poreznih prihoda pada (zbog smanjenja porezne osnovice), dok naknade za nezaposlenost rastu (zbog povećanja nezaposlenosti). Ove promene povisiće raspoložive dohotke poslovnih subjekata i domaćinstva i ublažiće pad agregatne potražnje. Efekti automatskih stabilizatora zavisice od veličine i strukture prihoda, kao i od responzivnosti poreza i rashoda na ciklične fluktuacije, a naročito od progresivnosti poreznog sistema.<sup>1</sup>

Automatski stabilizatori proširuju budžetske deficite kada je ekonomski ciklus u padu i proizvodni jaz reste i, obratno, smanjuju deficite kada je ekonomski ciklus u ekspanziji i kada se proizvodni jaz smanjuje. Ovo obezbeđuje adekvatnu i efikasnu reakciju kada je proizvodni jaz izazvan šokovima na strani potražnje. Međutim, ako ekonomija doživi šokove na strani ponude, njihovo neutralizovanje preko fiskalnih promena potražnje izazvaće inflatorne efekte. U tom slučaju, automatski stabilizatori usporice približavanje ekonomije na nivou potencijalnog BDP, tako da su neophodna diskreciona fiskalna prilagođavanja.

Potreba od povećanja automatske stabilizacije ne odnosi se samo na razvijene zemlje, već i na zemlje u razvoju gde empirijska evidencija ukazuje na preovladavajuće prociklične fiskalne politike (Ilzetzki and Végh, 2008). Pojačanje automatskih stabilizatora bi obezbedilo određeno amortizovanje takvih diskrecio-

---

<sup>1</sup> Kako oceniti veličinu fiskalnih stabilizatora je značajno pitanje. Automatski stabilizatori se najčešće ocenjuju preko elasticitetnog pristupa. Opširnije informacije za to kako se mogu oceniti automatske stabilizatore sadrži Fedelino et al. (2009).

nih politika. Svakako, odluka da li ugrađeni stabilizatori treba da budu povećani treba da bude napravljena u kontekstu ocene njihovog inicijalnog nivoa.

U vezi s tim, treba imati u vidu neka značajnija ograničenja. Naime, finansijska i ograničenja dugovne solventnosti mogu smanjiti manevarski prostor ekspanzivne fiskalne politike i mogu sprečiti zemlje da dopuste automatskim stabilizatorima da operišu. U ovakvim slučajevima cilj povećanja automatske stabilizacije bi bio irelevantan. Ovo, s druge strane, povećava značenje sprovođenja oprezne fiskalne politike u dobrim vremenima ekonomskog uspona. Finansijska ograničenja su karakterističnija i više se odnose na zemlje u razvoju koje imaju nerazvijena domaća finansijska tržišta ili ograničeni pristup eksternom finansiranju. Praktikovanje prociklične fiskalne politike u ovim zemljama bi moglo biti više posledica snažnih finansijskih ograničenja i ograničenja povezana sa održivošću duga.

Ekspanzivna fiskalna politika ne bi bila prikladna i u uslovima postojanja šokova na stani ponude, jer bi tada kreirala inflatorne učinke. Obazrivost pri povećanju automatske stabilizacije je vrlo značajna naročito za zemlje izložene velikim šokovima na strani ponude. Povećanje automatske stabilizacije, isto tako, može da utiče i na druge ciljeve fiskalne politike. Ovo se naročito odnosi na povećanje automatske stabilizacija postignuto povećanjem poreznih prihoda i rashoda budžeta. Ciljevi za veću ekonomsku jednakost mogu biti pojačani povećanjem veličine vlade, osobito ako je to urađeno povećanjem porezne progresivnosti. Međutim, iznad određenog nivoa, veća vlada i veći porezi destimulirali bi ekonomsku aktivnost i povećali bi troškove ekonomske efikasnosti. Ovo otvara ključno pitanje, kako povećati automatsku stabilnost bez povećanja veličine vlade?

#### POREZNA I RASHODNA RESPONZIVNOST CIKLIČNIM FLUKTUACIJAMA

Kontraciklična fiskalna politika u periodima silazne – recesione faze ekonomskog ciklusa je ekspanzivna i, obratno, za vreme rastuće – inflatorne faze ekonomskog ciklusa restriktivna. Aktiviranje fiskalnih stabilizatora putem automatskog variranja poreskih prihoda i rashoda je reakcija fiskalnog sistema na ciklične fluktuacije u ekonomiji. U fazi recesije automatski pad poreznih prihoda i porast rashoda je intenzivniji od pada proizvodnje i dohotka što stimulatивно utiče na agregatnu potražnju i ekonomsku aktivnost. Efekti su veći ukoliko je jači stimulatívni uticaj poreznih prihoda i budžetskih rashoda. Drugim rečima, porast automatske stabilizacije može biti postignut preko promene fiskalnih parametara



koji intenzivnije reaguju na ciklične fluktuacije, tj. preko promene porezne i rashodne strukture.

Što su responzivniji porezni prihodi na ciklične promene u ekonomskim uslovima, to su jači i stabilizatori na prihodnoj strani. Porezi na dohodak imaju veću elastičnost na promene ekonomske aktivnosti, osobito porez na personalni dohodak sa progresivnom strukturom poreznih stopa, kao i porezi na korporacijski dohodak (profit), iako kod njih naplatni leg može biti veći. Porezi na potrošnju (koja može biti manje promenljiva od dohotka) imaju manju elastičnost. U periodima jačih recesija prihvatanje poreskih obaveza se pogoršava. To dovodi do dopunskih gubitaka u prihodima (Brondolo, 2009). Ovo, u principu, bi pojačalo efekat automatske stabilizacije, međutim, svakako je neophodno da porezna administracija preduzme dopunske mere kako bi sprečila pogoršanje prihvaćanja poreskih obaveza prouzrokovano recesijom.

Automatski stabilizatori, pri datoj većoj dohodnoj elastičnosti, bi bili pojačani povećanjem prihoda od poreza na dohodak ukoliko je njihovo učešće u strukturi poreznih prihoda malo. Međutim, porezne reforme u mnogim zemljama su usmerene ka rebalansiranju poreznog tereta u korist poreza na potrošnju i smanjenja progresivnosti poreza na dohodak u cilju povećanja ekonomske efikasnosti (Norregaard and Khan, 2007). Očigledno, prihodne i konsideracije efikasnosti generišu veća ograničenja u pomeranju porezne strukture ka porezima na dohodak.

U zemljama G-20 stope poreza na personalni dohodak variraju od najviše stope od 45% u Australiji, Kini i Njemačkoj do ravni porez na dohodak od 13% u Rusiji.

Povećanje progresivnosti kod poreza na personalni dohodak, u principu, bi pojačalo automatske stabilizatore, međutim, ostvarivanje ovog cilja, zbog konsideracija ekonomske efikasnosti, nije jednostavna stvar. Progresivnost može biti povećana sa povećanjem marginalnih poreznih stopa, ili sa povećanjem dohodnih beneficija koje deluju kao negativni porezi na dohodak (kao, na primer, porezni kredit na zarađeni dohodak u SAD). Proširenje porezne osnovice koje smanjuje porezne beneficije imaće isti efekat. Povećana progresivnost doprinosi ostvarivanju oba cilja: veće ekonomske jednakosti i veće ekonomske stabilnosti. Međutim, povećanje marginalnih poreznih stopa pojačaće distorzivni uticaj poreza na ponudu rada i štednje. Imajući to u vidu, povećanje automatske stabilizacije porastom nivoa progresivnosti, ipak, treba da bude vrlo oprezno i po mogućnosti optimalno.

Neke su zemlje reformisale porezni sistem i zamenile progresivne sa ravnom poreznom stopom (Rusija među zemljama G-20). Svrha takve reforme je da se smanje distorzije na tržištu rada i da se poboljša prihvaćanje poreske obaveze. Iako, po pravilu, ovo smanjuje moć automatskih stabilizatora to ne mora da znači

da je uvek tako. Ako se ravni porez kombinuje sa pragom poreskog oslobođenja (tax-exempt threshold) da li će biti povećana ili smanjena moć automatskih stabilizatora zavisice od predreformske progresivnosti poreskih stopa, od nivoa novog praga poreskog oslobođenja i od distribucije poreskih obveznika. Iako će marginalna porezna stopa biti smanjena za visokodohodne i niskodohodne obveznike, reforma ravnog poreza povećava efektivnu poreznu stopu obveznika koji se nalaze na srednjem nivou dohodne distribucije, naročito ako se reformom poveća prag poreznog oslobođenja. U odnosu na distribuciju poreznih obveznika, efekat na automatske stabilizatore biće snažniji ukoliko je veća koncentracija poreznih obveznika iznad praga poreznog oslobodjenja.

Stepen progresivnosti poreznog sistema zavisi i od veličine poreznih odbitaka. Mnoge zemlje dopuštaju odbijanje od oporezivog dohotka iznose hipotekarnih kamata, penzijsku štednju, obrazovne, zdravstvene i slične izdatke. Ovakva rešenja obezbeđuju veće porezne beneficije visokodohodnim obveznicima i nikakve obveznicima čiji je dohodak ispod oporezivog praga. Ovo smanjuje progresivnost poreznog sistema i pravi porezne odbitke procikličnim, jer će se više poreznih obveznika pomerati ka višim dohodnim grupama u periodima ekonomskog uspona.

Porez na korporacijski dohodak (profit) je isto tako jedan od poreza koji snažno reaguju na promene ekonomskog ciklusa. Međutim, iako je ovaj porez vrlo osetljiv na ciklične fluktuacije, evidentna su zaostajanja u transmisiji cikličnih promena na iznose naplaćenog poreza. U praksi se porez na korporacijski dohodak naplaćuje akontativno (na rate) na osnovi aktuelnog dohotka iz prethodne godine, ili na osnovu procenjenog dohotka iz tekuće godine. Drugi način naplate pojačava vezu između poreznog plaćanja i ekonomskog ciklusa i ima snažne kontraciklične efekte. Naime, svaka promena u korporacijskom profitu (kao posledica cikličnih promena) vrlo brzo bi se reflektovala u promeni iznosa naplaćenog korporacijskog poreza. To znači da u periodima ekonomskog pada i manjih profita visina porezne obaveze bi bila utvrđena na nižem nivou tekućeg profita.

Porast poslovnih gubitaka u recesionim fazama ciklusa i njihov porezni tretman, isto tako, utiču na automatske stabilizatore. U zavisnosti od poreznih rešenja, poslovni se gubici mogu otpisati od oporezivog profita u narednim godinama (loss carry forward) ili od oporezovanog profita iz prethodnih godina (loss carry backward). Sve zemlje G-20 dopuštaju prenošenje gubitaka u budućim godinama – najmanje 5, a neke i neograničeno. Neke zemlje dopuštaju, isto tako, da se gubici otpišu na račun prošlih profita, međutim tu mogućnost limitiraju na zadnje 2-3 godine. Otpisivanje gubitaka na račun prošlih profita omogućuje kompanijama koje posluju sa gubicima neposredno refundiranje poreza u periodima recesije. U praksi, otpisivanje gubitaka na račun prošlih profita je često og-

raničeno iz straha zloupotrebe. Međutim, postojanje ovakve mogućnosti povećava automatske stabilizatore. Zemlje sa efikasnom poreznom administracijom mogu koristiti ovo rešenje na privremenoj osnovi samo u recesionalnoj fazi ciklusa.

Na strani rashoda, neki rashodni programi, naročito naknade zbog nezaposlenosti, imaju stabilizacioni uticaj na raspoloživi dohodak domaćinstva i doprinose održanju nivoa potrošnje. Programi osiguranja zbog nezaposlenosti su značajan automatski stabilizator u razvijenim zemljama, dok su manje rasprostranjeni u zemljama u razvoju. Ovi programi se znatno razlikuju u odnosu na visinu naknade i period korišćenja. Iako kraći period (karakterističan za Sjedinjene Države i Veliku Britaniju) stimuliše napore u traženju posla, u periodima jačih recesija pravo korišćenja naknade može isteći pre nalaženja posla, tako da ovo smanjuje snagu automatskih stabilizatora. Dopunske diskrecione akcije koje proširuju naknade zbog nezaposlenosti mogu pojačati automatske stabilizatore i napraviti programe osiguranja zbog nezaposlenosti kontracikličnijim. Međutim, ako diskrecioni aktivizam ne reaguje brzo, kontraciklični odgovor diskrecionih mera bio bi sa vremenskim zakašnjenjem.

U zemljama gde obuhvatnije reforme sistema socijalne sigurnosti traže više vremena, targetirani programi novčane pomoći mogli bi biti primenjeni za vreme ekonomskih kriza. U niskodohodnim zemljama uvođenje obuhvatnijih reformi moglo bi još više pogoršati segmentaciju formalnog i neformalnog tržišta rada. U takvom okruženju, dobro dizajnirani programi javnih radova svakako bi mogli biti adekvatan odgovor problemu nezaposlenosti izazvanog ekonomskom krizom.

Iako automatski stabilizatori nisu dovoljno moćni da spreče fluktuacije ekonomske aktivnosti, bez njih proizvodnja i potrošnja verovatno bi bili promjenljiviji od onog što jesu. Ovo može biti dovoljno snažan argument protiv fiskalnog pravila uravnoteženog budžeta (Paget, 1996). U uslovima recesije, kada stabilizacioni pad poreznih prihoda i porast budžetskih rashoda vode budžet ka deficitu – što ima kontraciklični (ekspanzivni) efekat na ekonomsku aktivnost, pribegavanje ravnotežnom budžetu bi iziskivalo (prociklično – restriktivno) povećanje poreza ili smanjenje rashoda, nešto što bi još više pogoršalo recesiju. Drugim rečima, preko pravila uravnoteženog budžeta eliminisali bi se automatski stabilizatori inherentni poreskom sistemu i sistemu transfernih rashoda. To bi, u stvari, značilo inauguraciju jednog koncepta ugrađenih destabilizatora sa izrazitim procikličnim delovanjem.

## ZAKLJUČAK

Ciklične fluktuacije proizvodnje i zaposlenosti izazvane šokovima na strani potražnje iziskuju blagovremenu reakciju stabilizacione politike kako se ne bi

kumulirali recesioni i inflacioni procesi i još više pogoršala makroekonomska neravnoteža. Kontraciklična fiskalna politika je snažan instrument makroekonomskog reguliranja agregatne potražnje. Ona stimuliše ekonomsku aktivnost u fazi recesije i istu prigušuje u periodima inflatorne ekspanzije.

Stimuliranje nedovoljne potražnje fiskalnom ekspanzijom znači povećanje budžetskih rashoda i smanjenje poreznih prihoda. Efikasnost ovakvog stabilizacionog delovanja zavisi od brzine reakcije poreza i rashoda na ciklične fluktuacije. Ako diskreciona fiskalna politika pati od vremenskog zaostajanja automatski fiskalni stabilizatori nemaju takvih problema. Njihova efikasnost zavisi od ciklične rezonanzivnosti poreznog i rashodnog sistema i od veličine vlade. Porezni sistem sa naglašenom progresivnom strukturom poreznih stopa efikasno reaguje na ciklične fluktuacije, međutim može oslabiti ekonomsku efikasnost.

Povećanje automatske stabilizacije može se postići pomeranjem porezne strukture od indirektnih ka direktnim porezima, odnosno povećanjem prihoda od poreza na dohodak, ukoliko je njihovo učešće u strukturi poreznih prihoda malo. Progresivnost ovih poreza doprinosi ostvarivanju veće ekonomske jednakosti i veće ekonomske stabilnosti. Međutim, povećanje automatske stabilizacije porastom nivoa progresivnosti poreskog sistema treba biti odmereno i ne na štetu stimuliranja rada, investicije i štednje.

Automatsko reagovanje poreza na korporacijski dohodak (profit) cikličnim fluktuacijama može biti oslabljeno ukoliko postoje vremenska zaostajanja u transmisiji cikličnih promena na iznose naplaćenog poreza. U tom smislu, utvrđivanje poreza na bazi procenjenog tekućeg dohotka je bolje rešenje od onog na bazi aktuelnog dohotka iz prethodne godine. Pojačanju automatskih stabilizatora može doprineti i rešenje otpisa poslovnih gubitaka od oporezivog dohotka iz prethodnih godina u kriznim vremenima, kao i razvoj mreže socijalne sigurnosti.

#### NAPOMENE U TEKSTU

Blinder, Alan, and Robert Solow (1974), »Analytical Foundations of Fiscal Policy,« in *The Economics of Public Finance*, The Brookings Institution, Washington D.C.

Botman, Dennis, Douglas Laxton, Dirk Muir, and Andfrei Romanov (2006), »A New-Open Economy Macro Model for Fiscal Policy Evaluation,« *IMF Working Paper* WP/06/45.

Brondolo, John (2009), »Collecting Taxes During an Economic Crisis: Challenges and Policy Options,« *IMF Staff Position Note* 17.

Fedelino, Annailsa, Anna Ivanova, and Mark Horton (2009), »Cyclically Adjusted Balances and Automatic Stabilizers: Some computation and Interpretation Issues,« *IMF Technical Notes and Manuals*.

Ilizetki, Ethan, and Carlos Végh (2008). »Procyclical Fiscal Policy in Developing Countries: Truth or Fiction?«, *NBER Working Paper* 14191.

- Kumhof, Michael, and Douglas Laxton (2009), »Chile's Structural Surplus Rule: A Model-Based Evaluation,« *IMF Working Paper* WP/09/88.
- Norregaard, John, and Tehmina Khab (2007), »Tax Policy: Recent Trends and Coming Challenges,« *IMF Working paper* WP/07/274.
- Paget, K.M. (1996), »The Balanced Budget Trap,« *The American Prospect*, pp. 21–29.
- Spilimbergo, Antonio, Steven Symansky, Olivier Blanchard, and Carlo Cotarelli (2008), »Fiscal Policy for the Crisis,« *IMF Staff Position Note* 08/01.
- van der Ploeg, Rick (2005), »Back to Keynes?,« *CEifo Economic Studies* 51/4: 777–822.

TOMISLAV GROZDANOVSKI, Ph.D.,  
Professor, Faculty of Law »Iustinianus Primus«,  
Skopje

## CONTRACYCLICAL FISCAL POLICY

### Summary

Contracyclical fiscal policy can play an important role to help stabilize the economy during cyclical swings. Discretionary policy, however, typically involves time lag and is not automatically reversed when economic conditions change. In contrast, automatic fiscal stabilizers ensure a prompt, and self-correcting fiscal response. The larger government is, the larger are the automatic stabilizers. Government size is determined by several factors, however, typically unrelated to stabilization goals, and increasing it beyond a certain level may have efficiency costs. This paper discusses how to enhance automatic stabilizers without increasing the size of government. Thereby, we elaborate some changes in the parameters of the tax and expenditure system (e.g., changes in tax progressivity) that will enhance the automatic stabilizers.



LJILJANA JOVIĆ

## PORESKA UTOČIŠTA NAKON GLOBALNE KRIZE

### U V O D

Od sredine prošlog vijeka u većini zemalja savremenog svijeta pod uticajem poreske konkurencije dolazi do značajnog snižavanja poreskog opterećenja. Kao odraz ove pojave javljaju se zemlje koje ne samo da propisuju niske ili nulte poreske stope, nego vlasnicima kapitala nude i niz drugih povoljnosti posredstvom vrlo labave legislative.

Akademski ekonomisti iscrpno su se bavili ovim fenomenom, pokazujući da on ima i dobre i loše, međutim ostaje činjenica da u političko-ekonomskim ciklusima snižavanje poreskih stopa predstavlja vrlo atraktivan instrument.

S druge strane, postoji i niz drugih razloga zbog kojih je poreska konkurencija postala atraktivan instrument ekonomske politike širom svijeta. Globalizacija i sve veća povezanost svjetske ekonomije postavljaju pitanje uključivanja u svjetske tokove malih i resursima siromašnih zemalja. Nakon sloma socijalističkih sistema u svjetske privredne tokove uključuju se i zemlje koje ulaze u proces tranzicije. I jedne i druge pokušavaju da iskoriste postojeće i steknu nove komparativne prednosti u međunarodnoj trgovini i privuku na svoju teritoriju što više svjetskog kapitala.

Kako borba za resurse i privlačenje kapitala postaje oštrija, slabi strogost zakonskih propisa i u razvijenim zemljama koje u svojim finansijskim središtima nude niz olakšica za vlasnike (posebno nerezidente) slobodnog kapitala.

---

Dr Ljiljana Jović, docent Slobomir P Univerziteta, Bijeljina.

Ovakva praksa je otišla toliko daleko da se u nekim zemljama može poslovati zaobilazeći najveći deo normi savremenog poslovanja. Takve zemlje su nazvane poreski rajevi, ali to nisu samo poreski nego i rajevi za niz kriminalnih radnji kao što je pranje novca.

Globalna kriza je poremetila globalne ekonomske tokove, ponovo stavila naglasak na regulaciju i upravljanje privredom, ali i otvorila pitanje popunjavanja fiskalnih deficita. Kad se sve ovo uzme u obzir, ne čudi što su poreska skloništa postala meta kritika od strane pojedinačnih država i međunarodnih organizacija. Međutim, ostaje pitanje koliko će te mjere biti djelotvorne i da li se može postići značajniji napredak u pravcu suzbijanja nefer poreske konkurencije. Organizacija OECD već više godina nastoji iskorjeniti štetnu poresku praksu kod drugih zemalja dok je i dalje tolerisala ošor centre unutar nekih svojih članica. Pitanje je da li se mogu postići značajniji rezultati na ovom polju ako se takva praksa dvojnih standarda i dalje nastavi.

Ovaj rad analizira ulogu poreskih utočišta u nastanku globalne krize te daje kratak pregled dosadašnjih aktivnosti u sprečavanju štetne poreske konkurencije stavljajući poseban akcenat na aktuelne pritiske u pravcu prihvatanja standarda OECD o razmjeni informacija u poreske svrhe.

## PORESKA KONKURENCIJA I PORESKA UTOČIŠTA

Nastanak i razvoj poreskih utočišta povezan je sa promocijom poreske konkurencije u međunarodnim okvirima. U tom smislu poreska konkurencija se posmatra kao jedan od načina na koje pojedine jurisdikcije nastoje da privuku, u savremenim uslovima vrlo mobilan, međunarodni kapital nudeći razne poreske pogodnosti.<sup>1</sup>

Iako ima svoje dobre i loše strane, njeni protagonisti najčešće navode da se smanjivanjem poreskog opterećenja preduzećima i pojedincima »skida država sa vrata« i smanjuju javni prihodi čime se utiče na racionalniju potrošnju od strane javnog sektora a preduzećima i stanovništvu ostaje više sredstava za rast i razvoj privredne aktivnosti. Empirijski podaci pokazuju da povećavanje državne potrošnje dovodi do usporavanja ekonomskog rasta. Studija radena na 23 zemlje čla-

---

<sup>1</sup> Uporedi: Raičević, B., Nenadić, J., *Poreska konkurencija, opšti osvrt*, Ekonomski anali br. 162, juli–septembra 2004. g., Ekonomski fakultet, Beograd, str. 45–63.



nice OECD pokazuje da povećavanje državne potrošnje za 10% dovodi do smanjenja stope rasta BDP za 1%.<sup>2</sup>

Pored toga, manje poresko opterećenje omogućava smanjivanje distorzivnih efekata koji porezi izazivaju u ekonomiji, obezbjeđuje veću pokretljivost kapitala u međunarodnim okvirima i privlači slobodna finansijska sredstva iz inostranstva na domaću teritoriju.

Kao odraz poreske konkurencije javili su se i poreski rajevi ili poreska utočišta, odnosno skloništa kako se još zovu. Prema metodologiji OECD-a za definiciju poreskih utočišta koriste se četiri ključna faktora:<sup>3</sup> država ne propisuje nikakve ili uvodi samo nominalne poreze za specifične slučajeve; nedovoljna transparentnost; postoji zakonodavstvo ili administrativne procedure koje sprečavaju razmjenu informacija u poreske svrhe; ne postoji zahtjev za obavljanjem značajne ili bilo kakve stvarne poslovne aktivnosti na teritoriji zemlje registracije preduzeća što znači da kompanija može imati sjedište na određenoj teritoriji iz čisto poreskih razloga.

Pored poreskih rajeva, ovdje treba napomenuti i centre koji pružaju povoljnosti u finansijskom poslovanju. Finansijski centri kao što su London, Njujork i Tokio nude usluge finansijskih institucija, razne pogodnosti u finansijskom posredovanju, te poreske olakšice investitorima koji iz inostranstva ulažu velike količine novca često i ne pitajući za njegovo porijeklo. Ovakvi centri se nazivaju ofšor (eng. offshore – OFC) centri.

Prema metodologiji MMF ofšor centri se definišu kao centri:<sup>4</sup> kod kojih je primarna orijentacija na poslovanje posredstvom nerezidentnih subjekata; koji imaju povoljno regulatorno okruženje (nepostojanje supervizije i mala transparentnost podataka); nisko ili nultu poresko opterećenje.

Proizilazi da su pojmovi poreski raj i ofšor centar blisko povezani i imaju mnogo zajedničkih karakteristika. Ipak, kao njihovo najbitnije zajedničko obilježje javlja se tajnost. Tajnost je značajan element atraktivnosti i jednih i drugih i sastavni je dio svakog od ovakvih centara. Ona uključuje:<sup>5</sup> strogu bankarsku tajnu; nemoguće je ili izuzetno teško, u poreske ili druge oficijelne svrhe, dobiti bilo kakvu informaciju od banaka i drugih finansijskih institucija o njihovim

---

<sup>2</sup> Gwartzne J, Lawson R., Holcombe, R., *Economic Freedom and the Enviroment for Economic Growth*, Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE), 1999, vol. 155, issue 4, p. 643–658.

<sup>3</sup> *Tax haven Criteria*, OECD Centre for Tax Policy and Administration, dostupno na [www.oecd.org/.../0,3343,en\\_2649\\_33745\\_30575447z1z1,00.html](http://www.oecd.org/.../0,3343,en_2649_33745_30575447z1z1,00.html).

<sup>4</sup> Zoromé, A., *Concept of Offshore Financial Centers: In Search of an Operational Definition*, IMF Working paper WP/07/87, April 2007.

<sup>5</sup> *Identifying Tax Havens and Offshore Finance Centres*, Tax Justice Network, [www.taxjustice.net/cms/upload/.../Identifying\\_Tax\\_Havens\\_Jul\\_07.pdf](http://www.taxjustice.net/cms/upload/.../Identifying_Tax_Havens_Jul_07.pdf) 3/2009. dostupno na [www.blaetter.de](http://www.blaetter.de).

klijentima; tajnost podataka o registraciji firmi; nedostupni su podaci o registrovanim kompanijama, korporacijama, fondovima i sl. Ne zna se ko su njihovi osnivači, deoničari i klijenti i ko njima stvarno upravlja.

Uzimajući ovo u obzir, postaje jasno da poreski rajevi i ofšor centri predstavljaju primamljive destinacije i za one koji se bave bilo kojom vrstom kriminalnih aktivnosti.

## UČEŠĆE U GLOBALNIM FINANSIJSKIM TOKOVIMA

Iako se najčešće pojam poreskih utočišta vezuje za male ostrvske zemlje, bivše kolonije a ponekad i zemlje u tranziciji, na ovakvu praksu nisu imune ni najrazvijenije zemlje.

U zavisnosti koliko se gore navedeni kriterijumi za poreska utočišta strogo primjenjuju, danas bi teško mogli naći i jednu zemlju koja ne koristi neki od elemenata poreske konkurencije. Tako, primjera radi u SAD, država Delaver (eng. *Delaware*) nudi ne samo niske poreske stope (paušalni porez od 100 US\$ godišnje) za strane kompanije koje nemaju nikakvu poslovnu aktivnost na teritoriji SAD, nego i minimalne iznose obaveznog kapitala.<sup>6</sup> U poslovnim knjigama ne moraju se otkrivati podaci o biznisu koji se obavlja, a vlasništvo nad kompanijom može ostati u tajnosti.

S druge strane, oko polovina svih javnih korporacija registrovanih u SAD imaju sjedište u Delaveru. One plaćaju porez na dobit prema važećim propisima u toj zemlji što znači da nemaju oslobođenje kao strane kompanije. Ovo se može posmatrati kao dokaz tvrdnje da poreski rajevi ne privlače samo poreskim olakšicama, nego i drugim faktorima – prije svega garantovanjem tajnosti podataka.

Danas imamo niz ovakvih jurisdikcija širom svijeta. Njihov broj i procjenjena veličina utajenog poreza je različita u zavisnosti od toga koja definicija se koristi i koja institucija je vršila procjenu. Tako su OECD i EU u 2000. godini identifikovali 41 poresko utočište i 21 zemlju sa potencijalno štetnim poreskim režimom, iste godine MMF je nabrojao 46 ofšor finansijskih centara. *Tax Justice Network* 2005. g. izvještava o postojanju 69 zemalja poreskih utočišta.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Murphy, R., Christensen, J., Kimmis, J., *Tax us if you can*, A Tax Justice Network Briefing paper, September 2005. g.

<sup>7</sup> Tax Justice Network, *Identifying Tax Havens and Offshore Finance Centres*, dostupno na [www.taxjustice.net/cms/upload/.../Identifying\\_Tax\\_Havens\\_Jul\\_07.pdf](http://www.taxjustice.net/cms/upload/.../Identifying_Tax_Havens_Jul_07.pdf).

Teško je procijeniti koliki su fondovi sklonjeni u ove centre. Prema procjenama *Tax Justice Network* iz 2005. g. 11.5 triliona US\$ ličnog bogatstva najbogatijih pojedinaca iz čitavog svijeta plasirano je izvan domicilnih zemalja. Najveći dio ovih sredstava sklonjen je u oko 70 poreskih utočišta. Prema istom izvoru, ako bi se ova sredstva oporezovala, matične zemlje bi na ime poreza naplatile oko 225 milijardi US\$. Pri tome treba imati na umu da se ova procjena odnosi samo na sredstva koja su u ličnom vlasništvu pojedinaca.<sup>8</sup>

Ako posmatramo kompanije, istraživanja pokazuju da 83% najvećih SAD korporacija imaju svoje jedinice u poreskim rajevima i ofšor centrima, dok 99% posmatranih evropskih kompanija imaju svoje jedinice u zemljama poreskog raja.<sup>9</sup> Najveći korisnici usluga poreskih skloništa u Evropi, isto kao i u SAD, su banke.

Omiljene destinacije su: Hong Kong, Kajmanska Ostrva, Luksemburg, Bermude, Britanska Djevičanska Ostrva, Džersi, Mauricijus, Panama, Kostarika. Američke korporacije koriste Kajmanska ostrva više nego druge lokacije, britanske bivše britanske kolonije, francuske pokazuju najviše sklonosti ka Švajcarskoj i Luksemburgu, dok Holandani više vole Hong Kong i Maleziju. Istraživanje je, istina, identifikovalo ove kompanije ali nije dalo odgovore na niz značajnih pitanja. Ne zna se kolika im je vrijednost, kojom djelatnošću se bave, koliki je promet, koliko ljudi zapošljavaju, koliki profit knjiže, te kolike iznose plaćaju (ili ne plaćaju) na ime poreza. Praktično, osim činjenice da su aktivne na ovim područjima, ništa drugo od informacija relevantnih za njihovo poslovanje nije poznato. Procjena je da su na ovaj način izgubljeni poreski prihodi za zemlje u razvoju oko 160 milijardi US\$ godišnje.

Isto tako, procijenjeno je da je korišćenjem poreskih rajeva SAD izgubila oko 100 milijardi US\$, Njemačka oko 25, a Francuska oko 20 milijardi US\$.

## UTICAJ PORESKIH UTOČIŠTA NA NASTAJANJE GLOBALNE KRIZE

Početak globalne krize kojoj smo svjedoci vezuje se za juli 2007. godine kada su bankrotirala dva hedž fonda (eng. *hedge fund*) koja su bila u vlasništvu jedne velike američke investicione banke a sa registracijom na Kajmanskim ostr-

---

<sup>8</sup> United States Government Accountability Office, Large U.S. Corporations and Federal Contractors with Subsidiaries in Jurisdictions Listed as Tax Havens or Financial Privacy Jurisdictions, Report to Congressional Requesters, GAO-09-157, December 2008.

<sup>9</sup> *Where on earth are you? Major corporations and tax havens*, Tax Justice Network, 2009, dostupno [www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/45940CCbd01.pdf](http://www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/45940CCbd01.pdf), p. 2.

vima, dakle, u jednom od poznatih ofšor centara. Ovo je, naravno, mogla biti pu-ka slučajnost. Međutim, u naučnoj javnosti već se vode značajne polemike da li su i koliko ovakve jurisdikcije uticale na pojavljivanje globalne krize.

Poreska konkurencija prouzrokuje određene negativne efekte čak i u situa-ciji kada globalni ekonomski tokovi nisu poremećeni.<sup>10</sup> Ona dovodi do snižava-nja poreskih stopa čime erodira nacionalne poreske baze. Isto tako, na ovaj način se pomjeraju pozicije konkurentnosti pojedinih zemalja na međunarodnom tržištu. Snižavanje poreskih stopa u jednoj zemlji može se »preliti« i na susjedne jurisdikcije što može rezultirati »trkom do dna« odnosno opštim snižavanjem pri-hoda od poreza. Poreski teret se prebacuje sa prihoda na potrošnju čime se one-mogućava postizanje poželjnog nivoa redistribucije u društvu i povećava nepravličnost u oporezivanju. Imobilni kapital snosi veći poreski teret s obzirom da zemlja nastoji da opadajuće poreske prihode nadomjesti oporezujući nemobil-ne poreske osnovice. Isto tako, blaže oporezivanje prihoda od kapitala utiče na inkorporisanje individualnih biznisa.

Analizirajući posljednju krizu stručnjaci se slažu da je poreska utočišta nisu izazvala, ali su svojom labavom regulativom i niskim poreskim opterećenjem značajno doprinela poremećajima u globalnoj ekonomiji. Neki od mehanizama koji su uticali na pogoršanje globalnih tokova su:<sup>11</sup>

– Ofšor centri su doprinjeli ubrzanom rastu kompanija iz sektora finansijskih usluga, omogućili im da zaobiđu domaću regulativu čineći ih finansijski i po-litički toliko moćnim da postaju »preveliki da bi se dozvolilo njihovo propadanje.«

– Nezdrava poreska konkurencija spriječila je donošenje strožijih poreskih propisa koji su, da su bili donijeti, mogli uticati na zaustavljanje ili sprečavanje nekontrolisanog rasta finansijskih institucija.

– Poreska utočišta i poreska konkurencija promovisali su favorizaciju dužničkog finansiranja u odnosu na finansiranje vlastitim kapitalom što je uticalo na odnose ponude i tražnje kapitala i kamatne stope, a mogućnost veće zarade povećavala je sklonost ka rizičnim finansijskim transakcijama.

– Poreski rajevi omogućili su odvijanje sumnjivih finansijskih tokova (ug-lavnom preko transfernih cijena) od manje razvijenih zemalja ka finansijskim centrima kao što su London i Njujork produbljujući tako već postojeće makroe-konomske disbalanse.

---

<sup>10</sup> Vidjeti više Raičević, B., Nenadić, J., op. cit., str. 58–60.

<sup>11</sup> Više vidjeti: *Economic Crisis+Offshore*, Tax Justice Network, Cottarelli, C., *Debt Bias and Other Distorsions: Crisis related issues in tax Policy*, International Monetary Fund, June 2009, Loomer G, Maffini, G., *Tax Havens and Financial crisis*, Oxford University Centre for Business Taxation, April, 2009.

– Jedno od značajnih obilježja krize je i opšte nepovjerenje unutar finansijskog sektora. Ovakvoj klimi značajno su doprinijela poreska utočišta jer su upravo njihovim postojanjem omogućene višestruke finansijske transakcije između različitih jurisdikcija i različitih aktera. Ako se ovome doda i netransparentnost i skrivanje podataka o vlasništvu i poslovanju pojedinačnih korporacija, postaje jasno da je nemoguće sagledati pravu finansijsku poziciju potencijalnih partnera u bilo kom poslu. Samim tim raste rizik i hazarderstvo u poslovanju.

– Poreski rajevi su obezbijedili pokriće za mnoge kažnjive djelatnosti kao i pranje nezakonito stečenog novca.

– Koristeći usluge ofšor centara kompanije su dugo uspjevale da sakriju značajne gubitke.

– Ofšor centri su odigrali značajnu ulogu u kreiranju likvidnosti koja je jedan od značajnih faktora ubrzavanja krize.

Iz navedenog proističe da su poreska utočišta na globalnu (finansijsku) krizu uticala više omogućavanjem tajnosti podataka nego omogućavanjem utaje poreza. Međutim, ako izbjegavanje i utaja poreza nisu imale značajniji uticaj na pojavu globalnih poremećaja, opšti je stav da mogu imati pozitivno dejstvo u procesu prevladavanja krize.

## MJERE U BORBI PROTIV PORESKIH SKLONIŠTA

Izbijanjem posljednje krize izašli su na vidjelo mnogi problemi i slabe tačke savremenih tržišnih ekonomija. Pad privredne aktivnosti prouzrokovao je čak i kod najrazvijenijih zapadnih zemalja fiskalne probleme i rastuće deficite. Jedna od preduzetih mjera u pokušaju da se eliminišu deficiti je da se poveća procenat naplativosti poreza. Poreska utočišta postaju meta sve jačih kritika kako pojedinačnih zemalja tako i međunarodnih organizacija i grupacija zemalja.<sup>12</sup>

Smatra se da je najobuhvatnija inicijativa preduzeta od strane grupacije zemalja OECD. Ona svoje korijene vuče još iz 1989. g. kada je ova organizacija pozvala poreska utočišta da sa zemljama članicama OECD sklope ugovore na bilateralnoj bazi o razmjeni informacija u poreske svrhe.

OECD grupacija je u ovom smislu vršila pritisak samo na male ostrvske i neke zemlje u razvoju. Pri tome ni jedna zemlja članica OECD nije bila prozvana da obezbijedi transparentnost ofšor centara koji su bili aktivni na njenoj teritoriji.

---

<sup>12</sup> Borba protiv poreskih utočišta nije novijeg datuma, još od 1989. g. pod pokroviteljstvom grupe G-7 vodi se akcija za sprečavanje pranja novca u poreskim utočištima i ofšor centrima. MMF takođe ima program za procjenu ofšor centara.

U periodu 2000–2002. g. ukupno 31 jurisdikcija ranije identifikovana kao poresko utočište pristala je, ali samo formalno, da pristupi razmjenu podataka kako predviđaju standardi OECD. Ovi standardi zahtjevaju:<sup>13</sup> obavezu razmjene informacija na zahtjev zainteresovane poreske administracije i punu primjenu domaće regulative i na strane ugovorne partnere; bankarska tajna i poreski interesi zemlje domaćina ne smiju biti prepreka razmjenu informacija; sve relevantne informacije moraju biti raspoložive; garantovanje stroge tajnosti razmjenjenih informacija.

Sedam zemalja među kojima su Andora, Lihtenštajn i Monako odbilo je da prihvati ove standarde, makar i formalno. One su od strane OECD komiteta za fiskalne poslove 2002. stavljene na crnu listu. Do 2007. četiri od sedam identifikovanih nekooperativnih zemalja pristaju da prihvate standarde.

Od 2008. stalno rastu politički pritisci da se preduzmu oštrije mjere u ovoj oblasti. Poreska evazija u međunarodnim okvirima postaje ključna tema rasprava na sastancima grupe 20 najrazvijenijih koje su zaprijetile sankcijama onim zemljama koje ne pristanu na razmjenu informacija. Značajan napredak je postignut početkom aprila 2009. g. Na samitu G 20 u Londonu standard OECD o razmjeni informacija u poreske svrhe prihvaćen je i od preostale tri zemlje sa crne liste (Andora, Lihtenštajn i Monako) tako da je lista trenutno prazna. Ovdje treba napomenuti da je prethodne 2008. g. gore navedeni standard OECD ugrađen i u model poreske konvencije UN.

Da je implementacija ovog standarda već počela govori činjenica da je već sklopljeno preko 500 ugovora i to sa zemljama koje su 2009. g. identifikovane kao nekooperativne. Od tada pa do danas 28 zemalja je potpisalo po najmanje 12 ugovora što ih je kvalifikovalo da budu skinute sa liste zemalja koje ne primjenju prihvaćene standarde. S obzirom da je dosadašnja praksa pokazala da je samo puko prihvaćanje standarda nedovoljno, 2009. godine se pristupilo i reorganizaciji Globalnog foruma transparentnosti i razmjene informacija u poreske svrhe (eng. *Global Forum on Transparency and exchange of Information for Tax Purposes*). Ovaj forum obuhvata sve OECD zemlje, sve članice grupacije G 20 i sve ofšor jurisdikcije, ukupno 94 zemlje. Njen zadatak je da u naredne tri godine napravi sveobuhvatnu analizu i na osnovu nje uradi preporuke koje bi omogućile primjenu OECD standarda. Posao bi se sastojao iz dvije faze, pri čemu bi u prvoj naglasak bio na analizi i dogradnji pravnog i regulatornog okvira a u drugoj na samoj implementaciji standarda. Marta 2010. godine završen prvi u nizu izvještaja koji su predviđeni, a obuhvata 18 zemalja.

---

<sup>13</sup> *Promoting Transparency and exchange of Information for Tax Purposes – A background information Brief*, OECD, July, 2010.

U cilju omogućavanja pristupa što većem broju zemalja, G 20 i OECD sačinile su Protokol za dopunu zajedničke konvencije OECD i Savjeta Evrope o administrativnoj pomoći, a koga je maja 2010. već prihvatilo 15 zemalja.<sup>14</sup> Da bi se obezbijedio što potpuniji pristup manje razvijenih zemalja, OECD komitet za fiskalne poslove je u maju 2010. g. preuzeo zadatak da razradi i program tehničke pomoći u razmjeni informacija.

Ovdje ćemo još napomenuti da je EU još 2005. usvojila direktivu o obavezi automatske razmjene informacija između zemalja članica u poreske svrhe a u vezi sa isplatama dohotka od štednje rezidentima EU.<sup>15</sup> Pored zemalja članica, ova direktiva se odnosi i na Lihteštajn i Švajcarsku.

Vidimo da se preduzete značajne akcije na smanjivanju poreskih utaja u međunarodnim okvirima. Međutim, izgleda da ni zemlje koje su inicirale ove mjere nemaju baš puno povjerenje u njih. Njemačka je obećala svojim građanima da neće biti sankcionisani ako samoinicijativno dopune svoje poreske prijave tako što će uvrstiti i prihode od sredstava deponovanim na tajnim bankarskim računima u inostranstvu. Slične mjere je preduzela i Francuska.

Početkom ove godine Njemačka je otišla i korak dalje. Rizikovala je diplomatski incident i zahlađenje odnosa sa Švajcarskom pošto je za dva miliona evra kupila CD sa podacima o tajnim bankarskim računima svojih građana u ovoj zemlji.

Bez obzira koliko će OECD inicijativa uroditi plodom, treba napomenuti da i dalje niko ozbiljnije ne dovodi u pitanje samo postojanje poreskih rajeva. Razvijenim zemljama je izgleda samo bitno da kroz povećanu transparentnost naplate porez od svojih rezidenata. Poreska konkurencija se generalno ne smatra štetnom pojavom – zvanični stav OECD da svaka zemlja može samostalno voditi poresku politiku što znači i određivati nivo poreskog opterećenja na svojoj teritoriji.

Isto tako, poreske oaze u razvijenim zemljama će, izgleda, i dalje postojati jer one za sada ne pokazuju spremnost da se odreknu politike povoljnijeg tretmana stranog kapitala.

S druge strane, može se očekivati da se, u mjeri u kojoj se na taj način obezbijeduje čvršća finansijska kontrola i spriječava ponovno izbijanje finansijskih kriza, nešto pooštre propisi poslovanja finansijskih institucija. Međutim, i ovaj proces će proći trnovit put – na samitu G 20 održanom u Južnoj Koreji juna ove godine nije prošao prijedlog uvođenja međunarodnog poreza na banke i po-

---

<sup>14</sup> Originalna konvencija potiče iz 1995. g.

<sup>15</sup> EU je i nekim prethodnim direktivama predviđala razmjenu informacija, ali samo na upit zainteresovane poreske administracije.

reza na finansijske transakcije iz koga bi se formirala sredstva za sanaciju posrnutih banki u budućnosti.

Slično tome, geopolitički interesi i finansijska moć pojedinih zemalja sigurno će i dalje imati uticaja na ovu problematiku – Kina se i u najžešćim nasrtajima na poreska utočišta tokom 2009. i 2010. godine izborila da se njeni finansijski centri ne stave na crnu listu.

Bivše socijalističke zemlje sa svojim *flat-tax* poreskim režimima i niskim poreskim stopama direktnih poreza još uvijek nisu na meti ozbiljnijih kritika – čak ni one koje su postale članice EU.

Međutim, za očekivati je da se i ovdje stvari promjene. Nakon eskalacije krize i pojave fiskalnih deficita sve su glasnjiji zahtjevi unutar EU da Evropska komisija na čelu sa komesarom za poreze uradi i predloži Parlamentu dokument kojim će se omogućiti harmonizacija direktnih poreza i uklanjanje praznina u poreskim zakonima. Ukoliko bi EU usvojila ovakve propise, to bi značilo kraj *flat-tax* poreskim sistemima. Predsjednik Evropske Centralne banke ide i dalje u ovom pravcu, smatrajući da je Uniji potrebna, slično monetarnoj, i jedinstvena fiskalna politika.

## ZAKLJUČAK

Činjenica je da je postojanje poreskih rajeva tolerisano godinama. Poreska konkurencija, svakako, ima svojih dobrih strana ali je potrebno ograničiti i svesti u razumne okvire. Ovo je prethodnih dekada bilo otežano možda i zbog toga što je promovisanje poreske konkurencije u skladu sa neoliberalnom doktrinom minimiziranja obima javnog sektora.

Globalna kriza je pokazala brojne probleme slabo regulisanog privredivanja, učinjen je zaokret u pravcu čvršće regulacija a mjere preduzete na suzbijanju štetne poreske prakse predstavljaju jedan od vidova vođenja aktivne ekonomske politike.

Postojanje fiskalnih deficita u zemljama razvijenog svijeta svakako će sa svoje strane uticati da se istraje u ovoj inicijativi. Međutim, bilo bi previše optimistično očekivati da je poreskim rajevima došao kraj. Poreske utaje su stare koliko i oporezivanje, poreska skloništa će svakako preživjeti u određenom obimu i određenoj formi pri čemu još uvijek najbolje izgleda za opstanak imaju ofšor centri u finansijskim metropolama.



LJILJANA JOVIĆ, LL.D.,  
Assistant Professor, Slobomir P University,  
Bijeljina

## TAX SHELTERS AFTER THE GLOBAL CRISIS

### Summary

As a response to the disturbances in global economy, the most developed countries, gathered around OECD, started a strong action of reducing the tax frauds and preventing tax evasions in global proportions. Such measures are brought about due to the crises of accumulated fiscal deficits and are a part of overall process of strengthening the regulations of economic flows.

The fact is that such an initiative is not that new. Since 1989 OECD has adopted standards on information exchange for the purpose of taxation. The time provided two discrepancies of these standards. The list of tax shelters was incomplete since not all the OECD members that offer tax shelters were covered, while the second discrepancy was the insufficient consistency in the implementation of the standards.

The newest initiative has more chances to succeed due to the fact that it is in the interest of the developed countries to reduce the tax evasions and finance-incurred fiscal deficits. However, it is not realistic to expect that tax evasion, in global proportions, has come to an end. Due to political and financial power, it is likely that some tax shelters and offshore centers in the developed countries will be able to continue their practice of secrecy and providing tax incentives to owners of foreign capital.



## **NEKA PITANJA U VEZI ZAKONA O POREZU NA DOBIT PRAVNIH LICA**

### UVOĐENJE POREZA NA DOBIT

Sa oporezivanjem poslovnih rezultata korporacija, preduzeća, privrednih društava ili u skladu sa poslednjim izmenama i dopunama zakona, pravnih lica u poreskom pravu Srbije počelo se početkom 1992. godine donošenjem Zakona o porezu na dobit korporacija.<sup>1</sup> Obuhvat obveznika poreza se odnosio na akcionarska i društva, društva sa ograničenom odgovornošću, društvena i javna preduzeća, zadruge i nedobitne organizacije.

Kao rezultat poreske reforme istovremeno sa donošenjem zakona, pristupilo se izgradnji institucija za njegovo sprovođenje. Osnovana je Republička uprava javnih prihoda kao centralizovan poreski i upravni organ nadležan za porez na dobit korporacija (preduzeća) koji je uveden kao novi fiskalni oblik. U to vreme preduzeća sa privatnim kapitalom u zemlji bila su malobrojna pa su se retko sre-tale transakcije i odnosi koji karakterišu privatne kompanije, a čiji je poreski tretman uređen odredbama zakona o porezu na dobit.

---

Dr Radica Šipovac, docent Pravnog fakulteta Univerziteta Privredna Akademija, Novi Sad.

<sup>1</sup> Zakona o porezu na dobit korporacija, »Sl. glasnik RS«, br. 71/1991, sa primenom od 1. 01. 1992. godine.

*Terminološko određenje*

Donošenjem Zakona o porezu na dobit preduzeća<sup>2</sup> (čiji naziv terminološki nije odgovarao obuhvatu) kao poreski obveznici uključena su, osim navedenih, i društva lica (ortačko i komanditno društvo).

Ako razmatramo upotrebu nekih reči i pravnu terminologiju u našem pozitivnom pravu iz oblasti privrede, analiziraćemo koji je to sveobuhvatan i najširi pravni izraz koji se odnosi na sve subjekte čiji se pravni položaj reguliše pravnim normama privrednog prava.

Pojedini autori<sup>3</sup> ističu da termin »preduzeće« ne pripada pravnoj nego ekonomskoj teoriji te da nije najširi pravni izraz pošto pod tim pojmom nisu obuhvaćene zadruge, radnje, privatna preduzeća, privredne komore i dr. U periodu socijalizma upotrebljavan je termin sa jasnom pravnom sadržinom »državno privredno preduzeće« koji isto nije bio terminološki sveobuhvatan ali je jasno označavao na koju se vrstu preduzeća misli. U tom periodu usvojen je i Zakon o preduzećima koji se primenjivao do 30. novembra 2004. godine.<sup>4</sup>

Pošto u našoj privredi još uvek postoje preduzeća sa društvenim kapitalom ravnopravno se, istina sve ređe, koristi termin »preduzeće«. Sa okončanjem procesa privatizacije i promenom strukture kapitala trebalo bi da se izostavi iz upotrebe termin »preduzeće« prvenstveno u zakonodavnim tekstovima a zatim i u praksi.

Nakon »preduzeća« pojavljuje se termin »društvo« za koji slobodno možemo reći da nije sveobuhvatan. U duhu srpskog jezika termin »društvo« se češće upotrebljavao da imenuje udruženje građana okupljenih oko zajedničkog cilja (Društvo pčelara, Društvo ljubitelja sitnih životinja, Društvo ljubitelja cveća, Društvo za borbu protiv raka i sl.). Neophodno je da istaknemo još jednu karakteristiku da delatnost mnogih društava sem privrednog je bila i neprivrednog karaktera.

Autori<sup>5</sup> koji su se bavili ovom problematikom ocenili su da termin »privredno društvo« nije sveobuhvatan pošto se »društva« mogu pojaviti, kao što smo napred naveli, i u neprivrednim delatnostima i kao prihvatljiv termin predlaže »privrednu organizaciju.« Za pojedine vrste organizacija pa i za »privredne« se

---

<sup>2</sup> Zakon o porezu na dobit preduzeća, »Sl. glasnik RS,« br. 29/1996 ...36/2002. godine.

<sup>3</sup> Carić, Slavko: Neophodnost izrade novog privrednog zakonodavstva i terminološki problem, Pravo i privreda, 2001. godina, broj 5-8/ XXXVIII.

<sup>4</sup> »Službeni list SRJ«, broj 29/96 ... i 36/02.

<sup>5</sup> Carić, Slavko: Neophodnost izrade novog privrednog zakonodavstva i terminološki problem, Pravo i privreda, 2001, broj 5-8/ XXXVIII.

moгу doneti posebni zakoni tim više što je razliku između privrede i neprivrede teško utvrditi.

U pravnoj teoriji pojavljuju se više ekonomski izrazi poput profitabilna ili ne profitabilna organizacija. Sve više je stranih termina u upotrebi u različitim privrednim oblastima pa i u bankarstvu i poslovanju sa hartijama od vrednosti. Pod uticajem anglosaksonskog prava često se bez prevođenja upotrebljavaju izrazi i pojmovi koji u evropskom pravnom sistemu, kome i mi pripadamo, često nemaju nikakvu pravnu sadržinu. Terminološke jasnoće prilikom korišćenja i primene pravnih izraza u pravnim propisima su bitne kako bi smo postigli mnogo viši stepen pravne sigurnosti i privukli strane investitore. Prilikom inoviranja zakonskih propisa i pravne literature uopšte, potrebno je ukazati poverenje stručnjacima iz oblasti jezika i jezičke kulture, u pogledu ispravne i jednoobrazne primene pravnih termina, kako bi se pravilno i u duhu našeg jezika koristili isti. Odbredbama Zakona je uređeno da je poreski obveznik »preduzeće« ali se pod ovim terminom podrazumevaju sva društva kapitala (investicioni fondovi, osiguravajuća društva, banke, i dr.) i druga pravna lica koja nisu preduzeća.

Usvajanjem novog Zakona u Srbiji ispravljene su osnovne terminološke nejasnoće, odnosno oporezivanje se odnosi na sve (privredne, neprivredne i dr.), organizacije sa statusom pravnih lica. Efekti ovog poreza u jednom vremenskom periodu bili su manji zbog poteškoća u njegovoj primeni, uticaja inflacije kojoj je zemlja bila podložna i dr.

### *Iskustva u svetu*

Porez na dobit ne predstavlja izdašan poreski oblik i ne može se porediti sa prihodima koji se mogu prikupiti primenom PDV, akciza ili carina.

Prvi oblici ovog poreskog prihoda pojavili su se u 19. veku, a do ekonomskih efekata, masovnijeg uvođenja i primene dolazi u 20-om veku. Porez na dobit korporacija se pokazao kao najizdašniji poreski oblik i izvor prihoda u budžetu Sjedinjenih američkih država između dva svetska rata.<sup>6</sup>

Porez na dobit predstavlja jedan od novijih poreskih oblika. U poreske sisteme većine zemalja uveden je i primenjivao se tokom 20. veka. Prihodi od ovog poreskog oblika u svetu i u zemljama članicama i kandidatima za Evropsku uniju imaju tendenciju smanjenja i gotovo ni u jednoj zemlji ne prelaze iznos od 10% ukupno prikupljenih sredstava u budžetu.

---

<sup>6</sup> Đurović-Todorović J., *Specifičnosti poreza na dobit korporacija u SAD*, Poslovna politika, 2003, vol. 32, br. 5, str. 63–66.

Oblast oporezivanja ostvarene dobiti je veoma osetljivo pitanje pa je neophodno pažljivo pristupiti izboru adekvatnog sistema oporezivanja dobiti koji će pozitivno uticati na alokaciju kapitala između zemalja u svetu i dati svoj doprinos privrednom razvoju zemalja u tranziciji.

Zemlje sa razvijenom tržišnom orijentacijom trude se da primene odgovarajući (kompatabilan) sistem oporezivanja dobiti koji bi doprineo prvenstveno razvoju privrede, pozitivnoj alokaciji resursa i drugim pozitivnim efektima (zapošljavanju radne snage) koji bi doprineli iznalaženju optimalnih rešenja sistema poreza na dobit u svetu i kod nas.

### *Porez na dobit u odabranim zemljama*

Rusija je u poslednjih godinu dana pristupila ukidanju određenih obaveza plaćanja poreza na dobit sa ciljem privlačenja većeg broja investitora i obezbeđenjem bolje poslovne klime u zemlji. Ukidanjem poreza na dobit na isplaćene dividende u ovoj godini i mogućnošću potpunog ukidanja poreza na dobit na dugoročna strana ulaganja kao i izmenom propisa o istrazi privrednih prestupa u Rusiji je znatno poboljšan privredni ambijent. Izmene se odnose i na procedure provere poslovanja koje su definisane jasnije i proveravaju se uz nadzor tužilaštva čime je izbegnuta mogućnost hapšenja u vreme istrage preduzetnika koji su počinili neki privredni prestup. U narednoj godini se planira ukidanje poreza na rast kapitala ostvarenog realizacijom dugoročnih direktnih investicija, uvođenjem različitih pogodnosti i pojednostavljenje viznog režima sa ciljem privlačenja visokostručnog kadra koji bi doprineo brojnosti i kvalitetu velikih investicionih, naučnih i visokotehnoloških projekata. Formiranjem naučnih inovacionih centara, uključivanjem stručnjaka i stvaranjem visokotehnološke proizvodnje postigla bi se veća konkurentnost zemlje korišćenjem, pre svega intelektualnih resursa.

Obveznici poreza na dobit u Sloveniji su pravne osobe u domaćem i stranom vlasništvu i udruženja u stranom vlasništvu koja nisu obveznici poreza na prihode.

Olakšice u slovenačkom zakonu nisu široko postavljene, odnosno predviđene su samo za obveznike koji se bave neprofitnim delatnostima pod uslovom da obveznik ima usklađeno finansijsko i materijalno poslovanje sa odredbama zakona koji uređuje tu delatnost. Poreske olakšice su predviđene za investiranje u opremu, prilikom zapošljavanja radnika, plaćanja premija za dodatno penzijsko osiguranje i donacije. Poreska stopa je opšta i iznosi 23% od poreske osnovice. Određena je i posebna stopa od 0% i odnosi se na investicione i penzione fondo-

ve i osiguravajuća društva koja obuhvataju i penzijske planove pod zakonom propisanim uslovima.

Hrvatska je svoj sistem oporezivanja harmonizovala sa sistemima zemalja članica EU i zasnovala na poštovanju međunarodnih sporazuma. Obveznici poreza na dobit su trgovačka društva i druge pravne osobe koje samostalno i trajno obavljaju delatnost radi ostvarivanja dobitka, dohotka ili drugih privrednih procenjenih koristi. Poresku osnovicu predstavlja dobit utvrđena u skladu sa računovodstvenim propisima na koju se primenjuje stopa od 20%. Za poreze po odbitku koje plaća isplatilac nerezidentu na kamate, autorska i druga prava, prava intelektualnog vlasništva, usluge istraživanja tržišta, poreskog i poslovnog savetovanja i revizorske usluge stopa je 15%. Ostale stope po odbitku su različite u zavisnosti koja se delatnost obavlja i iznose od 5–15%, korisnici slobodne zone 10% a delatnost rehabilitacije i zapošljavanja osoba sa invaliditetom po stopši od 5%.

I Republika Makedonija se sreće sa istim problemima kao i ostele zemlje u okruženju u vezi prikupljanja i naplate poreza na dobit. Opšta kriza i nedostatak sredstava u budžetu uzrokovali su značajne izmene poreskog sistema ove zemlje u poslednjih pet godina. Pristupilo se izmenama zakona o porezu na dobit i dohodak smanjenjem poreskih stopa<sup>7</sup> i pružanjem drugih pogodnosti. Ne postoje veće razlike u načinu definisanja poreskog obveznika, poreske osnovice pa ni visine poreske stope između odredbi zakona o porezu na dobit Srbije i Makedonije. Prikupljena suma poreza na dobit u prvih šest meseci 2009. godine iznosila je za oko 4 odsto manje od sume predviđene poslednjim rebalansom budžeta.<sup>8</sup> Najmanje prikupljenih sredstava (samo 42 miliona evra) zabeleženo je kod poreza na dobit. Jedan od razloga su široko postavljene olakšice, odnosno oslobođenja pružena preduzećima obveznicima poreza na dobit, koji se (100%) oslobađaju plaćanja poreza ukoliko ostvarenu dobit usmere u reinvestiranje.

Oporezivanje dobiti u Crnoj Gori uređeno je Zakonom o porezu na dobit pravnih lica<sup>9</sup> primenom najniže poreske stope od 9%. Ekonomska kriza i ostali ograničavajući faktori uticali su na vladu Crne Gore da pristupi donošenju novih mera<sup>10</sup> koje će doprineti unapređenju poslovnog ambijenta i povećanju broja likvidnih malih i srednjih preduzeća. Pomenutim izmenama ukunuta je obaveza plaćanja poreza na dobit pravnih lica u vidu mesečnih akontacija čime su obveznici dobili slobodna sredstva za poslovanje u toku godine. Usvajanjem Uredbe o

---

<sup>7</sup> Stope poreza na dobit u 2006. godini su se kretale od 15 do 24%, u 2007. smanjene su na 12% sa tendencijom smanjenja u 2008. na 10%.

<sup>8</sup> Podaci dostupni na sajtu Upraljve za javne prihode Makedonije.

<sup>9</sup> Zakon o porezu na dobit pravnih lica, »Sl. list Republike Crne Gore,« br. 65/2001, 12/2002, 80/2004 i »Sl. list CG«, br. 40/08.

<sup>10</sup> Izmene i dopune zakona o porezu na dobit iz 2009. godine.

odloženom plaćanju poreza na dobit pravnih lica data je mogućnost poreskim obveznicima da dospeli dug plate u šest jednakih mesečnih rata. Donetim merama uspostavlja se efikasan model naplate poreskih potraživanja i stvara sprega poverenja poreskih obveznika i vlade koja se trudi da merama poreske politike unapredi poslovanje privrednih subjekata. Rešenje u slučaju ne izmirenja prve rate je isto kao u Srbiji pošto poreski obveznik koji ne izmiri dospelu ratu u roku (reprogram), kao obavezu mora da uplati celokupan iznos poreskog duga. Odredbama zakona je uređeno da obveznici poreza na dobit pravnih lica imaju obavezu podnošenja prijave poreza na dobit (samooporezivanje) u roku, nakon isteka ovog roka nadležan poreski organ (Poreska uprava) je dužna da preduzme mere prema svim poreskim obveznicima koji iste nisu podneli ili su to naknadno učinili. Praćenje broja podnetih (nepodnetih) ili delikventnih poreskih prijava doprinosi povećanju fiskalne discipline, odnosno većem stepenu poštovanja principa samooporezivanja.

Odredbama Zakona na dohodak fizičkih lica Crne Gore smanjena je stopa poreza sa 12 na 9% i izjednačene poreske stope za akontativno plaćanje za sve izvore dohotka na 9% što predstavlja značajnu poresku olakšicu za preduzetnike i one koji obavljaju dodatnu delatnost.

Bosna i Hercegovina je svoj pravni sistem uredila sa dva zakona koji se primenjuju svaki za svoju teritoriju.<sup>11</sup>

U Federaciji BiH posebno su podsticajno uređena umanjenja poreza na dobit za novoosnovano preduzeće i zadrugu, oslobođenje za prvu godinu poslovanja iznosi 100%, za drugu godinu poslovanja iznosi 70%, za treću godinu poslovanja iznosi 30%. Da bi se ostvarilo ovo poresko oslobođenje neophodno je da poreski obveznik posluje u kontinuitetu pet godina. Pruženom olakšicom se želela pružiti olakšica prilikom nabavke osnovnih sredstava u novoosnovanim preduzećima.

Republika Srpska je zakonskim odredbama uredila da se poreskom obvezniku koji izvrši ulaganja u osnovna sredstva i dr. u sopstveno ili drugo pravno lice, poreska osnovica umanjuje za visinu ulaganja. Ovako visoko postavljena poreska olakšica je donekle i opravdana pošto u Republici Srpskoj nisu predviđeni neki drugi veći poreski podsticaji.

Ako posmatramo pojedinačno odabrane zemlje u tranziciji može se doći do zaključka da ne postoje velike razlike u visini i strukturi poreskih prihoda.

Posmatrani poreski sistem nisu postavljeni tako da povećavaju poresku konkurentnost svojih država nego predstavljaju kompromisno rešenje za prevazi-

---

<sup>11</sup> Zakon o porezu na dobit preduzeća BiH (Federacije) »Službene novine federacije BiH,« broj 32a/97) i Zakon o izmenama i dopunama zakona o porezu na dobit preduzeća) »Službene novine federacije BiH,« broj 29/2000; i Zakon o porezu na dobit Republike Srpske.



laženje ekonomske krize putem brojnih oslobođenja i olakšica plaćanja poreza na dobit.

### *Privatizacija kapitala*

Na stabilnost okruženja sem zakonske regulative znatno utiču i procesi privatizacije i tranzicije kapitala.

Proces privatizacije je značajan ne samo zbog procesa pretvaranja društvenog i državnog kapitala u privatni već i zbog uspostavljanja tržišnog načina poslovanja.

Za privatizaciju u našoj zemlji se ne može reći da je uspešna. Privatizacija naših preduzeća je otpočela pre dvadeset godina, odnosno 1989. godine kada je donet prvi zakon o privatizaciji, uz nekoliko izmene zakona i uslova privatizovanja. Za privatizaciju u Srbiji možemo slobodno reći da je spora, skupa i neefikasna i kao proces bi je trebalo što pre završiti kako bi se izbegle veće štete po društvo. Privatizacioni proces bi trebalo ubrzati i preduzeća prodati po ponuđenim cenama. Iako su istekli svi rokovi privatizacija u Srbiji nije okončana.

Zbog stratejskog značaja koji ima javni sektor (EPS i NIS) država je trebala da ostane u ovim privrednim društvima sa značajnim prisustvom, odnosno, da zadrži većinski, eventualno, blokirajući paket akcija.

Pod tranzicijom podrazumevamo neevolutivan prelazak socijalizma u kapitalizam, postupno traženje načina izgradnje novog privrednog i društvenog sistema, na osnovu dostignuća savremenih tržišnih privreda i razvijenih ekonomskih društava. Cilj tranzicije je uspostavljanje efikasne tržišne privrede, što podrazumeva prelazak na privatnu svojinu kao preovlađujući oblik svojine i uspostavljanje integralnog tržišta kao primarnog oblika regulacije ekonomskih tokova. Reforma se sprovodi i akcijama u drugim oblastima ekonomskog života bez obzira na različite okolnosti u raznim privredama.

Slovenačka privreda je privatizovana kombinacijom modela decentralizovane, postepene i plaćene privatizacije i modela centralizovane, brze i neplaćene privatizacije.

Država je zakonima odredila načine privatizacije a preduzeća su sama birala kombinaciju dva ponuđena metoda. U skladu sa prvim modelom privatizacija je bila postepena, zasnovana na dokapitalizaciji ili udelima radnika, bez povišica plata.

Primenom drugog modela država je društvenu imovinu pretvorila u državnu, prenela je na posebne fondove i podelila deonice tih fondova. Proces formiranja vlasništva se poloako odvijao, u vreme privatizacije, to je bilo najbolje moguće rešenje. Uz socijalni program determinisan sigurnošću zaposlenih, unutrašnji vlasnici su prihvatili da veliki deo profita treba zadržati u preduzeću i uk-

ljučiti ih u procese modernizacije i sigurnosti svih zaposlenih. Uspešnost slovenačke privatizacije se ogleda i u tome što su izazvane mnogo manje privredne i socijalne štete nego što je to bio slučaj sa procesima u mnogim drugim bivšim socijalističkim privredama. Nerešen je ostao problem neuspešnih firmi, koje nije hteo niko da kupi, i one su ostale u državnom vlasništvu. Drugi problem pojavio se kao razlika između imovine podeljene putem sertifikata i stvarne imovine. Razlika je nastala kad je stanovništvo dobijene sertifikate prenelo na fondove. Država fondovima sada nudi nekvalitetnu državnu imovinu, koju fondovi odbijaju da prihvate.

Na ovaj način sprovedeni procesi privatizacije i tranzicije ne doprinose poboljšanju rejtinga i sigurnosti Srbije. Vlasnici stranog kapitala pamte raspad Jugoslavije i interesuju se za političku sigurnost. Zemlje u kojima preovladava sociopolitička nestabilnost nisu osetile pozitivne uticaje priliva novih investicija bez obzira koja je visina stope na ostvarenu dobit. Važan faktor za ulaganja je pokazatelj opštih uslova poslovanja gde se može sagledati veza između oporezivanja međunarodnih transakcija i tokova stranih direktnih investicija.

### *Određivanje osnova oporezivanja*

Primena poreza na dobit na pravna lica može se manifestovati postojanjem jedne od odlučujućih činjenica: državljanstva, statusa rezidenta ili izvora dohotka koji se oporezuje.

Primena državljanstva kao osnova za oporezivanje se sve ređe koristi naročito u novije vreme u doba tehničko tehnološkog napretka, velikog razvoja informacionih i komunikacionih tehnologija, razvoja elektronske trgovine i brisanja granica u celom svetu. Oporezivanje pravnog ili fizičkog lica samo zato što je stanovnik neke države potisnuli su ekonomski elementi značajni za unapređenje razmene između zemalja.

Rezidentni obveznik u skladu sa odredbama zakona<sup>12</sup> podleže oporezivanju dobiti koju ostvari na teritoriji zemlje ili van nje, odnosno rezidentni obveznik je, u skladu sa odredbama zakona, pravno lice koje je osnovano i ima sedište stvarne uprave i kontrole na teritoriji Republike.

Nerezidentni obveznik je pravno lice koje je organizovalo upravu i kontrolu van zemlje. On podleže oporezivanju dobiti ostvarene poslovanjem stalne poslovne jedinice (ogranak, pogon, predstavništvo, rudnik i dr.) na čijoj se teritoriji nalazi. Ukoliko nerezidentni obveznik ostvari prihode po osnovu dividendi i ude-

---

<sup>12</sup> Zakon o porezu na dobit pravnih lica, »Sl. glasnik RS,« br. 25/01... 18/10, član 7. stav 1.

la u dobiti u pravnom licu, autorskih naknada, kamata i dr. obračunava se i plaća porez po odbitku (stopa 20%) ili primenjuju odredbe ugovora o izbegavanju ekonomskog dvostrukog oporezivanja. Status nerezidenta dokazuje se potvrdom ili drugim overenim dokumentom. Zakonskim odredbama je uređeno da je nerezident obavezan da otvori nerezidentni račun kako bi mogao da vrši transfer sredstava u inostranstvo. Nesmetani transfer sredstava je i te kako značajno pitanje za inostranog ulagača i za donošenje odluke da li da svoj slobodan kapital investira u našu zemlju. Izdavanje potvrde rezidentu vrši Poreska uprava pod uslovom da je prethodno utvrđeno da su na primanja nerezidentnih lica izmirene sve poreske obaveze.<sup>13</sup>

Kao izvor oporezivanja dobiti se definiše mesto (teritorija) na kojoj se obavlja profesionalna aktivnost. Pojedine države zastupaju stav da samo zemlja izvora može da oporezuje ostvarene dividende, kamate, autorske naknade i dobit nerezidentnog preduzeća pošto potiču sa njene teritorije, a većina primenjuje kombinaciju rezidentstva i izvora kao odlučujuće činjenice za oporezivanje.

Nacionalnim propisima je uređeno da se na kapitalne dobitke koje ostvari nerezidentno pravno lice porez plaća po osnovu rešenja nadležnog organa.<sup>14</sup> Nacionalno zakonodavstvo se primenjuje ukoliko kapitalni dobitak ostvari rezident države sa kojom nije sačinjen ugovor o izbegavanju dvostrukog oporezivanja, odnosno ukoliko se ne priloži dokaz o rezidentstvu iz države sa kojom je zaključen ugovor.

Ugovorima o izbegavanju dvostrukog oporezivanja uređuje se da li zemlja izvora ima pravo oporezivanja, i ukoliko ono postoji u tim slučajevima se oporezivanje vrši u skladu sa nacionalnim zakonodavstvom zemlje izvora.

Cilj osnivanja društva<sup>15</sup> kapitala je obavljanje registrovane delatnosti i ostvarivanje dobiti. U različitim državama na sličan način je uređeno definisanje dobitka kao dela kapitala društva.

Računovodstvena teorija dobitak (engl: *income*) posmatra kao konačni rezultat poslovanja u obračunskom periodu, odnosno to je čisti (neto) dobitak utvrđen u finansijskom izveštaju poslovnog rezultata. Dobit utvrđena poslovanjem u obračunskom periodu (tekući dobitak) ili utvrđena u bilansu stanja kao razlika između kapitala na kraju i kapitala na početku obračunskog perioda sa obuhvatom svih promena, smatra se dobitkom u računovodstvenom smislu. Ako zanemarimo razlike u načinu utvrđivanja, dobit možemo posmatrati kao merilo uspešnosti poslovanja društva putem prirasta kapitala u obračunskom periodu is-

---

<sup>13</sup> Potvrda se izdaje u skladu sa Uputstvom za rad organizacionih jedinica Poreske uprave u skladu sa članom 25. Zakona o deviznom poslovanju.

<sup>14</sup> Član 40. stav 3–5 Zakona o porezu na dobit pravnih lica, »Sl. glasnik RS,« br. 18/10.

<sup>15</sup> Zakon o privrednim društvima »Sl. glasnik RS,« br. 125/04.

kazan u finansijskom izveštaju. Vrednovanje i tumačenje iskazanih rezultata zavisi od pravne uređenosti i načna obuhvata poslovnih promena, načina računovodstvenog evidentiranja i iskazivanja. Prilikom donošenja odluke o uspešnosti privrednog društva i ostvarenoj dobiti treba uzeti u obzir i činjenicu da kvalitet i iskazana vrednost podataka u mnogome zavise od pravila korišćenih kod procenjivanja pojedinih stavki sredstava, obaveza i kapitala.

Ukoliko se desi greška u iskazivanju rezultata iz prethodnog perioda koja utiče na bilans stanja, bilans uspeha i ostale finansijske izveštaje potrebno je izvršiti korekcije računa imovine, obaveza, kapitala i neraspoređene dobiti. Ispravka greške neraspoređene dobiti (gubitka) iz ranijih godina se ne vrši ukoliko greška nije materijalno značajna i ne utiče bitnije na rezultat, odnosno greške koje utiču na rezultate iskazane u finansijskim izveštajima imaju za posledicu i pogrešan obračun poreza na dobit. Ukoliko je greška materijalno značajna vrši se ispravka početnog stanja imovine, obaveza i neraspoređene dobiti, odnosno ispravka poreskog bilansa i prijave za porez na dobit. Izmene navedenih obrazaca zahtevaju izmene poreskog bilansa i prijave poreza na dobit za prethodni period. Može se zaključiti da oporeziva dobit u više poreskih sistema obračunava na sličan način. Razlika prihoda i izdataka predstavlja knjigovodstvenu dobit koja čini osnovicu za primenu pojedinačnih korekcija uređenih zakonom u vidu priznavanja troškova i načinima njihove primene. Razlike se najčešće ispoljavaju po pitanju dividendi, tretmanu kapitalnih dobitaka, načinu obračuna amortizacije i zaliha, mogućnosti prenošenja gubitaka, odnosno mogućnosti umanjenja osnovice za ulaganja u investicije, istraživanja i razvoj.

Odredbama Zakona<sup>16</sup> je uređeno da se prilikom utvrđivanja oporezive dobiti priznaju rashodi utvrđeni i iskazani bilansom uspeha. Izdatke koje obveznik poslodavac uplaćuje po osnovu premija<sup>17</sup> za dobrovoljno dodatno penzijsko osiguranje, odnosno uplate doprinosa u dobrovoljni penzijski fond priznaju se kao rashod u poreskom bilansu ukoliko su u skladu sa opštim aktom obveznika, evidentirani u njegovim poslovnim knjigama i iskazani u skladu sa propisima o računovodstvu i reviziji, međunarodnim računovodstvenim standardima i međunarodnim standardima finansijskog izveštavanja.

Najnovijim izmenama smanjen je obim rashoda koji se priznaju kao troškovi.

### *Ubrzana amortizacija*

Amortizacija osnovnih sredstava je značajna grupa rashoda koja zahteva posebnu regulativu. Amortizacija (Engl: *Deprecation*) se definiše kao sistemski

---

<sup>16</sup> Zakon o porezu na dobit pravnih lica, »Sl. glasnik RS,« br. 25/01... 18/10, član 7. stav 1.

<sup>17</sup> Član 119. stav 1. Zakona o radu, »Sl. glasnik RS,« br. 24/05,61/05 i 54/09.

postupak raspoređivanja nabavne vrednosti osnovnog sredstva na rashode tokom njegovog upotrebnog veka i primenjuje se na : uređena zemljišta, zgrade i opremu.

Obračun amortizacije osnovnih sredstava (nekretnina, postrojenja i opreme) uređen je MRS 16 i obračunava se primenom linearnog, degresivnog ili funkcionalnog metoda.

Amortizacija nije novčana već knjigovodstvena (obračunska) vrednost a preduzeće treba da odabere onaj metod obračuna koji najispravnije prikazuje uticaj osnovnih sredstava na stvaranje prihoda preduzeća. Trošak amortizacije (otpis vrednosti) izračunava se za potrebe poreskog bilansa u skladu sa odredbama Zakona o porezu na dobit i podzakonskim aktima donetim na osnovu tog zakona.

U skladu sa ranije uređenim odredbama zakona o porezu na dobit poreski obveznik je imao pravo na ubrzanu amortizaciju stalnih sredstava i taj iznos priznao se kao rashod. Najnovijim izmenama zakonodavac se odlučio za ukidanje ovog poreskog podsticaja za određena stalna sredstva<sup>18</sup> za nerezidentne obveznike iz razloga što se obračun poreske amortizacije vrši grupno i ne može da se primeni samo za određena osnovna sredstva. Odredbama zakona preciziran je način obračuna poreske amortizacije za stalna sredstva (nekretnine) stečena u toku poreskog perioda primenom proporcionalne metode. Izmenama zakona izvršene su promene koje se odnose na poreska oslobođenja za ulaganje u osnovna sredstva, na poreski kredit za ulaganje u osnovna sredstva i poreska oslobođenja za nedobitne organizacije a smanjen je broj poreskih podsticaja ukidanjem prava na ubrzanu amortizaciju i pravo na poreski kredit po osnovu zapošljavanja radnika, odnosno da obračunati porez neće moći da se umanjí po osnovu zapošljavanja radnika.

Sušтина poreskog oslobođenja za nedobitne organizacije sastoji se u povećanju iznosa viška prihoda nad rashodima (do 400.000) i taj iznos se oslobađa plaćanja poreza na dobit.

### *Poreska integracija*

Poreska integracija se pojavljuje prilikom otklanjanja ili ublažavanja ekonomskog dvostrukog oporezivanja koje nastaje prvi put oporezivanjem ostvarene dobiti, odnosno deo dobiti raspodeljene akcionarima po drugi put se oporezuje

---

<sup>18</sup> Ukinuto je pravo na ubrzanu amortizaciju za: sprečavanje zagađivanja vazduha, vode i zemljišta, naučnoistraživački rad, računarsku opremu, školovanje i obuku kadrova. Zakon o porezu na dobit pravnih lica, »Sl. glasnik RS,« br. 18/10.

porezom na dohodak fizičkih lica. Preduzimaju se brojne mere za otklanjanje ili ublažavanje ekonomskog dvostrukog oporezivanja koje se u finansijskoj literaturi nazivaju poreskom integracijom.

Jedan od prvih pravnih dokumenata koji se bavio pitanjem otklanjanja ekonomskog dvostrukog oporezivanja je Model poreske konvencije na dohodak i imovinu (1958) koja sadrži prvi nepotpuni nacrt modela ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja.

Povećanje broja međunarodnih ugovora i porast obima i složenosti međunarodne razmene zahtevalo je donošenje regulative kojom bi se uredili odnosi učesnika u razmeni na međunarodnom nivou.

Stvaranje međunarodno-pravnog okvira za slobodno kretanje rada, usluga i kapitala uključivalo je i primenu izbegavanja međunarodnog dvostrukog (pravnog i ekonomskog) oporezivanja kao stimulans za mobilnost kapitala, ali istovremeno i prevenciju od eventualnih zloupotreba i poreske utaje.

Novi OECD Model poreske konvencije, ažuriran i modernizovan, usvojen je 2008. godine. U izradi i prilikom donošenja učestvovala je i Komisija EU. Izmene se odnose na metodologiju prilikom određivanja profita koji se pripisuje stalnoj poslovnoj jedinici, inovacije člana 24 (nediskriminacija), mogućnost uvođenja rešavanja sporova posredstvom arbitraže za nerešene slučajeve, određivanje »mesta efektivnog upravljanja«, i izmenu izvesnih aspekata definicije autorskih honorara.

Kakav će sistem poreza na dobit koja zemlja primenjivati zavisi od odnosa oporezivanja ostvarene dobiti korporacija i oporezivanja dohotka fizičkih lica (klasičan sistem oporezivanja i različite sisteme poreske integracije).

Neke od tržišno razvijenih zemalja primenjuju klasični sistem oporezivanja dobiti bez ublažavanja i primene mera za otklanjanje ekonomskog dvostrukog oporezivanja. Druge zemlje primenjuju mere delimičnog ili potpunog otklanjanja dvostrukog ekonomskog oporezivanja tj. mere poreske integracije koje plaćaju akcionari bez obzira da li se sprovode na nivou korporacije ili se oporezuje dohodak fizičkih lica.

Izmenama pravnog okvira i primenom delimične integracije Srbija čini napore i stvara uslove za izbegavanje međunarodnog dvostrukog oporezivanja u odnosu na poreze na dobit, dohodak i imovinu potvrđivanjem protokola ili potpisivanjem ugovora sa zemljama sa kojima su za to stvoreni uslovi.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Potvrđen je Protokol o izmeni ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja sa Češkom Republikom; Potvrđen je Ugovor o izbegavanju dvostrukog oporezivanja sa Estonijom, Irskom, Katarom, Libijom, Maltom; stupili su na snagu ugovor i protokol o izmeni ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja sa Grčkom – dana 21. maja 2010.

*Poreski sistem i poreska osnovica*

Koje će mere poreske politike biti primenjene u u poreskom sistemu Srbije zavisi od postavljenih ciljeva i smernica makroekonomskog razvoja. Poreski sistem treba da je koncipiran tako da doprinese stvaranju pozitivne investicione klime i da uz stabilnost pravnog okvira predstavlja okosnicu razvoja i napretka zemlje. Fiskalno opterećenje po pojedinim poreskim oblicima trebalo bi da bude umereno kako bi uz ostale faktore doprinelo konkurentnosti zemlje i značajnijem prilivu stranih direktnih investicija.

Koliko će tome doprineti česte izmene zakonske regulative kod indirektnih (PDV, akcize i dr.) i direktnih poreza (porez na dobit, dohodak i dr.) zavisice ne samo od elemenata poreskog sistema nego i od mogućnosti stvaranja adekvatnog pravnog i institucionalnog ambijenta, političke stabilnosti zemlje i drugih faktora značajnih za ekonomski rast i razvoj.

Kao osnovica poreza na dobit uzima se oporeziva dobit, odnosno razlika prihoda i rashoda koja je utvrđena u skladu sa poreskim propisima zemlje. Ne postoje bitne razlike u formiranju poreske osnovice ni u drugim zemljama pošto u osnovicu poreza na dobit ulazi prihod korporacije ostvaren na međunarodnom nivou umanjen za učinjene troškove u vezi sa obavljanjem delatnosti.

Poreski sistem bi trebao da obezbedi, ostvarivanje osnovnog fiskalnog cilja – prikupljanje javnih prihoda za pokriće javnih izdataka kao i ostvarenje ostalih ciljeva (stabilnost cena, održivi privredni rast, puna zaposlenost i dr.) Realizacija ovih ciljeva u zemljama u tranziciji je otežana usled nedostatka kapitala čiji efekti se odražavaju i otežavaju privredni rast.

Postavlja se pitanje da li su preduzete mere poreske politike tako postavljene da doprinesu znatnijoj konkurentnosti poreskog sistema Srbije i povećanom prilivu stranih direktnih investicija koje bi doprinele ubrzanom privrednom razvoju zemlje

Porez na dobit pravnih lica je fiskalni oblik koji zauzima značajno mesto u poreskoj strukturi Srbije primenom stope od deset posto koja je ujedno i jedna od najnižih u regionu.<sup>20</sup>

Pregled stopa PD za izabrane zemlje u tranziciji:

<i>Zemlja</i>	<i>Opšta stopa % PD</i>
Srbija	10%
Makedonija	10%

---

<sup>20</sup> Bivša jugoslovenska republika Crna Gora primenjuje nižu stopu PDPL od devet odsto, dok Republika Srpska (Bosna i Hercegovina) primenjuje stopu od deset odsto kao i Srbija.

Hrvatska	20%
Crna Gora	9%
Republika Srpska	10%
Rusija	10%
Slovenija	23%

Poreski sistem Srbije se odlikuje niskom opštom stopom (10%) i veoma razvijenim sistemom poreskih olakšica. Veoma brojne i po različitim osnovima uređene poreske olakšice čine efektivnu stopu nižom od propisane. U nedostatku zvaničnih podataka, pojedinačne analize pokazuju da brojne poreske olakšice dovede do smanjenja efektivne poreske stope poreza na dobit u zemlji na 5–6%.

Porez na dobit preduzeća u poreski sistem Srbije uveden je zakonom, utvrđuje se rešenjem a naplaćeni iznosi raspodeljuju između Republike i pokrajine.

Obveznik poreza na dobit podnosi poresku prijavu (samooporezivanje) za propisani poreski period, odnosno deset dana nakon isteka roka predviđenog za podnošenje finansijskih izveštaja.

Koje će poreske olakšice poreza na dobit biti uvedene zavisi od konkretnih potreba zemlje za investicijama (želja države da privuče pojedine investicije na svoju teritoriju) i određivanja konkretnih vrsta poreskih podsticaja regulativom države sa ciljem privlačenja odabrane kategorije investicija. Srbija i zemlje u kojima preovladava sociopolitička nestabilnost nisu osetile pozitivne uticaje priliva novih investicija.

Stabilnost opštih uslova poslovanja je bitan faktor opredeljenja tokova stranih direktnih investicija kao i visina poreza na međunarodne transakcije.

Koristeći iskustva evropskih tranzicionih zemalja u oblasti primene investicionih podsticaja može se zaključiti da su fiskalne inicijative najčešće korišćena podsticajna mera, mada postoje i razlike u vezi primenjivanih modela podsticaja. U regionu centralne i istočne Evrope, 80% zemalja pružalo je kao olakšicu investitorima sniženje stope poreza na dobit i potpuno oslobađenje od poreskih obaveza u određenom periodu (*tax holidays*) kao i mogućnost korišćenja oslobodenja od uvoznih obaveza i dažbina. Kao zaštitu potencijalnih investitora od čestih fluktuacija u okviru poreskog sistema, neke od evropskih zemalja u tranziciji primenjivale su meru »stabilizacije poreskog sistema«, odnosno zamrzavanje poreskog režima na postojećem nivou za ugovoreni vremenski period. Mere iz oblasti finansijskih investicionih podsticaja su se u tranzicionim zemljama mnogo manje koristile od fiskalnih, odnosno samo u pojedinim zemljama su primenjivane državne dotacije, subvencionisani zajmovi ili kreditne garancije.

Porez na dobit direktno utiče i primenjuje se na iskazanu raspoloživu dobit preduzeća. U Srbiji se kao i u većini tranzicionih država primenjuje sistem delimične poreske integracije, odnosno prvo se oporezuje dobit preduzeća porezom



na dobit a zatim se nakon raspodele dividendi vrši oporezivanje porezom na dohodak građana.

Odredbama Zakona je uređeno da postoje tri tipa poreskih olakšica u vidu poreskih kredita, poreskih oslobođenja i odlaganja poreske obaveze.

Zakonskim odredbama je uređeno da pravo na neograničeno poresko oslobođenje imaju samo preduzeća koja vrše radno osposobljavanje, profesionalnu rehabilitaciju i zapošljavanje invalidnih lica i srazmerno je učešću invalidnih lica u ukupnom broju zaposlenih u preduzeću.

## ZAKLJUČAK

Rad se bavi pitanjima utvrđivanja dobiti u Srbiji i odabranim posmatranim zemljama, uticajima koje stalne izmene i dopune zakonske i podzakonske regulative imaju na okruženje kao i kako povećanje i smanjenje oslobođenja i olakšica utiče na efektivnu poresku stopu i koliko doprinosi konkurentnosti zemlje i privlačenju investicija.

RADICA ŠIPOVAC, LL.D.,  
Assistant Professor, University Business Academy,  
Faculty of Law, Novi Sad

## SOME ISSUES OF THE LAW ON PROFIT TAX OF JURIDICAL ENTITIES

### Summary

The paper deals with issues of determining profit in Serbia and selected countries. Also consider are the effects of permanent amendments to relevant legislation and by-laws on the environment as well as how both an increase and a reduction in exemptions and incentives affect the current tax rate and how much all this contributes to competitiveness of the country in the sphere of attracting foreign investments.



BRANKO LUBARDA

### OSTVARIVANJE I ZAŠTITA SOCIJALNIH PRAVA

#### U V O D

Ostvarivanje socijalnih prava ima svoje nepravne pretpostavke i pravne preduslove. Nepravne pretpostavke su pre svega u vezi sa ekonomskim pokazateljima: ekonomskim razvojem (rastom društvenog proizvoda), stopom nezaposlenosti, odnosom osiguranika i korisnika socijalnih prestacija (posebno penzionera), finansijskom održivosti sistema socijalne sigurnosti i socijalne zaštite. Globalna ekonomska kriza, kao i aktuelna ekonomska kriza u našoj zemlji i Regionu javlja se kao ozbiljan ograničavajući faktor za ostvarivanje socijalnih prava, imajući posebno u vidu iskazivanje viškova zaposlenih (kolektivno otpuštanje), kao i tendencije u neformalnom sektoru ekonomije.

Osnovna socijalna ljudska prava su ključna vrednost za uređivanje socijalnog modela – ta vrednost je univerzalna i pravnoobavezujuća. U uslovima globalizacije, i pored svih njenih prednosti, javljaju se rizici po ostvarivanje socijalnih prava ne samo usled svetske ekonomske krize već i usled ogromnih transfera koji se obavljaju između zemalja u razvoju, zemalja tranzicije i metropola (globalizacije).<sup>1</sup>

---

Dr Branko Lubarda, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, predsednik Udruženja za radno pravo i socijalno osiguranje Srbije.

<sup>1</sup> K. Duzinas, *Ljudska prava i imperija – Politička filozofija kosmopolitizma*, Beograd, 2009, str. 249–250.

Ostvarivanje socijalnih prava se i u savremenim uslovima suočava sa ozbiljnim preprekama: savremnim oblicima ropskog (dužničkog) rada, pod kojim se može podrazumevati i faktički rad (tzv. rad na crno), ilegalni rad radnika migranata (bez dozvole boravka i radne dozvole), trgovina ljudima (i decom); prinudnim rad; diskriminacijom na radu; zlostavljanjem (psihičkim i seksualnim); socijalno neodgovornim menadžmentom; itd.

Socijalna ljudska prava karakteriše njihova izražena ranjivost, što je posebno slučaj kod zaposlenih koji su angažovani po osnovu fleksibilnih oblika zapošljavanja, kao i lica koja se angažuju na osnovu lanca podugovora (sub-contracting).

Zbog sveta toga pitanje zaštite socijalnih prava je od prvorazrednog značaja, a pluralizam institucija javnopravnog, ali i privatnopravnog karaktera, kao i pluralizam metoda zaštite socijalnih prava ima za cilj da doprinese efikasnoj zaštiti socijalnih prava. Pluralizam oblika zaštite uključuje međunarodnu zaštitu socijalnih prava i zaštitu unutar pravnog sistema države (Srbije). U okviru sistema UN, posebno posle usvajanja Dodatnog protokola o pravu na predstavku pojedinca uz Međunarodni pakt o ekonomski, socijalnim i kulturnim pravima iz 2008? (čija ratifikacija od strane naše zemlje bi značajno doprinela zaštiti socijalnih prava pojedinca), kao i zaštita u sistemu kontrole u okviru MOR-a – redovni mehanizam (na osnovu izveštajka vlada) i posebni postupci kontrole, od bitnog su značaja za ostvarivanje i zaštitu posebno osnovnih socijalnih prava (posle donošenja Deklaracije o osnovnim socijalnim pravima i načelima iz 1998. godine). Kako je Srbija ratifikovala 2009. i Revidiranu evropsku socijalnu povelju, od značaja za ostvarivanje i zaštitu socijalnih prava je i kontrolni mehanizam u okviru Saveta Evrope, odnosno uz učešće Evropskog komiteta za socijalna prava i drugih tela. Treba se nadati da će i Dodatni protokol o kolektivnim žalbama uz Evropsku socijalnu povelju biti u dogledno vreme potvrđen, kako bi se i socijalnim partnerima omogućilo pravo na podnošenje kolektivnih žalbi, odnosno pokretanje postupka zaštite socijalnih prava u vezi sa Evropskom socijalnom poveljom. Razume se, praksa Evropskog suda za ljudska prava, naročito imajući u vidu da je Srbija ratifikovala i Protokol br. 12 o zabrani diskriminacije (u pogledu prava priznatih nacionalnim zakonodavstvom), od posebnog je značaja za zaštitu socijalnih prava. Dobro je poznato da je Srbija izgubila niz sporova u vezi sa socijalnim pravima usled povrede prava na pravedno suđenje i suđenje u razumnom roku (usled dugotrajnosti rešavanja radnih sporova).

U našoj zemlji, u nastojanju da se učini efikasnijom sudska zaštita ljudskih prava, došlo je do krupnih promena u organizaciji, nadležnosti i, delom, postupku rešavanja sporova. Naime, Zakon o uređenju sudova (2008) predvideo je osnivanje novih specijalizovanih sudova: Upravni sud je nadležan za rešavanje upravnih sporova i povodom socijalnih prava državnih službenika (radni spor državnih

službenika), kao i sporova o zakonitosti konačnih rešenja institucija socijalnog osiguranja (u vezi sa pravima iz socijalnog osiguranja), pri čemu je značajna novena u Zakonu o upravnim sporovima predviđanje održavanja javne usmene rasprave. Posebnim zakonom su osnovani i prekršajni sudovi, što je od značaja i za zaštitu socijalnih prava, naročito imajući u vidu ovlašćenja inspekcije rada za pokretanje prekršajnog postupka protiv poslodavaca. Privredni sud (namesto trgovinskog) zadržao je ovlašćenje da rešava radne sporove u toku stečaja. I ovom prilikom se može izraziti izvesno profesionalno, akademsko nezadovoljstvo zbog toga što nije došlo do specijalizacije sudstva za rešavanje radnih sporova (makar u prvom stepenu, što bi smanjilo troškove osnivanja novog specijalizovanog sudstva u dugom stepenu), ali određena poboljšanja su vidljiva u pogledu specijalizacije postupka u Zakonu o parničnom postupku (pri čemu se čine i određeni napori da se omogućí odgovarajuća specijalizacija sudija).

Određeno ohrabrenje u pogledu većih efekata alternativnog rešavanja radnih sporova javlja se, zahvaljujući novinama u Zakonu o mirnom rešavanju radnih sporova, kojim se daje veći značaj Republičkoj agenciji za mirno rešavanje radnih sporova. U tom smislu je od značaja pooštavanje uslova za izbor arbitara, tako da se povećava broj rešenih individualnih i kolektivnih radnih sporova, čime se smanjuje potreba za pribegavanjem štrajku. Ipak, potrebno je ukazati na to da je pripremljen Predlog zakona o štrajku ove godine, koji na konzistentniji način uređuje uslove za ostvarivanje prava na štrajk u opštem i posebnom pravnom režimu, uz predlog za priznavanje prava na štrajk državnim službenicima (uz poštovanje minimuma procesa rada).

Najzad, neophodno je naglasiti značaj prakse Ustavnog suda Srbije u zaštiti socijalnih prava, imajući u vidu znatan broj podnetih ustavnih žalbi ima za predmet povredu socijalnih prava. Mada se načelno može postaviti pitanje *de constitutione ferenda* uslova za podnošenje ustavnih žalbi i protiv odluka najviše sudske instance (Vrhovnog kasacionog suda), dosadašnja praksa Ustavnog suda je značajno doprinela zaštiti ustavom garantovanih socijalnih prava.

Efikasnijoj zaštiti socijalnih prava, naročito zaštiti od diskriminacije u zapošljavanju i na radu, doprinosi formiranje novih institucije, pod uticajem prava EU, koje je i samo bilo inspirisano određenim rešenjima iz common law sistema (naročito američkog antidiskriminatorskog zakonodavstva) – uspostavljanje niza agencija, odnosno Poverenika za rodnu ravnopravnost; širenje nadležnosti Poverenika za informacije od javnog značaja u pogledu zaštite ličnih podataka. Pokazuje se da praksa Zaštitnika građana uključuje veliki broj predmeta povodom navoda o povredi socijalnih prava.

Kako je zaštita od diskriminacije i zlostavljanja na radu bila jedna od preokupacija domaćeg zakonodavca i institucija za suzbijanje diskriminacije i zlostavljanja na radu u proteklih godinu dna, ovoj tematici se posvećuje dužna pažnja.

OSTVARIVANJE I ZAŠTITA SOCIJALNIH PRAVA  
VERSUS DISKRIMINACIJA

Diskriminacija predstavlja narušavanje načela jednakosti šansi i postupanja u svim vidovima radnih odnosa – od zasnivanja do prestanka radnog odnosa, u pogledu individualnih i kolektivnih prava zaposlenih. Štaviše, diskriminacija se može javiti i po prestanku važenja ugovora o radu, odnosno radnog odnosa.<sup>2</sup> Diskriminacija pogađa iznad svega lično *dostojanstvo* zaposlenog (tražioca zaposlenja) – »svako lice ima pravo da se prema njemu postupa na osnovu njegovih ličnih osobina, *zashuga i dostignuća*«; pogađa pripadnike određenih grupa – načelo da prema »sličnima treba postupati slično«<sup>3</sup>; narušava socijalnu konkurenciju na (internom-kod poslodavca i ekternom-otvorenom) tržištu rada.<sup>4</sup>

U teoriji radnog prava, zakonodavstvu i sudskoj praksi pravi se razlika između neposredne ili direktne i posredne ili indirektno diskriminacije u zapošljavanju i na radu, pri čemu se uzima više merila klasifikacije: a) namera ili motiv da se diskriminiše; b) uzročna veza između nelegitimnog osnova (zabranjen osnov ili »naizgled neutralan« osnov) i nejednakog postupanja; v) sličnost situacija (u kojima se nalaze zaposleni, odnosno tražioci zaposlenja).

Za suzbijanje diskriminacije od posebnog je značaja tzv. evropeizacija tumačenja i zaštite osnovnih (socijalnih) ljudskih prava, kako u okviru Saveta Evrope – praksa Evropskog suda za ljudska prava, tako i u okviru Evropske unije – praksa Evropskog suda pravde (Suda pravde Evropske unije). Primeri posredne diskriminacije često se susreću u praksi Evropskog suda pravde.<sup>5</sup> Tako, mada je poslodavac u SR Nemačkoj bio predvideo uplatu doprinosa za dopunsko penzijsko osiguranje za sve zaposlene koji su u radnom odnosu sa više od polovine punog radnog vremena, kako su zaposlene u tom preduzeću bile mahom u radnom odnosu sa manje od polovine punog radnog vremena, ova prividno neutralna od-

<sup>2</sup> Tako, u britanskom pravu diskriminacija se može javiti u pogledu zaposlenog kome je prestao radni odnos a nisu izvršene (dugovane) transakcije, ili nije vraćena svojina zaposlenom; S. Deakin, G. S. Morris, *Labour Law*, Oxford and Portland, 2005, str. 642–644. U domaćem pravu, takođe, moguća je diskriminacija po prestanku radnog odnosa ako poslodavac ne ispuni svoje obaveze prema zaposlenom kome je prestao radni odnos (i po osnovu razrešenja od posla/dužnosti). Naime, »poslodavac je dužan da zaposlenom, u slučaju prestanka radnog odnosa, isplati sve neisplaćene zarade, naknade zarada i druga primanja koja je zaposleni ostavrio do dana prestanka radnog odnosa«, s tim da »isplatu obaveza à poslodavac je dužan da izvrši najkasnije u roku od 30 dana od dana prestanka radnog odnosa« – član 186. Zakona o radu.

<sup>3</sup> S. Deakin, G. S. Morris, op. cit., str. 580 – 581. (»*Like should be treated alike*«).

<sup>4</sup> Ibidem, str. 571.

<sup>5</sup> S. Sciara, *From Strasburg to Amsterdam: Prospects for the Convergence of European Social Rights Policy*, in *The EU and Human Rights*, ed. Ph. Alston, Oxford University Press, 2006, pp. 491–501.

redba kolektivnog ugovora imala je za posledicu posrednu diskriminaciju – diskriminaciju zaposlenih žena u rezultatu, pošto su dovedene u nepovoljniji položaj u odnosu na muškarce u pogledu dopunskog penzijskog osiguranja.<sup>6</sup>

U cilju olakšavanja dokazivanja diskriminacije, odnosno njenog suzbijanja, u uporednom radnom zakonodavstvu (npr. u američkom,<sup>7</sup> kao i u evropskom komunitarnom radnom pravu, predviđaju se osobena pravila o teretu dokazivanja u sporovima u vezi sa diskriminacijom, pri čemu teret dokazivanja pada na tužnog – na poslodavcu da je osnov pravljenja razlike legitiman, odnosno poslodavac treba da dokaže da postoji neophodnost za takvim osnovom pravljenja razlika s obzirom na prirodu posla. Drugim rečma, u slučajevima posredne diskriminacije na poslodavcu je teret dokazivanja opravdanosti različitog postupanja.<sup>8</sup>

### *Lica sa invaliditetom*

Razlikuju se dva osnovna koncepta pravnog režima radnih odnosa lica sa invaliditetom – lica koja imaju određene (urođene ili stečene) fizičke, senzorske ili mentalne nesposobnosti (eng. *disabilities*)<sup>9</sup>, ali koji imaju radnu sposobnost za određene poslove /rad/<sup>10</sup>: arhaični koncept zaštitinih radionica (*les ateliers protgs; Sheltered workshops*), odnosno preduzeća koja zapošljavaju prevashodno lica sa invaliditetom, uz davanje izvesnih poreskih olakšica ovim preduzećima, na jednoj, i moderni koncept razumnog prilagođavanja ili davanja prvenstva u zapošljavanju kvalifikovanim licima sa invaliditetom kod poslodavaca (tzv. kvotni sistem), što podrazumeva da poslodavac snosi i povećane, ali razumne, troškove prilagođavanja postojećih radnih mesta za rad lica sa invaliditetom, na drugoj strani. Moderni koncept nastoji da prevlada koncept svojevrsne profesionalne izolacije lica sa invaliditetom imanentan radu u specijalizovanim preduzećima za zapošljavanje lica sa invaliditetom, ali nastoji da prevlada inerciju zatvorenosti, čak prikrivene diskriminatorske politike zapošljavanja drugih poslodavaca, jer najčešći /prečutani/ razlog diskriminacije u zapošljavanju lica sa invaliditetom jeste ekonomske prirode – bojazan poslodavca od povećanih troškova angažovanja ovih lica, i rezerve u pogledu produktivnosti njihovog rada. Savremeni koncept

---

<sup>6</sup> B. Lubarda, *Evropsko radno pravo*, Podgorica, 2004, str. 232. i sledeće.

<sup>7</sup> M. A. Player, *Federal Law of Employment Discrimination*, 1992, str. 290–294 (Burden of proof in disparate impact cases).

<sup>8</sup> L. Wedderburn, *The Worker and the Law*, London, 1986, str. 472.

<sup>9</sup> M. A. Player, op. cit. str. 15–16; J. M. Ivanchevich, *Human Resource Management*, Boston, 1992, str. 51.

<sup>10</sup> J. M. Ivanchevich, op. cit., str. 51.

zapošljavanja odražava i uverenje da princip tolerancije – jednakosti šansi u zapošljavanju ne sme biti »hladno« (*dura lex, sed lex*) primenjivan u pogledu zapošljavanja lica sa invaliditetom, tj. da krutost komutativne pravde treba ublažiti načelom pravičnosti (*equitas; equity*), koji nalaže da se da izvesna prednost kvalifikovanim licima sa invaliditetom u zapošljavanju, kao i da se utvrdi obaveza za poslodavce da iz razloga pravičnosti prihvate dodatne troškove u razumnoj meri (koji neće zbog zapošljavanja lica sa invaliditetom dovesti u pitanje opstanak ili konkurentstke sposobnosti poslodavca). Moderni koncept se sve više prihvata u uporednom radnom pravu: a) varijetet koncepta *razumnog prilagođavanja* prihvaćen je, na primer, u američkom (Zakon o Americancima sa invaliditetom) i britanskom pravu (*Disability Discrimination Act*)<sup>11</sup>; b) varijetet koncepta tzv. *kvotnog sistema* prihvaćen je velikom broju radnoprvnih sistema u okviru EU – u nemačkom, francuskom, belgijskom, italijanskom, a od nedavno i u srpskom radnom pravu – Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom od 2009. godine<sup>12</sup>. Na razvoj modernog koncepta zapošljavanja i profesionalne rehabilitacije, uz marginalno zadržavanje tzv. zaštitnih radionica (i radnih centara) snažno su uticali međunarodni radni standardi sadržani u Konvenciji MOR-a br. 159<sup>13</sup>, što je potom još više potvrđeno sa donosenjem UN Konvencije o pravima lica sa invaliditetom 2006 godine (ratifikovana 2009).<sup>14</sup>

Pored kvotnog sistema zapošljavanja važeći Zakon predviđa i drugi uporišni stub profesionalne integracije lica sa invaliditetom – Ustanovu za profesionalnu rehabilitaciju, u cilju preduzimanja mera i aktivnosti kako bi se lice sa invaliditetom na odgovarajući način osposobilo za rad, zasnovalo radni odnos, napredovalo na radu i zadržalo zaposlenje. Profesionalna rehabilitacija omogućuje da se poboljša kvalifikaciona struktura lica sa invaliditetom, i na smisleniji način realizuje koncept kvotnog zapošljavanja /kvalifikovanih/ lica sa invaliditetom.

### *Zaštita socijalnih prava od diskriminacije*

Na pitanjima jednakosti šansi i postupanja u zapošljavanju proverava se moć zakona, ali i autoritet i efikasnost institucija za zaštitu (individualnih i kolektivnih) socijalnih prava, a možda ponajviše proverava dostignuti nivo opšte i

<sup>11</sup> *Americans with Disabilities Act* iz 1990. god.; L. G. Joel III, op. cit., str. 133. i sledeće; M. A. Player, op. cit., str. 24.

<sup>12</sup> »Službeni glasnik RS«, br. 36/2009.

<sup>13</sup> *Vocational Rehabilitation and Employment (Disabled Persons ) Convention (No. 159)*; L., Betten, op. cit., str. 161.

<sup>14</sup> »Službeni glasnik RS«, br. 42/2009.



kulture socijalnih prava. Radnopravna kultura tolerancije, odnosno jednakost šansi i postupanja nezavisno od vanprofesionalnih osnova (rasa, boja, pol, nacionalno poreklo, političko mišljenje i sl.), i nezavisno od sindikalne (ne)pripadnosti i aktivnosti, pretpostavlja odgovarajuće (međunarodne i evropske) radne standarde, institucije za zaštitu jednakosti mogućnosti i postupanja, akcione programe za jednakost mogućnosti i postupanja u nacionalnim ili regionalnim okvirima (npr. u Evropskoj uniji u svim zajedničkim politikama<sup>15</sup>), ali i opšti nivo kulture socijalnih prava subjekata individualnog radnog odnosa i kulture socijalnog dijaloga (socijalnog partnerstva) subjekata kolektivnog radnog odnosa. Suzbijanje diskriminacije nalaže pored radnopravnih sankcija – poništavanje otkaza, reintegraciju; građanskopravnih sankcija – naknadu imovinske i neimovinske štete, ali /u pojedinim zemljama/ i kaznenu naknadu; upravnopravnih, tj. prekršajnopravnih sankcija (koje izriče prekršajni sud u domaćem pozitivnom pravu), takođe i krivičnopravne sankcije – novčanu kaznu, ali i kaznu lišavanja slobode /zatvora/. Krivičnopravna zaštita određenih socijalnih prava, koja sintetički povezuje pravo na rad (jednakost mogućnosti u zapošljavanju i na radu) i pravo na sindikalno organizovanje (sloboda udruživanja i delovanja), prihvaćena je u uporednom radnom, odnosno krivičnom zakonodavstvu.<sup>16</sup>

### *Suzbijanje diskriminacija na radu u javnom sektoru*

Od posebnog su značaja zakonska rešenja kojima se ograničava mogućnost diskriminacije u javnom sektoru (koncept sistema zasluga – *Merit system*), što je uslovalo poseban pravni režim suzbijanja diskriminacije.<sup>17</sup> Poseban pravni režim jednakosti šansi i postupanja javlja se u onom delu javnog sektora u kome je država (lokalna vlast) poslodavac zaposlenima u državnim organima (državnim službenicima; lokalnim službenicima), kako bi se mogli suzbiti najčešći potencijalni rizici od diskriminacije pre svega s obzirom na političko mišljenje (opredeljenje), odnosno kako bi se očuvala jednakost šansi i postupanja nezavisno od periodičnih političkih promena na izborima (za organe državne, odnosno lokalne vlasti). Za suzbijanje ovog osnova diskriminacije nije dovoljno samo da se ustavom<sup>18</sup> i zakonom načelno zabrani diskriminacija, već su potrebna i odgovarajuća

---

<sup>15</sup> R. Nielsen, op. cit., str. 242.

<sup>16</sup> Na primer u Krivičnom zakonu Bugarske, po donošenju Ustava iz 1990. god., prema L. Betten, op. cit., str. 178.

<sup>17</sup> A. L. Goldman, op. cit., str. 85–86.

<sup>18</sup> Jednakost šansi u javnom (državnom) sektoru je u SR Nemačkoj princip ustavnog ranga; M. Weiss, op. cit., str. 56–57.

normativna rešenja u zakonu (i podzakonskim propisima) kojima će se osigurati stabilnost službe i kriterijumi za sticanje i ostvarivanje prava javnih (državnih) službenika. Dok je u opštem pravnom režimu (privatni sektor) stabilnost zaposlenja teško ostvariv cilj (zbog potreba za reorganizacijom preduzeća usled transfera, tehnoloških promena i insoleventnosti), u posebnom pravnom režimu jednakosti šansi (javni sektor) stalnost zaposlenja (službe) je posebno značajno dostignuće (specijalnog) radnog zakonodavstva<sup>19</sup> ili posebnog službeničkog prava (*Beamtenrecht* u SR Nemačkoj)<sup>20</sup>. Pored potrebe da se zakonom osigura veća stabilnost zaposlenja u javnom (državnom) sektoru u odnosu na privatni sektor (što podrazumeva i veći stepen lojalnosti, od suštinskog značaja za očuvanje načela jednakosti šansi i postupanja (državnih) službenika, odnosno za suzbijanje diskriminacije, jeste zakonsko regulisanje sistema zasluga. Sistem zasluga, koji se od prvih koraka svog uvođenja još s kraja XIX veka shvata i kao najbolji način za suzbijanje diskriminacije (po osnovu političke pripadnosti), protivstavlja se »sistemu plena« (*Spoils system*) ili političkog partronata vladajuće stranke (stranaka) nad radom državnih službenika (uprave).<sup>21</sup> Merit sistem, naročito kada obuhvati veliki procenat (državnih) javnih službenika, obezbeđuje profesionalizaciju i depolitizaciju uprave (upravne javne službe).

U zemljama tranzicije, u kojima zbog odsustva tradicije političkog pluralizma (parlamentarizma), odnosno nedovoljno razvijene kulture političke tolerancije, (a i u cilju depolitizacije i profesionalizacije uprave), zakonsko uvođenje sistema zasluga izgleda posebno važna normativna pretpostavka za ostvarenje načela jednakosti šansi i postupanja, te suzbijanje diskriminacije po osnovu političke opredeljenosti (pripadnosti)<sup>22</sup>. Otuda je u Srbiji Zakonom o državnim službenicima iz 2005. uveden u osnovi merit sistem, što se manifestuje u odredbama o načinu sticanja zvanja državnih službenika na izvršilačkim mestima i nameštenika, raspoređivanju, a naročito ocenjivanju i napredovanju državnih službenika (shodno postignutim rezultatima, kreativnosti u vršenju poslova, drugim sposobnostima i kvalitetima u vršenju poslova). Depolitizaciji doprinosi posebno poseban postupak za zasnivanje radnog odnosa državnog službenika na položaju (koji treba da ima visoku stručnu spremu i najmanje devet godina radnog iskustva), u kome učestvuje komisija stručnjaka, koju imenuje Visoki služ-

<sup>19</sup> A. L. Goldman, op. cit., str. 85. i sledeće. U Srbiji su u kontekstu reforme i racionalizacije državne uprave 2009. godine usvojeni : Zakon o određivanju maksimalnog broja zaposlenih u republičkoj administraciji (»Sl. glasnik RS«, br. 104/2009) i Zakon o određivanju maksimalnog broja zaposlenih u lokalnoj administraciji (»Sl. glasnik RS«, br. 104/2009).

<sup>20</sup> M. Weiss, op. cit., str. 57. i sledeće.

<sup>21</sup> A. L. Goldman, op. cit., str. 85–87; D. Q. Mills, op. cit., str. 536–537.

<sup>22</sup> O pojavama diskriminacije po osnovu političke opredeljenosti i pripadnosti u zemljama tranzicije, bliže: L. Betten, op. cit., str. 176–179.

benički savet, i koja upućuje predlog Vladi za postavljenje (ne više od tri kandidata koji su najbolje ocenjeni od komisije).

Samo zakonsko uvođenje i regulisanje merit sistema, međutim, ne može biti dovoljno za suzbijanje oblika (političke i druge) diskriminacije, ako nije obezbeđena adekvatna institucionalizacija sprovođenja (i nadzora nad primenom) zakonskih odredbi o merit sistemu. Opšti upravni (inspekcijski) nadzor (inspekcija rada u opštem pravnom režimu; upravna inspekcija u posebnom pravnom režimu radnih odnosa) se uporednom pravu i teoriji zaštite prava ne smatraju uvek dovoljnim, pa se otuda prihvata i zakonom uređuje koncept zaštite od strane specijalizovanih (upravnih) agencija – npr. u Velikoj Britaniji, SAD, Švedskoj, a od 2009. i u Srbiji.

### *Institucije za zastitu socijalnih prava od diskriminacije*

Premda je celovito zakonsko regulisanje (svih oblika) diskriminacije *conditio sine qua non* ostvarivanja načela jednakosti mogućnosti i postupanja, zakon (u materijanom smislu) nije svemoćan za eliminisanje diskriminacije, ukoliko nije osiguran efikasan postupak sprovođenja zakona i neophodna (jednakost u pogledu) zaštita prava zaposlenih.<sup>23</sup> Kako povreda ovih osnovnih socijalnih ljudskih prava iz diskriminatorских razloga potresa same temelje radnopravne civilizacije, a zaposlenog dovodi u zonu lične (i socijalne) turbulencije, sa imovinskim i neimovinskim posledicama,<sup>24</sup> izgrađen je pluralizam institucija javnopravnog karaktera (ali i privatnopravnog – npr. arbitraže za individualne i kolektivne radne sporove) u cilju zaštite od oblika diskriminacije, koja uključuje ne samo sudsku i inspekcijsku zaštitu (inspektori rada), već i posebnu (upravnu) zaštitu od strane specijalizovanih upravnih agencija (upravo radi suzbijanja diskriminacije – npr. Komisija za jednakost šansi u Velikoj Britaniji, SAD i Švedskoj). Ovaj koncept došao je do izražaja i u domaćem pravu na osnovu Zakona o zabrani diskriminacije iz 2009,<sup>25</sup> kao i Zakona o ravnopravnosti polova iz 2009.<sup>26</sup> Zakon o zabrani diskriminacije, naime, predviđa nadležnost Poverenika za zaštitu ravnopravnosti (kao nezavisnog organa, koga bira Narodna skupština), koji je, pored ostalog, ovlašćen da preporuči licu protiv koga je podneta pritužba način otklanjanja povrede socijalnog prava. Uticaj *common law* koncepta zaštite od (neposredne i po-

---

<sup>23</sup> L. Betten, op. cit., str. 101.

<sup>24</sup> L. G. Joel III, Every Employee's Guide to the Law, New York, 1997, str. 317–318.

<sup>25</sup> »Službeni glasnik RS«, br. 22/2009.

<sup>26</sup> »Službeni glasnik RS«, br. 104/2009.

sredne) diskriminacije na domaće pravo je očigledan, kao i relevantnih direktiva EU, pošto Poverenik, pored razmatranja pritužbi zbog diskriminacije – mirenja i davanja mišljenja i preporuka, ima ovlašćenje da podnosi tužbu kojom traži: a) zabranu daljeg vršenja radnje diskriminacije; b) naknadu materijalne i nematerijalne štete; v) objavljivanje presude povodom diskriminacije. Pravila o teretu dokazivanja u sporovima o diskriminaciji su, isto tako, prihvaćena po uzoru na evropske radne standarde.

U cilju efikasnog sprovođenja zakona i zaštite prava zaposlenih (od /anti-sindikalne/diskriminacije) predviđa se pluralizam institucionalnih oblika zaštite, koji uključuje, pored interne (uloga saveta zaposlenih u suzbijanju diskriminacije na radu je posebno važna u nemačkom radnom pravu<sup>27</sup>); zaštite od strane sindikalne organizacije kod poslodavca i u našem pravu – mogućnost da sindikat, kao umešač, uz saglasnost lica koje smatra da je diskriminisano, pokrene postupak sudske zaštite od diskriminacije) i autonomne (arbitraža ra /kolektivne/ radne sporove<sup>28</sup>), sudsku zaštitu (od strane radnih sudova ili sudova opšte nadležnosti u toku radnog spora) i upravnu zaštitu.

### *Suzbijanje diskriminacije razvojem kulture socijalnih prava*

Ma koliko bio savršen, sam zakon (i kolektivni ugovor o radu) nema tu snagu da suzbije diskriminaciju, niti se ona može eliminisati izricanjem (i veoma oštrih) pravnih sankcija od strane nadležnih državnih organa za zaštitu individualnih i kolektivnih socijalnih prava, ukoliko izostane, odnosno ako nije dostignut određeni nivo opšte kulture socijalnih prava.

Svest o ograničenoj snazi zakona (u materijalnom smislu), nedovoljnosti institucija javnopravnog (i privatnopravnog) karaktera za suzbijanje diskriminacije u zapošljavanju i na radu, ograničen domet i veoma oštrih sankcija (uključujući i krivične sankcije, kao i kaznenu naknadu u pojedinim zemljama – npr. SAD i V. Britaniji), doveo je do potrebe za suzbijanjem diskriminacijem podsticanjem razvoja kulture (socijalnih) prava. U nizu zemalja, tako, osnovane su i posebne institucije pravne kulture, koje se mogu nazvati (još) i institucijama pravne savesti<sup>29</sup> (imajući u vidu da je ratio njihovog osnivanje nije u izricanju re-

---

<sup>27</sup> M. Weiss, op. cit., str. 57–59.

<sup>28</sup> Bliže: B. A. Lubarda, Rešavanje kolektivnih radnih sporova, Beograd, 1999, str. 92–116.

<sup>29</sup> Shvatanje o omudsmanu kao »institucionalizovanoj javnoj savesti« najbolje izražava suštinu ove institucije (nezavisnog i nepristrasnog funkcionera zakonodavca, odnosno organa parlamenta) koja treba da obezbedi jednakost svih građana pred javnom upravom. Uporediti: D.C. Rowat, The Ombudsman, Citizens Defender, Lonodon, 1968, p. XXIV; prema D. Radinović,

presivnih mera, već u preventivno-inicijalnom delovanju<sup>30</sup>, a više u razvoju pravne savesti, vladavine socijalnog prava), kojima se afirmiše načelo jednakosti mogućnosti i postupanja. I kao što je institucija ombudsmana najpre formirana u Švedskoj (još 1809. god.)<sup>31</sup>, tako je u ovoj zemlji najpre uveden specijalni ombudsman u oblasti radnog prava: Ombudsman za jednakost šansi i postupanja, kao i Ombudsman za etničku diskriminaciju. Autoritet institucije ombudsmana ne izvire toliko iz zakonskih ovlašćenja koja mu se daju, već više iz ličnog autoriteta ombudsmana, ako se ombudsman u praksi potvrdi kao svojevrsna personifikacija pravne savesti i kulture. Uspeh i efekti institucije ombudsmana u potvrđivanju načela jednakosti mogućnosti i postupanja (odnosno suzbijanja diskriminacije) u dobroj meri zavise i od razvijenosti pravne kulture u (radnoj) sredini, a samim tim i od spremnosti sredine, socijalnih partnera da uvaži stavove i predloge ombudsmana.

### *Ombudsman za jednakost šansi i postupanja*

Shodno Zakonu o jednakosti šansi iz 1979. godine u Švedskoj je (pored Komisije za jednakost šansi, kao posebne upravne agencije) formirana i institucija Ombudsmana za jednakost šansi, čije je osnovna funkcija da promiviše kulturu, svest o potrebi unapređivanja jednakosti mogućnosti i postupanja na radu.<sup>32</sup>

Uvođenje ombudsmana za jednakost mogućnosti i postupanja u zapošljavanje i na radu, kao specijalizovanog ombudsmana, izgleda posebno potrebno u zemljama tranzicije, kod nas takođe, (kao što se i uvođenje opšteg/generalnog ombudsmana u ovim zemljama pokazalo korisnim – npr. u Poljskoj, Mađarskoj i Sloveniji<sup>33</sup>), jer u ovim zemljama još uvek nije dovoljno prihvaćena filozofija kolektivnog pregovaranja, odnosno nije dovoljno razvijena kultura socijalnog dija-

---

Ombudsman i izvršna vlast, (doktorska disertacija), Beograd, 1999, str. 21. Primer ombudsmana za jednakost šansi na radu i Ombudsmana za etničku diskriminaciju potvrđuje da se ombudsman ne javlja samo kao institucija zaštite sloboda i prava građana pred javnom upravom, već i kao institucija zaštite socijalnih prava i sloboda zaposlenih (uključujući i javne, državne službenike), i kandidata za zasnivanje radnog odnosa, u odnosu na poslodavca, bilo da se radi o privatnom poslodavcu ili državi (lokalnoj vlasti) kao poslodavcu.

<sup>30</sup> D. Radinović, op. cit., str. 337.

<sup>31</sup> Ibidem, str. 334. U istorijskopravnoj literaturi ima stavova da je preteču ustanove ombudsmana moguće pronaći u Vizantiji – *Defensor civitatis*; S. Avramović, Upporedna pravna tradicija, Beograd, 2009.

<sup>32</sup> Ibidem, str. 67.

<sup>33</sup> D. Radinović, op. cit, str. 339.

loga, pa bi ombudsman u oblasti radnog prava mogao imati značajnu ulogu u mirnim metodima rešavanja kolektivnih radnih sporova,<sup>34</sup> u preventivnom delovanju i sprečavanju oblika antisindikalne diskriminacije, kao i individualne diskriminacije na radu (u službi). Pri tom, ne treba gajiti nerealna očekivanja od institucije ombudsmana u oblasti rada u zemljama tranzicije, jer uspeh ove institucije u Švedskoj je bio moguć zahvaljujući i razvijenosti opšte kulture i kulture tolerancije, kao »plodnog« društvenog miljea u kome se potvrdila institucija ombudsmana (za jednakost mogućnosti i za etničku diskriminaciju), kao i razvijenosti kulture socijalnog dijaloga, sa dugom tradicijom kolektivnog pregovaranja, razvijenom i institucionalizovanom industrijskom demokratijom (savet zaposlenih je Zemaljskim kolektivnim ugovorom uveden još 1908. godine). Ombudsman u oblasti radnog prava svoju legitimnost može zadobiti i ako doprinese razvoju kulture radnog prava, koja je jedan od uporišnih stubova ostvarenja načela jednakosti mogućnosti i postupanja u zapošljavanju i na radu: kultura radnog prava versus diskriminacija.

Ombudsman, tj. Zaštitnik građana u Srbiji<sup>35</sup>, mada nije specijalizovani ombudsman za zaštitu socijalnih prava, razvio je određenu praksu i značajno doprinosi zaštiti socijalnih prava, razvoju kulture socijalnih ljudskih prava. Pored Zaštitinika građana, svog doprinos ostvarivanju i zaštiti podataka o ličnosti, odnosno poštovanju privatnog života (i zaposlenih) daje i Poverenik za informacije od javnog značaja, na osnovu Zakona o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja<sup>36</sup>, odnosno Zakona o zaštiti podataka o ličnosti.<sup>37</sup> U tom smislu značajna je npr. praksa Poverenika (i uz primenu testa interesa) u pogledu legitimnosti zadržavanja sa oznakom poverljivosti opšteg akata o sistematizaciji radnih mesta u MUP-u, opšteg akta o platama u policiji.

## OSTVARIVANJE I ZAŠTITA SOCIJALNIH PRAVA VERSUS ZLOSTAVLJANJE NA RADU

Zlostavljanje je način ponašanja na mestima rada, kojim jedno ili više lica – drugih zaposlenih, nadređenih (rede podređenih) sistematski psihički zlostavlja

---

<sup>34</sup> Bliže o ovim metodima u našoj monografiji: Rešavanje kolektivnih radnih sporova, Beograd, 1999, str. 80–135.

<sup>35</sup> Zakon o zaštitniku građana, »Službeni glasnik RS«, br. 79/2005 i 54/2007.

<sup>36</sup> »Službeni glasnik RS«, br. 120/2004 i 104/2009.

<sup>37</sup> »Službeni glasnik RS«, br. 97/2008 i 104/2009.

ili zastrašuje drugo lice, u relativno dužem periodu, sa namerom osporavanja profesionalnog ugleda i moralnog integriteta zaposlenog – profesionalnog i ljudskog dostojanstva (svojevrсна stigmatizacija, »agresivna manipulacija«), u cilju stvaranja nedpodnošljivih uslova rada (neprijateljskog i neetičkog okruženja, komunikacije), pri čemu se žrtva mobinga nalazi u gotovo bespomoćnom položaju, kako bi sam zaposleni otkazao radni odnos, čime se izbegava isplata naknade zbog otpuštanja od strane poslodavca (iz ekonomskih razloga), kao i mogućnost vođenja radnog spora.<sup>38</sup>

Pojam mobinga uključuje tri osnovna obeležja /bitna elementa/: a) zlostavljanje ili zastrašivanje od strane jednog ili (češće) više lica na sistematski način; b) zlostavljanje se ponavlja<sup>39</sup>, odnosno odvija u dužem vremenskom periodu na učestali način; v) cilj zlostavljanja jeste da se zaposleni nađe u situaciji produženog stresa usled nepodnošljivog radnog okruženja, kako bi sam raskinuo radni odnos. Premda mobing može dovesti do zlostavljanja /seksualnog/ i nasilja na radu, mobing se razlikuje od ovih sličnih pojava i pojmova.<sup>40</sup>

Naime, *genus proximum* mobinga, seksualnog uznemiravanja i diskriminacije jeste povreda dostojanstva na radu (povreda prava ličnosti), a *differentia specifica* mobinga u odnosu na diskriminaciju i seksualno uznemiravanje jeste psihičko zlostavljanje /zastrašivanje/, za razliku od seksualnog zlostavljanja koje je povreda dostojanstva u sferi polnog života, i diskriminacije koja je povreda dostojanstva zbog urođenih ili stečenih osobina koje nisu od značaja za obavljanje poslova.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> Sličnu definiciju daje industrijski psiholog i medicinski naučnik u oblasti psihijatrije, koji je istraživao mobing još u 80-im godinama XX veka u Švedskoj: H. Leymann, The Mobbing Encyclopedia, Psychological terrorization – the problem of terminology, file 11130e, 12100e, 12220e. Takođe:: K. Westhues, Workplace Mobbing in Academe, Department of Sociology, University of Waterloo, 2007, str. 1, E. Koić, P. Filaković, L. Mužinić, M. Matek, S. Vondraček, Mobing, *Rad sigur.*, 7/2003, str. 1.

<sup>39</sup> U uporednom radnom pravu, kao i prema Evropskom okvirnom kolektivnom ugovoru o zlostavljanju i nasilju na radu (2006), bitno obeležje mobinga jeste ponavljanje ponašanja, pri čemu se ne određuje minimalna vremenski period niti učestalost, tako da se ostavlja sudskoj praksi da razgraniči mobing od sličnih povreda socijalnih prava na mestima rada. Otuda, Nacrt zakona o sprečavanju szlostavljanja na radu Srbije, takođe, definiše mobing kao ponašanje koje se ponavlja, a ima za cilj povredu dostojanstva (čl. 5 Nacrta, novembar 2008).

<sup>40</sup> (European) Accord-cadre sur le stress au travail (2004), p. 1.

<sup>41</sup> Bliže o terminološkom i pojmovnom razgraničenju: Ch. Rayner, H. Hoel, A Summary Review of Literature Relating to Workplace Bullying, *Journal of Community and Applied Social psychology*, Vol. 7/1997, str. 189.

*Uzroci zlostavljanja na radu*

Mobing za svoje uzroke ima /lične/ konflikte na radu<sup>42</sup>, koji su povezani sa neodgovarajućom organizacijom i procesom rada (raspored radnog vremena, nerasazmerna težina posla, odsustvo određenog stepen autonomije i prilagodjenosti rada sposobnostima zaposlenog), uslovima u radnom okruženju (izloženost opasnim susptancama, buci, vibracijama, temperaturi), neodgovarajućim metodima menadžmenta – odsustvo komunikacije, naizvesnost u pogledu perspektiva na radu, česte izmene uslova rada, često rasopoređivanje na druge poslove, odsustvo podrške neodgovarajućeg radnog okruženja.<sup>43</sup> Uzrok zlostavljanja može biti i ukazivanje na nezakonitost poslovanja/rada poslodavca, odnosno ukazivanje na korupciju, odnosno obraćanje zaposlenog nadležnom državnom organu, što izaziva reakciju poslodavca u vidu mobinga. Posebno ozbiljne i intenzivne oblike vertikalnog mobinga može da izazove ukazivanje zaposlenog na ozbiljne propuste ili nezakonitosti u radu poslodavca, ili ukazivanje na korupciju kod poslodavca – uzbunjivači («duvači u pištaljku»). Ozbiljni vidovi vertikalnog mobinga usmeravaju se prema zaposlenom (državnom službeniku) koji je nepoželjan potencijalni svedok zloupotreba ili nezakonitog rada poslodavca, posebno u slučaju korupcije. U cilju zaštite od mobinga, u uporednom i domaćem pravu se priznaje pravo zaposlenom na upozorenje, alarmiranje nadležnog državnog organa, uz zaštitu zaposlenog – uzbunjivača /vislbolouera/ od mobinga. Zaštitu zaposlenih koji ukazuju na nezakonitost – korupciju kod poslodavca, uključujući i zaštitu od mobinga, predviđa i Građanskopravna konvencija o korupciji Saveta Evrope iz 1999. godine, koja, takođe, predviđa naknadu štete žrtvi korupcije, kao i zaštitu zaposlenih koji izveste o korupciji.<sup>44</sup> Od posebnog značaja je i Krivičnopravna konvencija o korupciji, koju je Savet Evrope doneo 1998. godine.<sup>45</sup> Prihvatanje međunarodnih i evropskih standarda u domaćem pravu je praćeno donošenjem Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu,<sup>46</sup> koji na savremen način uređuje ovu oblast. Zaštiti uzbunjivača je posvećena određena pažnja, pošto zaštitu od zlostavljanja ima i »zaposleni koji ukaže nadležnom državnom organu na povredu javnog interesa utvrđenog zakonom, učinjenu od strane poslodavca, a osnovano sumnja da će biti izložen zlostavljanju«. I Zakon o Agenciji za borbu protiv

---

<sup>42</sup> K. Westhues, op. cit., str. 2.

<sup>43</sup> (European) Accord-cadre sur le stress au travail, p. 2.

<sup>44</sup> Dž. Poup, Antikorupcijski priručnik, Suprotstavljanje korupciji kroz sistem društvenog integriteta, OSCE, Transparency International, 2004, str. 280–281.

<sup>45</sup> Ibidem, str. 280.

<sup>46</sup> »Službeni glasnik RS«, br. 36/2010.



korupcije<sup>47</sup>, sa svoje strane, predviđa određenu zaštitu uzbunjivačima koji obaveste Agenciju o postojanju korupcije funkcionera. Korupcija, svojevrsno dužničko ropstvo funkcionera, čije dugove, međutim, plaćaju građani, predstavlja ozbiljnu pretnju ostvarivanju i socijalnih ljudskih prava. Korupcija kod poslodavaca u javnom sektoru posebno ugrožava ostvarivanje i zaštitu socijalnih prava.

Zbog narušavanja zdravlja usled zlostavljanja na radu zaposleni se obraća za psihološku i medicinsku pomoć, odnosno ostvarivanje prava na zdravstvenu zaštitu (lečenje i medicinsku i profesionalnu rehabilitaciju<sup>48</sup>), kao i ostvarivanje prava na odsustvo sa rada usled privremene sprečenosti za rad (tzv. bolovanje). Određena istraživanja pokazuju da u pojedinim zemljama uzroci bolovanja u oko 10–15% slučajeva jesu posledica mobinga na radu, što, razume se, ima svoje značajne posledice ne samo po zdravlje zaposlenih već i po fondove zdravstvenog osiguranja (troškove lečenja i rehabilitacije).<sup>49</sup> Istraživanja pokazuju da zaposleni sa nižom stručnom spremom češće koriste /plaćeno/ odsustvo sa rada usled privremene sprečenosti za rad – tzv. bolovanje nego zaposleni-žrtve zlostavljanja sa visokom stručnom spremom.<sup>50</sup>

Mobing, tako, predstavlja povredu više socijalnih prava, kao i povredu prava privatnosti i uopšte dostojanstva na radu.<sup>51</sup> Zlostavljanje je najpre povreda prava na zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu, pošto je nužna posledica mobinga produženi stres, koji izaziva psihičke i potencijalne ozbiljnije zdravstvene probleme, što, opet, otvara pitanje odgovornosti poslodavca za zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu. Štaviše, u stručnoj literaturi se ističe da su »u društvima visokoindustrijalizovanog sveta Zapada, mesta rada ostala jedina »poprišta borbe« (»Battlefield«) gde se ljudi mogu međusobno »ubijati« bez rizika da zbog toga budu izvedeni pred sud«.

Imajući u vidu da se /slično diskriminaciji i seksualnom uznemiravanju/ javljaju ozbiljne teškoće u dokazivanju zlostavljanja (naročito kad se mobing organizuje na suptilan način kao psiho-teror), u uporednom radnom procesnom pravu se odstupa od klasičnih načela dokazivanja u parničnom postupku (podeljeni teret dokazivanja) u korist načela da je teret dokazivanja na tuženom (najčešće poslodavcu, sem u slučaju tzv. obmutog mobinga).

Preveniji mobinga na najuopšteniji način doprinosi podsticanje kulture ljudskih prava i dostojanstva, kulture tolerancije. Naime, premda su individualni

---

<sup>47</sup> »Službeni glasnik RS«, br. 97/2008.

<sup>48</sup> H. Leymann, op. cit., file 12220e.

<sup>49</sup> H. Leymann, A. Gustavsson, National of Occupational Safety and health in Stockholm, Sweden, NBOSH, 1984; prema E. Koić et al., op. cit., str. 19.

<sup>50</sup> E. Koić et al., op. cit., str. 12–13.

<sup>51</sup> H. Leymann, op. cit., file 12220e.

i kolektivni konflikti neizbežni pratilac (individualnih i kolektivnih) radnih odnosa, prevencija mobinga se ogleda u izbegavanju razvoja konflikta u mobing situaciju.<sup>52</sup> Otuda, socijalni dijalog, kolektivni ugovori o radu – primer Okvirnog evropskog kolektivnog ugovora o stresu na radu iz 2004, kao i Okvirnog evropskog kolektivnog ugovora o zlostavljanju i nasilju na radu iz 2006, to jasno potvrđuju, odnosno imaju poseban značaj u ovom pogledu. Drugim rečima, socijalni dijalog se pokazuje kao uslov humanizacije uslova rada, dostojanstvenih uslova rada, kao što i participacija /predstavnik/ zaposlenih u odlučivanju ima važnu ulogu u prevenciji i suzbijanju mobinga/bulinga, seksualnog uznemiravanja, diskriminacije na radu, nasilja na radu, kojima je zajednička posledica – povreda dostojanstva čoveka.

## UPRAVNA ZAŠTITA – INSPEKCIJSKI NADZOR

Upravni nadzor u oblasti radnog prava, kao poseban oblik vršenja upravne delatnosti<sup>53</sup>, odnosno zaseban upravni posao upravno-kontrolne prirode kojim se vrši proveravanje zakonitosti (i/ili celishodnosti) akata i radnji<sup>54</sup> poslodavca, u nadležnosti je inspekcije<sup>55</sup> rada, kao specijalizovanog organa u sastavu ministarstva nadležnog za poslove rada.

Inspekcijski nadzor je od prvorazrednog značaja u oblasti radnog prava, što potvrđuje i stav u okviru Međunarodne organizacije rada: Radno zakonodavstvo bez inspekcije je pre jedan etički esej nego obavezujuća socijalna disciplina.<sup>56</sup> Drugim rečima, upravni, a u oblasti radnog prava posebno inspekcijski nadzor, izraz su posebne uloge uprave u sporvođenju, odnosno nadzoru nad primenom radnog zakonodavstva i opštih akata autonomnog radnog prava.

Korak više u odnosu na koncept inspekcijskog nadzora javlja se u uporednom pravu, u zemaljama u kojima je, pored inspekcije rada (opšteg tipa), došlo do osnivanja posebnih upravnih agencija, usko specijalizovanih za vršenje upravnog nadzora nad primenom posebno značajnih zakona – zakona o zdravlju i bezbednosti na radu, zakona o jednakosti šansi u zapošljavanju (npr. Komisija za

---

<sup>52</sup> H. Leymann, *Mobbing – its course over time*, file 12220e.

<sup>53</sup> S. Lilić, P. Kunić, P. Dimitrijević, M. Marković, *Upravno pravo*, Beograd, 2002, str. 370.

<sup>54</sup> Z. Tomić, *Upravno pravo*, Beograd, 1998, str. 257.

<sup>55</sup> Etimološki, reč inspekcija potiče od latinskog: *in* – u, unutar, i *specto* 1 – motriti, gledati, odnosno od *spectio*, *onis* – motrenje, promatranje.

<sup>56</sup> *The Role of Labour Inspection in Transition Economies*, ed. International Labour Office, Labour Administration Branch, Document N. 48, Geneva, 1996, str. 2.

jednakost šansi u zapošljavanju u SAD ili Velikoj Britaniji). Ovakva specijalizacija institucija upravnog nadzora pokazala se od bitnog značaja za efektivnu primenu zakona u oblasti radnih odnosa.

Pozitivnopravni pojam inspeksijskog nadzora dat je u Zakonu o radu Srbije. Nadzor nad primenom ovog zakona, drugih propisa o radnim odnosima, opštih akata i ugovora o radu vrši inspekcija rada. Pod drugim propisima podrazumevaju se posebni zakoni: Zakon o zapošljavanju, Zakon o zdravlju i bezbednosti na radu, itd. Isto tako, nadzor se vrši nad opštim aktima autonomnog prava (kolektivni ugovori o radu, pravilnik o radu, pravilnik o sistematizaciji radnih mesta). U Srbiji je u pripremi donošenje posebnog Zakona o inspekciji rada, koji treba da bliže uredi organizaciju, nadležnost, postupak i mere pri vršenju nadzora.

Srbija je ratifikovala najznačajniji, osnovni instrument u ovoj oblasti – Konvenciju MOR-a br. 81 o inspekciji rada u industriji i trgovini iz 1947, kao i Konvenciju br. 129 o inspekciji rada u poljoprivredi iz 1969. godine. Konvenciju br. 81 je ratifikovalo preko sto dvadeset država, i ulazi u red konvencija koje su najviše ratifikovane.<sup>57</sup>

Inspekcija rada treba da ostvari odgovarajuću saradnju sa drugim inspeksijskim organima, drugim državnim organima ili organizacijama čiji je osnivač država, a posebno sa službama za zapošljavanje, ustanovama zdravstvene zaštite, fondovima penzijskog i invalidskog osiguranja, kao i socijalnim partnerima ili tripartitnim institucijama (npr. Socijalno-ekonomski savet; Savet za zapošljavanje; Savet za bezbednost i zdravlje na radu). Saradnja sa socijalnim partnerima treba da se zasniva na načelu nepristrasnosti. Otuda, inspektor rada ne sme da bude u sukobu interesa, odnosno dužan je da bude nepristrasan u odnosu sa poslodavcem i zaposlenima, odnosno njihovim asocijacijama.<sup>58</sup> Shodno Preporuci MOR-a br. 81 o inspekciji rada /u industriji i trgovini/, inspektori rada ne treba da imaju funkciju miritelja ili posrednika pri rešavanju /kolektivnih/ radnih sporova, ukoliko bi to moglo da utiče na redovne aktivnosti inspektora rada, odnosno ako bi imalo za posledicu smanjenje vršenja nadzora /inspeksijskih pregleda/.<sup>59</sup> U državama koje su osnovale agencije za mirno rešavanje /kolektivnih/ radnih sporova (SAD, Velika Britanija, Japan, Srbija, itd), inspektori rada nemaju ovlašćenja za mirenje ili posredovanje u /kolektivnim/ radnim sporovima.

Inspekcija rada je nadležna da vrši inspeksijski pregled, da preduzima preventivne mere /savetovanje poslodavca, zaposlenih), korektivne i represivne mere. Postupak inspeksijskog nadzora odvija se po pravilima Zakona o upravnom

---

<sup>57</sup> The Role of Labour Inspection, str. vii.

<sup>58</sup> N. Valticos, op. cit., str. 214.

<sup>59</sup> Ibidem.

postupku, a delom je uređen i Zakonom o radu u pogledu postupka inspeksijskog nadzora od strane inspekcije rada. Postupak inspeksijskog nadzora, kao specijalizovanog upravnog nadzora, karakterišu opšta načela inspeksijskog postupka (zakonitost, zaštita prava građana i javnog interesa, i dr.), kao i posebna načela: načelo iznenadnosti, istražno načelo, načelo devolutivnosti, načelo samostalnosti u radu, načelo diskrecione slobode u izboru mera.<sup>60</sup>

Ukoliko poslodavac onemogućiti inspeksijski pregled, odnosno ulaz inspektora rada u poslovne prostorije, uvid u dokumentaciju i sl., odnosno ako inspektora rada onemogućiti u vršenju inspeksijskog nadzora, poslodavac čini prekršaj. Na zahtev inspektora rada za pokretanje prekršajnog postupka, prekršajni sud (nova vrsta specijalizovanih sudova) će izreći prekršajnu kaznu protiv poslodavca (čija visina varira u zavisnosti od toga da li poslodavac ima ili ne svojstvo pravnog lica). Isto tako, za prekršaj će se novčano kazniti i direktor, odnosno drugo odgovorno lice kod poslodavca.

### *Korektivne mere*

Kada u vršenju inspeksijskog pregleda utvrdi nezakonitosti ili nepravilnosti, inspektor rada može da preduzme i korektivne mere, odnosno svojim rešenjem nalaže poslodavcu da u određenom roku otkloni utvrđene povrede zakona, opšteg akta ili ugovora o radu. Tako, inspektor rada nalaže rešenjem poslodavcu da otkloni nezakonitosti u opštem aktu koji sam donosi – Pravilnik o radu, pod uslovom da kod poslodavca nema reprezentativnog sindikata, odnosno ako učesnici u kolektivnom pregovaranju ne postignu saglasnost za zaključenje kolektivnog ugovora o radu.

Zakon o radu indirektno utvrđuje i rok u kome je, po rešenju inspektora rada, poslodavac dužan da otkloni utvrđene povrede zakona, jer propisuje da je poslodavac dužan da u roku od 15 dana od dana isteka roka za otklanjanje utvrđene povrede, obavesti inspektora rada o izvršenju rešenja. Ukoliko poslodavac ne obavesti inspektora rada o izvršenju rešenja, inspektor rada je ovlašćen da podnese zahtev za pokretanje prekršajnog postupka.

Inspektor rada ima pravo, ali i obavezu da odloži izvršenje odluke poslodavca, ali samo na zahtev zaposlenog, koji uz zahtev inspektoru dostavlja i konstitutivnu tužbu, kojom je zaposleni poveo radni spor pred nadležnim sudom. Inspektor rada svojim rešenjem odlaže izvršenje očigledno nezakonite odluke (uključujući i očigledno nezakoniti otkaz) do donošenja pravnosnažne odluke su-

---

<sup>60</sup> Đ. Blažić, Inspekcije, Beograd, 2000, str. 192–199.

da. Odluka suda postaje pravnosnažna istekom roka za podnošenje žalbe ili ako je (blagovremeno i uredno podneta) žalba odbijena od strane Apelacionog suda.

### *Represivne mere*

Pod represivnim merama imaju se u vidu mere kojima se suzbija nezakonitost u radu poslodavca, koje Zakon o radu sankcioniše kao posebno teške povrede Zakona, i za koje je predviđena novčana kazna, kao i da inspektor rada podnosi zahtev za pokretanje prekršajnog postupka. Ratio legis odredbi Zakona o radu o represivnim merama treba tražiti u intenciji zakonodavca da suzbije nezakoniti rad (tzv. rad na crno), da spreči obavljanje rada dok preti neposredna opasnost po život ili zdravlje zaposlenih, kao i da se obezbedi efektivna primena Zakona o radu u pogledu jednog od osnovnih prava zaposlenog – prava na zaradu, naknadu zarade i drugih ličnih primanja zaposlenog, kao i u pogledu donošenja programa rešavanja viškova zaposlenih. Pored toga, represevne mere se predviđaju za slučaj da poslodavac ne postupi po rešenju inspektora rada kojim su izrečene korektivne mere u ostavljenom roku.

### *Mandatne kazne*

Važeći Zakon o radu Srbije predvideo je i mandatne kazne, kao vrstu represevnihih mera. Međunarodni radni standardi sadržani u Konvenciji MOR-a br. 81, predviđaju da se nacionalnim zakonodavstvom utvrđuju uslovi za izricanje i mandatnih kazni. Otuda, stvar je zakonodavne politike da propiše uslove za izricanje mandatnih kazni, tako da u uporednom pravu postoje razlike u pogledu prekršaja za koje se izriče novčana kazna na licu mesta. Inspektor rada na licu mesta izriče novčanu kaznu poslodavcu, pravnom licu i preduzetniku (u većem iznosu), odnosno odgovornom licu (u nižem iznosu) ako poslodavac zaposlenom uskrati pravo na odmor (u toku dnevnog rada, dnevni, nedeljni), pravo na otpremninu višku zaposlenih, pravo na otkazni rok zaposlenom kome je ugovor o radu otkazan zbog neostvarivanja potrebnih rezultata rada, odnosno nedostatka potrebnih znanja i sposobnosti, kao i ako zaposlenom ne vrati uredno popunjenu radnu knjižicu na dan prestanka radnog odnosa.

### *Upravna inspekcija*

Ovlašćenja koja ima inspektor rada u opštem režimu radnih odnosa data su upravnoj inspekciji u posebnom režimu radnih odnosa državnih službenika. Na

osnovu Zakona o državnim službenicima i drugim specijalnim zakonima za pojedine kategorije državnih službenika (policijske službenike, profesionalne vojnike), a u skladu sa Zakon o državnoj upravi, upravna inspekcija vrši upravni nadzor i ima ovlašćenja da izriče preventivne, korektivne i represivne mere. U pripremi je donošenje posebnog Zakona o upravnoj inspekciji, imajući u vidu i proširenje nadležnosti upravne inspekcije posle donošenja niza novih koji su od neposrednog ili posrednog značaja za ostvarivanje i zaštitu socijalnih prava: Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu; Zakon o volontiranju; Zakon o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja, Zakon o udruženjima, itd.

### SUDSKA ZAŠTITA SOCIJALNIH PRAVA

Donošenjem, odnosno stupanjem na snagu i primenom Zakona o uređenju sudova<sup>61</sup>, došlo je do značajnih izmena u pogledu organizacije i nadležnosti sudova, što se odražava i na zaštitu socijalnih prava. Individualne radne sporove rešavaju sudovi opšte nadležnosti – u prvom stepenu osnovni sud, u drugom Apelacioni sud. Prvostepeni sud za rešavanja kolektivnih radnih sporova jeste viši sud. Značajna novina jeste osnivanje i nadležnost Upravnog suda za rešavanje (radnih) upravnih sporova između državnih službenika i države kao poslodavca, kao i novina u Zakonu o upravnim sporovima u pogledu (usmene) javne rasprave (pri čemu u postupku za preispitivanje sudske odluke protiv odluke Upravnog suda odlučuje Vrhovni kasacioni sud). Od značaja je i novina u pogledu sankcija za neizvršenje ili neblagovremeno izvršenje presuda donetih u upravnom sporu.

Od značaja za zaštitu socijalnih prava jeste nadležnost prekršajnih sudova, čija je nadležnost (prekršajni sud u prvom stepenu i Viši prekršajni sud) uređena Zakonom o uređenju sudova.

Naročito je značajna praksa Ustavnog suda Srbije u sporovima po osnovu ustavne žalbe,<sup>62</sup> imajući u vidu da znatan broj ustavnih žalbi za svoj predmet ima povredu socijalnih ljudskih prava (npr. odluke o povredi prava na rad; o povredi prava na pravičnu naknadu za rad).<sup>63</sup> Zakonom o Ustavnom sudu od 2007. bliže je uređen postupak po ustavnoj žalbi, uključujući mogućnost izjavljivanja ustav-

---

<sup>61</sup> »Službeni glasnik RS«, br. 116/2008.

<sup>62</sup> Ustav RS iz 2006. predviđa da se »ustavna žalba može izjaviti protiv pojedinačnih akata i radnji državnih organa ili organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja, a kojima se povređuju ili uskraćuju ljudska i manjinska prava i slobode zajemčene Ustavom, ako su iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva za njihovu zaštitu«.

<sup>63</sup> UŽ-1530/2008; UŽ-310/2007.

ne žalbe i ako nisu iscrpljena pravna sredstva, u slučaju kada je podnosiocu žalbe povređeno pravo na suđenje u razumnom roku. Srbija je izgubila više sporova pred Evropskim sudom za ljudska prava po osnovu povrede prava na suđenje u razumnom roku (član 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima) upravo usled dugotrajnosti rešavanja radnih sporova. Ustavna žalba se može izjaviti u roku od 30 dana od dana dostavljanja pojedinačnog akta, odnosno od dana preduzimanja radnje kojom se povređuje ili uskraćuje (socijalno) pravo ili sloboda zajemčena Ustavom. Na osnovu odluke Ustavnog suda kojom se usvaja ustavna žalba, podnosilac ustavne žalbe može da podnese zahtev za naknadu štete Komisiji za naknadu štete (čiji sastav određuje ministar nadležan za pravosuđe), radi postizanja sporazuma o visini naknade. Ujednačavanju sudske prakse doprinose odluke Ustavnog suda da se odluke Suda koje imaju poseban značaj za zaštitu Ustavom garantovanih ljudskih i manjinskih prava i građanskih sloboda objave u »Službenom glasniku RS».

Kako Zakonom o uređenju sudova od 2008. nije došlo do osnivanja radnih sudova (kao sudova posebne nadležnosti), potrebno je i ovom prilikom izneti nekoliko osnovnih razloga za njihovo uvođenje u doglednoj budućnosti kod nas. Naime, osobenost radnih sporova, složenost rešavanja uslovljena mnoštvom izvora radnog prava, potreba za efikasnim rešavanjem sporova koji imaju snažnu socijalnu dimenziju, dovela je do toga da se u uporednom pravu, posebno u evropskim okvirima, razvije sistem specijalizovanog sudstva, odnosno specijalizovanih tribunala za radne sporove. Specijalizovano sudstvo (tribunali), pokazalo se, značajno doprinose efikasnijoj sudskoj zaštiti u odnosu na sudove opšte nadležnosti za građanskopravne, odnosno radne sporove. U zemljama u kojima su sudovi opšte nadležnosti nadležni za rešavanje i radnih sporova, ideja specijalizacije se, ipak, delimično realizuje osnivanjem posebnih odeljenja za radne sporove, (ili specijalizacijom sudija), kao i predviđanjem izvesnih osebnosti postupka za rešavanje radnih sporova, u odnosu na klasična pravila parničnog postupka. Postupak rešavanja radnih sporova je manje formalan od parničnog, sa obaveznom fazom mirenja u cilju zaključenja poravnjanja, uz određeno učešće predstavnika /sudija porotnika/ socijalnih partnera.<sup>64</sup>

Po pravilu je u zemljama koje nemaju specijalizovano sudstvo za radne sporove razvijena praksa alternativnog rešavanja radnih sporova, odnosno ugovaranja arbitraže za radne sporove. Tako, u pravu SAD je veoma raširena praksa ugovaranja arbitražne klauzule za rešavanje radnih sporova, a posebno se kolektivnim ugovorima o radu predviđa ovakva klauzula za individualne i kolektivne radne sporove.<sup>65</sup>

---

<sup>64</sup> A. de Roo, R. Jagtenberg, op. cit., str. 92 i 109; O. Kahn-Freund, op. cit., str. 34.

<sup>65</sup> A. L. Goldman, op. cit., str. 145. i sledeće.

Ideja specijalizovanog sudstva bila je ostvarena u Srbiji već sa donošenjem Zakona o radnjama (1910), koji je predviđao da je Sud dobrih ljudi nadležan »Za raspravu sporova koji se porode između poslodavaca, učenika, pomoćnika i radnika«. U SFRJ, u periodu samoupravljanja, bili su osnovani sudovi udruženog rada,<sup>66</sup> koji su prestali da postoje 1992. godine, odnosno nisu transformisani u sudove rada, kao što je to učinjeno u Sloveniji.

U domaćem pravu, postupak u parnicama iz radnih odnosa (individualni radni spor), kao i postupak u parnicama povodom kolektivnih ugovora (kolektivni radni spor), svrstani su u posebne postupke, koje karakteriše načelo hitnosti, kraći rok za izjavljivanje žalbe – osam dana, dopuštenost revizije u sporovima o zasnivanju i prestanku radnog odnosa, itd. Osim toga, i u domaćem procesnom pravu se predviđa da će stranke i sud nastojati da se (i radni) sporovi rešavaju posredovanjem (medijacijom) ili na drugi miran način (mirenje; arbitraža). Pribegavanje drugom mirnom načinu olakšano je /zakonskim/ osnivanjem Republičke agencije za mirno rešavanje radnih sporova, koja vodi imenik miritelja, posrednika, odnosno arbitara za radne sprove.

### *Upravni sud*

Upravni sud se u uporednom pravu javlja kao sud nadležan za rešavanje radnih sporova državnih službenika i države /kao poslodavca/. Pored toga, upravni sud javlja se kao nadležan u upravnim sporovima, odnosno u sporovima o zakonitosti upravnih akata koji imaju radnopravne posledice. U pitanju su sporovima povodom odluka inspekcije rada, a tiču se zapošljavanja, odnosno otpuštanja (npr. odobrenje za otkaz sindikalnog predstavnika), sporovi u vezi sa /ne/saglasnošću inspektora rada na (predlog) pravilnika o radu; sporovi u vezi sa izborima za predstavnike zaposlenih (savet zaposlenih). Upravni spor se može javiti povodom rešenja ministra o proširenju dejstva kolektivnog ugovora o radu.<sup>67</sup>

U domaćem pravu Upravni sud sudi u upravnim sporovima. Tako, protiv rešenja o prestanku radnog odnosa po sili zakona koji donosi rukovodilac, žalba nije dopuštena, ali državni službenik kome je prestao radni odnos može da pokrene tužbom upravni spor. Protiv rešenja o otkazu radnog odnosa koje je postalo konačno, državni službenik može pokrenuti upravni spor. Rešenje o otkazu radnog odnosa postaje konačno ako Žalbena komisija Vlade, primenjujući zakon kojim se uređuje opšti upravni postupak, odbije žalbu ili ne odluči o žalbi u roku od 30 dana od njenog prijema.

---

<sup>66</sup> V. Rajović, *Sudovi udruženog rada*, Beograd, 1975.

<sup>67</sup> J. Pelissier, A. Supiot, A. Jeammaud, op. cit., str. 1084–1086.



Ako državni službenik rukovodi državnim organom, o njegovim pravima i dužnostima odlučuje Visoki službenički savet (kad je državnog službenika postavila Vlada), a protiv rešenja o pravima i dužnostima ovakvog državnog službenika, uključujući i rešenje o otkazu, nije dopuštena žalba. Otuda, državni službenik na položaju može pokrenuti upravni spor, u propisanom roku po prijemu rešenja Visokog službeničkog saveta, pred Upravnim sudom.

Vrhovni kasacioni sud Srbije je neposredno viši sud za Upravni sud.

### ALTERNATIVNI METODI ZAŠTITE SOCIJALNIH PRAVA

U domaćem pravu, zaposleni, kome prestaje radni odnos danom dostavljanja otkaza, odnosno rešenja o prestanku radnog odnosa, može u pisanom obliku u roku od 24 časa po prijemu otkaza /rešenja/ da inicira pokretanje arbitražnog postupka u cilju rešavanja radnog spora. Ukoliko zaposleni obavesti poslodavca da želi da spor reši arbitar, u roku od tri dana pokreću arbitražni postupak postizanjem sporazuma o određivanju arbitra, iz reda nepristrasnih stručnjaka za predmet spora, uključujući i stručnjake iz imenika miritelja/arbitara Republičke agencije za mirno rešavanje radnih sporova.

Arbitar je dužan da donese odluku u roku od 10 dana od dana pokretanja arbitražnog postupka. Za vreme trajanja arbitražnog postupka, otkaz (rešenje) nije izvršan, odnosno zaposlenom miruje radni odnos. Ukoliko arbitar ne izvrši obavezu u roku, odnosno ne donese odluku, otkaz (rešenje) postaje izvršno.

Odluka arbitra je konačna, odnosno obavezuje poslodavca i zaposlenog. Ona se izjednačava sa pravnosnažnom sudskom odlukom, ima snagu izvršne isprave.

Osim rešavanja radnih sporova od strane arbitara (sa Imenika) Republičke agencije za mirno rešavanje radnih sporova – postoji tendencija rasta značaja ovog metoda, privatna arbitraža za rešavanje radnih sporova nije kod nas zaživela.



## RAVNOPRAVNOST POLOVA U OBLASTI RADNIH ODNOSA U DOKUMENTIMA EU

### U V O D

Prošle godine (2009) u Srbiji je usvojen Zakon o ravnopravnosti polova (ZRP),<sup>1</sup> Zakon uređuje veći broj oblasti, uključujući i radne odnose.<sup>2</sup> Kao i ostali nedavno usvojeni antidiskriminacioni zakoni, Zakon o ravnopravnosti polova unosi u naš pravni sistem niz originalnih pravnih rešenja, od kojih se mnoga odnose na oblast rada (afirmativne mere u pogledu zapošljavanja, kvote zaposlenih, posebne evidencije, obavezno planiranje uravnotežavanja radne snage, redovno izveštavanje o stanju u pogledu polova, zaštita od »viktimizacije«, teret dokazivanja na strani poslodavca). Rešenja u ovom Zakonu inspirisana su međunarodnim standardima, a naročito praksom Evropske unije. U ovom tekstu pokušaćemo da na sažet način prikazemo najznačajnije komunitarne standarde o ravnopravnosti polova na radu, koji su uticali na kreiranje našeg Zakona.

---

Dr Senad Jašarević, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu. Ovaj tekst nastao je kao rezultat rada na projektu Pravnog fakulteta u Novom Sadu »Pravo Srbije u Evropskoj perspektivi«, u okviru teme: »Usaglašavanje radnog i socijalnog prava Srbije i Evropske unije«. Projekat finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije (br. 149042).

<sup>1</sup> Službeni glasnik Republike Srbije, br. 104/2009.

<sup>2</sup> Drugim delom Zakona: »Zapošljavanje, socijalna i zdravstvena zaštita«, čl. 11–25.

KOMUNITARNI STANDARDI  
O RAVNOPRAVNOSTI POLOVA

Jedno od polja na kojima je neravnopravnost polova u praksi najzastupljenija, su radni odnosi. Motivisana težnjom da uspostavi istinsku, »realnu jednakost« muškaraca i žena, Evropska unija donosi niz pravnih standarda kojima se uređuju pojedini aspekti jednakog tretmana polova u domenu rada. Te akte podupiraće i praksa komunitarnih institucija, a naročito Evropskog suda pravde u Luksemburgu.

Najvažniji dokumenti komunitarnog prava koji uređuju oblast ravnopravnosti polova u oblasti rada,<sup>3</sup> su: Sporazum o Evropskoj zajednici (član 2, 3, 13, 137, 141); Povelja Evropske zajednice o fundamentalnim socijalnim pravima radnika, iz 1989. godine (tačka 16); Povelja iz Nice o fundamentalnim pravima u Evropskoj uniji, iz 2000 (član 23 i 33); Direktiva 75/117/EEZ o principu jednakog plaćanja za muškarce i žene; Direktiva 76/207/EEZ o primeni principa jednakog tretmana muškaraca i žena u pogledu pristupa zaposlenju, stručnoj obuci i unapređenjima i uslova rada; Direktiva 79/7/EEZ o primeni principa jednakog tretmana u oblasti socijalne sigurnosti; Direktiva 86/378/EEZ o primeni principa jednakog tretmana muškaraca i žena u profesionalnim sistemima socijalne sigurnosti; Direktiva 86/613/EEZ o primeni principa jednakosti muškaraca i žena za samostalne delatnosti i o zaštiti samozaposlenih žena tokom trudnoće i materinstva; Direktiva 96/34/EZ o porodijskom odsustvu; Direktiva 2000/78/EZ o ustanovljavanju opštih uslova za jednak tretman u zaposlenju i zanimanju; Direktiva 2006/54/EZ o primeni principa jednakih mogućnosti i jednakom tretmanu muškaraca i žena u oblasti zaposlenja i zanimanja (kojom su integrisane neke pomenute direktive); Kodeks prakse za suzbijanje seksualnog uznemiravanja na radu (1992), Kodeks prakse za primenu principa jednakog plaćanja za rad jednake vrednosti (1996); Rezolucija o uznemiravanju na radu (2001); Autonomni okvirni sporazum o uznemiravanju i nasilju na radu (2006); Mapa puta za postizanje rodne ravnopravnosti (2006 – 2010); Evropski pakt za jednakost polova (2006); Izveštaj Komisije EZ – Jednakost između žena i muškaraca (2010).<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Izuzetno detaljan spisak međunarodnih, a naročito izvora EU iz oblasti ravnopravnosti polova videti na: [http://www.europarl.europa.eu/compar/libe/elsj/charter/art23/default\\_en.htm](http://www.europarl.europa.eu/compar/libe/elsj/charter/art23/default_en.htm).

<sup>4</sup> Pomenuti dokumenti su, prema redosledu kako su navedeni objavljeni u: 1) Official Journal (dalje: OJ), L 45, 19/02/1975; 2) OJ L 039, 14/02/1976, sa izmenama u: OJ, L 269/15, 5/10/2002; 3) OJ L 6, 10/1/1978, 4) OJ L 225, 12/08/1986 (uključujući izmene iz 1996 – Direktivom 96/97/EZ); 5) OJ L145, 19/06/1996; 6) OJ L 303, 02/12/2000; 7) U Direktivi 2006/53 (OJ 204/23, 05/7/2006) objedinjene su direktive: 75/117/EEZ, 76/207/EEZ i 2002/73/EZ, 86/378/EEZ, 96/97/EZ, 97/80/EZ, 98/52/EZ; 8) OJ C 27, 04/02/1992; 9) Office for official publication of the European Communities, L 2985, Luxembourg; 10) OJ, C 77 E/138; 11) Dokument zaključen iz-

*Opša regulativa o ravnopravnosti:* – Sporazum o Evropskoj zajednici (EZ) je od trenutka svog prvobitnog zaključivanja (1957) imao u vidu potrebu ravnopravnosti polova u pogledu plaćanja, da bi vremenom odredbe o jednakosti muškaraca i žena bile sve više obogaćivane. Postepeno Zajednica počinje da proširuje dejstvo principa ravnopravnosti polova svuda u oblasti radnih odnosa i socijalne sigurnosti. Takva politika biće konačno uobličena Amsterdamskim sporazumom (1997), koji princip jednakosti muškaraca i žena uzdiže na nivo osnovnih ciljeva Zajednice. Prema čl. 2 Sporazuma o Evropskoj zajednici, Zajednica ima kao jedan od svojih zadataka, da promoviše jednakost muškaraca i žena. U skladu sa članom 3 (tač. 2) Sporazuma, Zajednica će svim svojim aktivnostima pokušati da eliminiše nejednakost i da unapredi jednakost uopšte, pa i između muškaraca i žena. Uvodi se i novi čl. 13 Sporazuma, kojim se regulišu mere borbe protiv diskriminacije po svim osnovima, pa i polu. Prema čl. 137 Sporazuma, jedan od ciljeva EZ je jednakost između muškaraca i žena u vezi sa mogućnostima na tržištu rada i tretmanom na radu. Konačno novim čl. 141, da bi se obezbudio princip jednakog plaćanja polova, dozvoljava se mogućnost uvođenja mera tzv. pozitivne diskriminacije u profesionalnoj oblasti.

Uz Sporazum, u najvažniju opštu regulativu Unije spadaju i povelje. Povelja Evropske zajednice o fundamentalnim socijalnim pravima radnika, iz 1989., u tač. 16 garantuje pravo na: Jednak tretman muškaraca i žena, što podrazumeva jednake šanse za muškarce i žene u radnim odnosima, a naročito kada se radi o pristupu zapošljavanju, plaćanju, uslovima rada, socijalnoj zaštiti, obrazovanju, profesionalnom usavršavanju i razvoju karijere. U Povelji iz Nice o fundamentalnim pravima u Evropskoj uniji, iz 2000. godine, u čl. 23, st. 1 (podnaslov: Jednakost muškaraca i žena), predviđeno je: »Jednakost između muškaraca i žena mora da bude obezbeđena u svim oblastima, uključujući radni odnos, rad i plaćanje...«.

*Zabrana diskriminacije i jednak tretman polova:* – Prvobitno ustanovljeni princip jednakog tretmana polova u oblasti plaćanja, postepeno se proširuje kao opšti princip komunitarnog prava (princip jednakosti) na sve segmente rada i radnih odnosa. Godine 1976. donosi se Direktiva koja će se odnositi na jednak tretman u svim aspektima radnog odnosa (za samozaposlene se sličan dokument usvaja 1986 – Direktiva 86/613/EEZ). Potom se Direktivom od 1979. godine razrađuje ideja o jednakom tretmanu polova u oblasti socijalne sigurnosti. Godine 1981. formira se Savetodavni komitet za jednake mogućnosti muškaraca i žena.<sup>5</sup>

---

među Evropske konfederacije sindikata i udruženja poslodavaca koje deluju na evropskom nivou (UNICE, UEAPME, CEEP); 12) COM(2006) 92, 01. 3. 2006; 13) Bulletin EU, 2006, No 3; 14) Report from the Commission to the Council, [SEC(2009)1706]/\* COM/2009/0694 final.

<sup>5</sup> OJ L020, 28/01/1982.

Preporukom saveta br. 84/635 od 1984. godine promovisaće se mogućnost uvođenja mera pozitivne akcije u korist žena. Godine 2000. usvojena je veoma značajna Direktiva 2000/78, koja se ne odnosi direktno na ravnopravnost polova, ali se njome uvrđuje novi normativni okvir za osiguranje jednakog tretmana u domenu radnih odnosa. Na bazi tog dokumenta je 2002. godine Direktiva iz 1976. dopunjena preciznijim definicijama diskriminacije, uznemiravanja i seksualnog uznemiravanja (uvažavajući pri tome i praksu Evropskog suda pravde). Pošto je pomenutim direktivama stvoren svojevrsan kodeks o ravnopravnosti polova, Direktivom br. 2006/54/EZ integrišu se u jedinstven tekst direktive iz 1975, 1976, 1986, 1997, 2002. o jednakom tretmanu.

Težnja u svim navedenim dokumentima je da se zaposlenima bez obzira na pol obezbedi jednak tretman, odnosno da se iskoreni diskriminacija (neposredna i posredna). U tom pogledu je posebno značajna Direktiva iz 76/207, koja uvodi obavezu primene principa jednakog tretmana na svim poljima u radnom odnosu, počev od pristupa zaposlenju (uključujući i unapređenja), preko profesionalne obuke i usavršavanja, zatim u vezi sa uslovima rada (pa i zaštitom od otkaza), sve do prava iz socijalne sigurnosti. Dopunska Direktiva iz 2002. proširuje dejstvo principa jednakog tretmana i na jednak pristup samozapošljavanju ili bilo kojem zanimanju, regulisaće zaštitu u vezi sa odsustvovanjem žena sa posla u slučaju trudnoće i materinstva (uz zaštitu od otkaza i pravo da se vrate na isti posao),<sup>6</sup> i utvrdiće da se princip jednakosti odnosi i na pitanje članstva u organizacijama zaposlenih.<sup>7</sup>

Primena principa jednakog tretmana znači primarno zabranu diskriminacije. Pojam diskriminacije je, kao što smo rekli vremenom dorađivan u komunitarnom pravu. Prema novoj Direktivi 2006/54, čl. 2, direktna diskriminacija postoji: kada se neka osoba tretira lošije na osnovu pola nego što se tretira ili je bila, odnosno mogla bi da bude tretirana neka druga osoba u uporedivoj situaciji. Posredna diskriminacija postoji kada naizgled neutralna odredba, kriterijum ili praksa mogu da osobu jednog pola dovedu u nepovoljniji položaj u odnosu na osobe drugog pola, osim ako su takva odredba, kriterijum ili praksa objektivno opravdani zakonitim ciljem i pri tome su sredstva za ostvarivanje tog cilja odgovarajuća i neophodna.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Prema Direktivi iz 2006, čl. 16, ova zaštita se odnosi na sva roditeljska ili usvojiteljska odsustva.

<sup>7</sup> Videti čl. 1–5 izvornog teksta Direktive iz 1976, čl. 2 st. 7 i čl. 3 prečišćenog teksta Direktive, koji uključuje i izmene iz 2002. i čl. 14 Direktive iz 2006.

<sup>8</sup> Mnoge odredbe u Zakonu o ravnopravnosti polova inspirisane su gore navedenim rešenjima (videti: čl. 11, 14, 15, 16, 19 ZRP).

Kada govorimo o antidiskriminacionim direktivama, treba pomenuti još par rešenja koja se odnose na zaštitu žrtava diskriminacije. Direktiva iz 1976. godine uvodi u čl. 7 – princip zabrane »viktimizacije« (odmazde) zbog pokretanja postupka u vezi sa zaštitom od diskriminacije, koji će kasnije biti redovno zastupljen u sličnim aktima. U članu 24 nove Direktive 2006/54, u okviru podnaslova: »Viktimizacija«, predviđeno je: »Države članice će uvesti u svoje nacionalne pravne sisteme takve mere koje su neophodne da bi se zaposleni zaštitili, uključujući i zaštitu kakvu uživaju predstavnici zaposlenih po nacionalnom zakonodavstvu ili praksi, od otkaza ili drugog štetnog tretmana od strane poslodavca kao reakciju na zahtev u okviru preduzeća ili druge pravne procedure sa ciljem pravne zaštite u vezi sa principom jednakog tretmana.«<sup>9</sup>

Za efikasnu pravnu zaštitu bitno je da postoji mogućnost realnog i efektivnog obeštećenja žrtava diskriminacije.<sup>10</sup> To je, sa druge strane, teško izvodljivo bez efikasne sudske zaštite.<sup>11</sup> Sa pitanjem adekvatne sudske zaštite povezan je problem tereta dokazivanja. Izuzetno teško dokazivanje diskriminacije je osnovni razlog zbog koga se zaposleni nerado odlučuju da traže sudsku zaštitu. To je motivisalo Evropsku zajednicu da donese posebnu Direktivu br. 97/80/EZ,<sup>12</sup> o teretu dokazivanja u slučajevima diskriminacije na osnovu pola, prema kojoj je teret dokazivanja na tuženom licu, odnosno poslodavcu. Ovaj princip je kasnije potvrđen i u ostalim dokumentima.<sup>13</sup>

Jedno od korisnih rešenja uvedenih Direktivom iz 1976. godine, je da u postupku zaštite u slučaju nejednakog tretmana polova može u cilju pružanja podrške zaposlenom da učestvuju i sindikat (čl. 6, tač. 3).<sup>14</sup>

*Zaštita od uznemiravanja i seksualnog uznemiravanja:* – Rad kao korisnu delatnost prate i destruktivni vidovi ponašanja, među kojima su uznemiravanje i seksualno uznemiravanje. Poslednjih godina je, usled krize i pojačane konkurencije među zaposlenima, ovakvo ponašanje u porastu. To se negativno odražava ne samo na međuljudske odnose na radu, već i na zdravlje zaposlenih, porodične odnose i ukupnu produktivnost društva. Zbog toga se u Uniji devedesetih godina počinje da deluje na suzbijanju svih vidova uznemiravanja na poslu.<sup>15</sup>

---

<sup>9</sup> U vezi sa ovim videti čl. 20 našeg ZRP.

<sup>10</sup> Videti čl. 6 st 2 dopunjene Direktive iz 1976. i čl. 18 Direktive iz 2006.

<sup>11</sup> Videti tačku 29 i čl. 17 nove Direktive (2006), kao i deo 6. našeg Zakona.

<sup>12</sup> Direktiva je usvojena 15. 12. 1997 (OJ L 14), a izmene u OJ L 205 (1998). Videti čl. 4 Direktive.

<sup>13</sup> Videti čl. 19 i tačku 30 Preambule Direktive od 2006, kao i čl. 49 ZRP, kojim se preuzima ovaj princip.

<sup>14</sup> Videti čl 6, tač 3 Direktive iz 1976; čl. 17, tač 2 Direktive iz 2006, i čl. 43 ZRP.

<sup>15</sup> U vezi sa tim videti čl. 18 ZRP, kao i čl. 18 Zakona o radu (Sl. glasnik RS, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009).

Na ovom polju je naročito izražen pristup koji generalno karakteriše komunitarnu praksu, a to je da se Unija ne zaustavlja samo na propisivanju regulative, već neprekidno praktično deluje na suzbijanju uznemiravanja po osnovu pola. To se čini na najrazličitije načine, kako dopunskom regulativom, kampanjama, tako i sudskom praksom Evropskog suda za ljudska prava. Primera radi, u Evropskoj uniji je 1992. godine usvojen »Kodeks prakse za suzbijanje seksualnog uznemiravanja na radu«, na osnovu prethodno donete »Preporuke o zaštiti dostojanstva žena i muškaraca na radu«, iz iste godine (i Rezolucije od 1990).<sup>16</sup> Potom se 2001. godine sačinjava Rezolucija o uznemiravanju na radu od 2001. godine,<sup>17</sup> a na bazi tog dokumenta organizacije zaposlenih i poslodavaca na nivou EU 2006. godine zaključuju »Autonomni okvirni sporazum o uznemiravanju i nasilju na radu«, sa ciljem suzbijanja zlostavljanja na samom mestu rada.

Prema čl. 2. Direktive od 2002. i čl. 2 Direktive od 2006, uznemiravanjem se smatra nepoželjno ponašanje na radnom mestu povezano sa polom osobe koje ima za cilj ili posledicu narušavanja dostojanstva osobe i stvaranje zastrašujućeg, neprijateljskog, degradirajućeg, ponižavajućeg ili uvredljivog okruženja. Seksualno uznemiravanje, prema istim dokumentima, postoji u slučaju ispoljavanja bilo kojeg vida neželjenog verbalnog, neverbalnog ili fizičkog ponašanja seksualne prirode, koje ima za cilj ili efekat povredu dostojanstva te osobe ili stvaranje zastrašujućeg, neprijateljskog, degradirajućeg, ponižavajućeg ili uvredljivog okruženja. Poslodavac je dužan da zaposlene zaštititi od ovakvog ponašanja. Prema tač. 3 i 4, člana 2 Direktive iz 2002, uznemiravanje i seksualno uznemiravanje smatraju se diskriminacijom na osnovu pola i kao takvi su zabranjeni. Uputstvo da se lica diskriminišu na osnovu pola smatraće se takođe diskriminacijom.

*Jednako plaćanje:* – Kao što smo pominjali, princip jednakog plaćanja polova proklamovan je u komunitarnom pravu još 1957. godine (čl. 119, sada 141 Sporazuma o EZ).<sup>18</sup> Kasnije je Unija raznim merama razvijala ovaj princip. Između ostalog, u ovoj oblasti izuzetno je značajna sudska praksa Evropskog suda pravde. Prva sudska odluka, kojom će se bitno odrediti komunitarna praksa i ojačati princip jednakog plaćanja donosi se još 1971. godine (slučaj Gabrijele Defrene protiv Belgije).<sup>19</sup> Ubrzo nakon toga, Zajednica 1975. godine usvaja Di-

<sup>16</sup> OJ L 49, 24/02/1992. Ovom dokumentu je prethodila istoimena Rezolucija Saveta iz 1990 (OJ C 157, 27/6/1990).

<sup>17</sup> U Rezoluciji se procenjuje da 12 miliona ljudi u EU trpi zlostavljanje na radu. Zapaža se da je ovako ponašanje naročito rasprostranjeno prema ženama. Videti tačku A i D preambule.

<sup>18</sup> Naš Zakon o ravnopravnosti ovaj princip proklamuje u čl. 17, a Zakon o radu u čl. 104.

<sup>19</sup> To je i najpoznatiji slučaj u oblasti jednakog plaćanja (Defrenne II – Slučaj 43/75, Defrenne v. Societe Anonume Belge de Navigation Aeriene Sabena). Gospođa Defrene tužila je avio-kompaniju Sabena, tražeći da joj se nadoknadi neosnovana razlika u plati između nje i muških kolega. Sud je našao da je tužba osnovana i upravo je ta presuda predstavljala prekretnicu u komu-



rektivu o približavanju prava država članica u vezi sa primenom principa jednakog plaćanja muškaraca i žena. Ova direktiva uvodi koncept »jednako plaćanje za rad iste vrednosti«. Prema čl. 1 Direktive, princip jednakog plaćanja znači jednako plaćanje za isti rad ili rad iste vrednosti, a podrazumeva eliminaciju diskriminacije na osnovu pola u vezi sa svim aspektima i uslovima plaćanja. Žalba, odnosno pokretanje procedure zbog nejednakog plaćanja ne može da dovede do otkaza (čl. 5).

Godine 1996. Evropska komisija donosi Kodeks prakse za primenu principa jednakog plaćanja za rad jednake vrednosti, kojim se socijalnim partnerima daju konkretnije instrukcije kako da primene princip jednakog plaćanja.<sup>20</sup> Iako se na smanjenju »platnog jaza« neprekidno radi, razlika u platama muškaraca i žena u EU i dalje postoji, a procenjuje se na između 15% i 17,4%.<sup>21</sup> U Mapi za postizanje jednakosti između muškaraca i žena (2006–2010) zapaža se (tač. 1.2): »I pored toga što je EU donela legislativu o jednakom plaćanju, žene i dalje zarađuju 15% manje od muškaraca i ovaj jaz se smanjuje znatno sporije nego jaz u oblasti zapošljavanja. Taj otpor rezultat je direktne diskriminacije žena i strukturalnih nejednakosti, kao što je segregacija u pojedinim sektorima, zanimanjima i organizacionim sistemima, pristupu obrazovanju i obuci, poremećaji u procenama i platnim sistemima, i stereotipi.« Prema Izveštaju o jednakosti između žena i muškaraca EU, za 2010. godinu, žene se nalaze u lošijoj poziciji na tržištu rada, između ostalog zahvaljujući i nejednakim platama. Manje plaćanje rezultira i većim ženskim siromaštvom, kako u radnoj populaciji, tako i u starosti (niže penzije).<sup>22</sup>

Poslodavci ne krše princip jednakog plaćanja samo prilikom isplata zarada, već i kada se radi o obezbeđivanju drugih materijalnih beneficija zaposlenima. Prema Evropskom sudu pravde, princip jednakog plaćanja u određenim okolnostima nije limitiran samo na situacije kada muškarci i žene rade za istog poslodav-

---

nitarnoj praksi u pogledu plaćanja polova. Detaljnije videti: S. Bajić, N. Drobniak, I. Krkeljić, *Komentar Zakona o rodnoj ravnopravnosti*, Kancelarija za rodnu ravnopravnost Vlade Crne Gore, Podgorica, 2009.

<sup>20</sup> Između ostalog, da bi se izbeglo nejednako plaćanje, Kodeksom se sugeriše: 1) spajanje sličnih poslova koji su bili platno razdvojeni prema polu, tako da se primenjuje cena rada koju primaju muškarci; 2) da se uskladi sistem plaćanja i nestanu barijere između pojedinih tipova poslova (npr. uredskih i proizvodnih), 3) da se izvrši redefinisiranje i ponovna procena formalnih kvalifikacija i veština poslova koji su više »ženski«, 4) da se pristupi reorganizaciji poslova, tako što bi se povećale mogućnosti zaposlenja žena na tipično muškim poslovima na kojima su bolji uslovi plaćanja, itd.

<sup>21</sup> Videti više: Rezolucija Evropskog parlamenta o modernizaciji radnog prava u susret promenama 21 veka, iz 2006 (2007/2023, INI), tač. 1; Mapa za postizanje jednakosti između muškaraca i žena (2006–2010).

<sup>22</sup> Videti deo 2. Izveštaja, o nejednakom tretmanu među polovima.

ca. Takođe, shodno stavovima Suda, plaćanje ne uključuje samo zarade, već i druge ugovorene beneficije u novcu i naturi koje zaposleni direktno ili indirektno primaju, kao što su: plaćeni odmor i odsustva; plaćanje uslovljeno profitom; učešće u profitu; ugovoreni bonus; učešće u akcijama; dotirani kredit za kupovinu nekretnina; korišćenje kompanijskog automobila ili plaćanje benzina; snošenje telefonskih troškova; privatno medicinsko osiguranje; životno i kompanijsko penzijsko osiguranje; besplatan ili dotiran smeštaj; popusti za osoblje i druge povlastice; briga o deci.<sup>23</sup>

Kao što smo pomenuli, praksa Evropskog suda o principu jednakog plaćanja je veoma bogata i zanimljiva, pa ćemo ukratko prikazati nekoliko slučajeva. U slučaju Enderbi iz 1993. Sud je zaključio sledeće: »Kada statistika ukazuje na znatnu razliku u zaradi između dve vrste posla koje su iste vrednosti, za radna mesta koja su iste vrednosti, a jedan od tih poslova obavljaju gotovo isključivo žene, dok drugi obavljaju uglavnom muškarci, tada evropsko pravo (član 119 Ugovora o Evropskoj zajednici) zahteva da zakonodavac pokaže da se ta razlika zasniva na objektivno opravdanim faktorima koji se ne odnose na diskriminaciju po osnovu pola. Sud je u istom predmetu rekao i da se teret dokaza prebacuje na poslodavca. Dakle, ako se utvrdi osnovana sumnja da diskriminacija postoji, tada poslodavac mora dokazivati da do diskriminacije nije došlo.«<sup>24</sup> Kod slučaja Kaufhaus, zaposleni na određeno vreme bili su u nepovoljnijem položaju prilikom ostvarivanja prava na penziju od zaposlenih na neodređeno vreme. Pretežan broj zaposlenih na određeno vreme bile su žene, te su one, statistički gledano, bile u lošijem položaju kada se radi o penziji. Ovde je sud utvrdio da je u pitanju posredna diskriminacija. Kod Slučaja Dženkins, spor se vodio zbog razlika u visini satnice koja je isplaćivana radnicima sa nepunim radnim vremenom i radnicima sa punim radnim vremenom. Problem se sastojao u tome da je sat rada osoba koje su bile zaposlene puno radno vreme iznosio 10% više od sata osoba koje su radile sa nepunim radnim vremenom. Slučaj je povezan sa diskriminacijom po osnovu pola zbog činjenice da su skraćeno radno vreme radile uglavnom žene, a puno radno vreme angažovani su bili pretežno muškarci.

*Sistemi socijalne sigurnosti.*<sup>25</sup> – Mnoga prava iz oblasti socijalne sigurnosti stižu se na osnovu radnog odnosa. Uočivši mnogobrojne oblike diskriminacije prema polu u sistemima socijalne sigurnosti, Zajednica krajem 1978. godine do-

<sup>23</sup> Videti više na: [www.eoc.org.uk/pdf/eoc\\_ep\\_english.pdf](http://www.eoc.org.uk/pdf/eoc_ep_english.pdf), kao i tačku 10, 14, 16 preambule i čl. 2 st. 1 al. e) Direktive 2006/54/EC.

<sup>24</sup> Ovaj i slučajeve koji slede preuzeli smo uz manje izmene iz pomenutog Komentara Zakona o rodnoj ravnopravnosti Crne Gore (Slučaj Enderbu, iz 1993. godine; Slučaj B. Kaufhaus iz 1986; Slučaj 96/80, Jenkins v. Kingstate LTD). Videti fusnotama Komentara u delu o jednakom plaćanju.

<sup>25</sup> Videti čl. 23 i 24 ZRP.

nosi Direktivu 79/7/EEZ o progresivnoj primeni principa jednakog tretmana muškaraca i žena u oblasti socijalne sigurnosti, a potom i 1986. godine Direktivu 86/378/EEZ o primeni principa jednakog tretmana muškaraca i žena u profesionalnim sistemima socijalne sigurnosti.

Direktivom 79/7 se na sličan način kao i u ostalim dokumentima o kojima smo govorili, izjednačavaju lica različitog pola, s tim što je polje delovanja vezano za državne sisteme socijalne sigurnosti. Zaštita prema čl. 3 Direktive obuhvata: a) sisteme zakonske zaštite za slučaj: bolesti, invalidnosti, starosti, povrede na radu i profesionalne bolesti, nezaposlenosti, b) oblast socijalne pomoći.<sup>26</sup>

Direktiva 86/378 se odnosi na sisteme socijalne sigurnosti koji se finansiraju iz oblasti radnog odnosa (istu materiju sada uređuje deo 2. Direktive iz 2006. godine). Direktiva 86/378 zabranila je bilo koji vid diskriminacije zasnovan na polu, odnosno bračnom ili porodičnom statusu u vezi sa: 1) obuhvatnošću šema socijalnog osiguranja ili uslova za učešće u njima, 2) obavezom uplaćivanja i načinom kalkulisanja doprinosa, 3) obračunavanjem beneficija, uključujući i prava supružnika ili naslednika (čl. 5). Primenjuje se na: a) profesionalne šeme socijalne sigurnosti koje štite od: bolesti, invalidnosti, starosti, povreda na radu i profesionalnih bolesti, nezaposlenosti, kao i b) profesionalne šeme socijalne sigurnosti koje se odnose na druge socijalne beneficije. Zaštita se odnosi na sve pripadnike zaposlene populacije, uključujući samozaposlene osobe, pa i lica koja odsustvuju sa rada usled bolesti, materinstva, povrede, nezaposlenosti, invalidnosti i slično (čl. 6. Direktive iz 2006). Oba dokumenta su veoma precizna, te se u njima navode i konkretni postupci koji su suprotni principu jednakosti, kao što su na primer: nejednaka mogućnost osiguranja, ustanovljavanje drugačijih pravila za muškarce i žene, nejednaki uslovi za ostvarivanje beneficija, različiti starosni uslovi za penzionisanje.<sup>27</sup>

*Pomirenje profesionalnog i privatnog života:* – Uz pol, jedan od najrasprostranjenijih osnova zbog kojeg poslodavci diskriminišu žene, su porodične obaveze (trudnoća, podizanje dece, staranje o starim i nemoćnim članovima domaćinstva). Zato je jedan od pravaca borbe za izjednačavanje polova promovisanje politike kojom se olakšava usklađivanje porodičnih i profesionalnih obaveza. U vezi sa tim, članom 33, st. 2 Povelje iz Nice (2000), u okviru prava na »Porodični i profesionalni život«, navodi se: »Da bi uskladio porodični i profesionalni život svako ima pravo na zaštitu od otkaza sa posla iz razloga koji su u ve-

---

<sup>26</sup> Dozvoljeni su jedino izuzeci kada se radi o godinama za odlazak u penziju kod starosne penzije, beneficija iz penzijskog sistema koji se odnose na podizanje dece, prava supružnika korisnika starosne ili invalidske penzije i kod nekih prava supružnika koga izdržava korisnik starosne, invalidske penzije ili beneficija po osnovu povrede na radu ili profesionalne bolesti (čl. 7).

<sup>27</sup> Čl. 6 Direktive iz 86, a sada 9 Direktive iz 2006.

zi sa materinstvom i pravo na plaćeno porodiljsko odsustvo i roditeljsko odsustvo nakon rođenja ili usvojenja deteta.« Evropski pakt za jednakost polova iz 2006. godine predviđa ovu oblast kao jedan od tri prioriteta pravca delovanja na polju ravnopravnosti polova (mere za smanjenje razlika među polovima i stereotipa; mere za unapređenje profesionalno-životnog balansa; 3. mere za razvoj politike ravnopravnosti polova i monitoringa).<sup>28</sup>

Inače, prva jasnija inicijativa Unije na ovom planu pojavljuje se u Preporuci saveta br. 92/241/EEZ od 31. marta 1992, o brizi o deci. Uslediće donošenje Direktive 96/34/EZ o roditeljskom odsustvu, kojom je u stvari prošireno dejstvo istoimenog Okvirnog sporazuma zaključenog između socijalnih partnera na nivou Unije (1995).<sup>29</sup> Sledeći akt iz ove oblasti – »Okvirni sporazum o radu sa nepunim radnim vremenom« biće zaključen 1997. godine od strane evropskih organizacija socijalnih partnera, i ubrzo pretočen u Direktivu (br. 97/81 od 15 decembra 1997). Sporazum pruža preventivnu zaštitu od svih tipova diskriminacije prema licima koja rade sa nepunim radnim vremenom (među njima su najviše zastupljene žene).<sup>30</sup>

## ZAKLJUČAK

Dokumenti Evropske unije poslužili su kao inspiracija našem zakonodavcu pri sačinjavanju odredaba Zakona o ravnopravnosti polova, o izjednačavanju polova u oblasti rada. Sledeći komunitarnu praksu, nameće se zaključak da je borba za postizanje pune ravnopravnosti polova u društvu trajan proces koji zahteva promenu svesti i stavova javnog mnjenja.<sup>31</sup> Zato proces eliminisanja nejednakosti polova ne može biti ograničen samo na legislativne mere, već bi novu regulativu trebalo i praktično da podrže sve državne institucije, a naročito sudovi i socijalni partneri, kao što se to čini u Evropskoj uniji.

---

<sup>28</sup> U mere pod tačkom 2 spadaju: briga o deci, briga o drugim zavisnim članovima porodice i omogućavanje roditeljskog odustva, kako ženama, tako i muškarcima. Videti čl. 16 i 25 našeg ZRP.

<sup>29</sup> Ovim dokumentom se predviđa roditeljsko odsustvo u trajanju od najmanje 3 meseca, kao jednako pravo oba roditelja. Podrazumeva se i zaštita od otkaza zbog odsustvovanja, a nakon korišćenja odsustva – pravo na povratak na isti posao (čl. 2, tač. 1, 2, 4, 5 Direktive – Okvirnog sporazuma). O merama iz ove oblasti videti i tač. 11, 22, 23, 24, 26, 27 preambule Direktive iz 2006.

<sup>30</sup> Videti više npr: K. Christopher, Family-Friendly Europe, The American Prospect magazine, April 8, 2002, Internet: [http://www.thirdworldtraveler.com/Europe/Family\\_Friendly.html/](http://www.thirdworldtraveler.com/Europe/Family_Friendly.html/).

<sup>31</sup> Videti tačku 38 preambule Direktive iz 2006.

SENAD JAŠAREVIĆ, LL.D.,  
Professor, Faculty of Law, University of Novi Sad

## GENDER EQUALITY IN EMPLOYMENT IN EU DOCUMENTS

### Summary

This text gives brief presentation of the European Community's legal standards on equal treatment of women and men at work. Equality between men and women is a fundamental principle of Community law under Article 2 and 3 (2) of the Treaty of the Union. The Treaty proclaims equality between men and women as a "task" and "aim" of the Community. It is also imposing a positive obligation of the Community to promote this principle in all its activities. The text elaborates: equal treatment regarding to the access to employment and occupation, elimination of all forms of direct and indirect discrimination, equal pay policy, protection of dignity of male and female worker (harassment, sexual harassment), protection on victimization (dismissals) in connection with gender equality complaints, burden of proof in court's procedure in the gender equality cases, equal treatment in social security and measures for reconciliation of family and professional life.



## ZLOSTAVLJANJE NA RADU – MOBING

### U V O D

»Mobing« (od engleske reči »to mob« – vređati, šikanirati) znači da je neka osoba ili grupa izložena šikaniranju, uznemiravanju, vređanju, isključivanju na radnom mestu od strane nadređenih, podređenih, ili kolega ravnopravnih po položaju, ili se osobi (ili grupi) dodeljuju uvredljivi radni zadaci.

Ne postoji opštevažeća definicija mobinga, ali o mobingu govorimo samo onda kada se postupci mobinga javljaju sistematski, učestalo, kada se ponavljaju i kada traju tokom dužeg vremenskog perioda. Po definiciji švedskog naučnika Hajnc Lejmana (1995), mobing postoji kada se postupci mobinga javljaju najmanje jednom u toku nedelje i kada traju najmanje pola godine. On je prvi upotrebio englesku reč »mobing« da bi označio neprijateljsko ponašanje zaposlenih na radnom mestu.

Pored Lejmanove definicije, postoji i novija, koju je predložio norveški akademik Stale Einarsen 2003. godine, koja je široko prihvaćena, a koja glasi: »Zlostavljanje (engleski »bullying«) na radu znači uznemiravanje, vređanje, socijalno isključivanje ili negativan uticaj na nečije radne zadatke. Da bi se određena aktivnost, interakcija ili proces mogli nazvati zlostavljanjem, oni se moraju odvijati učestalo i redovno (npr. sedmično) i tokom određenog vremenskog perioda (npr. šest meseci). Zlostavljanje je proces koji eskalira i tokom kojeg se osoba koja mu je izložena dovodi u inferioran položaj ili postaje meta siste-

matskog negativnog društvenog ponašanja. Konflikt se ne može nazvati zlostavljanjem ako je u pitanju pojedinačan događaj ili ako su u sukobu dve strane približno jednake snage.«

Izraz mobing je relativno nov, ali označava situaciju koja dugo traje u radnom okruženju, a koja se manifestuje kroz različite vidove uznemiravanja. Mobing može imati različite oblike: nedostatak komunikacije, neadekvatna komunikacija, izolacija, ignorisanje, tračarenje, ismevanje, neosnovana kritika, davanje previše jednostavnih ili previše složenih zadataka itd. Mobing može biti vertikalni, kada dolazi od rukovodstva i usmeren je ka podređenima, i horizontalni, kada se dešava između saradnika istog ranga. I muškarci i žene mogu biti izloženi mobingu, ali istraživanja pokazuju da su žene posebno izložene horizontalnom i vertikalnom mobingu.

Rezolucija Evropskog parlamenta o uznemiravanju na radnom mestu iz 2001. godine (*European Parliament Resolution on Harassment at the Workplace 2001/2339 (INI)*), ukazuje na ozbiljnost problema zlostavljanja na radnom mestu i porast broja slučajeva različitih formi uznemiravanja. Ovim dokumentom pozivaju se zemlje članice da se suprotstave zlostavljanju i seksualnom uznemiravanju na radnom mestu, te da izmene i dopune postojeće zakonodavstvo u ovoj oblasti.

Evropska fondacija za poboljšanje uslova života i rada (*European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions*), na osnovu podataka prikupljenih od evropskih zemalja o nasilju na radnom mestu i uzimajući u obzir njihovo postojeće zakonodavstvo, predložila je definiciju koja pod mobingom podrazumeva incidente zlostavljanja, napadanja ili upućivanja pretnji drugima u okolnostima vezanim za njihov posao, koji su na implicitan ili eksplicitan način povezani, odnosno dovode u pitanje njihovu sigurnost, dobrobit ili zdravlje.

Prema izveštaju Fondacije koji je objavljen pod nazivom »Prevenicije nasilja i uznemiravanja na radnom mestu«, uočeni su različiti oblici nasilja na radu, među kojima se razlikuju tri osnovna oblika. Fizičko nasilje, kao prvi oblik, pretpostavlja upotrebu fizičke sile prema jednom licu ili grupi, koja bi po redovnom toku stvari mogla rezultirati fizičkim, seksualnim ili psihičkim povredama, bez obzira da li je do povreda došlo. Ovaj oblik podrazumeva i pretnju nasiljem, odnosno svest o postojanju nasilja na radnom mestu. Drugi oblik se označava kao uznemiravanje, zlostavljanje ili psihičko nasilje, i to kao namerna upotreba sile protiv jednog lica ili grupe koja može rezultirati povredama mentalnog, duhovnog, moralnog ili socijalnog razvitka osobe, bez obzira da li je do zlostavljanja već došlo ili postoji svest o nameravanom zlostavljanju ili njegovom postojanju na radnom mestu. Treći oblik predstavlja seksualno uznemiravanje, koje se definiše kao bilo koji oblik neželjenog verbalnog, neverbalnog ili fizičkog postupka koji je seksualne prirode, a koji se javlja sa ciljem ili ima za posledicu povredu



dostojanstva osobe, naročito ako stvara neugodno, neprijateljsko, ponižavajuće, degradirajuće ili ugrožavajuće okruženje (u smislu Direktive EU 2002/73/EC).

U okviru tela Evropske unije (EU), Savetodavni odbor Evropske komisije za sigurnost, higijenu i zdravstvenu zaštitu na radu, u svom »Mišljenju o nasilju na radnom mestu«, usvojenom 2001. godine, navodi sledeću definiciju mobinga: »Mobing je negativan oblik ponašanja između kolega ili između hijerarhijskih nadređenih i podređenih, kojim se pojedinac izlaže ponovljenom ponižavanju i napada direktno ili indirektno od strane jedne ili više osoba, sa svrhom i ciljem njegovog otuđivanja.«

Međunarodna organizacija rada (*ILO*), mobing određuje kao uvredljivo ponašanje koje se manifestuje kao osvetoljubivi, surovi, zlonamerni ili ponižavajući pokušaji da se sabotira jedan ili grupa zaposlenih. Karakteriše se udruživanjem 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 raznih informacija.

U većini evropskih država koristi se izraz »mobing«. U državama engleskog govornog područja, takvo neprijateljsko ponašanje naziva se »zlostavljanje.« Drugi izrazi u upotrebi su moralno uznemiravanje, viktimizacija i psihološko zastrašivanje.

Prema uporednom zakonodavstvu, samo mali broj evropskih zemalja, u koje spadaju Švedska, Francuska, Belgija i Holandija, doneo je posebne zakone kojim uređuju zlostavljanje na radu, dok se u većini drugih zemalja koriste postojeće odredbe krivičnog i građanskog prava.

Od zemalja u našem okruženju samo je Slovenija, izmenama i dopunama Zakona o radnim odnosima iz novembra 2007. godine, uredila zaštitu zaposlenih od svakog, ne samo seksualnog uznemiravanja. Osim toga, u cilju zaštite dostojanstva zaposlenih na radu, uređeno je zlostavljanje na radnom mestu, propisana je definicija zlostavljanja, a teret dokazivanja, ako postoji sumnja na kršenje dostojanstva zaposlenog, pada na teret poslodavca<sup>1</sup>.

U Hrvatskoj je odbor za ravnopravnost polova podneo Hrvatskom saboru Predlog zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu 2007. godine (*napomena: prema podacima sa sajta Hrvatskog sabora od 6.05.2010. godine, ovaj predlog zakona se još nalazi u proceduri – nije donet*).

---

<sup>1</sup> Izvor, »Zaštita ličnosti radnika, privatnosti i dostojanstva u radnom zakonodavstvu Republike Slovenije«, autora doc. dr Etelke Korpič – Horvat i doc. dr Darje Senčur Peček, Pravni fakultet Univerziteta u Mariboru.

PODACI EU PREMA ANALIZI DABLINSKE FONDACIJE  
ZA UNAPREĐENJE USLOVA ŽIVOTA I RADA

Oko 8% radnika u Evropi, što je 12 miliona ljudi, tvrdi da je bilo predmet maltretiranja na radnom mestu za poslednjih 12 meseci. Radi poređenja, 4% kaže da je bilo predmet fizičkog nasilja, a 2% seksualnog uznemiravanja na radnom mestu. Ovo su podaci iz Treće evropske studije o radnim odnosima Evropske fondacije za unapređenje uslova života i rada iz decembra 2000. godine. Rezultati studije dobijeni su iz neposrednih pojedinačnih razgovora sa 21.500 radnika u članicama EU.

Rezultat ove studije u članicama EU pokazuje da su žene u većem obimu predmet maltretiranja od muškaraca (9% u poređenju sa 7%) i da radnici koji rade po ugovoru o povremenim poslovima imaju više izgleda da budu predmet maltretiranja od onih sa stalnim zaposlenjem. Studija pokazuje da je učestalost maltretiranja najveća u javnoj upravi (13%), ali da nije neuobičajena ni u, na primer, sektoru trgovine (prodaje) i usluga (11%), kao i bankarstvu (10%). Nacionalne procene i studije, takođe, pokazuju da su neka zanimanja ili sektori privrede takođe u velikom riziku. Prema Dablinskoj fondaciji, *nesigurno zaposlenje* jedan je od glavnih uzroka različitih tipova nasilja na radu, ispod čijeg naslova je Fondacija uvrstila i maltretiranje.

Prema nalazima Dablinske fondacije, lica koja su izložena maltretiranju znatno su podložnija stresu nego ostali radnici. 47% žrtava maltretiranja kaže da ima stresan posao, dok je udeo onih koji to tvrde među svim anketiranim 28%. Odsustvo sa posla u vezi sa zdravljem takođe je učestalije među žrtvama maltretiranja (34%), nego uopšte (23%).

UZROCI I POSLEDICE MOBINGA

U moguće uzroke mobinga (uznemiravanja i nasilja) spadaju nedostaci u organizaciji rada, nedovoljna informisanost na radnom mestu i upravi, a budući da nerešeni i dugotrajni organizacioni problemi dosta iscrpljuju radne timove i mogu da dovedu do pojave »traženja žrtvenog jarca« i maltretiranja, jer posledice po pojedince i radne timove mogu biti značajne, a isto tako i troškovi za pojedince, preduzeća i društvo.

Ozbiljne posledice diskriminativnog ponašanja mogu se pojaviti kod individualnih radnika u vidu teškoća sa saradnjom, niskom tolerancijom na stres, lošim fizičkim zdravljem, zloupotrebom ili fizičkim reakcijama tj. poremećajem sna ili depresijom, simptomima manije, ponekad agresivnosti ili ozbiljnog zamo-

ra i/ili suicidalnih misli. Ako maltretiranje odmah ne prestane (i ako se problemi na poslu koji leže u osnovi ne ispituju i ne reše), postoji rizik od toga da problem postane toliko ozbiljan tako da je potrebna dugogodišnja ekspertska, lekarska i psihološka pomoć.

## OKVIRNI SPORAZUM O UZNEMIRAVANJU I NASILJU NA RADU

Polazeći od potrebe zaštite dostojanstva zaposlenih na radu i negativnih posledica mobinga, Evropski socijalni dijalog – Konfederacija Evropskih sindikata (ETUC), Konfederacija Evropskog poslovanja (BUSINESSEUROPE), Evropska asocijacija malih i srednjih preduzeća (UEAPME) i Evropski centar za preduzeća sa javnim udelom i preduzeća od opšteg ekonomskog interesa (SEEP), 26. aprila 2007. godine, usvojio je Okvir sporazuma o uznemiravanju i nasilju na radu.

U uvodu Sporazuma se ističe da uzajamno poštovanje dostojanstva drugih na svim nivoima u okviru radnog mesta jedna je od ključnih karakteristika uspešnih organizacija. Iz tog razloga su uznemiravanje i nasilje neprihvatljivi. Potpisnici sporazuma i Komisija veze EUROCADRES/CEC osuđuju ih u svim njihovim oblicima. Oni smatraju da je od uzajamnog značaja i poslodavcima i radnicima bavljenje ovim problemom, koji može imati ozbiljne socijalne i ekonomske konsekvence.

Evropska unija (uključujući, između ostalog, i odgovarajuće direktive)<sup>2</sup> i nacionalni zakon definišu obavezu poslodavca da štite radnike od uznemiravanja i nasilja na radnom mestu.

Ovim sporazumom se definiše cilj da se poveća svesnost i razumevanje poslodavaca, radnika i njihovih predstavnika o postojanju uznemiravanja i nasilja na radnom mestu, i obezbedi poslodavcima, radnicima i njihovim predstavnicima na svim nivoima akciono orijentisani okvir kojim će identifikovati, prevenirati i upravljati problemima uznemiravanja i nasiljem na radu.

Sporazumom se utvrđuje: opis (definicija) uzmeniravanja; prevencija, identifikovanje i savladavanje problema uznemiravanja i nasilja; implementacija u

---

<sup>2</sup> Direktiva 2000/43/ec od 29. juna 2000. godine, koja implementira princip jednakog tretiranja osoba bez obzira na njihovo rasno ili etničko poreklo; Direktiva 2000/78/ec od 27. od novembra 2000. godine, koja ustanovljava generalni okvir za jednaki tretman u zapošljavanju i profesiji; Direktiva 2002/73/ec od 25. septembra 2002. godine, koja dopunjuje Direktivu 76/207/eec o implementaciji principa jednakog tretiranja žena i muškaraca u pogledu pristupa zaposlenju, profesionalnoj obuci i napredovanju, i uslovima rada; Direktiva 89/391/eec o uvođenju mera kojima će se ohrabriti poboljšanje bezbednosti i zdravlje na radu.

skladu sa procedurama i praksama specifičnim za menadžment i rad u Zemljama Članicama i Zemljama Evropske ekonomske oblasti i dalje praćenje na osnovu godišnjih izveštaja o implementaciji Komisije za socijalni dijalog.

## KARAKTERISTIKE MOBINGA U REPUBLICI SRBIJI

U procesu tranzicije i privatizacije moralna maltertiranja su uočljivija više nego ikada, koja se ogledaju naročito u: 1. psihološkoj torturi sa ciljem oslobađanja viška zaposlenih u privatizovanim preduzećima; 2. izbacivanju sposobnih i stručnih i dovođenju nestručnih poslušnika bez iskustva; 3. eliminaciji političkih protivnika i sl.

Prema podacima Viktimološkog društva Srbije, tokom 2007. godine, od ukupno prijavljenih 216 lica – žrtava zlostavljanja, 119 lica smatra da je žrtva zlostavljanja na radu, što je 55% od ukupno prijavljenog broja žrtava. U 2008. godini, prema podacima ovog društva, od ukupno prijavljenih 226 žrtava zlostavljanja, 115 lica je prijavljeno kao žrtva zlostavljanja na radu, što iznosi oko 51% od ukupnog broja prijavljenih osoba. Ovi podaci pokazuju da je skoro svaka druga žrtva zlostavljanja bila zlostavljana na radu i u vezi sa radom.

Prema podacima Udruženja »Stop-mobbing«, u toku 2008. godine bilo je 1281 prijavljeni slučaj zlostavljanja na radu. Od tog broja 552 muškaraca i 729 žena. Starosna struktura prijavljenih žrtava je: 84 od 20 do 30 godina, 276 od 30 do 40, 321 od 40 do 50, 89 od 50 do 60 i 11 preko 60 godina. Prema sektoru rada poslodavaca, 684 su žrtve zlostavljanja kod poslodavaca u državnom sektoru, 597 kod poslodavaca u privatnom sektoru.

Iz dostavljenih podataka se može zaključiti: da je zlostavljanje na radu značajno prisutna pojava; da u ukupnom broju lica koja se prijavljuju kao žrtve zlostavljanja, više od polovine prijavljenih predstavljaju žrtve zlostavljanja na radu; prema polnoj strukturi veći je broj žena koje smatraju da su žrtve zlostavljanja na radu; prema starosnoj strukturi najugroženije grupe su mladi (od 20–30 god.) i zaposleni srednjih godina (od 40–50 god.).

## SPREČAVANJE ZLOSTAVLJANJA NA RADU PREMA ZAKONU REPUBLIKE SRBIJE

Narodna skupština Republike Srbije je 26. maja 2010. godine usvojila Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu (»Službeni glasnik RS«, br. 36/10, koji je stupio na snagu 5. juna 2010. godine, a primenjuje se po isteku 90 dana od dana njegovog stupanja na snagu.

Zakonom se uređuju: zabrana zlostavljanja na radu i u vezi sa radom; mere za sprečavanje zlostavljanja i unapređenje odnosa na radu; postupak zaštite lica izloženih zlostavljanju na radu i u vezi sa radom i druga pitanja od značaja za sprečavanje i zaštitu od zlostavljanja na radu i u vezi sa radom.

Odredbe ovog zakona primenjuju se i na slučajeve seksualnog uznemiravanja, u skladu sa zakonom kojim se uređuje rad, prema kojem, seksualnim uznemiravanjem smatra se: verbalno, neverbalno ili fizičko ponašanje koje ima za cilj ili predstavlja povredu dostojanstva zaposlenog u sferi polnog života; koje izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje.

Odredbe ovog zakona odnose se na poslodavce, zaposlene u skladu sa zakonom kojim se uređuje rad, zakonom kojim se uređuju prava i obaveze državnih službenika i nameštenika, zakonom kojim se uređuju prava i obaveze zaposlenih u jedinicama teritorijalne autonomije i lokalne samouprave, kao i na lica angažovana van radnog odnosa, kao što su lica koja obavljaju privremene i povremene poslove ili poslove po ugovoru o delu ili drugom ugovoru, lica na dopunskom radu, lica na stručnom osposobljavanju i usavršavanju kod poslodavca bez zasnivanja radnog odnosa, volontere i svako drugo lice koje po bilo kom osnovu učestvuje u radu kod poslodavca (u daljem tekstu: zaposleni).

Poslodavac je dužan da, u cilju stvaranja uslova neophodnih za zdravu i bezbednu radnu okolinu, organizuje rad na način kojim se sprečava pojava zlostavljanja na radu i u vezi sa radom i zaposlenima obezbeđuju uslovi rada u kojima neće biti izloženi zlostavljanju na radu i u vezi sa radom od strane poslodavca, odnosno odgovornog lica ili zaposlenih kod poslodavca.

Zabranjen je bilo koji vid zlostavljanja na radu i u vezi sa radom (u daljem tekstu: zlostavljanje). Zakonom je, takođe, zabranjena i zloupotreba prava na zaštitu od zlostavljanja.

Zakonom se posebno utvrđuje pojam zlostavljanja i izvršioca zlostavljanja. Zlostavljanje, u smislu ovog zakona, jeste svako aktivno ili pasivno ponašanje prema zaposlenom ili grupi zaposlenih kod poslodavca koje se ponavlja, a koje za cilj ima ili 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.

Zlostavljanje jeste i podsticanje i navođenje drugih na ponašanje koje predstavlja zlostavljanje.

Izvršiocom zlostavljanja smatra se poslodavac sa svojstvom fizičkog lica (u daljem tekstu: preduzetnik) ili odgovorno lice kod poslodavca sa svojstvom pravnog lica, zaposleni ili grupa zaposlenih kod poslodavca, koji vrši zlostavljanje.

Osnovne karakteristike ponašanja koje pretstavlja zlostavljanje na radu jeste da se ponavlja i da ima za cilj ili predstavlja povredu: dostojanstva, ugleda, ličnog i profesionalnog integriteta, zdravlja, položaja zaposlenog, izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje, ili dovodi do toga da se zaposleni izoluje ili navede da na sopstvenu inicijativu otkaže ugovor o radu ili raskine radni odnos.

### PRAVA, OBAVEZE I ODGOVORNOSTI POSLODAVCA I ZAPOSLENIH U VEZI SA ZLOSTAVLJANJEM

Zakonom su utvrđena prava, obaveze i odgovornosti kako poslodavca, tako i zaposlenih u vezi sa zlostavljanjem na radu i u vezi sa radom, koje je, kako je napred izneto, značajno prisutna pojava kod nas.

Odredbama čl. 7. do 9. Zakona, utvrđena su prava, obaveze i odgovornosti poslodavca, i to:

– da zaposlenog, pre stupanja na rad, pismenim putem obavesti o zabrani vršenja zlostavljanja, obavezama u vezi sa sprečavanjem zlostavljanja, načinom prepoznavanja i mogućnostima zaštite od zlostavljanja;

– da preduzima preventivne mere u vidu obaveštavanja i osposobljavanja zaposlenih i njihovih predstavnika o prepoznavanju uzroka, oblicima i posledicama vršenja zlostavljanja;

– da zaposlenog bez odlaganja zaštiti od zlostavljanja odmah po saznanju za postojanje zlostavljanja.

Poslodavac odgovora za štetu koju odgovorno lice ili zaposleni vršeci zlostavljanje prouzrokuje drugom zaposlenom kod istog poslodavca. Poslodavac koji je naknadio štetu koju je prouzrokovalo odgovorno lice ili zaposleni ima pravo da od tog lica ili zaposlenog zahteva naknadu isplaćene štete.

Posebno su utvrđena prava, obaveze i odgovornosti zaposlenog. Zaposleni ima pravo da bude upoznat sa pravima i obavezama u vezi sa zabranom zlostavljanja, kao i na zaštitu od zlostavljanja.

Zaposleni koji vrši zlostavljanje odgovoran je za nepoštovanje radne discipline, odnosno povredu radne obaveze, u skladu sa zakonom kojim se uređuje rad.

Ista odgovornost je propisana i za zaposlenog koji zloupotrebi pravo na zaštitu od zlostavljanja, koju, prema stavu 3. člana 11. Zakona, čini zaposleni koji je svestan ili je morao biti svestan da ne postoje osnovani razlozi za pokretanje postupka za zaštitu od zlostavljanja, a pokrene ili inicira pokretanje tog postupka

sa ciljem da za sebe ili drugog pribavi materijalnu ili nematerijalnu korist ili da nanese štetu drugom licu.

Prema odredbama ovog zakona, prava i obaveze zaposlenog u vezi sa zlostavljanjem sastoje se naročito u sledećem:

- obaveza uzdržavanja od ponašanja koje predstavlja zlostavljanje i ponašanja koje predstavlja zloupotrebu prava na zaštitu od zlostavljanja;
- da odmah prestane sa takvim ponašanjem po ukazivanju na zlostavljanje;
- zaposleni koji vrši zlostavljanje, kao i zaposleni koji zloupotrebi pravo na zaštitu od zlostavljanja, odgovoran je za nepoštovanje radne discipline, odnosno povredu radne dužnosti;
- pravo zaposlenog koji sazna za ponašanje za koje opravdano veruje da predstavlja zlostavljanje inicira pokretanje postupka za zaštitu od zlostavljanja obaveštavanjem odgovornog lica ovlašćenog za podnošenje zahteva za pokretanje tog postupka.

#### POSTUPAK ZA ZAŠTITU OD ZLOSTAVLJANJA KOD POSLODAVCA

Zaštita od zlostavljanja zakonom je vrlo detaljno uređena. S obzirom na posledice i delikatnost u postupku utvrđivanja, propisano je više različitih mogućnosti za ostvarivanje ove zaštite: kod poslodavca; u postupku posredovanja/medijacije; u postupku utvrđivanja odgovornosti za nepoštovanje radne discipline, odnosno povredu radne dužnosti, i pred nadležnim sudom, u parničnom postupku, koji ima karakter radnog spora.

Zaposleni koji smatra da je izložen zlostavljanju, ako se za zlostavljanje ne tereti odgovorno lice u pravnom licu, odnosno preduzetnik – zahtev za pokretanje postupka za zaštitu od zlostavljanja može podneti neposredno odgovornom licu u pravnom licu, odnosno preduzetniku (čl. 13)

Zahtev za pokretanje postupka za zaštitu od zlostavljanja 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, uz pismenu saglasnost zaposlenog koji smatra da je izložen zlostavljanju.

Međutim, ako se za zlostavljanje tereti odgovorno lice u pravnom licu, odnosno preduzetnik, zaposleni koji smatra da je izložen zlostavljanju može, bez pokretanja postupka za zaštitu od zlostavljanja u smislu člana 13. Zakona, da podnese zahtev za pokretanje postupka posredovanja neposredno tom licu – odgovornom licu u pravnom licu, odnosno preduzetniku (čl. 14. st. 1).

Prema stavu 2. člana 14. Zakona, zaposleni koji smatra da je zlostavljan, a za zlostavljanje se tereti odgovorno lice u pravnom licu, odnosno preduzetnik, može, bez podnošenja zahteva za pokretanje postupka posredovanja kod poslodavca, do isteka roka zastarelosti za pokretanje postupka posredovanja kod poslodavca, pokrenuti postupak pred nadležnim sudom.

Poslodavac je dužan da, po prijemu zahteva za pokretanje postupka iz člana 13. Zakona (ako se za zlostavljanje ne tereti poslodavac), u roku od tri dana, stranama u sporu predloži posredovanje kao način rešavanja spornog odnosa. U istom roku, poslodavac može da prihvati i zahtev za posredovanje iz člana 14. Zakona (ako se za zlostavljanje tereti odgovorno lice u pravnom licu, odnosno preduzetnik).

Zaposleni koji smatra da je izložen zlostavljanju, zaposleni koji se tereti za zlostavljanje i predstavnik poslodavca iz člana 13. Zakona, odnosno zaposleni koji smatra da je izložen zlostavljanju od strane poslodavca u smislu člana 14. Zakona, sporazumno određuju ili biraju lice za vođenje postupka posredovanja/medijacije (u daljem tekstu: posrednik), u roku od tri dana od dana prijema predloga poslodavca.

Za posrednika može biti određeno, odnosno izabrano lice koje uživa poverenje strana u sporu, i to sa spiska posrednika koji se vodi kod poslodavca u skladu sa kolektivnim ugovorom, odnosno kod organa, organizacije ili ustanove za posredovanje, u skladu sa zakonom (profesionalnih udruženja za poslove medijacije, odnosno zaštite od zlostavljanja). Posrednik se može izabrati i sa spiska socijalno-ekonomskog saveta sačinjenog na predlog socijalnih partnera, kao i sa spiska udruženja građana čiji su ciljevi usmereni na poslove posredovanja, odnosno zaštite od zlostavljanja.

Posrednik je neutralna osoba koja posreduje između strana u sporu u cilju rešavanja njihovog spornog odnosa. Posrednik je dužan da postupa nezavisno i nepristrasno.

Strane u sporu su: zaposleni koji smatra da je izložen zlostavljanju, zaposleni koji se tereti za zlostavljanje i predstavnik poslodavca.

Postupak posredovanja je hitan. On se sprovodi tako što posrednik pomaže stranama u sporu da postignu sporazum. Postupak posredovanja je neformalan i zatvoren za javnost (podaci prikupljeni u toku posredovanja tajna su i mogu se saopštavati samo učesnicima u postupku i nadležnim državnim organima u vezi sa postupkom za zaštitu od zlostavljanja). Na postupak posredovanja se primenjuju odredbe Zakona o medijaciji (»Službeni glasnik RS«, br. 18/05). Strane u sporu mogu da se sporazumeju o načinu na koji će se postupak posredovanja sprovesti, a ako strane ne postignu sporazum o načinu sprovođenja postupka, posrednik će sprovesti postupak posredovanja na način koji smatra da je odgovara-



jući, imajući u vidu okolnosti spornog odnosa i interesa u sporu, uz poštovanje načela hitnosti.

Posrednik može da vodi zajedničke i odvojene razgovore sa stranama u sporu, kao i da uz saglasnost jedne strane drugoj strani prenese i predoči predloge i stavove o pojedinim pitanjima. Posrednik može da daje predlog mogućih načina za rešavanje spora, ali ne može stranama u sporu da nameće rešenje, a ako oceni da preti opasnost od nastupanja nenadoknadive štete zaposlenom koji smatra da je izložen zlostavljanju, posrednik može dostaviti poslodavcu obrazloženu inicijativu za preduzimanje mera iz člana 24. Zakona – premeštaj zaposlenog u drugu radnu okolinu na iste ili druge poslove; udaljenje sa rada uz naknadu zarade – do okončanja postupka za zaštitu od zlostavljanja.

Postupak posredovanja okončava se u roku od osam radnih dana od dana određivanja, odnosno izbora posrednika. Ovaj rok se, izuzetno, može produžiti na maksimalno 30 dana od dana određivanja, odnosno izbora posrednika, ako postoje opravdani razlozi za to.

Postupak posredovanja se okončava: 1) zaključivanjem sporazuma između strana u sporu; 2) odlukom posrednika, posle konsultacije sa stranama, da se postupak obustavlja, jer dalji postupak nije opravdan, i 3) izjavom strane u sporu o odustajanju od daljeg postupka.

Ako je postupak posredovanja okončan zaključivanjem sporazuma između strana u sporu, njime se utvrđuju mere koje su usmerene na prestanak ponašanja koje predstavlja zlostavljanje, odnosno na isključenje mogućnosti nastavljanja takvog ponašanja – zlostavljanja, naknadu štete i dr. Sporazum može sadržati i preporuke poslodavcu u pogledu otklanjanja mogućnosti nastavljanja zlostavljanja (premeštaj zaposlenog u drugu radnu okolinu ili druge mere koje se tiču statusa i prava strana u sporu). Međutim, Zakonom nije utvrđena obaveza, već je predviđena samo mogućnost da poslodavac prihvati ove preporuke ako su u skladu sa zakonom i njegovom poslovnom politikom.

Ako strane u sporu ne odrede, odnosno ne izaberu posrednika u roku od tri dana i ako se postupak posredovanja okonča odlukom posrednika, zato što dalji postupak nije opravdan ili izjavom strane u sporu o odustajanju od daljeg postupka, smatra se da postupak posredovanja nije uspeo.

Ukoliko strane u sporu ne odrede, odnosno ne izaberu posrednika u predviđenom roku, poslodavac je dužan da podnosiocu zahteva za zaštitu od zlostavljanja i zaposlenom koji smatra da je izložen zlostavljanju, ako nije podnosilac tog zahteva, dostavi obaveštenje da postupak posredovanja nije uspeo.

Ako je postupak posredovanja okončan odlukom posrednika zato što dalji postupak nije opravdan, odnosno izjavom strane u sporu o odustajanju od daljeg postupka, posrednik je dužan da, najkasnije u roku od tri dana od dana isteka roka za okončanje postupka posredovanja, stranama u sporu dostavi odluku o obus-

tavljanju postupka, odnosno obaveštenje da je jedna od strana u sporu odustala od daljeg postupka.

Pravo na podnošenje zahteva za zaštitu od zlostavljanja kod poslodavca zastareva u roku od šest meseci od dana kada je zlostavljanje učinjeno. Rok zastarelosti počinje da teče od dana kada je poslednji put izvršeno ponašanje koje predstavlja zlostavljanje. Za vreme trajanja roka i za vreme vođenja postupka posredovanja ne teku rokovi zastarelosti propisani za utvrđivanje odgovornosti zaposlenog za nepoštovanje radne discipline, odnosno povredu radne obaveze.

Postupak za utvrđivanje odgovornosti zaposlenog za nepoštovanje radne discipline, odnosno povredu radne dužnosti, u skladu sa zakonom, poslodavac je dužan da pokrene ako postupak posredovanja ne uspe, a postoji osnovana sumnja da je zlostavljanje izvršeno ili je zloupotrebjeno pravo na zaštitu od zlostavljanja.

Izvršilac zlostavljanja, odnosno zaposleni koji je zloupotrebio pravo na zaštitu od zlostavljanja, odgovaraju za nepoštovanje radne discipline, odnosno povredu radne dužnosti. Postupak za utvrđivanje njihove odgovornosti pokreće se u skladu sa zakonom.

Poslodavac može zaposlenom koji je odgovoran za nepoštovanje radne discipline, odnosno povredu radne dužnosti, da izrekne neku od mera propisanih odgovarajućim zakonima kojima se uređuju prava, obaveze i odgovornosti iz radnog odnosa (udaljenje sa rada do tri radna dana bez naknade zarade, novčana kazna, prestanak radnog odnosa) ili jednu od mera propisanih ovim zakonom: opomenu; udaljenje sa rada od četiri do 30 radnih dana bez naknade zarade, i trajni premeštaj u drugu radnu okolinu – na iste ili druge poslove, odnosno radno mesto, u skladu sa zakonom.

Ako zaposleni kome je zbog vršenja zlostavljanja izrečena neka od navedenih mera, u roku od šest meseci, ponovo izvrši zlostavljanje, poslodavac može da mu otkáže ugovor o radu, odnosno izrekne meru prestanka radnog odnosa, u skladu sa zakonom.

Radi zaštite zaposlenog koji smatra da je izložen zlostavljanju u toku trajanja postupka, zakonom su propisane određene privremene mere koje poslodavac može da izrekne, zatim pravo zaposlenog na odbijanje rada i mere za zaštitu učesnika u postupku.

Ako zaposlenom koji smatra da je izložen zlostavljanju, prema mišljenju službe medicine rada, pretil neposredna opasnost po zdravlje ili život ili ako mu pretil opasnost od nastanka nenadoknadive štete, poslodavac je dužan da, do okončanja postupka za zaštitu zaposlenog od zlostavljanja kod poslodavca, zaposlenom koji se tereti za zlostavljanje izrekne jednu od privremenih mera: premeštaj u drugu radnu okolinu – na iste ili druge poslove, odnosno radno mesto, u skladu sa zakonom; udaljenje sa rada uz naknadu zarade, u skladu sa zakonom

(primenom odredaba odgovarajućih zakona kojima se uređuju prava, obaveze i odgovornosti zaposlenih iz radnog odnosa).

Zaposleni, kome prema mišljenju medicine rada pretila neposredna opasnost po zdravlje ili život, ima pravo da odbije da radi ako poslodavac ne preduzme privremene mere iz prethodnog stava. U tom slučaju zaposleni je dužan da, bez odlaganja, o odbijanju rada obavesti poslodavca i inspekciju rada. Za vreme odbijanja rada zaposleni ima pravo na naknadu zarade u visini prosečne zarade koju je ostvario u prethodna tri meseca, a dužan je da se vrati na rad po preduzimanju privremenih mera, a najkasnije do okončanja postupka zaštite od zlostavljanja kod poslodavca. Zaposlenom koji je odbio da radi ne može da se otkaže ugovor o radu, odnosno izrekne mera prestanka radnog odnosa.

Pokretanje postupka za zaštitu od zlostavljanja na radu, kao i učesće 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 zaposlenog; otkaz ugovora o radu, odnosno prestanak radnog ili drugog ugovornog odnosa po osnovu rada i proglašenje zaposlenog viškom zaposlenih, u skladu sa propisima kojima se uređuje rad.

Pravo na zaštitu ima i zaposleni koji ukaže nadležnom državnom organu na povredu javnog interesa utvrđenog zakonom, učinjenu od strane poslodavca, a osnovano sumnja da će biti izložen zlostavljanju.

Zaposleni, za koga se u skladu sa zakonom utvrdi da je zloupotrebio pravo na zaštitu od zlostavljanja, ne uživa zaštitu u smislu ove tačke (čl. 27).

Pravila ponašanja poslodavaca i zaposlenih u vezi sa prevencijom i zaštitom od zlostavljanja na radu propisuje ministar nadležan za rad (čl. 28). Prema uporednom pravu, ova pravila se najčešće uređuju kodeksom ponašanja, što treba očekivati i kod nas.

## SUDSKA ZAŠTITA

Zaposleni koji smatra da je izložen zlostavljanju od strane preduzetnika ili odgovornog lica u pravnom licu može protiv poslodavca da pokrene postupak pred nadležnim sudom u roku iz člana 14. stav 2. Zakona (do isteka roka zastarelosti za pokretanje postupka za zaštitu od zlostavljanja kod poslodavca utvrđenog ovim zakonom – u roku od šest meseci od dana kad je zlostavljanje učinjeno).

Pravo da podnese tužbu protiv poslodavca zbog zlostavljanja na radu i u vezi sa radom ima i zaposleni koji nije zadovoljan ishodom postupka zaštite od zlostavljanja kod poslodavca. Rok za podnošenje tužbe u ovom slučaju je 15 dana od dana dostavljanja obaveštenja da postupak posredovanja nije uspeo ili da je

jedna od strana u sporu odustala od daljeg postupka, odnosno odluke o obustavljanju postupka.

Spor pokrenut tužbom u navedenim slučajevima jeste radni spor, u kojem se shodno primenjuju odredbe zakona kojim se uređuje parnični postupak.

Zakonom je isključena mogućnost da se tužbom iz st. 1. i 2. člana 29. Zakona, pobija zakonitost pojedinačnog akta poslodavca kojim je rešavano o pravima, obavezama i odgovornostima zaposlenog iz radnog odnosa. Protiv tog akta zaposleni ima pravo na sudsku zaštitu – u skladu sa posebnim zakonom kojim je propisana sudska zaštita u tom slučaju.

U postupku pred nadležnim sudom zaposleni može da zahteva: 1) utvrđenje da je pretrpeo zlostavljanje na radu i u vezi sa radom; 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.

Ako je u toku postupka tužilac učinio verovatnim da je izvršeno zlostavljanje, teret dokazivanja da nije bilo ponašanja koje predstavlja zlostavljanje je na poslodavcu.

Sudski postupak za ostvarivanje zaštite od zlostavljanja je hitan. Sud je dužan da tužbu sa priložima dostavi tuženom u roku od 15 dana od dana prijema tužbe.

Pored toga, u toku postupka sud može, po predlogu stranke ili po službenoj dužnosti, da odredi privremene mere radi sprečavanja nasilnog postupanja ili radi otklanjanja nenadoknadive štete. U privremene mere naročito 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 od osam dana od dana predaje predloga, a protiv rešenja o određivanju privremene mere nije dozvoljena posebna žalba.

Nadzor nad primenom zakona vrši: 1) upravna inspekcija – za zaposlene u državnim organima, organima autonomne pokrajine i lokalne samouprave; 2) inspekcija rada – za zaposlene u privrednim društvima, javnim službama i dr. U vršenju nadzora inspekcija postupa u skladu sa zakonom kojim se uređuju njena ovlašćenja.

Zakonom je propisana prekršajna odgovornost za poslodavca (pravno lice i preduzetnika) i odgovorno lice kod poslodavca, zbog nepoštovanja odredaba zakona.

U prelaznim i završnim odredbama utvrđena je obaveza poslodavaca da obavestu iz člana 7. Zakona (da zaposlenog, pre stupanja na rad, pismenim putem obavesti o zabrani vršenja zlostavljanja i pravima, obavezama i odgovornostima

zaposlenog i poslodavca u vezi sa zabranom zlostavljanja, u skladu sa ovim zakonom, kao i da, u cilju prepoznavanja, prevencije i sprečavanja zlostavljanja, sprovodi mere obaveštavanja i osposobljavanja zaposlenih i njihovih predstavnika da prepoznaju uzroke, oblike i posledice vršenja zlostavljanja), izvrši prema zaposlenima koji su kod njega u radnom odnosu na dan početka primene ovog zakona (90 dana od dana stupanja na snagu ovog zakona), u roku od 30 dana od početka primene ovog zakona. U istom roku (90 dana od dana stupanja na snagu ovog zakona), ministar nadležan za rad dužan je da donese podzakonski akt (pravila ponašanja poslodavaca i zaposlenih u vezi sa prevencijom i zaštitom od zlostavljanja na radu).

PARASKEVA MIHAJLOVIĆ, LL.B.,  
Belgrade

## MALTREATMENT AT WORK – MOBBING

### Summary

Mobbing is a comparatively new expression and it means a continuing situation the working environment for a long time and is manifested through various forms of harassment.

Mobbing can assume various forms: lack of communication, inadequate communication, isolation, ignoring, gossiping, ridiculing, groundless criticism, assigning too simple or too complex tasks to a person, etc. Mobbing can be vertical, when it comes from the management and is directed to one's inferiors, or horizontal, when it happens between colleagues of the same rank. Both men and women can be exposed to mobbing, but research has shown that it is especially women that are exposed to both horizontal and vertical mobbing.

This paper analyzes the regulations and experience of the European Union, the International Labour Organization and comparative legislation, as well as solutions contained in the Law of the Republic of Serbia on the Prevention of Mobbing.

According to non-governmental organizations, mobbing is largely present in Serbia. More than a half of the total number of persons reporting to have been victims to abuse have actually been exposed to mobbing, a majority of them are women and the most threatened groups are young people (aged 20-30) and middle-aged employees (aged 40-50).



*RADOJE BRKOVIĆ,  
BOJAN URDAREVIĆ*

## **KONCEPT PRISTOJNOG POSLA SA PRIMERENOM ZARADOM**

### U V O D

Globalizacija je donela stvarni progres, ali je verzija neoliberalizma koja trenutno preovlađuje, sve drugo osim istinsko slobodno tržište. Umesto toga, niti je slobodno, niti pravično jer su pravila po kojima globalni režim funkcioniše okrenuta ka interesima razvijenih država i njihovim najznačajnijim privrednim učesnicima<sup>1</sup>. Upravo zbog toga sve više jača argumentovana podrška međunarodnim radnim standardima. Ovde se pre svega misli na doprinos koji bi oni ostvarili u pogledu socijalne pravde i socijalnog mira, kao i u pogledu osnovnih ljudskih prava. Međutim, evolucija međunarodnih radnih standarda nije trajala na kontinuiran, linearan način, već je bila izložena političkim i ekonomskim ciklusima. Upadljivo, ogroman progres je postignut u godinama nakon dva svetska rata. Iz iskustva iz Prvog svetskog rata, zaključeno je da ne može biti međunarodnog mira bez socijalnog mira. Ipak, opravdano postavljamo pitanje koliko se stvarno učinilo na održavanju i unapređenju socijalnog mira kada se uzme u obzir da je jedan od međunarodnih radnih standarda koji je upravo trebao da obezbedi taj mir, a to je pristojan posao sa primerenom zaradom, dugo godina bio zapostavljen.

---

Dr Radoje Brković, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.  
Mr Bojan Urdarević, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

<sup>1</sup> J. Stiglitz, *Making Globalization Work*, Penguin Books, UK, 2006, 33.

*Pristojan posao sa primerenom zaradom  
kao međunarodni radni standard*

Međunarodni radni standardi, između ostalog, predstavljaju važan potencijal za regulisanje međunarodne konkurencije<sup>2</sup>. Potreba da se reguliše međunarodna konkurenciju nastala je neposredno pre Drugog svetskog rata, za vreme prvog velikog talasa međunarodne ekonomske integracije. U to vreme, svaka država je mogla lako da trguje sa bilo kojom drugom državom. Carine su bile niske, a zlatni standardi su olakšavali finansiranje trgovine i investicija. Od svog osnivanja, Međunarodna organizacija rada polazila je od pretpostavke da bi neregulisana međunarodna trgovina i slobodni tokovi kapitala pogoršali uslove rada i stvorili teškoće za radnike. Prema tome, intenzivno se radilo na dostizanju univerzalnih minimalnih standarda rada, što znači da bi svi učesnici na tržištu trebalo da poštuju iste norme i standarde. U tom kontekstu, Ustav Međunarodne organizacije rada eksplicitno propisuje da bi se trebali primeniti pošteni i ljudski uslovi rada, podjednako kod kuće i u državama ka kojima se njihovi komercijalni i industrijski odnosi protežu i da je »neuspeh bilo koje nacije da usvoji humane uslove rada prepreka na putu drugih naroda i nacija koji žele da poboljšaju uslove rada u svojim državama«<sup>3</sup>.

Standardi rada trebalo bi da osiguraju da bez obzira kako bila ograničena moć pregovaranja, nijedan radnik u bilo kojoj državi ne bude ponuđen, ne prihvatiti ili radi pod uslovima koji se ne bi smatrali »pristojnim«. Nijedan radnik ne bi trebalo da prihvati zaradu koja je nedovoljna za život; da bude lišen isplate zarada ili beneficija na koje ima pravo; da bude izložen prinudi, diskriminaciji, uvredama ili neopravdanoj opasnosti na radnom mestu; ili da se od njega zahteva da radi toliko sati što bi ga efektivno lišilo privatnog života.

Stoga je važno dodati i komponentu primerene zarade konceptu pristojnog posla jer stvara mnogo jači motiv kako bi ujedinila »srca i um« ljudi širom sveta. Ako bi se uspešno primenio, okončao bi siromaštvo kao sistemski problem sadašnje globalne privrede. Ovde treba napomenuti da se primerena zarada ne ograničava samo na socijalno-egzistencijalnu i socijalno-kulturnu funkciju minimalne zarade, već i pravo na primerene naknade po osnovu raznih oblika socijalne zaštite<sup>4</sup>.

Koncept pristojnog posla, uključujući i primerenu zaradu, doveo bi do problema korišćenja standarda rada kao daljeg protekcionističkog sredstva razvije-

---

<sup>2</sup> N. Valticos, »Fifty years of standard-setting activities by the International Labour Organization«, *International Labour Review*, 3/1969, 201–208.

<sup>3</sup> B. Šunderić, *Pravo Međunarodne organizacije rada*, Pravni fakultet Beograd, 2001, 53.

<sup>4</sup> B. Lubarda, *Socijalna prava i dostojanstvo na radu*, Časopis za radno i socijalno pravo, Beograd, 1–2008, 27.



nog sveta protiv onoga u razvoju i stoga je teško očekivati da se on nađe na listi osnovnih međunarodnih radnih standarda.

Ovo pitanje, naravno, datira još od stvaranja Svetske trgovinske organizacije. Na prvoj Ministarskoj konferenciji Svetske trgovinske organizacije u Singapuru 1996. godine, Sjedinjene Američke Države su predložile da se osnovni radni standardi usaglase sa režimom Svetske trgovinske organizacije. Predlog je čvrsto odbijen, uglavnom od država u razvoju koje su se plašile da bi primena standarda rada putem trgovinskih sankcija bila sredstvo razvijenih država da zaštite visoke zarade svojih radnika na račun konkurentstva zasnovanog na niskoj ceni rada u državama u razvoju<sup>5</sup>. Umesto toga, Ministarska deklaracija zaključila je da su problemi rada daleko izvan kompetencije Svetske trgovinske organizacije i da je Međunarodna organizacija rada jedino kompetentno međunarodno telo za bavljenje tim standardima. To je bio glavni razlog zašto je Međunarodna organizacija rada počela da radi na donošenju Deklaracije o osnovnim principima i pravima na radu iz 1998. godine<sup>6</sup>. U tekstu ove Deklaracije, koja inače određuje četiri fundamentalna međunarodna radna standarda, nigde se ne pominje koncept pristojnog posla sa primerenom zaradom.

Novembra 1999. godine, pitanje povezanosti trgovine i rada ponovo je aktuelizovano, ovoga puta u Sijetlu, gde su se predstavnici 135 nacija sastali da formiraju plan rada nadolazećih pregovora o budućnosti Svetske trgovinske organizacije. U »Sijetl bici«, trideset do četrdeset hiljada protestanata prekinulo je sastanak gde je jedno od pitanja bio neuspeh Svetske trgovinske organizacije da se bavi pitanjima prava rada i ljudskih prava<sup>7</sup>. Sjedinjene Američke Države, uz podršku Evropske unije, ponovo su predložile podizanje mogućnosti povezivanja standarda rada i slobodne trgovine. Isti scenario ponovljen je u Dohi, 2001. godine i Kankunu 2003. godine.

Bilo da bi Svetska trgovinska organizacija trebalo ili ne sada da se bavi pitanjem veze između trgovine i radne snage, Međunarodna organizacija rada trebalo bi da se bavi samim problemom. Šta se promenilo što bi možda ubedilo države u razvoju da se postavljanje pristojnog posla sa primerenom zaradom kao fundamentalnog principa ne bi kosilo sa njihovim interesima? Potpuno je jasno da je Svetska trgovinska organizacija pravila pretežu u korist razvijenih država i, posebno, dominantnih ekonomskih interesa sa centrom u razvijenom svetu. Kao odgovor formiranju Svetske trgovinske organizacije, države u razvoju su požurile

---

<sup>5</sup> S. Cleveland, *Why International labor Standards?*, *International Labor Standards: Globalization, Trade and Public policy*, 2003, 149.

<sup>6</sup> *Ibid*, 152.

<sup>7</sup> C. Summers, *The Battle in Seattle: Free Trade, Labor Rights and Societal values*, 2001, 22.

da otvore svoja tržišta stranom kapitalu. Ipak, ekonomski razvoj koji se očekivao, krajnje nedostaje širom velikog dela sveta u razvoju. U svom izveštaju, Međunarodna organizacija rada je dokumentovala da »se rast neravnomerno raspoređuje širom država, među razvijenim i državama u razvoju.

Dok Deklaracija o osnovnim principima i pravima na radu povezuje protekcionizam i uplitanje u komparativne prednosti, primenjivanje cilja pristojnog posla sa primerenom zaradom nije neophodno povezano sa protekcionizmom ili uplitanjem u komparativnu prednost. Upravo kako ukidanje dečjeg rada ili prisilnog rada širom sveta neće uticati ni na jedan zakonski oblik komparativne prednosti, takode omogućavanje pristojnog posla sa primerenom zaradom samo postavlja ravno igralište među svim nacijama u svetu<sup>8</sup>. Cena života široko varira u svetu i omogućava značajnu komparativnu prednost za države u razvoju čak i ako radnici zarađuju primerenu zaradu postavljenu na osnovu troškova života svake nacije.

### *Uloga sindikata u promociji pristojnog posla sa primerenom zaradom*

Bilo bi naivno pretpostaviti da bi interesi koji su profitirali tako darežljivo u sadašnjem globalizovanom ekonomskom sistemu rado prihvatili bilo koju promenu u tom sistemu ili njegovu intelektualnu podršku. Oni koji žele da se pristojan posao sa primerenom zaradom ostvari i primeni treba da se organizuju. Radnici imaju najdirektniji interes u dostizanju ovog cilja i radnici su članovi sindikata i oni ih predstavljaju. Stoga, sindikati se čine da su prirodne vođe pokreta koji se prihvata izazova da obezbedi pristojan posao sa primerenom zaradom. Na međunarodnom nivou, pokret sindikata je napravio da »globalizovana socijalna pravda« bude njegov primarni cilj za novi milenijum<sup>9</sup>. Delimično, sindikati treba da demonstriraju da oni nisu samo predmeti pretežno industrijske ere koja brzo nestaje.

Ako sindikati rade zajedno transnacionalno, možda će moći da prate preduzetničke interese globalno u pokušaju da pritisnu poslodavce da obezbede pristojan posao sa minimalnom zaradom. Veliki deo globalne privredne aktivnosti je

---

<sup>8</sup> Čelnici Međunarodne organizacije rada istakli su više puta da nijedna država ne sme da postigne komparativnu prednost u odnosu na druge na taj način što će namerno ignorisati ili nepoštovati osnovne radne standarde.

<sup>9</sup> World Congress Report, Globalizing Social Justice: Trade Unionism in the 21st Century, Interantional Confederation of Free Trade Unions, Durban, 2000.

pod transnacionalnim i multilateralним kompanijama. One funkcionišu na principu selektivnog izlaska i selektivnog ulaska na tržišta različitih država širom sveta. S obzirom na smanjenje brojnih barijera da se uđe i izađe iz nacionalnih tržišta, uključujući one koje su došle sa globalizovanom privredom, preduzeća mogu da dejstvuju »racionalno«: Preduzeća mogu da odaberu gde i kada da izvedu sve različite aspekte svog poslovanja u cilju povećanja sveukupne efikasnosti. Ovo uključuje kupovinu, izradu, servisiranje i prodaju i omogućava biznisima da izaberu različita mesta za preduzimanje različitih aktivnosti koje zajedno formiraju celokupno poslovanje. Sve vrste faktora, poput različitih šema oporezivanja i drugih nacionalnih regulativnih razlika, uključujući primenljivost ugovora, se procenjuju u smislu šta je efikasnije za preduzeće. Cena rada i standardi rada zaista igraju značajnu ulogu u strategiji selektivnog ulaza i izlaza<sup>10</sup>. Stoga, na primer, cene rada mogu ponekad biti redukovane prebacivanjem različitih komponenti ukupnog poslovanja na podružnice osnovane u mnogim drugim državama. I, bilo da su izmeštene van granica ili ne, ostale komponente poslovanja mogu biti obavljane angažovanjem drugih preduzeća ukoliko preduzeće zaključi da nije najefikasnije pri izvršavanju bilo koje posebne komponente svog poslovanja. Odsustvo visokih barijera da uđu ili izađu omogućava kompanijama da izaberu šta će da rade, i gde da najbolje sprovedu svoje interese kada odluče koji će to interesi biti. Ovo, dok neoliberalizam pretpostavlja, bez mnogo empiričke podrške, da su individue »racionalni učesnici« koji učestvuju u cilju maksimalizacije individualne ekonomske dobrobiti. Od organizovanih biznisa, sa druge strane, zapravo se mnogo više očekuje da tako urade.

Istorijski, sindikati su institucije koje su stvorene i koje su radile na nivou nacionalne države u okviru nacionalnih privreda. Dok je Međunarodna organizacija rada obezbedila okvir za povezivanje nacionalnih sindikata, do nedavno ove veze nisu vodile ka operacionim interakcijama na dobro organizovan ili koordiniran način. Mnogobrojni nacionalni pokreti sindikata rade u okviru njihovog posebnog domena na različite načine – od onih više poslovno orijentisanih, sindikati koji se bave osnovnim životnim pitanjima (»bread and butter«) u Sjedinjenim Državama i Kanadi do onih više politički usmerenih u Meksiku i Francuskoj<sup>11</sup>.

Sindikati, kako god zamišljeni i rukovođeni, generalno teže da podrže inicijative od kojih imaju koristi svi radnici u njihovoj državi a ne samo članovi sindi-

---

<sup>10</sup> Ulazne i izlazne odluke nisu uvek samo bazirane na troškovima rada. Na primer, proizvođači automobila u Nemačkoj, Japanu i Koreji su odlučili da pokrenu proizvodnju unutar Sjedinjenih Američkih Država iako cena radne snage u toj zemlji daleko prevazilazi cenu radne snage u ostalim državama.

<sup>11</sup> R. Blanpain, *The Global Workplace, Learning From each Other*, Modena Italy, 2004, 78.

kata. Neki su počeli da gledaju ka većim ulogama internacionalno u cilju služenja svojim članovima i interesima radnika generalno. Jedna od nenamernih posledica dela NAFTA sporazuma koji se odnosi na pitanja rada jeste da sve veći broj sindikata u tri države članice ima konekcije širom (izvan) granica na visokom operacionom nivou<sup>12</sup>. Gledanje preko granica za neke američke sindikate proširilo se izvan država članica NAFTA i tako su na primer sve češći organizovani pokušaji pojedinih američkih sindikata da razmišljaju i da deluju globalno. Nedavno, Amikus (Amicus), najveći sindikat privatnog sektora u Ujedinjenom Kraljevstvu, postigao je sporazum sa IG Metal, nadmoćnim Nemačkim sindikatom inženjerstva, sa Ujedinjenim radnicima čelika i Međunarodnim udruženjem mašinista iz Sjedinjenih država da rade zajedno, odnosno, transnacionalno. Sa ukupnim brojem od nekih 6.3 miliona članova, ovaj amalgam počinje da radi zajedno u cilju pokušaja sprečavanja kompanija da okrenu članove sindikata jedne protiv drugih. Cilj ovakvog udruživanja jeste da se stvori jedan moćni sindikat koji može da prevaziđe granice i da se upusti u koštac sa globalnim silama kapitala<sup>13</sup>.

Sindikati se suočavaju sa mnogim izazovima ukoliko žele da se razviju kao snažni i efikasni igrači na međunarodnoj sceni. Prvo, s obzirom na različite načine na koje su sindikati organizovani i funkcionišu, možda je teško za sindikate da pronađu načine da rade zajedno kompatibilno. Na primer, jednostavnije je za kanadske i američke sindikate da sarađuju sa novonastalim sindikatima u Meksiku nego sa onim tradicionalnim sindikatima koji postoje u Evropskoj uniji.

Interesantna je situacija u Kini, gde je Opšta kineska federacija sindikata (ACFTU) pod direktnom kontrolom vlasti i komunističke partije. Nedavno, ova federacija je postigla sporazum sa *Wal-Mart* da predstavlja radnike u svim njihovim radnjama u Aziji. U jednom smislu, to samo odražava kineski zakon rada ali, u drugom, to može voditi ka većoj aktivnosti sindikata pri stvarnom predstavljanju radnika. Nedavno predložene dopune Kineskog zakona o radu uključuju nekoliko predloga koji su prilično kontroverzni za zajednicu stranih direktnih investicija jer oni obezbeđuju povećanu ulogu sindikata na svim mestima zaposlenja<sup>14</sup>. Manje ekstremne, ali ipak organizaciono važne razlike među strukturama sindikata, čine da širom sveta mogu učiniti potpunu saradnju, ili bilo kakav

<sup>12</sup> Ibid, 81.

<sup>13</sup> H. Kelber, *Global Labour Giants Formed by British, German and US Unions*, 2007, <http://www.laboreducator.org/laborgiant.htm>.

<sup>14</sup> Vrlo je moguće da komunistička partija želi da ACFTU sindikati igraju aktivniju ulogu u zastupanju interesa radnika jer se na taj način smanjuje broj protesta protiv poslodavaca, naročito u skorije vreme s obzirom na to da je kineska ekonomija prešla sa sistema društvenih preduzeća na sistem ortačkih društava, osnovanih od strane stranih investitora.

osećaj za integraciju, sasvim teškim<sup>15</sup>. Možda fundamentalnije, kao institucije organizovane u okviru svake nacionalne države, imaju prirodnu težnju da podrže nacionalne interese njihove države i interese radnika zemlje iz koje potiču protiv interesa radnika iz drugih država. Međutim, sa svetskim padom u broju sindikata<sup>16</sup>, veza sindikata sa državama njihove organizacije i članstvom možda bi trebalo da bude adutirana transnacionalnim ciljevima ukoliko sindikati žele da dožive preporod. Prikačiti nečiju sudbinu za opadajuću moć nacionalnih država, kako bi se zaštitili radnici izloženi globalnom konkurentstvu, čini se da je recept za kontinuirao opadanje, ako ne i katastrofu. Na primer, sa zastupljenošću sindikata u privatnom sektoru u Sjedinjenim Američkim Državama ispod 8 procenata, sindikati brzo postaju nerelevantni u postavljanju standarda rada kao i u opštem uticaju na politike rada<sup>17</sup>. Drugim rečima, ako sindikati žele da budu relevantni, biće potrebno da zauzmu bolju poziciju tvrdeći da svugde rade u cilju poboljšanja života radnika.

Drugi razlog za sindikate da deluju na načine koji se mogu okarakterisati kao protekcionistički jesu opažene pretnje poslovima radnika, sigurnost njihovog posla i status baziran na njihovom zaposlenju koji se koristi pri organizaciji radnika. Još davne 1979. godine, psiholozi Daniel Kahneman i Amos Tversky dokazali su da većina ljudi ima mnogo veći strah od trenutnog gubitka onoga što ima nego od potencijalnog gubitka da ono što ima izgubi u određenom vremenskom periodu<sup>18</sup>. Upravo u ovome leži jedan od najvećih problema sindikalnog delovanja. Naime, sindikati i radnici koji su njihovi članovi dižu svoj glas samo onda kada su njihovi interesi neposredno ugroženi. To je pokazao i primer kompanije Eirbas (*Airbus*) kada je donela odluku da zbog reorganizacije u narednom periodu ukine 10.000 radnih mesta širom Evrope, a od toga 4.300 samo u Francuskoj. Budući da je najviše radnih mesta ukinuto upravo u Francuskoj, francuski sindikati su stupili u štrajk, ali njihove kolege u Nemačkoj i drugim evropskim državama to nisu učinile i na taj način su umanjili jedan veliki multinacionalni problem. Njihovo nestupanje u štrajk pravda se time što interesi nemačkih radnika nisu bili ugroženi u istoj meri kao i interesi francuskih radnika. Međutim, pos-

---

<sup>15</sup> Iako postoji potreba za saradnjom između sindikata na međunarodnom nivou, veoma su značajne i prepreke koje stoje na putu toj saradnji. Razlike u kulturama, jeziku, istorijskom nasleđu predstavljaju samo neke od prepreka ka saradnji na međunarodnom nivou. Problem se odnosi i na činjenicu da često domaći radnici smatraju strane radnike konkurencijom.

<sup>16</sup> Broj sindikata svuda u svetu, osim u Skandinavskim zemljama značajno opada.

<sup>17</sup> Sindikati su, uopšteno govoreći, doprineli poboljšanju radnih standarda za sve radnike, čak i one koji nisu članovi nekog sindikata. Sada, sindikati moraju da prošire svoj uticaj izvan državnih granica da bi se odbranili od uticaja globalizacije.

<sup>18</sup> Prospect Theory: An Analysis of Decisions Under Risk, *Econometrica*, 1979, 263.

tavlja se opravdano pitanje da li je ovo legitimno razmišljanje u uslovima globalizacije i povećane integracije?

Još jedan interesantan primer odnosi se na francuski parlament i usvajanje strategije kojom je tadašnja vlada pokušala da umanja nezaposlenost mladih radnika, naročito onih koji su arapskog porekla starosne dobi do 26 godina. U tom cilju omogućeno je poslodavcima koji su angažovali bilo koje radnike ispod 26 godina, a kojima je to prvo zaposlenje, da takav radni odnos mogu da okončaju bilo kada tokom prve dve godine. Donet u hitnom postupku pred francuskim parlamentom, zakon je doveo do masovnih demonstracija i štrajkova jer su svi, naročito mladi ljudi, studenti i sindikati, protestovali zbog erozije sigurnosti zaposlenja. Zakon nije oduzeo posao nijednom radniku, štaviše, bio je navodno donesen u cilju ohrabrivanja zaposlenja veoma mladih ljudi koji su najviše protestovali. Prema tome, protest nije organizovan usled toga što su pojedine kategorije radnika izgubile posao, već zato što je donošenjem ovakvog zakona postojala ostvariva mogućnost da sigurnost zaposlenja, kao kategorija koju radnici u Francuskoj nikad nisu imali, bude postavljena na sistemski loše osnove.

Čak i ako su sindikati uspešni u preorijentisanju njihovih ciljeva ka standardima rada širom sveta, poput cilja pristojnog posla sa minimalnom zaradom, oni se zaista suočavaju sa nekim značajnim pravnim preprekama zasnovanim na zakonima o radu mnogih nacija. Interesantan je primer vezan za privatizaciju luke u Liverpulu, kada su sindikati u Ujedinjenom Kraljevstvu štrajkovali jer su smatrali da privatizacija nije izvršena na zakonit način i radnici su odbili da istovare brod. Isti taj brod nije bio istovaren ni u Ouklandu, Kaliforniji, potom u Vankuveru, Britanskoj Kolumbiji, i na kraju ni u Jokohami, Japanu<sup>19</sup>. S jedne strane, ovo je savršen primer koordinirane akcije velikog broja sindikata iz različitih država koji su izrazili solidarnost sa kolegama iz Liverpula, ali, sa druge strane, nijedna od sindikalnih aktivnosti van granica Ujedinjenog Kraljevstva nije bila u skladu sa zakonom<sup>20</sup>.

Sve u svemu, čini se da su sindikati prirodne vođe pokreta za obezbeđivanje pristojnog posla sa minimalnom zaradom. Ali, zato što su istorijski sindikati bili organizovani i funkcionisali na nacionalnim nivoima, biće prilično teško za sindikate da preusmere svoje napore u cilju uključivanja aktivnosti na transnacionalnom nivou. Prevazilaženje ovih teškoća može, međutim, biti neophodno ukoliko sindikati žele da prežive na smislen (značajan) način. Dosezanje izvan njihovih nacionalnih granica kako bi sproveli pristojan posao sa minimalnom

---

<sup>19</sup> J. Atelson, *The Voyage of The Neptune Jade: Transnational Labour Solidarity and The Obstacles of Domestic Law, Labour Law in an Era of Globalization: Transformative Practices and Possibilities* 2004, 379.

<sup>20</sup> *Ibid.*

nadnicom može biti staza ka njihovom budućem blagostanju, kao i ka dobrobiti radnika širom sveta.

Dok su sindikati prirodne organizacije koje vode pokret ka pristojnom poslu sa minimalnom zaradom, mnoge druge vrste organizacija bi se mogle pozvati da se pridruže međunarodnoj koaliciji kako bi vodile države i poslodavce ka cilju primene pristojnog posla sa primerenom zaradom. Već postoji više od 25 okvirnih sporazuma između federacija globalnih sindikata i multinacionalnih preduzeća. Dok se sadržaj ovih sporazuma razlikuje, većina pokriva suštinske međunarodne standarde rada a neki takođe pokrivaju pitanja poput »minimalne zarade« i pitanja »zdravlja i sigurnosti«<sup>21</sup>.

Pristup »mekan zakon« dobrovoljnih sporazuma preduzeća da usvoje korporativne kodekse ponašanja može da ima određenog efekta<sup>22</sup>. Oni su zasnovani na modelu političke aktivnosti koji teži da poveže socijalne vrednosti potrošača sa pretenzijama radnika ka socijalnoj pravdi. Neke nevladine organizacije, često u vezi sa sindikatima vodile su ove pokušaje. Multinacionalna ili transnacionalna preduzeća se slažu sa ovim kodeksima u nadi da će odvratiti negativan publicitet koji bi mogao imati uticaj na njihove biznise. Ovo se posebno tiče kompanija sa brend imenima. Stoga, korporativni kodeksi funkcionišu najbolje kada je preduzeće bazirano na poslovnom modelu brend imena tako da potencijalni potrošači njegovih proizvoda mogu biti motivisani da povežu preduzeća sa ovakvim markiranim preduzećima. Za mnoga preduzeća može biti teško povezati ih sa vrstom potrošača koji bi mogli da utiču na donošenje njihovih odluka zasnovanim na pitanjima socijalne pravde. Angažovanje mnogobrojnih organizacija socijalne pravde može pomoći da se uspostave i prošire ove veze.

Nadalje, neka multinacionalna ili transnacionalna preduzeća su se angažovala u svojim programima selektivnog ulaska i izlaska širom sveta barem delimično da bi izbegli nametanje viših standarda. Ovde je kao ulog, stoga, velika mogućnost podvrgavanja (multinacionalnih i transnacionalnih preduzeća) zakonima rada. Često transnacionalne kompanije koriste mogućnosti globalizacije i mobilnosti kapitala kako bi oslobodili sebe od regulativa rada. Kao jedan način koji se koristi kako bi se zamaskiralo gde se izvršavaju pojedini poslovi njihovih kompanija i pod kojim uslovima, mnoge multinacionalne ili transnacionalne korporacije oslanjaju se na angažovanje radne snage van matičnih država putem sporazuma sa navodno nezavisnim preduzećima da obavljaju za njih određene funkcije. Uprkos tvrdnjama da ovi odnosi sa nezavisnim izvođačima uključuju

---

<sup>21</sup> Ibid.

<sup>22</sup> H. Arthurs, *Private Ordering and workers Rights in the Global Economy: Corporate Codes of Conduct as a Regime of Labour Market regulation, Labour Law in an Era of Globalization: Transformative Practices and Possibilities* 2004, 471.

poslovne tajne, može se ispostaviti obeshrabrujuće za sindikate da uđu u trag gde i pod kojim uslovima se sprovode aktivnosti neophodne za poslovanje multinacionalnih ili transnacionalnih preduzeća. Tako na primer, jedno preduzeće u Meksiku, koje pod ugovorom proizvodi proizvode za »Nike«, bilo je primorano da prihvati nezavisan meksički sindikat i da se složi sa sporazumom o kolektivnom pregovaranju koji je poboljšao zarade, radne sate i uslove zaposlenja njenih radnika. Uloga »Nike« je bila ključna zbog njenog straha od lošeg publiciteta koji bi potekao od aktivnosti njenih podgovarača<sup>23</sup>.

Logičan zaključak je da sindikati i druge organizacije sa sličnim ciljevima moraju da rade zajedno u pokušaju da pridobiju multinacionalna i transnacionalna preduzeća, da se saglase da obezbede pristojan posao sa primerenom zaradom za svoje radnike kao i za radnike njihovih podgovarača koji obavljaju aktivnosti neophodne za funkcionisanje preduzeća.

Da bi pristojan posao sa minimalnom zaradom bio uspešan, treba da bude razvijena bolji način za procenu progressa ili njegovog nedostatka. Moraju se razviti bolji načini da se izmeri, na univerzalni način, šta znači biti u siromaštvu i šta je minimalna zarada u svakoj državi. Nadalje, mora se uspostaviti konzistentan način definisanja i merenja neformalnih privreda. Ponekad se koristi termin »ne-standardan« ili »zavisan« posao. Kako god definisan ili meren, primena cilja pristojnog posla sa minimalnom zaradom ne može uspeti osim ako radnici nisu stvarno zaštićeni poslom sa standardom minimalne zarade.

Kada su neka američka preduzeća prvo počela da razmatraju smeštanje delova njihovih preduzeća u državama sa niskim troškovima rada i kada je NAFTA bila prvo primenjena, bili su šokirani kada su otkrili da je Meksiko, u isto vreme država sa uporedno niskom cenom rada, zapravo bila država sa visokim standardima rada, ako se porede sa regulativom Sjedinjenih Američkih Država i njihovog saveznog Zakona o radu<sup>24</sup>. Ona je legalno davala pravo na beneficije, poput sigurnosti zaposlenja, plaćenog godišnjeg odmora, participacije zaposlenih u upravljanju i drugih beneficija, za koje se nije čulo u Sjedinjenim Američkim Državama. Dok su standardi rada u zvaničnoj privredi bili visoki, preko 60 procenata radnika u Meksiku, nekih dvadesetčetiri miliona ljudi, bilo je angažovano u neformalnom zaposlenju, kao što su nadničarski rad i samozaposlenje, »koje nije priznato, regulisano ili zaštićeno postojećim pravnim ili regulativnim okvirima i preduzeti neunosni poslovi u preduzećima koja ostvaruju zaradu«. Kako je

---

<sup>23</sup> J. Conaghan, R. Fischl, K. Klare, Can Codes of Conduct Play a Role in Promoting Workers Rights, Labour Law in an Era of Globalization: Transformative Practices and Possibilities 2004, 207.

<sup>24</sup> R. Blanpain, 74.



najviše ljudi radilo u neformalnom sektoru i sivoj ekonomiji, preko 40 procenata populacije bilo je ispod nivoa siromaštva<sup>25</sup>. Usled dostupnosti nekvalifikovanih radnika, preduzeća mogu zahtevati od radnika da prihvate posao koji nije pod zaštitom zakona o radu. Radnici, kojima treba prihod kako bi preživeli, nemaju mogućnost da urade bilo šta drugo nego da prihvate posao pod uslovima poslodavca.

Samo donošenje zakona ne znači da će cilj zakonodavstva biti zapravo sproveden. Standardi rada trebalo bi da su osmišljeni i primenjeni kako bi izbegli štete za radnike koji su korisnici zakonodavstva, i kako bi izbegli nepotrebne troškove i neugodnosti za poslodavce koji imaju nameru da ih primene<sup>26</sup>. Usvajanje zahteva da poslodavci obezbede pristojan posao sa minimalnom zaradom podiglo je standarde rada u mnogim situacijama. Podizanje standarda rada, međutim, ne bi trebalo da rezultira u stvaranju podsticaja za mnoga preduzeća da relociraju svoje radnike iz zvanične privrede rada ka nezvaničnoj (crnoj). Usvojiti pristojan posao sa primerenom zaradom kao primenljiv standard rada, radeći to na način koji minimizuje neželjene posledice istiskivanja radnika iz zvanične privrede ka neregulisanoj nezvaničnoj, zahtevaće veoma kreativne strategije. Ako nam je neoliberalizam Milтона Fridmana dao vrednu lekciju, znači da propis mora biti pažljivo i strategijski osmišljen kako bi se što je moguće efikasnije primenio.

## ZAKLJUČAK

Deklaracija Međunarodne organizacije rada iz 1998. godine, koja utvrđuje fundamentalne principe rada, mora da bude proširena kako bi uključila i pristojan posao sa primerenom zaradom. Cilj pristojnog posla sa primerenom zaradom može da pomogne da se održi svaki zakon o radu jer može biti organizujući princip za širi skup sindikata i radnika širom sveta kao i drugih interesnih grupa da se založe za njegovu primenu, kao stvar regionalnog ili nacionalnog zakona. Ali još važnije, pristojan posao sa primerenom zaradom može postati fraza ujedinjenja za pritiske na poslodavce koji funkcionišu širom sveta. To će biti pritisak svih onih snaga koji će možda izravnati trenutno nakrivljeno igralište globalne ekonomije.

---

<sup>25</sup> <http://www.dol.gov/ILAB/media/reports/flt/mexico-2002.htm>.

<sup>26</sup> R. Blanpain, 77.

Umesto toga, kao odgovor na zabrinjavajući globalni rast nezaposlenosti, Međunarodna organizacija rada je formulisala Globalni pakt o radu<sup>27</sup>. Suočena sa izgledima daljeg rasta nezaposlenosti, siromaštva i rodne neravnopravnosti, ova međunarodna organizacija je definisala Pakt kao sredstvo za formulisanje nacionalnih i međunarodnih politika koje imaju za cilj stimulisanje ekonomskog oporavka. Stav, je, naime, da se ekonomski oporavak ne može postići bez zaštite radnika i njihovih porodica i bez generisanja novih radnih mesta.

Pristojan posao je kamen temeljac oporavka, a Globalni pakt o radu formulisan je kao sredstvo za prevazilaženje krize i ustanovljavanje održive ekonomije. Međunarodna organizacija rada ocaňuje da je globalni pristup neophodan, s obzirom na to da mere moraju da budu koordinisane preko država, kako bi ible efikasne. Naglasak je na radu, odnosno poslovima, s obzirom da je ostvarenje pristojnog posla na centralnom mestu u reaktiviranju ekonomije na održiv način. Mere se najbolje sprovode putem socijalnog dijaloga na nacionalnom nivou, ali veća i bolja saradnja na međunarodnom nivou doprinosi jačanju korisnih efekata, i stoga ima potrebe za paktom.

Globalni pakt o radu zasniva se na međunarodnim standardima o ljudskim pravima u ovoj oblasti, a naglasak se stavlja na unapređenje i zaštitu radničkih prava, poboljšanje socijalne sigurnosti, socijalni dijalog u određivanju visine zarada, zaštitu penzija i ostvarivanje rodne ravnopravnosti<sup>28</sup>. Međunarodna organizacija rada ističe da je smanjivanje zarada i međunarodnih radnih tsandarda pod izgovorom ekonomske krize nepravično i kontraproduktivno. Nigde na svetu, ni tokom prethodnih ekonomskih kriza, nije dokazana veza između smanjenja zakonske regulative u oblasti rada i bržeg ekonomskog rasta i rasta zaposlenosti. Stimulisanje izlaska iz ekonomskih teškoća treba da bude zasnovano, između ostalog, na motivisanju realne ekonomije, malih i srednjih preduzeća, samoza-pošljavanja i podsticanju ekonomskih aktivnosti usmerenih ka zapošljavanju.

Globalni ekonomski pokazatelji ukazuju da će svetska finansijska i ekonomska kriza u narednom periodu nastaviti da proizvodi negativne efekte, pogotovo u siromašnim zemljama. Ukoliko se ne preduzmu efikasne strategije i mere na međunarodnom nivou, očekuje se rast nezaposlenosti, siromaštva i socijalne nesigurnosti. Aktuelna finansijska kriza sistemskog je karaktera, jer proističe iz neoliberalne makroekonomske politike i tržišnog fundamentalizma, koji počivaju na deregulaciji, liberalizaciji, stimulisanju prekomerne potrošnje i odsustvo od-

---

<sup>27</sup> Globalni pakt o radu usvojen je između 15. i 17. juna 2009. godine u Ženevi.

<sup>28</sup> Videti više na sajtu: [http://www.ilo.org/global/About\\_the\\_ILO/Media\\_and\\_public\\_information/events/ILC98/pr/lang--en/index.htm](http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Media_and_public_information/events/ILC98/pr/lang--en/index.htm).

govornosti i korporativne etike, uz slabljenje uloge nacionalne države. Odgovor leži u reformulisanju preovlađujuće paradigme razvoja fokusirane na profit, prema razvoju zasnovanom na ljudskim pravima, socijalnoj pravdi, pristojnom poslu sa pristojnom zaradom i rodnoj ravnopravnosti. Vreme će pokazati koliko su relevantne međunarodne organizacije spremne da smognu odlučnost i snagu da preuzmu vodeću ulogu u zaštiti i promociji ovih načela.

RADOJE BRKOVIĆ, LL.D.,  
Professor, Faculty of Law, Kragujevac  
BOJAN URDAREVIĆ, LL.M.,  
Assistant, Faculty of Law, Kragujevac

## THE CONCEPT OF DECENT WORK WITH A LIVING WAGE

### Summary

If efforts to implement the goal of decent work with a living wage are to be successful, better metrics should be developed for judging the progress or the lack of it. However defined and measured, the implementation of the goal of decent work with a living wage cannot succeed unless workers are actually protected by the decent work with a living wage standard.

In this respect the International Labor Organization should amend its 1998 Declaration to include as a fundamental principle the concept of decent work with a living wage. The inadequacies of the presently operating system of economic and social globalization justify focusing on this important issue and may be the basis for overcoming objections based on the prevailing neo-liberal paradigm. Unions, along with other like minded organizations, should use the principle of decent work with a living wage as a rallying cry for its adoption as regional and national law across the world and for its implementation through legal and "soft law" measures. This is a tremendous challenge but the goal is worth the effort.



*BORISAV ČOLIĆ*

## **PRESTANAK RADNOG ODNOSA, OBLICI ZAŠTITE PRAVA ZAPOSLENIH I NOVIJI STAVOVI SUDSKE PRAKSE**

### **PRAVA I OBAVEZE ZAPOSLENIH I POSLODAVACA**

Zakon o radu (»Službeni glasnik RS«, br. 24/07, 61/05 i 54/09), Zakon o državnim službenicima (»Službeni glasnik RS«, br. 79/2005, 81/2005, 116/2008, 104/2009 i dr.), Zakon o državnoj upravi Zakon o bezbednosti i zdravlju na radu, Zakon o radnim odnosima u državnim organima, Zakon o policiji, Zakon o zabrani diskriminacije, Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu i drugi zakoni, te pravni akti kojima se uređuju prava i obaveze zaposlenih i poslodavaca, kao što su kolektivni ugovori (opšti kolektivni ugovori), posebni kolektivni ugovor, kolektivni ugovor kod poslodavca ili pravilnik o radu, drugi pravilnici i podzakonski akti, rešenja o zasnivanju radnog odnosa i ugovori o radu, uređuju brojne radno pravne institute a pored ostalih i institut prestanka radnog odnosa zaposlenih, odnosno njihovu bezbednost i zdravlje na radu, te zaštitu brojnih drugih prava.

Prava, obaveze i odgovornosti na radu i po osnovu rada se uređuju Zakonom o radu i posebnim zakonima, u skladu sa ratifikovanim međunarodnim konvencijama, drugim međunarodnim pravnim aktima i direktivama Evropske unije iz oblasti radnog prava: 1) Direktiva o primeni principa ravnopravnog prava za muškarce i žene kada se radi o pristupu zapošljavanju, stručnom obrazovanju i uslovima rada, Direktiva kojom se utvrđuje opšti okvir za ravnopravan tretman u

---

Borisav Čolić, sudija Vrhovnog suda Srbije, u penziji.

zapošljavanju i izboru zanimanja, Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Povelja ujedinjenih nacija, Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, odredbe Ustava Republike Srbije iz 2006. godine i drugi akti.

Zakon o radu Republike Srbije sadrži posebne odredbe o nadzoru nad primenom tog zakona, drugih propisa o radnim odnosima, kolektivnih ugovora i ugovora o radu, kojima se utvrđuju prava, obaveze i odgovornosti zaposlenih i poslodavaca.

Sindikata organizovan u skladu sa Zakonom o radu i drugim propisima, deluje kao samostalna organizacija zaposlenih u koju se oni dobrovoljno udružuju radi zastupanja, predstavljanja, unapređenja i zaštite svojih profesionalnih, radnih, ekonomskih, socijalnih i drugih pojedinačnih i kolektivnih interesa.

Zaposleni kod poslodavca, mogu obrazovati savet zaposlenih. Savet zaposlenih daje mišljenje i učestvuje o odlučivanju o ekonomskim i socijalnim pravima zaposlenih, na način i pod uslovima utvrđenim zakonom i opštim aktom. Poslodavac ne može da otkáže ugovor o radu, niti na drugi način da stavi u nepovoljan položaj predstavnika zaposlenih, za vreme obavezne funkcije i godinu dana po prestanku funkcije. Ova zaštita odnosi se na: 1) člana saveta zaposlenih i predstavnika zaposlenih u upravnom i nadzornom odboru poslodavca, 2) predsednika sindikata kod poslodavca, 3) imenovanog ili izabranog sindikalnog predstavnika.

### *Prava i obaveze poslodavaca i zaposlenih*

Zakonom o radu su utvrđene pored ostalih i sledeće obaveze poslodavca prema zaposlenom: 1) da zaposlenom obezbedi uslove rada i organizuje rad u uslovima potpune bezbednosti i zaštite zdravlja na radu, u skladu sa zakonom, opštim aktom i ugovorom o radu, 2) da pruži obaveštenje o uslovima rada, organizaciji rada, o obavezama poštovanja organizacije rada i poslovanja i o uslovima i pravilima poslodavca u vezi sa ispunjavanjem ugovornih i drugih obaveza iz radnog odnosa, 3) da zaposlenom obezbedi obavljanje poslova utvrđenih ugovorom o radu, da zatraži mišljenje sindikata u svim slučajevima utvrđenim zakonom, odnosno od predstavnika koga odrede zaposleni kod poslodavca, kod koga nije obrazovan sindikat.

Zakon o radu određuje i posebne obaveze zaposlenog: 1) da savesno i odgovorno obavlja poslove na kojima radi, 2) da poštuje organizaciju rada i poslovanja kod poslodavca, 3) da obavesti poslodavca o potencijalnoj opasnosti za život i zdravlje zaposlenih i drugih lica i za nastanak materijalne štete.

*Otkaz ugovora o radu zbog povrede radnih obaveza*

Prema odredbi stava prvog člana 179. Zakona o radu, poslodavac može zaposlenom da otkáže ugovor o radu, ako za to postoji opravdani razlog koji se odnosi na radnu sposobnost zaposlenog, njegovo ponašanje i potrebe poslodavca, ako zaposleni svojom krivicom učini povredu radne obaveze utvrđene opštim aktom ili ugovorom o radu i odredbama samog Zakona o radu, i to:

1) ako zaposleni ne ostvaruje rezultate rada, odnosno nema potrebna znanja i sposobnosti za obavljanje poslova na kojima radi;

2) ako zaposleni svojom krivicom učini povredu radne obaveze utvrđene opštim aktom ili ugovorom o radu;

3) ako zaposleni ne poštuje radnu disciplinu propisanu aktom poslodavca, odnosno ako je njegovo ponašanje takvo da ne može da nastavi rad kod poslodavca;

4) ako zaposleni učini krivično delo na radu ili u vezi sa radom;

5) ako se zaposleni ne vrati na rad kod poslodavca u roku od 15 dana od dana isteka roka za neplaćeno odsustvo ili mirovanje radnog odnosa u smislu Zakona o radu;

6) ako zaposleni zloupotrebi pravo na odsustvo zbog privremene sprečenosti za rad;

7) ako zaposleni odbije zaključenje aneksa ugovora o radu u smislu člana 171. stav 1. tačka 1. do 4. Zakona o radu (premeštaj na drugi odgovarajući posao zbog potreba procesa i organizacije rada, premeštaj u drugo mesto rada kod istog poslodavca u skladu sa članom 173. Zakona o radu – kada je rad poslodavca organizovan u drugom mestu van sedišta poslodavca odnosno njegovog organizacionog dela);

8) ako zaposleni odbije zaključenje aneksa ugovora o radu u vezi utvrđivanja novčanog iznosa osnovne zarade i elemenata za utvrđivanje radnog učinka, naknade zarade, uvećane zarade i drugih primanja zaposlenog u smislu člana 33. stav 1. tačka 10. Zakona;

9) ako usled tehnoloških, ekonomskih ili organizacionih promena prestane potreba za obavljanjem određenog posla ili dođe do smanjenja obima posla.

Odredbe ugovora o radu mogu da sadrže pravila o disciplinskoj odgovornosti zaposlenih za povredu radne obaveze koja je utvrđena ugovorom o radu pod uslovima iz člana 33. stav 2. i člana 172. stav 1. tačka 2. Zakona o radu i u skladu sa odredbama kolektivnog ugovora kod poslodavca ili pravilnika o radu kod poslodavca.

Prednje navode potvrđuju i noviji stavovi sudske prakse:

»Primena otkaznog razloga zbog neostvarenog rezultata rada, uslovljena je prethodnim praćenjem ne samo ostvarenih rezultata rada, već i finansijskih rezultata poslovanja, odnosa zaposlenog prema poslu koji obavlja, njegovog zalaganja na radu i uticaja ostalih faktora koji doprinose ostvarenju predviđenih radnih rezultata«. (Vrhovni sud Srbije u Beogradu, Rev. II 1885/06 od 27.03.2007. godine).

»Kada je zaposleni u dužem vremenskom periodu dolazio na posao sa zakašnjenjem takvim ponašanjem svojom krivicom učinio je povredu radne obaveze utvrđenu ugovorom o radu, a njegovo ponašanje je takvo da ne može da nastavi rad kod poslodavca, tada je bez uticaja na to što poslodavac nije doneo pravilnik kojim bi bile propisane povrede radnih obaveza«. (Vrhovni sud Srbije, Rev. 203/07 od 26.03.2008. godine).

»Poštovanje radne discipline se ne normira kao dispozicija kakve radnje, već kao standard određenog značenja i podrazumeva ponašanje zaposlenog (činjenje ili nečinjenje), koje narušava disciplinu rada (tehnološku, organizacionu, komunikacionu i svaku drugu) do te mere, da mora biti prekinuta otkazom. Ovo se ne normira kao dispozicija kakve radnje već kao standard određenog značenja, a ne određene sadržine, koji se u istom smislu javlja u različitim pojavnim oblicima, ali uvek tako da se ne može tolerisati.« (Vrhovni sud Srbije, Rev. II 1296/05 od 24.11.2005. godine).

*Postupak otkaza ugovora o radu iz člana 179.  
stav 1. tačka 2. i 3. Zakona o radu*

Disciplinska odgovornost, pa i prestanak radnog odnosa na osnovu otkaza ugovora o radu zbog krivicom učinjene povrede radne obaveze, utvrđene opštim aktom ili ugovorom o radu i nepoštovanjem radne discipline propisane opštim aktom poslodavca proizlazi iz bitno različitih pravnih položaja poslodavca i zaposlenog, iz ekonomski zasnovane potrebe da se rad zaposlenog odvija u celini u skladu sa poslovnim ciljevima radne discipline, a taj odnos se ispoljava odredbama Zakona o radu i sadržinom ugovora o radu, te kolektivnog ugovora kod poslodavca i pravilnikom poslodavca. Ta ovlašćenja proizlaze iz Zakona o radu, drugih zakona i samog ugovora o radu.

Poslodavac je dužan da pre otkaza ugovora o radu iz člana 179. stav 1. tačka 1. – 6. Zakona pismenim putem upozori na postojanje razloga za otkaz ugovora o radu i da mu ostavi rok od najmanje pet radnih dana od dana dostavljanja upozorenja, da se izjasni na navode iz upozorenja.



Zakon propisuje da upozorenje sadrži osnov za dokaz činjenica i dokaze koji ukazuju na to da su se stekli uslovi za otkaz i rok za davanje odgovora na upozorenje u smislu člana 180. stav 2. Zakona o radu.

Poslodavac je dužan da upozori na postojanje razloga za otkaz i da to upozorenje dostavi sindikatu, čiji je zaposleni član na mišljenje. Sindikat je dužan da dostavi mišljenje u roku od pet dana od dana dostavljanja upozorenja.

Nedostatak bitne propisane sadržine upozorenja, može dovesti do sudske presude kojom se utvrđuje da je otkaz ugovora o radu nezakonit uz vraćanje zaposlenog na rad i primer sudske prakse u vezi pravnog učinka upozorenja: »Dato upozorenje poslodavca zaposlenom može proizvesti pravno dejstvo samo u odnosu na povredu radne obaveze koja je prethodila datom upozorenju, a ne i na ostale postupke i radnje zaposlenog preduzete posle primljenog upozorenja«. (Vrhovni sud Srbije, Rev. II 1478/06 od 27.03.2007. godine).

#### *Postojanje razloga za otkaz ugovora o radu i olakšavajuće okolnosti*

Zakon o radu predviđa poseban pravni institut o upozorenju za povredu radne obaveze koje nema za posledicu otkaz ugovora o radu (član 180. stav 3).

Prema pomenutoj odredbi zakona (koja se u savremenoj praksi privrednih društava i drugih subjekata privrednog prava retko primenjuje), a moguće je opravdati njegovu primenu i u skladu sa Zakonom realno čestu primenu; ako postoje olakšavajuće okolnosti ili ako priroda povrede radne obaveze ili nepoštovanje radne discipline nije dovoljan razlog za otkaz ugovora o radu. Poslodavac može u upozorenju da zaposlenog obavesti da će mu otkazati ugovor o radu, ako ponovo učini istu ili sličnu povredu, bez ponovnog upozorenja.

Bitna sadržina ovkvg upozorenja, u osnovi ukazuje na učinjenu povredu radne obaveze, ali i na olakšavajuće okolnosti i nedostatak potrebne težine takve povrede, te da nije dovoljan razlog za otkaz ugovora bez neke nove ili slične povrede radne obaveze.

U tom slučaju kada se izvrši nova povreda radne obaveze zbog koje se može otkazati ugovor o radu, od strane poslodavca, se ide na direktno donošenje rešenja o otkazu ugovora o radu, bez ponovnog upozorenja. Sve napred izneto mora biti izneto u prvom upozorenju koje nije dovelo do otkaza ugovora o radu.

Konačno, nameće se zaključak o potrebi češće primene upozorenja za otkaz ugovora o radu, bez donošenja rešenja o otkazu i donošenja rešenja o otkazu ugovora o radu radu i prestanku radnog odnosa, uz mirno rešenje nastalog poremećenog odnosa poslodavca i zaposlenog, što ima višestruki životni, ekonomski, pravni i moralni značaj za obe strane u sporu.

*Otkaz ugovora o radu zbog povreda radne obaveze  
i nepoštovanja radne discipline*

Prema odredbi člana 179. stav 1. tačka 2. i 3. Zakona, poslodavac može zaposlenom da otkáže ugovor o radu, ako za to postoji opravdani razlog i u slučaju ako zaposleni svojom krivicom učini povredu radne obaveze utvrđene opštim aktom, ili ugovorom o radu, ako zaposleni ne poštuje radnu disciplinu propisanu aktom poslodavca, odnosno ako je njegovo ponašanje takvo da ne može da nastavi rad kod poslodavca.

Iz prednjeg proizlazi da je pravni osnov za davanje otkaza ugovora o radu učinjena povreda radne obaveze utvrđena opštim aktom ili ugovorom o radu, odnosno nepoštovanje radne discipline propisane aktom poslodavca, zbog koje takvo ponašanje navodi na zaključak da zaposleni ne može da nastavi rad kod poslodavca.

U oba pomenuta slučaja pretpostavka početka, vođenja i okončanja disciplinskog postupka je, da je zaposleni povredu radne obaveze učinio svojom krivicom. Krivica postoji kada se povreda radne obaveze čini namerno, dakle sa umišljajem ili iz nehata, kada se svesno čini radnja koja je nedozvoljena i predstavlja povredu radne obaveze i kada postoji svest otakvoj preduzetoj radnji, ali se od strane zaposlenog ne očekuju štetne posledice koje su faktički nastupile.

I u pomenutim slučajevima potrebna je dostava prethodnog upozorenja u pismenom obliku i sa potpunom sadržinom svih bitnih činjenica, koje upućuju na pouzdan zaključak o učinjenoj povredi radne obaveze, utvrđene opštim aktom ili ugovorom o radu i na nepoštovanje radne discipline, koja je po svojoj težini takvo ponašanje da onemogućava da zaposleni nastavi rad kod poslodavca.

Stavovi sudske prakse:

»Ponašanje zaposlenog se može kvalifikovati kao akt nepoštovanja radne discipline, odnosno i ponašanje zbog koga ne može da nastavi rad kod poslodavca, kada je radeći kao kasir prodavac svesno prisvojio novac u vrednosti od 1.200 dinara, iako je znao da se time izlaže riziku prestanka radnog odnosa, nezavisno od toga što nema uslova za otkaz ugovora o radu iz razloga koji se odnosi na krivično delo učinjeno na radu, ili u vezi sa radom pošto je istraga protiv zaposlenog za tu radnju obustavljena«. (Vrhovni sud Srbije, Rev. 1115/08 od 14.05.2009. godine).

»Za otkaz ugovora o radu nužno je utvrditi stepen krivice zaposlenog, i s tim u vezi da li je bio svestan nediscipline u situaciji kada je zaposleni bio u krugu poslodavca dežurni, ili je postojala potreba poslodavca da se tokom radnog vremena on stalno nalazi u magacinu«. (Vrhovni sud Srbije, Rev. 751/08 od 16.04.2009. godine).

»Dato upozorenje poslodavca zaposlenom može proizvesti pravno dejstvo samo u odnosu na povredu radne obaveze koja je prethodila datom upozorenju, a

ne i na ostale postupke i radnje zaposlenog preduzete posle primljenog upozorenja«. (Vrhovni sud Srbije, Rev. II 1478/06 od 27.03.2007. godine).

*Otkaz ugovora o radu zbog krivičnog dela učinjenog na radu ili u vezi sa radom (član 179. stav 1. tačka 4. Zakona)*

Prema odredbi člana 179. stav 1. tačka 4. Zakona o radu, poslodavac može zaposlenom da otkáže ugovor o radu, ako za to postoji opravdani razlog koji se odnosi na radnu sposobnost zaposlenog, njegovo ponašanje i potrebe poslodavca, iako zaposleni učini krivično delo na radu ili u vezi sa radom.

Osnov za otkaz ugovora o radu u pomenutom slučaju, je činjenica da je zaposleni učinio krivično delo na radu ili u vezi sa radom. Sudska praksa je u više odluka i sporova povodom donošenja rešenja o otkazu iz napred navedenog razloga, zauzela nesumnjivo jasan stav o tome da je bitan uslov za davanje otkaza ugovora o radu, postojanje pravnosnažne osuđujuće krivične presude za navedena krivična dela, učinjena od strane zaposlenog. Nije dovoljan osnov za davanje otkaza ugovora o radu samo pokretanje i vođenje krivičnog postupka protiv zaposlenog, pred nadležnim sudom već i donošenje pravosnažne krivične presude za jedno ili više navedenih krivičnih dela.

Navodimo primere sudske prakse:

»Pravosnažna osuđujuća krivična presuda je uslov za otkaz ugovora o radu zaposlenom zbog učinjenog krivičnog delana radu ili u vezi sa radom«. (Vrhovni sud Srbije, Rev. II 763/03 od 15.12.2004. godine).

»Za otkaz ugovora o radu neophodno je da postoji pravosnažna krivična presuda da je zaposleni učinio krivično delo na radu ili u vezi sa radom ». (Okružni sud u Valjevu, GŽ. 235/04 od 18.12.2004. godine).

»Kada u vreme donošenja rešenja otkaza ugovora o radu, nije doneta pravosnažna osuđujuća krivična presuda, poslodavac ne može koristiti razlog za otkaz ugovora o radu, koji se odnosi na krivično delo učinjeno na radu ili u vezi sa radom, nezavisno od toga što je takva presuda kasnije doneta«. (Vrhovni sud Srbije, Rev. 1334/08 od 15.07.2009. godine).

*Zaštita pojedinačnih prava u slučajevima prestanka radnog odnosa*

Opštim aktom i ugovorom o radu može se predvideti postupak sporazumnog rešavanja spornih pitanja između poslodavca i zaposlenog. Odredbama člana 194. Zakona, značajnim delom je predviđen postupak sporazumnog rešavanja spornih pitanja, što znači i mirnog rešavanja radnih sporova. Otuda se u nedostat-

ku rešenja koja se tiču postupka sporazumnog rešavanja, može vršiti i shodna primena odredaba Zakona o mirnom rešavanju radnih sporova.

Prema odredbi člana 194. Zakona o radu, sporna pitanja rešava arbitar. Arbitra određuju strane u sporu iz reda stručnjaka u oblasti koja je predmet spora.

Rok za pokretnje spora pred arbitrom jeste tri dana, od dana dostavljanja rešenja zaposlenom. Sa svoje strane arbitar je u zakonskoj obavezi, da donese odluku u roku od 10 dana od dana podnošenja zahteva za sporazumno rešavanje spornih pitanja, po pravilu vezanih za rešenje postupka ili odluku nadležnog organa poslodavca sa kojom zaposleni nije zadovoljan.

Zakon propisuje da za vreme trajanja postupka pred arbitrom zbog otkaza ugovora o radu, zaposlenom miruje radni odnos. U slučaju da arbitar ne donese odluku u roku od 10 dana, rešenje o otkazu postaje izvršno. Značajno je istaći da odluka arbitra je konačna i obavezuje poslodavca i zaposlenog.

Protiv rešenja kojim je povređeno pravo zaposlenog ili kad je zaposleni saznao za povredu prava, zaposleni odnosno predstavnik sindikata čiji je zaposleni član ako ga zaposleni na to ovlasti, može da pokrene spor pred nadležnim sudom.

Rok za pokretanje spora je 90 dana od dana dostavljanja rešenja odnosno saznanja za povredu prava (član 195. stav 3. Zakona o radu). Spor pred nadležnim sudom se okončava u roku od šest meseci od dana pokretanja spora.

Rokovi za pokretanje radnog spora kod nadležnog suda se primenjuju i u smislu člana 106. Zakona o parničnom postupku, gde je predviđeno pored ostalog da se rokovi računaju na dane, mesece i godine. Rok određen na mesece i godine završava se onog dana u mesecu ili godini, koji po svom broju odgovara datumu koji je sud odredio ili danu u koji pada događaj od koga se po zakonu računa početak roka.

Ako poslednji dan pada na državni praznik u nedelju ili neki drugi dan kad sud ne radi, rok ističe prvog narednog radnog dana.

Ove odredbe primenjuju se i na rok u kome se prema posebnim propisima može podići tužba, kao i na rok zastarelosti potraživanja ili nekog drugog prava, znači i tužba u predmetu radnog spora.

### *Zaštita prava zaposlenih*

Zakon o radu propisuje da o pravima, obavezama i odgovornostima iz radnog odnosa odlučuje: 1) u pravnom licu, direktor ili zaposleni koga on ovlasti, 2) kod poslodavca koji nema svojstvo pravnog lica preduzetnik ili zaposleni koga on ovlasti.

Prema aktuelnoj sudskoj praksi, zaposleni na koga su preneti ovlašćenja direktora, može preduzimati sve radnje i donositi sve odluke za koje je ovlašćen na osnovu ovlašćenja u pismenom obliku. Aktuelna sudska praksa je zauzela stav da zaposleni na koga su preneti ovlašćenja direktora, da odlučuje o obavezama i odgovornostima iz radnog odnosa ovo ovlašćenje ne može preneti na neko drugo lice.

Rešenje o pravima, obavezama i odgovornostima iz radnog odnosa, zaposlenom se mora dostaviti lično, u prostorijama poslodavca, na adresi prebivališta ili boravišta zaposlenog ili putem stavljanja pismenog otppravka odluke – rešenja na oglasnu tablu poslodavca (član 185. stav 2. i 4. Zakona).

### *Postupak u slučaju otkaza i zastarelost*

Otkaz ugovora o radu u slučajevima iz člana 179. stav 1. tačka 1. do 6. Zakona o radu, može se dati zaposlenom uz poštovanje svih pravila postupka iz Zakona o radu, opšteg akta i ugovora o radu, u roku od tri meseca od dana saznanja za činjenice koje su osnov za davanje otkaza, odnosno u roku od šest meseci od dana nastanka činjenica koje su osnov za davanje otkaza. Na napred navedeni način dati su uslovi za davanje otkaza ugovora o radu, tačnije relativni i apsolutni rok u kojem poslodavac može započeti postupak otkaza ugovora o radu, kada postoje otkazni razlozi za takav postupak i prestanak radnog odnosa.

Ugovor o radu se otkazuje rešenjem, koje se donosi u pismenom obliku. Rešenje obavezno sadrži obrazloženje i pouku o pravnom leku. Obrazloženje obavezno treba da sadrži činjenice i dokaze na osnovu kojih je utvrđeno, da postoji opravdan razlog utvrđen Zakonom o radu, opštim aktom ili ugovorom o radu za otkaz ugovora o radu zaposlenom.

Ako poslodavac nije mogao da zaposlenom dostavi rešenje na napred navedeni način, dužan je da o tome sačini pismenu belešku a posle navedene radnje rešenje se objavljuje na oglasnoj tabli poslodavca. Po isteku roka od 8 dana od dana objavljivanja na oglasnoj tabli, rešenje se smatra dostavljenim zaposlenom.

Zaposlenom prestaje radni odnos danom dostavljanja rešenja o otkazu zaposlenom.

U slučaju prestanka radnog odnosa, poslodavac je dužan da zaposlenom isplati sve neisplaćene zarade, naknade zarade i druga primanja koja je zaposleni ostvario do dana prestanka radnog odnosa u skladu sa ugovorom o radu i opštim aktom.

*Nadzor nad primenom Zakona o radu*

Nadzor nad primenom Zakona o radu, vrši Ministarstvo za poslove rada i zapošljavanja, preko inspektora rada. Inspektor rada je dužan da poslodavcu odnosno zaposlenom, naloži preduzimanje mera, zbog uzroka koji su prouzrokovali povrede, doveli do nastanka opasnosti za bezbednost i zdravlje na radu, odnosno mogu sprečiti nastanak povrede i otkloniti sve navedene opasnosti.

Preduzimanje mera i radnji inspektor rada nalaže rešenjem. Protiv takvog rešenja može se izjaviti žalba ministru nadležnom za rad, u roku od 8 dana od dana dostavljanja rešenja. Žalba ne zadržava izvršenje rešenja, kojim je naložena zabrana rada. Protiv drugostepenog rešenja nije dozvoljeno pokretanje upravog spora.

Ovlašćenja inspektora rada u postupku nadzora se zasnivaju na odredbama Zakona o radu (član 80–82) i u odnosu na zadatke i ovlašćenja koja proizlaze iz pomenutih odredaba.

Prema odredbama člana 80, 81. i 82. Zakona o radu, zaposleni ima pravo na bezbednost i zaštitu života na radu u skladu sa Zakonom. Pri tome je dužan da poštuje propise o obezbednosti i zaštiti života i zdravlja na radu, kako ne bi ugrozio svoju bezbednost i zdravlje, kao i bezbednost i zdravlje drugih lica.

Određbe pomenutih članova zakona utvrđuju zabranu prekovremenog rada za zaposlene za koje nadležni zdravstveni organ utvrdi da bi prekovremeni rad pogoršao njegovo zdravstveno stanje. Nadzor se odnosi i na kontrolu rada na poslovima na kojima postoji povećana opasnost od povređivanja profesionalnih ili drugih oboljenja.

Nadzor nad primenom Zakona o radu, drugih propisa o radnim odnosima, opštih akata i ugovora o radu, kojima se uređuju prava, obaveze i odgovornosti zaposlenih vrši inspekcija rada.

U vršenju inspekcijuskog nadzora, inspektor rada je dužan da rešenjem naloži poslodavcu da u određenom roku otkloni utvrđene povrede Zakona, opšteg akta i ugovora o radu.

U tom slučaju poslodavac je dužan da najkasnije u roku od 15 dana od dana isteka roka za otklanjanje utvrđene povrede, obavesti inspekciju rada o izvršenju rešenja.

Inspektor rada je ovlašćen (član 270. Zakona) da podnese zahtev za pokretanje prekršajnog postupka u svim slučajevima povrede zakona i drugih propisa kojima se uređuju radni odnosi, ako nađe da je poslodavac, direktor ili preduzetnik izvršio bilo koji prekršaj u smislu člana 271–276. Zakona o radu.

### *Odlaganje izvršenja rešenja do donošenja pravosnažne odluke suda*

Posebno značajno ovlašćenje inspektora rada (član 271. Zakona o radu), je slučaj kada inspektor nađe da je rešenjem poslodavca o otkazu ugovora o radu očigledno povređeno pravo zaposlenog a zaposleni je poveo radni spor.

U tom slučaju inspektor rada je ovlašćen da donese rešenje kojim se odlaže izvršenje rešenja, poslodavca do donošenja pravosnažne odluke suda. Ovo samo u slučaju ako je očigledno povređeno pravo zaposlenog.

Zaposleni može podneti zahtev za odlaganje samo rešenja poslodavca o otkazu ugovora o radu i to u roku od 30 dana od dana pokretanja radnog spora.

Inspektor rada je dužan da donese rešenje o odlaganju rešenja o izvršenju poslodavca, o otkazu ugovora o radu, samo ako je očigledno povređeno pravo zaposlenog i ako je zahtev podnet u roku od 30 dana od dana podnošenja tužbe nadležnom sudu i pokretanja radnog spora protiv rešenja poslodavca.

Inspektor rada je dužan da donese rešenje o odlaganju u roku od 15 dana od dana podnošenja zahteva zaposlenog pod napred navedenim uslovima.

Protiv rešenja inspektora rada može da se izjavi žalba ministru nadležnom za poslove rada i zapošljavanja, u roku od 8 dana od dana dostavljanja rešenja. Zakon određuje da žalba ne odlaže izvršenje rešenja, kojim je usvojen zahtev zaposlenog.

Ministar nadležan za poslove rada i zapošljavanja je u obavezi, da donese odluku o izjavljenoj žalbi u roku od 15 dana od dana prijema žale kada prvostepeno rešenje postaje konačno.

Protiv konačnog rešenja o odlaganju izvršenja ne može da se pokrene upravni spor.

### *Zabrana diskriminacije i zlostavljanja na radu i zaštita zaposlenih*

Odredbe Zakona o radu propisuju i zabranu diskriminacije (član 18, član 19. i dr.). Prema odredbi člana 18. Zakona zabranjena je neposredna i posredna diskriminacija, lica koja traže zaposlenje, kao i zaposlenih, s obzirom na pol, rođenje, jezik, starost, zdravstveno stanje, odnosno invalidnost, nacionalnu pripadnost, imovinsko stanje, članstvo u političkim organizacijama i druga svojstva zaposlenog bliže označena odredbama navedenog člana.

Zakon o radu propisuje i pojmovno određuje postojanje neposredne i posredne diskriminacije (član 19). Prema odredbama stava 1. pomenutog člana neposredna diskriminacija u smislu Zakona, jeste svako postupanje uzrokovano nekim od osnova iz člana 14. kojim se lice koje traži zaposlenje, kao i zaposleni

stavlja u nepovoljniji položaj, u odnosu na druga lica u istoj ili sličnoj situaciji. Odredbama člana 20. Zakona propisana je bliže zabrana diskriminacije, za određene uslove i svojstva lica koja traže zaposlenje i zaposlene, a te zabrane se odnose na uslove rada i sva prava iz radnog odnosa, napredovanje na poslu, otkaz ugovora o radu i druge uslove.

Nepoštovanje zabrane vršenja svih navedenih i drugih diskriminacija, prema odredbama Zakona o diskriminacija RS, koji je stupio na snagu 7.04.2009. godine. a primenjuje se od 1.01.2010. godine, pri zaključenju ugovora o radu, kojima se utvrđuje diskriminacija, ima za posledicu ništavost tih odredaba ugovora, pa i ništavost ugovora u celini.

Lice koje traži zaposlenje, kao i zaposleni, u slučajevima nepoštovanja jedne ili više zabrana diskriminacije u smislu odredaba člana 18 – 21. Zakona o radu, mogu da pokrenu pred nadležnim sudom postupak za naknadu štete.

Povodom pojave diskriminacije kod donošenja odluke, od strane poslodavca, o prestanku radnog odnosa i kada se utvrdi nezakonitost takve odluke, zaposleni ima pravo na isplatu novčane naknade kao posebne satisfakcije u slučaju nemogućnosti vraćanja na rad. Jasno je da je u pitanju nematerijalna šteta, koja se dosuđuje presudom zaposlenom koji je pretrpeo zakonom nedozvoljenu diskriminaciju, pri donošenju nezakonite odluke o prestanku radnog odnosa.

Odredbe Zakona o diskriminaciji (član 3) daju pravo širem krugu lica, da ga nadležni sudovi i drugi organi javne vlasti Republike Srbije, efikasno štite od svih oblika diskriminacije i da su svi jednaki i uživaju jednak položaj i jednaku pravnu zaštitu, bez obzira na lična svojstva.

Poverenik za zaštitu ravnopravnosti je poseban državni organ, koga bira Narodna Skupština Republike Srbije, i koji ima široka ovlašćenja i u zaštiti zaposlenih ukoliko prema njima nije ispoštovana zabrana diskriminacije, pri zaključenju ugovora o radu ili otkazu ugovora o radu i prestanku radnog odnosa, po tom i drugom zakonom predviđenom osnovu.

Poverenik za zaštitu ravnopravnosti ovlašćen je, da predloži postupak mirenja u skladu sa odredbama Zakona o posredovanju – medijaciji, te preduzimanje drugih radnji u postupku.

Lice koje je povređeno diskriminatorским postupanjem (pa i zaposleni u napred navedenim slučajevima), ima pravo da podnese tužbu sudu radi zaštite od dalje diskriminacije i naknade štete. Postupak po takvoj tužbi je hitan po samom zakonu a revizija protiv pravosnažne odluke donete po tužbi je uvek dozvoljena. Za suđenje po tužbi u napred pomenutom slučaju, nadležan je i sud na čijem području sedište odnosno prebivalište ima tužilac. Tužilac može tražiti pred sudom privremenu meru, radi sprečavanja diskriminatorskog postupanja, radi otklanjanja opasnosti od nasilja ili veće nenaknadive štete.



Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu, koji je stupio na snagu 5. juna 2010. godine, a primenjivaće se po isteku 90 dana od dana njegovog stupanja na snagu daje posebnu zaštitu radi sprečavanja zlostavljanja na radu, i u vezi sa radom i propisuje mere za sprečavanje zlostavljanja i unapređenje odnosa na radu, koje se odnose i na zaposlena lica u skladu sa Zakonom o državnim službenicima i Zakonom o zaposlenima u jedinicama teritorijalne autonomije i lokalne samouprave. Pomenuti zakon predviđa postupak posredovanja, znači mimog rešavanja i sprečavanja zlostavljanja na radu a i sudsku zaštitu u slučaju zlostavljanja.

Spor povodom izvršenog dela zlostavljanja pred sudom, smatra se radnim sporom a u takvim sporovima se shodno primenjuju odredbe Zakona o parničnom postupku (član 434–439 ZPP i druge). Po tužbi pred nadležnim sudom zaposleni može da zahteva donošenje presude: 1) kojom se utvrđuje da je pretrpeo zlostavljanje, 2) zabranu vršenja ponašanja koje predstavlja zlostavljanje, 3) naknadu materijalne i nematerijalne štete, zbog zlostavljanja na radu u skladu sa Zakonom o obligacionim odnosima.

Nadzor nad sprovođenjem Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu ovlašćene su da vrše inspekcija rada i upravna inspekcija kao državni organi.

### *Zaštita prava zaposlenih pred sudom*

Zaposleni koji smatra da su odlukom poslodavca kao pojedinačnim aktom povredena njegova prava iz radnog odnosa, kako je već izneto ima pravo na obraćanje tužbom nadležnom sudu, radi donošenja presude 1) kojom se utvrđuje nezakonitost odluke odnosno rešenja poslodavca i vraćanje na radno mesto i rad, 2) pravo na naknadu materijalne štete koja je nastala donošenjem nezakonite odluke odnosno rešenja od strane poslodavca u visini izgubljene zarade i svih drugih primanja, i kamate na zaradu i druga primanja, pravo na naknadu materijalne štete zbog povrede na radu. Zaposleni ima pravo na naknadu svake druge štete, do koje je došlo zbog nezakonitog postupanja, donošenjem odluka i rešenja ili vršenjem diskriminacije i zlostavljanja na radu, do koje je došlo u vidovima koji su napred pomenuti i u drugim vidovima moguće diskriminacije i zlostavljanja na radu, do kojih je došlo a nisu pomenuti u ovom napisu kada, zakoni predviđa zabrane diskriminatoriskog ponašanja i zlostavljanja na radu.

## ZAKLJUČAK

Odredbama čl.21 Ustav Republike Srbije, zabranjuje svaku diskriminaciju i utvrđuje da su pred Ustavom i zakonom svi jednaki, da svako ima pravo na jednak zakonsku zaštitu, bez diskriminacije. Predviđaju da je ljudsko dostojanstvo

neprikosnoveno i da su svi dužni da ga poštuju i štite i da je fizički i pidihički integritet nepovrediv. Zabranjena je svaka diskriminacija neposredno ili posredno, naročito na osnovu rada i po osnovu rada.

Zakon o radu određuje da je neposredna diskriminacija, svako postupanje uzrokovano nekima od osnova iz čl. 18 Zakona, kojim se lice koje traži zaposlenje kao i zaposleni, stavlja u nepovoljniji položaj u odnosu na drugo lice u istoj ili sličnoj situaciji. Zakon određuje da je diskriminacija zabranjena posebno u odnosu na uslove za zapošljavanje i uslove rada, te sva prava iz radnog odnosa.

Posledica nepoštovanja napred pomenutih zabrana pri zaključenju Ugovora o radu, je ništavost tih odredaba ugovora, pa i ništavost Ugovora u celini. Lice koje traži zaposlenje, kao i zaposleni, u slučaju više diskriminacija, mogu da pokrenu pred nadležnim sudom postupak za naknadu štete, materijalne i nematerijalne o čemu su najviši sudovi u Republici Srbiji izrazili svoje mišljenje u aktuelnim odlukama najnovije sudske prakse.

Posebne odredbe Zakona o zabrani diskriminacije i Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu, su izraz poštovanja obaveza, preuzetih ratifikacijom Međunarodnih ugovora i drugih akata koji se odnose na garancije ljudskih prava i sloboda, donetih od strane OUN i Saveta Evrope, Međunarodne organizacije rada i drugih organizacija.

Zakon o zabrani diskriminacije i Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu omogućavaju zaposlenima vansudsku i sudsku zaštitu povredjenih prava preko Poverenika za zaštitu ravnopravnosti, postupka posredovanja i mirenja, sudske zaštite, privremenih mera i nadzora nad sprovođenjem Zakona.

Povodom zlostavljanja kod poslodavca predviđen je i postupak posredovanja kao poseban postupak i sudska zaštita. U svim pomenutim postupcima predviđa se značajna nadležnost inspekcije rada i upravne inspekcije. Pomenuti zakoni sadrže i potrebnu sveobuhvatnost u odnosu na sve zaposlene u smislu Zakona o radu, Zakona o državnim službenicima, drugim zakonima, lica zaposlena po ugovoru o radu, lica koja obavljaju praksu i faktički rad kod poslodavca.

Organizovanje sudova i drugih državnih organa, koje treba da bude zastupljeno i kroz doslednu primenu svih odredaba o zaštiti treba da učine pomenute zakone aktuelnim i delotvornim u odnosu na zaštitu kako je propisana zakonima i međunarodnim pravnim aktima.

BORISAV ČOLIĆ,  
Retired Judge of the Supreme Court of Serbia,  
Belgrade

TERMINATION OF EMPLOYMENT, FORMS OF PROTECTION  
OF EMPLOYEES' RIGHTS AND RECENT CASE LAW

Summary

The Labor Relations Act, the Law on Government Employees, the Law on State Administration, the Law on Industrial Safety, the Law on Prohibition of Discrimination, the Law on Prevention of Abuse at Work and other laws, collective agreements, employment agreements, international legal acts, conventions and recommendations of ILO, such as the Convention relating to discrimination in employment and choice of profession, employment policy (No. 122), minimum ages for engagement in underground works in mines (No. 123) and other legal acts prescribe the rights and obligations of employees and employers in starting and termination of employment, protection of rights of employees in the event of violation of their guaranteed rights or termination of employment, the manner of realization of individual rights of employees, compensation for damages due to illegal termination of employment, material and immaterial, procedure of elimination of harmful consequences and bodies in charge of protection of rights, supervision of application of regulations on labor relations, protection from abuse and discrimination.

The Directive on Implementation of Equality of Men and Women with respect to employment, professional education and work conditions is applied as well, together with the European Convention on Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and the principles of protection of employees specified in the Constitution of the Republic of Serbia and other legal acts.



## ZAŠTITA PRAVA RADNIKA INFICIRANIH HIV-om

### – Upporedna legislativa i problemi praktične primene –

U svetu danas živi blizu 33 miliona ljudi inficiranih HIV-om, što predstavlja jedan od najvećih problema današnjice. Prema poslednjim podacima, u Srbiji je od 1984. do kraja 2009. godine registrovano 2440 osoba inficiranih HIV-om, od kojih je 1489 obolelo od AIDS-a, a 1042 HIV pozitivne osobe su umrle<sup>1</sup>. Stručnjaci smatraju da makar još toliko osoba ne zna da je inficirano HIV-om, jer infekcija može da bude prisutna u organizmu dugi niz godina bez ikakvih znakova i simptoma<sup>2</sup>. Najveći procenat inficiranih se nalazi u radno aktivnom stanovništvu, starosti između 19 i 49 godina, što je veliki problem u svetu rada kako za zaposlene, tako i za državu i poslodavce. Lica inficirana HIV-om često su žrtve diskriminacije prilikom zasnivanja radnog odnosa, kao i pri daljem napredovanju na radu.

Veliku ulogu u borbi protiv svakog vida diskriminacije HIV pozitivnih radnika i članova njihove porodice preuzima Međunarodna organizacija rada. Ova organizacija uzela je učešće u borbi protiv HIV-a kada je uvidela da pojava i rapidno širenje ovog virusa utiče i na socijalni mir i da se epidemija HIV-a širom sveta odražava kako direktno, tako i indirektno na mnoge delatnosti stvarajući velike gubitke poslodavcima i državi. Samo se u Južnoj Africi procenjuje da je više od 20% ekonomski aktivne populacija inficirano HIV-om<sup>3</sup>.

---

Filip Bojić, saradnik u nastavi, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

<sup>1</sup> Podaci Instituta za javno zdravlje Srbije, Beograd, 2010.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> Podaci Međunarodne organizacije rada, [www.ilo.org](http://www.ilo.org).

Eksperti MOR-a su ustanovili da je u svetu danas preko 20 miliona aktivnog radnog stanovništva koji žive sa HIV/AIDS-om<sup>4</sup>. Zajedno sa Svetskom zdravstvenom organizacijom (WHO), kao i posredstvom posebnog programa Ujedinjenih nacija UNAIDS, čiji je osnovni cilj zaustavljanje širenja HIV-a, kao i podrška već inficiranih da dostojanstveno nastave svoj život kao ravnopravni članovi društva<sup>5</sup>, MOR je kroz aktivnosti svojih tela preduzeo brojne akcije u cilju suzbijanja virusa među radnicima.

Ujedinjene nacije svojim programima teže ka tome da utiču na sve zemlje članice da posredstvom svojih ustava i zakona omogućе svim svojim građanima inficiranim HIV-om puno uživanje osnovnih ljudskih prava i sloboda, kao i da iste zaštiti od svakog oblika diskriminacije. Ujedinjene nacije su svoje ciljeve u borbi protiv HIV-a posebno istakle u Političkoj deklaraciji o HIV/AIDS-u usvojenoj na Generalnoj skupštini ove organizacije 2006. godine. U okviru Deklaracije nigde se eksplicitno ne navodi zabrana diskriminacije radnika i ostvarivanje njihovih osnovnih prava pri vršenju rada, ali se kao jedan od osnovnih ciljeva navodi eliminisanje svih oblika diskriminacije, kao i slobodan pristup obrazovanju, zapošljavanju, zdravstvenoj zaštiti, socijalnim i zdravstvenim službama<sup>6</sup>.

U okviru UNAIDS programa Ujedinjenih nacija usvojen je i Protokol u okviru kojeg se obrađuje identifikacija diskriminacije prema ljudima inficiranim HIV-om. Protokol pravi podelu na deset glavnih područja društvenog života u okviru kojih se javlja diskriminacija prema inficiranim osobama. Posebno je naglašena diskriminacija pri zapošljavanju i pružanju usluga zdravstvene zaštite. Kao oblici diskriminacije pri zapošljavanju navode se: obavezno testiranje pri zapošljavanju, obavezno testiranje tokom rada, pitanja u vezi sa HIV-om tokom intervjua sa poslodavcem, nedostatak poverljivosti o HIV statusu, otkaz ili promena uslova posla zbog saznanja o HIV statusu zaposlenog, ograničenje osnovnih prava iz radnog odnosa zbog HIV statusa, kao i otkaz poslodavca zaposlenom na osnovu HIV statusa<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> *Basic facts about the epidemic and implications*, The ILO code of practise and world of work, Appendix I, Geneva, International labour office, 2001.

<sup>5</sup> A u skladu sa načelima zabrane svakog vida diskriminacije, koje su utemeljeni u brojnim međunarodnim dokumentima, od kojih posebno treba izdvojiti Univerzalnu deklaraciju Ujedinjenih nacija, Međunarodni Pakt o građanskim i političkim pravima, Međunarodni pakt o ekonomskim, kulturnim i socijalnim pravima, Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, kao i Konvenciju 111 o zabrani diskriminacije pri zapošljavanju Međunarodne organizacije rada.

<sup>6</sup> *Politička deklaracija u vezi sa HIV /AIDS-om*, Rezolucija Generalne skupštine UN-a od 27. Junu 2001.

<sup>7</sup> *Protocol for the identification of discrimination against people living with HIV*, UNAIDS program, 2000.

Kao što je već navedeno, delatnost Međunarodne organizacije rada pri širenju svesti o velikom uticaju HIV-a na svet rada veoma je izražena. MOR je 2001. godine usvojio Kodeks postupanja o HIV-/AIDS-u i svetu rada sa ciljem da se odredbe ovog kodeksa postave kao vodilja za formiranje nacionalne politike država članica naročito u sklopu preduzimanja akcija u okviru prevencije HIV-a, smanjenju širenja HIV-a u svetu rada, nezi i podršci radnika inficiranih HIV-om i eliminaciji svakog oblika stigme i diskriminacije radnika na osnovu HIV statusa<sup>8</sup>. Motiv za usvajanje ovog Kodeksa bio je da se putem ovog međunarodnog instrumenta ojača uloga organizacija poslodavaca i radnika u promovisanju i podržavanju nacionalnih i međunarodnih napora u borbi sa HIV-om širom sveta, a sve to u saradnji sa predstavnicima vlasti i nevladinih organizacija. Neophodna je sveobuhvatna reforma zakonodavstva, kako bi se pružila odgovarajuća zaštita radnicima koji su inficirani HIV-om i njihova potpuna resocijalizacija unutar društva, kako bi se oni osećali kao ravnopravni članovi zajednice, a ne da se isti odbacuju, diskriminišu i marginalizuju.

Međutim, ciljevi koje je MOR postavio pri usvajanju Kodeksa, nisu se realizovali u pravcima kako je na početku bilo planirano<sup>9</sup>, tako da je MOR pristupio izradi preporuke koja bi bila inspirisana Kodeksom, a koja bi se odnosila na uticaj HIV/AIDS-a na svet rada. Preporuka je uvojena na 99-toj sednici Opšte konferencije Međunarodne organizacije rada, održanoj juna ove godine i to je dvestota usvojena preporuka od osnivanja ove organizacije. Novi standard rada, prvi kojim se na eksplicitan način govori o zaštiti osnovnih ljudskih prava radnika inficiranih HIV-om, usvojen je sa 439. za i 11 uzdržanih glasova delegata država članica nakon dve godine debate i predloga predstavnika u Međunarodnoj konferenciji rada<sup>10</sup>.

Preporuka se primenjuje na: »Sve radnike pod svim oblicima ili aranžmanima i na svim radnim mestima, uključujući: zaposlena lica, ma gde god i na koji način ona vršila svoj rad; lica koja su na obuci, uključujući i pripravnike i početnike; volontere; lica koja traže posao i prijavljuju se na konkurse za posao; radnike koji se nalaze pod suspenzijom ili su otpušteni. Preporuka obuhvata sve

---

<sup>8</sup> *The ILO code of practice on HIV/AIDS and the world of work*, Geneva, International labour office, 2001.

<sup>9</sup> Uticaj kodeksa na svet rada bio je nedovoljan, postojala su brojna ograničenja i praznine u njegovoj primeni, što se da videti iz veoma slabe implementacije odredaba u vezi sa pravima zaraženih radnika unutar zakonodavstava država članica. U pojedinim zemljama članicama, pojavljuju se čak i zakoni sa izrazitim oblicima diskriminacije prema zaraženim radnicima, a u okviru kojih se nalaze odredbe u kojima se navode zabrana vršenja određenih poslova zbog HIV statusa, obavezno testiranje zaposlenih, izolacija zaposlenih u posebne radne prostorije, obavezno testiranje za radnike migrante koji traže radne dozvole.

<sup>10</sup> Izveštaj Saveza sindikata Republike Srpske, <http://www.savezsindikatars.org/>, jun 2010.

sektore ekonomske delatnosti, bilo da se radi o radu kod privatnika ili u državnoj službi<sup>11</sup>.

Slično kao i u Kodeksu, preporuka kao jedno od osnovnih načela na kojima zasniva svoje delovanje, predviđa uspostavljanje nacionalne politike i programa koje bi sprovodile države članice, a koji bi se odnosili na pitanja u vezi sa HIV/AIDS-om i svetom rada. Nacionalne politike i programe bi trebalo da razvijaju nadležne vlasti u konsultaciji sa reprezentativnim organizacijama poslodavaca i radnika. U izradi nacionalne politike preporučuje se i učešće organizacija koje zastupaju lica koja žive sa HIV-om, kao i nevladinog sektora. Preporučljivo bi bilo da u izradi programa svoje mesto nađu i relevantni stručnjaci iz oblasti medicine i socioloških i pravnih nauka. Države članice bi trebalo da koriste svaku priliku da šire informacije u vezi sa napretkom svojih nacionalnih politika i programa o HIV-u i AIDS-u. Posebnu ulogu u obaveštavanju i širenju informacija o razvoju nacionalne strategije treba da imaju organizacije poslodavaca i radnika, organizacije u okviru kojih se štite prava zaraženih, a naročito sredstva javnog informisanja<sup>12</sup>.

Preporuka eksplicitno zabranjuje svaki vid diskriminacije i stigmatizacije zaposlenih ili lica koja traže zaposlenje u odnosu na njihov HIV status. Kao što je već spomenuto, Ujedinjene nacije putem svojih programa i u saradnji sa specijalizovanim agencijama sprovode brojne akcije sa ciljem eliminisanja svakog oblika diskriminacije u odnosu na inficirane HIV-om. HIV se mora posmatrati kao svaka druga bolest i samim tim privremeno odsustvo sa posla zbog bolesti ili dužnosti brige o licu inficiranom HIV/AIDS-om bi trebalo tretirati na isti način kao odsustvo zbog drugih zdravstvenih razloga<sup>13</sup>. Licima inficiranim virusom HIV-a ne sme biti uskraćena mogućnost da nastave da obavljaju svoje poslove, ako im njihovo zdravstveno stanje to dozvoljava. Ona mogu ostati na svojim mestima rada sve dok su u mogućnosti da izvršavaju svoje obaveze. U slučaju da zbog svog zdravstvenog stanja ne mogu obavljati određene poslove, bilo bi poželjno da im se omogući posao u skladu sa njihovim trenutnim stanjem i mogućnostima, a uz konsultaciju sa poslodavcem, koji će se postarati da se licu obezbedi rad na drugom radnom mestu, sindikatom čiji je zaposleni član i službom medicine rada.

Radnici mogu biti diskriminirani zbog svog HIV statusa na direktan i indirektan način u skladu sa definicijom diskriminacije u odnosu na zaposlenje i zanimanje koja svoje temelje nalazi u Konvenciji 111 Međunarodne organizacije

---

<sup>11</sup> *Recommendation concerning HIV and AIDS and the World of Work (no 200)*, Geneva, International labour office, June 2010.

<sup>12</sup> Ibid.

<sup>13</sup> Ibid.



rada iz 1958. godine. Nažalost, diskriminacija radnika ne dolazi samo od strane poslodavca, već i od strane ostalih zaposlenih koji u najvećem broju situacija izbegavaju zaposlene inficirane HIV-om ili za koje postoji sumnja da su inficirani. Uzrok diskriminacije je u najvećem broju slučajeva nedovoljna informisanost o načinima na kojima se može preneti virus. Dešava se da zaposleni traže da se zaraženi odvoji u posebnu prostoriju i da na taj način ne dolazi u kontakt sa ostalim zaposlenima. Prema istraživanju obavljenom u Srbiji pre par godina, čak 49% ispitanika ne bi delilo kancelariju sa nekim ko ima AIDS, dok 18 % ispitanika nije bilo sigurno<sup>14</sup>. Posebno je povišen stepen netrpeljivosti prema inficiranim prisutan u neurbanim sredinama, siromašnim krajevima i na mestima rada gde je u najvećem procentu zaposlena nekvalifikovana radna snaga.

Lako se može doći do pretpostavke da zaposleni inficirani virusom u velikom broju slučajeva postaju i žrtve mobinga na radu kako od strane poslodavca, tako i od strane drugih zaposlenih. Kao što je već navedeno usled diskriminacije zaposlenih zbog njihovog HIV statusa ili sumnje da su inficirani, zaposleni se dovode u nepovoljan položaj. Kolege na poslu ih izbegavaju, izuzeti su iz svakog vida komunikacije, zajedničkih druženja van posla, a poslodavci ih isključuju pri dodeli poslova i sprečavaju njihovo dalje napredovanje na radu. Sve ove pojave najčešće izazivaju određene psiho-somatske promene kod zaposlenog i mogu rezultirati pogoršanjem njegovog već narušenog zdravstvenog stanja<sup>15</sup>.

Upravo iz straha od gubitka posla, kao i od mogućnosti da zbog svog statusa postanu žrtve diskriminacije, radnici inficirani HIV/AIDS-om će na sve moguće načine pokušati da sakriju svoju bolest. Pravo na privatnost zaposlenih garantovano je u brojnim međunarodnim dokumentima, naročito u Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima u čijem se članu osam navodi da svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske<sup>16</sup>. Od radnika se ne sme zahtevati da pristupe HIV testiranju, kako bi poslodavci imali podatke o njihovom stanju pri zasnivanju radnog odnosa. Zahtev poslodavca za testiranjem bi predstavljao najgrublji oblik kršenja ljudskih prava, naročito prava na privatnost. Pravo na privatnost regulisano je i Konvencijom Saveta Evrope o zaštiti pojedinaca u pogledu automatske obrade ličnih podataka, kao i Direktivom Evropske unije br. 95/46 o zaštiti pojedinca u prikupljanju i saopštavanju ličnih podataka. Direktiva navodi da se zabranjuje prikupljanje podataka o ras-

---

<sup>14</sup> *Stigma i diskriminacija ljudi koji žive sa HIV-om*, GIP ekspertski centar za mentalno zdravlje i HIV/AIDS u Srbiji, Beograd, Jul 2007, str. 29.

<sup>15</sup> Opširnije o mobingu: B. Lubarda, *Zlostavljanje/zastrašivanje na radu: pravni aspekti, uz osvrt na medicinske, psiho-somatske i ekonomske aspekte*, Pravni kapacitet Srbije za evropske integracije: zbornik radova, knjiga 3, Beograd 2008, str. 69–81.

<sup>16</sup> *Evropska konvencija o ljudskim pravima*, Službeni list SCG, Međunarodni ugovori, br. 9/03.

nom ili etničkom poreklu, političkom mišljenju, verskim i filozofskim uverenjima, članstvu u sindikatu, zdravlju i seksualnom životu radnika<sup>17</sup>. U slučajevima i da dođe do testiranja u preduzeću, Preporuka MOR-a o HIV/AIDS-u navodi da testiranje radnika mora biti dobrovoljno i bez ikakve prisile, a da rezultati HIV testiranja moraju biti poverljivi i da ni na koji način ne utiču na pristup poslu, bezbednosti na poslu kao i mogućnostima za daljim napredovanjem radnika<sup>18</sup>. MOR je 1997. godine usvojio i Kodeks postupanja o zaštiti ličnih podataka radnika u kojem se na detaljan način govori o pravilima poverljivosti ličnih podataka. Kodeks navodi da lične podatke o zdravlju radnika nije potrebno prikupljati, osim ako se za njima poseže da bi se utvrdilo da li radnik ispunjava uslove za određeno zaposlenje, uslove iz zaštite zdravlja i bezbednosti na radu, kao i da bi se odredila radnikova prava na socijalna davanja<sup>19</sup>.

Ako dođe do povrede prava na privatnost od strane poslodavca i saznanja za HIV status radnika bez radnikovog znanja i odobrenja, radnik može tražiti naknadu štete za njegova povređena prava. Poznat je slučaj X v Commission iz 1992. godine u kojem je učesnik konkursa odbio zahtev poslodavca da se podvrgne testiranju na HIV što se postavilo kao uslov za zasnivanje radnog odnosa. Međutim, zdravstveni radnik je bez saglasnosti učesnika oglasa izvršio i testiranje na HIV, iskoristivši druge preglede krvi. X je smatrao da mu je povređeno jedno od njegovih osnovnih prava, pravo na privatnost i iz tog razloga je podneo tužbu Evropskom sudu pravde, koji je našao da se zdravstveni pregled može zahtevati od učesnika konkursa jedino ako je odgovarajući zdravstveni pregled nužan uslov za zasnivanje radnog odnosa na određenim poslovima, što u ovom predmetu nije bio slučaj<sup>20</sup>.

Posebno se štite i prava radnika migranata, tako da preporuka eksplicitno navodi da se ne sme tražiti od istih testiranje na HIV i otkrivanje informacija u vezi sa HIV-om ni za sebe ni za druge radnike, kao uslov pri ulasku u zemlju radi traženja zaposlenja. Međutim, prema istraživanjima MOR-a postoji preko šezdeset država članica u kojima se kao uslov za dobijanje boravišne isprave postavlja testiranje na HIV<sup>21</sup>. Razlog se verovatno traži u tome što radnici migranti u većini slučajeva potiču iz siromašnih i nerazvijenih zemalja u kojima je ova bo-

---

<sup>17</sup> B. Lubarda, *Evropsko radno pravo*, Podgorica 2004. str. 268.

<sup>18</sup> *Recommendation concerning HIV and AIDS and the World of Work (no 200)*, Geneva, International labour office, June 2010.

<sup>19</sup> *An ILO code of practice, Protection of workers: E personal data*, Geneva, International labour office, 1997.

<sup>20</sup> B. Lubarda, *Ibid*, str. 269, <http://eur-lex.europa.eu>, X v Commission of the European Communities, 1994.

<sup>21</sup> *HIV/AIDS and the world of work*, International Labour Conference, 98th session, 2009, Report IV(1), Geneva, International labour office, 2009, pg. 31.

lest rasprostranjena i gde je stepen edukacije o samom prenošenju virusa veoma nizak. Evropska unija postavlja mogućnost ograničavanja kretanja radnika unutar unije, tačnije uskraćivanja ulaska ili izdavanja boravišne isprave u slučaju kada je ugroženo javno zdravlje. Sa tim u vezi, usvojena je Direktiva u okviru koje se navode bolesti koje mogu dovesti u opasnost javni poredak. Na listi bolesti ne nalazi se AIDS<sup>22</sup>.

Države članice su u obavezi da u okviru svojih nacionalnih programa za borbu protiv HIV-a, razviju strategiju prevencije u skladu sa svojim mogućnostima, a u odnosu na stepen razvoja kulture, društva i ekonomije jedne zemlje. Koncept prevencije je zauzeo značajno mesto u okviru zaštite bezbednosti i zdravlja radnika na radu, jer se prema pojedinim autorima filozofijom prevencije osigurava kvalitet zdravlja i bezbednosti na radu, a naročito smanjenje troškova poslodavca, zdravstvene zaštite, kao i troškova zavoda za zdravstveno osiguranje<sup>23</sup>. Preporuka o HIV-u i AIDS-u i svetu rada razrađuje načine na osnovu kojih bi se kreirali programi prevencije u okviru preduzeća. Programi se zasnivaju na konceptu obaveštavanja radnika o merama koje bi trebalo preduzeti kako bi se stalo na put širenju virusa HIV-a. Poslodavac bi imao obavezu da zaposlenima dostavlja tačne, ažurne i relevantne informacije o uticaju HIV-a na svet rada<sup>24</sup>, zatim da organizuje obrazovne programe za pomoć ženama i muškarcima kako bi razumeli opasnost od HIV-a i na taj način smanjili rizik od svih vrsta HIV prenosa, preduzimanje mera putem kojih bi se radnici ohrabрили da saznaju svoj HIV status putem dobrovoljnog savetovanja i testiranja, kao i pravo na pristup svim načinima prevencije, uključujući i besplatnu dostupnost kondoma i informacija o njihovoj pravilnoj upotrebi<sup>25</sup>. Istina je da bi se primenom ovih dopunskih mera zaštite i bezbednosti zaposlenih na radu stvorili dodatni troškovi za poslodavce, ali bi se raširila svest kod zaposlenih o posledicama koje virus može da izazove i na taj način sprečilo njegovo dalje širenje.

Međunarodna organizacija rada pridaje veliki značaj konceptu prevencije HIV-a/AIDS-a, kao jednom od najboljih sredstava u borbi protiv širenja bolesti. Konvencija br. 186 o pomorskom radu iz 2006. godine predviđa u delu o zaštiti zdravlja i bezbednosti pomorskih radnika, obavezu nadležnih organa u okviru država članica da u nacionalnim strategijama o bezbednosti radnika na moru

---

<sup>22</sup> B. Lubarda, Ibid, str. 198.

<sup>23</sup> Opširnije o filozofiji prevencije: G. H. Camerlynck, J. Pelissier, B. Nystrom.

<sup>24</sup> Za radnike migrante informacije bi trebalo dostavljati na njihovim maternjim jezicima, kako bi o istim mogli biti obavešteni u slučajevima kada ne govore jezike zemalja u kojima su prošli zaposlenje.

<sup>25</sup> *Recommendation concerning HIV and AIDS and the World of Work (no 200)*, ILO, Geneva, International labour office June 2010.

predvide i zaštitu od HIV-a/AIDS-a kao i koncept prevencije bolesti<sup>26</sup>. Ova Konvencija je značajna iz razloga što je to prva konvencija MOR-a koja sadrži dve eksplicitne reference u vezi sa HIV/AIDS-om<sup>27</sup>. Problem HIV/AIDS-a spominje se i u delu Konvencije u kojem se govori o obrazovanju i obuci mladih moreplo- vaca, gde se navodi da se oni moraju informisati o negativnim efektima alkohola, droge i rizika u vezi sa HIV/AIDS-om, koji pogubno utiču na njihovo zdravlje i bezbednost na radu<sup>28</sup>.

Radnicima inficiranim HIV-om, kao i zavisnim članovima njihove porodi- ce potrebno je obezbediti potpuni pristup zdravstvenoj zaštiti, bilo da se ona obezbeđuje u okviru javnog zdravlja, sistema socijalnog osiguranja ili privatnog osiguranja<sup>29</sup>. Radnicima je neophodno omogućiti pravo na korišćenje zdravstve- nih usluga koje bi uključivalo besplatan ili priuštiv pristup: »dobrovoljnom save- tovanju i testiranju; anti-retrovirusnom tretmanu i obrazovanju, informacijama i podršci; adekvatnoj ishrani u skladu sa lečenjem; lečenju oportunističkih infekci- ja i seksualno prenosivih infekcija i svih drugih bolesti povezanih sa HIV-om; podršci i programima prevencije za lica koja žive sa HIV-om, uključujući psiho- socijalnu podršku«<sup>30</sup>. Kako država, tako i poslodavci i radničke organizacije su u obavezi da stimulišu radnike da što češće odlaze na redovne kontrole i savetova- nju u vezi sa HIV-om u odgovarajuće zdravstvene ustanove kako bi merama pre- vencije sprečili dalje širenje virusa u njihovom radnom okruženju.

I u delu posvećenom nezi i zaštiti, Preporuka posebno naglašava zabranu svakog vida diskriminacije prema radnicima i članovima njihovih porodica na osnovu stvarnog ili primećenog HIV statusa u pogledu pristupa sistemima soci- jalne zaštite i šemama socijalnog osiguranja<sup>31</sup>. Inficirani HIV-om moraju imati potpuno jednak pristup zdravstvenim ustanovama i prema njima se treba ophoditi tako da ni u kom slučaju ne dođe do povrede njihovog dostojanstva. Radnicima se ne smeju uskratiti nikakva prava iz socijalnog osiguranja i moraju imati isti obim zaštite kao i radnici koji boluju od drugih bolesti.

Veliki problem pri ostvarivanju prava iz socijalog osiguranja inficiranih HIV-om, predstavlja skoro 50% ukupne svetske populacije koji nisu pokriveni

<sup>26</sup> *Maritime Labour Convention*, ILO, 2006.

<sup>27</sup> *HIV/AIDS and the world of work*, International Labour Conference, 98th session, 2009, Report IV(1), Geneva, International labour office, 2009, pg. 2.

<sup>28</sup> *Maritime Labour Convention*, ILO, 2006.

<sup>29</sup> *Recommendation concerning HIV and AIDS and the World of Work (no 200)*, ILO, June 2010.

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> *Ibid.*

nijednim od oblika socijalne zaštite, a podatak je da je najveći broj inficiranih HIV-om upravo prisutan u siromašnim zemljama u kojima je socijalno osiguranje na veoma niskom nivou razvijenosti<sup>32</sup>. To je i jedan od uzroka velike raširenosti virusa u tim delovima sveta. Međunarodna organizacija rada je 2001. godine sprovedla globalnu kampanju u vezi sa socijalnim osiguranjem i zaštitom za sva lica koja nisu pokrivena šemama socijalnog osiguranja<sup>33</sup>. Na taj način je dat doprinos i borbi protiv HIV-a u nerazvijenim područjima gde je ova bolest uzela maha.

Radno okruženje u okviru kojega radnici obavljaju svoje poslove treba da bude bezbedno po zdravlje kako bi se sprečio prenos HIV-a na radnom mestu<sup>34</sup>. Preporuka o HIV/AIDS-u predviđa da je neophodno preduzeti odgovarajuće mere zaštite zaposlenih kako ne bi došlo do širenja HIV-a na radu. Poslodavac bi trebao da za sve zaposlene, a posebno za lica koja su tek stupila na rad organizuje predavanja u kojim bi učešće uzeli relevantni stručnjaci iz oblasti zdravlja koji bi edukovali zaposlene o načinima prenošenja i merama za sprečavanje izloženosti i infekciji<sup>35</sup>. Bitno je da se radnicima podigne svest o tome da se HIV ne prenosi običnim fizičkim kontaktom i da prisustvo osobe koja živi sa HIV-om ne treba da se smatra opasnošću na radu, a sve iz razloga da ne bi došlo do diskriminacije prema licima inficiranim HIV-om od strane drugih zaposlenih.

Na poslovima na kojima postoji veći stepen opasnosti od prenosa virusa, potrebno je iz predostrožnosti sprovesti određene organizacione mere i uticati na radnike da tokom obavljanja poslova koriste zaštitnu opremu kako bi se minimizirao rizik od prenošenja HIV-a<sup>36</sup>. U posebno osetljiva zanimanja gde je povećan rizik od zaraze spadaju poslovi u sektoru zdravstvene zaštite, budući da su zdravstveni radnici u stalnom kontaktu sa krvlju i drugim potencijalnim telesnim tečnostima putem kojih može doći do inficiranja. Zdravstveni radnici su u obavezi da tokom rada sa krvlju pacijenata koriste zaštitne rukavice kako ne bi došlo do direktnog kontakta, da posle kontakta sa pacijentom dezinfikuju ruke sapunom, da idu na redovne kontrole krvi i da učestvuju na programima edukacije u okviru svojih zdravstvenih ustanova. U slučaju da dođe do direktne izloženosti koja može nositi rizik od infekcije sa HIV-om, zdravstveni radnik je u obavezi da

---

<sup>32</sup> Najveći broj lica koja nisu pokrivena socijalnim osiguranjem ima prebivalište u Južnoj Africi, Latinskoj Americi, jugoistočnoj, južnoj i istočnoj Aziji.

<sup>33</sup> *Social security: A new consensus*, Geneva, International labour office, 2001.

<sup>34</sup> *Recommendation concerning HIV and AIDS and the World of Work (no 200)*, Geneva, International labour office, June 2010.

<sup>35</sup> Ibid.

<sup>36</sup> Ibid.

prijavi rizik od izloženosti lokalnom koordinatoru ili rukovodiocu službe, sa tim da podaci o izloženosti moraju ostati poverljivi<sup>37</sup>.

Međunarodna organizacija rada je preduzela značajne korake u borbi protiv dečijeg rada<sup>38</sup>, pa se shodno tome i u okviru Preporuke o HIV/AIDS-u predlaže državama članicama da preduzmu odgovarajuće mere u borbi protiv rada dece<sup>39</sup>. Deca su naročito podložna HIV-u u nerazvijenim i siromašnim krajevima u situacijama kada ostanu bez jednog ili oba roditelja i budu prinuđena da se brinu samo o sebi. U velikom broju slučajeva ona postaju žrtve trgovine ljudima i često se seksualno eksploatišu a samim tim se povećava šansa da budu inficirana HIV-om. Deca koja su od malih nogu uključena u procese rada imaju veoma nizak stepen obrazovanja tako da raspolažu sa malim brojem informacija u vezi sa načinima prenošenja virusa. Iz tog razloga države članice bi trebalo da preduzmu mere u konsultacijama sa poslodavcima i radničkim organizacijama kako bi se mladi na pravi način edukovali o problemu HIV-a.

Pored dece u osetljive kategorije radnika koje su podložne virusu, naročito spadaju radnici čiji poslovi zahtevaju stalnu pokretljivost i samim tim odvojenost od supružnika i partnera, zatim radnici koji rade u geografski izolovanim područjima u kojima je nizak stepen razvijenosti zdravstvene zaštite i društvene odgovornosti<sup>40</sup>. U takvim sredinama je naročiti problem što ne postoje odgovarajuće zdravstvene ustanove u kojima bi radnici mogli da prate svoje zdravstveno stanje, a i često dolazi i do seksualnih odnosa bez ikakve zaštite. Radnici koji se nalaze u faktičkom radnom odnosu to jest koji obavljaju rad na crno spadaju u posebno osetljivu kategoriju radnika koju karakteriše podložnost HIV-u. Njihov osnovni problem je u tome što oni nisu pokriveni nikakvim vidom socijalne zaštite, poslodavac sa njima ne zaključuje ugovor o radu, a samim tim im ne uplaćuje nikakve doprinose za socijalno osiguranje. Upravo su gore spomenuti radnici, koji rade daleko od svoje kuće, najčešće i akteri rada na crno. To su uglavnom migranti koji napuštaju svoje nerazvijene zemlje i odlaze u bogatije krajeve gde smatraju da će na lakši način doći do zarade. Broj slučajeva HIV-a u oblastima gde je rad na crno zastupljen u velikom procentu, nije uopšte zanemar-

---

<sup>37</sup> Opšimije: P. Đurić i S. Ilić, *HIV infekcija i zdravstveni radnici*, Novi Sad, 2007.

<sup>38</sup> Konvencije br. 138 o minimalnim godinama starosti za stupanje na rad i Konvencija br. 182 o najgorim oblicima dečijeg rada spadaju u korpus osnovnih konvencija MOR-a, ustanovljenih Deklaracijom o fundamentalnim principima MOR-a iz 1998. godine. Zaštita omladine predstavlja jedan od osnovnih ciljeva MOR-a i broj konvencija koji reguliše zaštitu mladih je na trećem mestu po broju usvojenih konvencija u delatnosti Međunarodne konferencije rada.

<sup>39</sup> *Recommendation concerning HIV and AIDS and the World of Work (no 200)*, Geneva, International labour office, June 2010.

<sup>40</sup> *The ILO code of practise and world of work*, Appendix I, Geneva, International labour office, 2001.

ljiv. Uslovi rada na kojima se obavlja ovakav rad su veoma loši, ne postoji nikakva zaštita zdravlja i bezbednosti radnika, zarade su niske pa samim tim radnici ne mogu da se zaštite putem dobrovoljnog socijalnog osiguranja, što su sve faktori koji utiču na širenje virusa na mestima rada<sup>41</sup>. Borba protiv HIV/AIDS-a u »sivoj ekonomiji« odvijaće se dosta sporije, pošto je veoma teško u okviru takvih mesta<sup>42</sup> sprovesti akcije prevencije, edukacije i nadgledanja zaposlenih koji često menjaju mesta rada i koji imaju potpuno nerazvijenu svest o prisustvu HIV-a u svetu rada. Prvi korak koji treba da se preduzme je visoko razvijena strategija međunarodne zajednice protiv svakog vida faktičkog rada, a na taj način će se posredno uticati i na širenje HIV/AIDS-a.

Komisija za borbu protiv HIV/AIDS-a obrazovana od strane Vlade Republike Srbije<sup>43</sup> izradila je 2005. godine Nacionalnu strategiju za borbu protiv HIV/AIDS-a<sup>44</sup>. Strategija označava bitan korak Republike Srbije u borbi protiv širenja infekcije HIV-a, ali strategija ni u jednom svom delu ne spominje položaj zaposlenih inficiranih virusom. Strategija počiva na vodećih jedanaest principa, koji predstavljaju strateški plan u borbi protiv HIV-a<sup>45</sup>. Jedino se načela, koja se odnose na dostojanstvo osoba koje žive sa HIV-om i poštovanje zaštite privatnosti, mogu posredno primeniti i na inficirane radnike.

Ustav Republike Srbije navodi da svako ima pravo na zaštitu svog fizičkog i psihičkog zdravlja, kao i pravo na poštovanje dostojanstva svoje ličnosti na radu<sup>46</sup>. Samim tim, može se zaključiti da radnici inficirani HIV-om prema našem zakonodavstvu treba da imaju ista zagarantovana prava kao i ostali radnici. Nažalost, u praksi nije takav slučaj. Brojni su primeri u preduzećima gde su radnici izloženi diskriminaciji i gde su nekad prinuđeni da iz straha sporazumno raskinu radni odnos ili daju otkaz, kako poslodavac ne bi razotkrio okolini podatke o njihovom zdravstvenom stanju koje poslodavci u Srbiji lako saznaju iz dokumentacije o bolovanju koje radnici dostavljaju. Veliki problem predstavlja što je naše društvo u znatnoj meri negativno orijentisano prema osobama inficiranim HIV-om i što se ova lica u najvećem broju slučajeva isključuju iz svih oblika društvenog života.

---

<sup>41</sup> *Recommendation concerning HIV and AIDS and the World of Work (no 200)*, Geneva, International labour office, June 2010.

<sup>42</sup> Na kojima u najvećem broju slučajeva ne postoje radničke organizacije koje bi štatile prava radnika.

<sup>43</sup> Odluka za obrazovanje komisije za borbu protiv HIV/AIDS-a, (»Sl. glasnik RS«, br. 63/2004 i 54/2008).

<sup>44</sup> Strategija je izrađena za period od 2005. do 2010. godine.

<sup>45</sup> Nacionalna strategija za borbu protiv HIV/AIDS-a, Republika Srbija, Ministarstvo zdravlja, 2005. godina.

<sup>46</sup> *Ustav Republike Srbije*, »Sl. glasnik RS«, br. 98/2006.

Srbiji je neophodna reforma zakonodavstva, kako bi se bar na neki način promenile društvene navike koje postoje prema osobama inficiranim HIV-om. Iz sadašnje perspektive, može se smatrati da se pojavio određeni pomak, pošto je od nedavno na snazi Zakon o zabrani diskriminacije, tako da se radnicima inficiranim HIV-om pruža mogućnost da se zaštite od svakog neopravdanog pravljenja razlike ili nejednakog postupanja u odnosu na lica ili grupe, a koje se, između ostalog, zasniva i na zdravstvenom stanju<sup>47</sup>. Lice koje smatra da je pretrpelo diskriminaciju može podneti Povereniku za ravnopravnost pisanu pritužbu uz dokaze o pretrpljenom aktu diskriminacije, a isto lice ima i pravo da podnese tužbu sudu zbog povrede svojih prava<sup>48</sup>. U zakonu se ni na jednom mestu ne navodi položaj inficiranih HIV-om i zaštita njihovih osnovnih prava, u koje svakako potpada i pravo na rad, ali može se smatrati da se zakonom ova prava mogu zaštititi na posredan način.

Komisija za borbu protiv HIV/AIDS-a koja bi uskoro trebala da započne rad na izradi nove Nacionalne strategije u borbu protiv HIV/AIDS-a za period od 2011. do 2015. godine, trebala bi da u nacrt nove strategije uključi i problem radnika inficiranih HIV-om. U izradi ovog dela strategije značajnu ulogu bi morali da dobiju i predstavnici organizacija poslodavaca i zaposlenih, a na osnovu »Preporuke MOR-a o HIV/AIDS-u i svetu rada«, čije bi odredbe predstavljale inspiraciju pri utvrđivanju standarda rada zaposlenih inficiranih HIV-om i zabrane svakog vida diskriminacije zbog njihovog HIV statusa. Bitno je da Strategija predvidi obavezno obrazovanje i obuku, kao i redovno informisanje i konsultovanje o problemima HIV-a na mestima rada, kako bi se radnici preventivnim merama zaštitili od virusa i edukovali o načinima prenošenja, a samim tim i na pravi način stekli svest o HIV-u.

---

<sup>47</sup> Zakon o zabrani diskriminacije, »Sl. glasnik RS«, br. 22/2009.

<sup>48</sup> Ibid.



FILIP BOJIĆ,  
Teaching Associate, Faculty of Law,  
Belgrade

## PROTECTION OF THE RIGHTS OF WORKERS INFECTED WITH HIV

### Summery

This article analyzes the protection of the rights of workers infected with HIV, immediate field of application and activity of the UN and the ILO in connection with this problem. Data are highlighted that clearly indicate a problem facing not only humanity, but also employees infected with the virus while trying to find employment or attempting to keep their jobs.

In this regard, it was in particular pointed to the Political Declaration on HIV/AIDS of the UN General Assembly in 2006 and the Recommendation of the General Conference of the International Labor Organization of 2010. The analysis of these documents clearly observes efforts so that protection of infected employees would be applicable in practice. It is insisted on the protection of privacy, prohibition of forcing workers to HIV testing by the employer, confidentiality, protection of labor rights in the event of detecting the presence of HIV, protection of workers from mobbing, transfers to another position, a separate room or job loss. Non-pecuniary damages compensation is particularly significant in these cases as well as in prevention activities, socialization and general awareness of organizations working on this issue.

Apart from comparatively analyzed laws and court decisions, there is a review of the activities by which the Commission for fighting against HIV/AIDS of the Republic of Serbia government joins the resolution of this problem by adopting the Government strategy in 2005 against HIV/AIDS. The Government strategy is seen critically, attention is drawn to the problems of its practical applications and concrete solutions are proposed to the protection of employees infected with HIV in Serbia and improvement in the context of overall European integrations.



DEJAN KOSTIĆ

## U SUSRET NOVOM ZAKONU O ŠTRAJKU

– Ograničenja prava na štrajk –

### U V O D

Štrajk je jedno od najsnažnijih, najprimenjivanijih i najefikasnijih sredstava radne borbe kojima su se zaposleni vekovima koristili radi zaštite svojih prava i svojih profesionalnih i ekonomskih interesa. Iako dugo zabranjivan, štrajk je krajem 19. i početkom 20. veka u većini zemalja sveta postao legitimno sredstvo radne borbe.<sup>1</sup> Priznavanjem prava na sindikalno organizovanje i kolektivno pregovaranje došlo se najpre do priznavanja slobode štrajka, a zatim i prava na štrajk. Štrajk danas pripada korpusu osnovnih ljudskih prava, zaštićen nacionalnim ustavima i zakonima, ali i mnogobrojnim međunarodnim dokumentima. Međutim, pravo na štrajk nije apsolutno, već je uokvireno određenim zakonskim uslovima koji regulišu način njegovog ostvarivanja. Iz tog razloga štrajk u određenim okolnostima može biti i zabranjen, ili ograničen obavezom ispunjenja pojedinih uslova. Dok sa jedne strane postoji konsenzus da je pravo na štrajk neophodno sredstvo za ostvarivanje i zaštitu ekonomskih i socijalnih prava radnika, različita su shvatanja o načinu uspostavljanja ravnoteže između zaštite ovih prava i potrebe da se garantuje funkcionisanje osnovnih službi radi zaštite građana. Teorija i praksa poznaju zabranu štrajka u određenim delatnostima i situacijama, ali i ograničenje prava na štrajk kroz neophodnost ispunjenja određenih uslova za

---

Dejan Kostić, direktor Republičke agencije za mirno rešavanje radnih sporova, Beograd.

<sup>1</sup> Kulić Ž., »Radno pravo«, Megatrend univerzitet, Beograd 2006, 439.

njegovo organizovanje (prijava štrajka, sproveden postupak mirenja-antištrajk klauzule, neophodan broj zaposlenih-štrajkača, minimum procesa rada...). Opšta zabrana štrajka nije u skladu sa principima slobode udruživanja. Međutim, međunarodni radni standardi i nacionalna zakonodavstva dopuštaju mogućnost zabrane ili ograničavanja prava na štrajk određenom krugu zaposlenih. Najbolji primer su pripadnici oružanih snaga i policije čije se pravo na organizovanje štrajka utvrđuje nacionalnim zakonodavstvom.<sup>2</sup> Pravo na štrajk se može ograničiti (i zabraniti) u vanrednim situacijama, ali i u delatnostima od vitalnog (osnovnog ili javnog) značaja.

Zabrana štrajka može biti privremenog ili trajnog karaktera. Najčešća primena trajne zabrane štrajka je kod, već pominjanih, pripadnika Vojske i policije, ali i kod zaposlenih u državnim organima i vitalnim službama. Međutim, pojam vitalne službe i državnih službenika se ralikuje od države do države. Previše široka definicija pojma državni (javni) službenik rezultira velikim ograničenjima ili čak zabranom prava na štrajk za ove radnike. Pošto je jako teško dati precizne kriterijume za šarolikost pravnih sistema, Komitet za slobodu udruživanja je preporučio da osnovni kriterijum bude stepen javnih ovlašćenja, a da u graničnim slučajevima treba ići sa minimumom procesa rada a ne zabranom štrajka. Vitalne su one službe čije prekidanje funkcionisanja može da izazove kolektivnu opasnost (štetu) ili opasnost u jednom delu stanovništva – da ugrozi život, sigurnost i zdravlje ljudi.<sup>3</sup> Kao primere ovih službi Komitet za slobodu udruživanja MOR-a navodi sektore zdravstva, snabdevanja vodom i električnom energijom, telefonskih usluga i kontrole letova. Istovremeno, ovaj Komitet je naznačio da se npr. metalska i naftna industrija, poljoprivreda, snabdevanje i distribucija hrane, banкарство, auto industrija, poštanske usluge, gradski prevoz i obrazovanje... ne ubrajaju u delatnosti od vitalnog značaja, ali i da delatnosti koje se ne smatraju vitalnim to mogu postati ukoliko je štrajk dugotrajan ili ukoliko poprimi takve razmere da neposredno ugrožava život, zdravlje ili ličnu sigurnost celog ili dela stanovništva. U delatnostima u kojima je uskraćeno pravo na štrajk, kao kompenzacija zaposlenima, potrebno je afirmisati metode mirnog rešavanja sporova (naročito arbitraže), sa brzim i nepristrasnim postupkom i efikasnom i potpunom implementacijom.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Konvencija MOR-a br. 87 iz 1948. u članu 9. kaže: »U kojoj meri će se garantije predviđene ovom konvencijom primenjivati na pripadnike armije i policije biće određeno nacionalnim zakonodavstvom«. Kao rezultat toga, Komitet za slobodu udruživanja je odbio da pronade primedbe na zakonodavstva koja uskrate pravo na štrajk takvim grupama radnika.

<sup>3</sup> Les normes internationales du travail, Bureau international du Travail, Geneve 1978, 785.

<sup>4</sup> Vid. više: Šunderić B., »Pravo MOR-a«, Pravni fakultet Beograd, 2001, 207.

Osim trajne, teorija i praksa poznaju i privremenu zabranu štrajka. Ona se izriče odlukom suda ili drugog nadležnog organa u vanrednim situacijama kada može doći do ugrožavanja bezbednosti ljudi i imovine, kao i u uslovima rata ili neposredne ratne opasnosti. Zbog eventualne zloupotrebe, privremena zabrana štrajka je moguća samo u slučajevima koji su zakonskim aktima precizno definisani.<sup>5</sup> Takođe, takva zabrana štrajka može biti samo za određeni (što kraći) period i u meri u kojoj je neophodno da se zadovolje zahtevi konkretne vanredne situacije.

Pravo na štrajk može biti ograničeno i postavljanjem određenih uslova i zahteva koji se moraju ispuniti, pre ili u toku trajanja štrajka, da bi on bio zakonit. Uslovi i traženi zahtevi mogu biti različiti od jednog do drugog pravnog sistema, ali oni moraju biti razumni i ne smeju predstavljati skrivenu mogućnost zabrane (zakonitog) štrajka.. Ukoliko je štrajk suviše ograničen, pretnja pribegavanju štrajku nema nikakvih efekata na stavove i mere koje preduzima poslodavac. U određenim delatnostima, ograničenja prava na štrajk imaju cilj da se ispunjenjem minimuma procesa rada obezbedi sigurnost. Ipak, da ne bi došlo do nepotrebnog ograničavanja ovog prava, zakonodavstvom moraju biti jasno određene službe koje se smatraju osnovnim, bez širenja na one koje to nisu.<sup>6</sup> Uslovi se mogu odnositi i na broj štrajkača, način obaveštavanja... Komitet za slobodu udruživanja je prihvatio sledeće moguće preduslove: obavezu prethodnog obaveštenja; obavezu nepristrasnog i brzog mirenja, posredovanja ili arbitraže; obavezu podrške određenog broja zaposlenih; obavezu tajnog glasanja o stupanju u štrajk; usvajanje bezbednosnih mera; minimuma procesa rada u određenim slučajevima; garancije slobode rada za neštrajkače.

U poređna iskustva o ograničavanju prava na štrajk se razlikuju od države do države. Oružanim snagama i službama za sprovođenje zakona nije nigde dozvoljeno da štrajkuju. U Nemčkoj, koju karakteriše mali broj štrajkova i visok nivo socijalnog dijaloga, najveće ograničenje predstavlja pokušaj mirenja odnosno arbitraže pre stupanja u štrajk. Štrajkovi, koji se održavaju uprkos svim tim pokušajima mirenja moraju poštovati tri osnovna principa: društveni poredak, proporcionalnosti i pravičnosti. Pored toga, javni službenici koji čine 30% osoblja javnog servisa, nemaju pravo na štrajk, za razliku od zaposlenih u privatnom sektoru. Sindikati takođe moraju da predstavljaju najmanje 75% zaposlenih kako bi

---

<sup>5</sup> Kongres SAD 1947. je usvojio The Labor-Management Relations Act, poznatiji kao Taft-Hartlijev zakon (Taft-Hartley Act), kojim je ograničeno pravo radnika na štrajk. Šef države dobio pravo da na 80 dana suspenduje svaku štrajkačku akciju koju oceni opasnom za nacionalnu bezbednost. Tadašnji predsednik Hari Truman je koristio dato pravo veta na štrajk dvanaest puta tokom svog mandata.

<sup>6</sup> Obradović G. »Pojam osnovnih službi i minimalnih usluga – prilog za novi Zakon o štrajku Republike Srbije«, *Pravni život*, vol. 54 br. 7–8/2005, 131–140.

bili u mogućnosti da organizuju štrajk. U Švedskoj većina kolektivnih ugovora sadrži klauzule zabrane štrajkova ili druge vrste industrijskih akcija tokom njihovog važenja. U slučaju neslaganja, suprotstavljene strane su dužni da podnesu predmet odborima za mirenje. U Slovačkoj i Poljskoj je odluka o stupanju u štrajk predmet tajnog glasanja među zaposlenima (slično je i u Velikoj Britaniji). Odluka je validna samo ako glasa većina zaposlenih i ako većina glasa u korist štrajka. Organizovanje štrajka je isključivo u nadležnosti sindikata.<sup>7</sup> Italija je uvela niz mera za ograničavanje prava na štrajk. Neophodno je obaveštenje deset dana pre otpičinjanja štrajka u javnim službama. Kada ovaj period istekne, štrajk ne može biti duži od četiri sata, a potom i 24 sata. Između dva štrajka u istom sektoru mora proći minimum 10 dana. Strogo je zabranjen štrajk u sektoru saobraćaja za vreme školskih praznika ili izbornog perioda...

#### OGRAIČENJA PRAVA NA ŠTRAJK U ZAKONODAVSTVU SRBIJE

Pravo na štrajk u zakonodavstvu Srbije je regulisano Ustavom, pojedinim posebnim zakonima, osnivačkim aktima kompanija i kolektivnim ugovorima. Ipak, osnovni zakonski akt koji uređuje pravo na štrajk u Srbiji je Zakon o štrajku<sup>8</sup> iz 1996. godine.

Ustavom Srbije je predviđeno da zaposleni imaju prava na štrajk, ali je istim članom ostavljena mogućnost da se zakonom, shodno prirodi ili vrsti delatnosti, to pravo ograniči. Pravo na štrajk je, shodno zakonskim propisima, zabranjeno profesionalnim vojnicima<sup>9</sup>. Zakon o policiji u načelu dopušta ostvarivanje prava na štrajk, ali je to pravo u dobroj meri ograničeno. Prvo, u taku štrajka ovlašćeni policijski službenici imaju obavezu da primenjuju ovlašćenja kada je to neophodno radi zaštite života i bezbednosti ljudi, hvatanje i privođenje lica zatečenog u vršenju dela za koje se goni po službenoj dužnosti, kao i sprečavanje i otkrivanje izvršioaca takvog dela. Takođe, policijski službenici nemaju pravo na štrajk za vreme ratnog stanja, neposredne ratne opasnosti ili vanrednog stanja, oružane pobune, ustanka ili nekog drugog oblika nasilnog ugrožavanja ustavnog poretka zemlje, elementarne nepogode ili opasnosti od njenog nastanka (na području najmanje dve područne policijske uprave), drugih nepogoda ili nesreća koje

---

<sup>7</sup> U Nemačkoj pravo na štrajk imaju samo članovi sindikata sa najmanje tri meseca sindikalnog staža.

<sup>8</sup> Službeni list SRJ, br. 29/96.

<sup>9</sup> Član 14. Zakona o Vojsci Srbije (»Službeni glasnik RS«, br. 116/07).

ugrožavaju normalan život i bezbednost ljudi i imovine i opasnosti od ugrožavanja javnog reda većeg obima.<sup>10</sup> Iako svaki od razloga postmatrajući pojedinačno predstavlja realan razlog za ograničenje prava na štrajk, u celini gledano pravo policijskih službenika na štrajk je prilično suženo i ostavljeno u velikoj meri slobodnoj interpretaciji. Uredbom o štrajku policijskih službenika je ostvarivanje prava na štrajk još više suženo.<sup>11</sup>

Zakonom o štrajku su predviđeni uslovi koje je neophodno ispuniti pre i u toku organizovanja štrajka. oni se odnose pre svega na obavezu prethodnog obaveštavanja, mirenja, bezbednosnih mera, minimuma procesa rada i slobode rada neštrajkača. Odluku o stupanju u generalni štrajk ili u štrajk u grani, odnosno delatnosti, donosi najviši organ sindikata na republičkom nivou, a odluku o stupanju u štrajk kod poslodavca ili štrajk upozorenja donosi organ sindikata određen opštim aktom sindikata ili većina zaposlenih. Odluka o stupanju u štrajk sadrži: zahteve zaposlenih, vreme početka štrajka, mesto okupljanja učesnika u štrajku i štrajkački odbor. Za svaki novi štrajk učesnici donose novu odluku o štrajku.

Zakonom je utvrđena obaveza učesnika u sporu da otpočnu pregovaranje radi sporazumnog rešavanja spornih zahteva od momenta najave štrajka. Ova obaveza nastavlja se i za vreme štrajka, sve do njegovog okončanja. Za pregovaranje su nadležni štrajkački odbor (izabrani predstavnici štrajkača, odnosno sindikata) i predstavnici organa kojima je štrajk najavljen (poslodavac, osnivač, nadležni državni ili organ lokalne samouprave).

Štrajk predstavlja pravo zaposlenih na kolektivnu akciju radi zaštite svojih interesa. Međutim, organizovanje štrajka nosi sa sobom i određene obaveze svih učesnika. Obaveze štrajkača u toku štrajka su da ne: ugrožavaju bezbednost lica i imovine i zdravlja ljudi; nanose neposrednu materijalnu štetu sredstvima rada i opremi; onemogućavaju nastavak rada po okončanju štrajka; sprečavaju poslodavca da koristi i raspolaze sredstvima kojima obavlja delatnost; sprečavaju zaposlene koji ne učestvuju u štrajku da rade.

Za nepoštovanje ovih obaveza predviđena je, kako prekršajna tako i krivična odgovornost.

Najveća ograničenja prava na štrajk su vezana za obavezu ispunjenja minimuma procesa rada u pojedinim delatnostima. Odredbama čl. 9. i 10. Zakona o štrajku, propisano je da, u delatnostima od posebnog društvenog interesa (elektroprivreda, vodoprivreda, saobraćaj, informisanje, PTT usluge, komunalne de-

---

<sup>10</sup> Član 135. Zakona o policiji (»Službeni glasnik Republike Srbije«, br. 101/2005).

<sup>11</sup> Između ostalog, ovom uredbom (»Službeni glasnik Republike Srbije«, br. 71/2007) je predviđeno na štrajk policijskih službenika može trajati najduže 30 minuta, bez oružja i službene opreme, minimum procesa rada u toku štrajka se obezbeđuje angažovanjem minimum 90% zaposlenih u organizacionoj jedinici u kojoj se organizuje štrajk...

latnosti, proizvodnja osnovnih prehrambenih proizvoda, zdravstvena i veterinarska zaštita, prosveta, društvena briga o deci, socijalna zaštita); delatnostima od posebnog značaja 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 (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 nadležno lice je direktor. U delatnostima iz člana 9. ovog zakona štrajk se najavljuje poslodavcu, osnivaču, nadležnom državnom organu i nadležnom organu lokalne samouprave najkasnije deset dana pre početka štrajka<sup>12</sup>, dostavljanjem odluke o stupanju u štrajk i izjave o načinu obezbeđivanja minimuma procesa rada.

Preširoka definicija delatnosti u kojima je neophodan minimum procesa rada kao uslov zakonitog štrajka, dovela je do toga da je oko 60% zaposlenih u Srbiji radi u ovim delatnostima. Opasnost od uskraćivanja prava na štrajk je utoliko veća što su poslodavcima data prevelika ovlašćenja oko utvrđivanja obima minimuma rada. Realno određen minimum procesa rada je osnovni uslov za vođenje (zakonitog) štrajka. Jako često poslodavci aktom koji se određuje minimum procesa rada, predvide obaveze zaposlenih koje su na istom nivou (a nekada i veće) od uobičajnog nivoa procesa rada. U takvim slučajima, mogućnost vođenja štrajka predstavlja samo »mrtvo slovo na papiru«, a obaveza minimuma procesa rada sredstvo za onemogućavanje štrajka.

## OGRANIČENJA PRAVA NA ŠTRAJK U NACRTU ZAKONA O ŠTRAJKU

Aktuelni zakon koji reguliše pravo na štrajk nije na najbolji način omogućio zaposlenima (naročito u delatnostima od opšteg interesa) zaštitu svojih profesionalnih i ekonomskih interesa po osnovu rada organizovanjem (ili pretnjom) štrajka, ali ni poslodavcima zaštitu od zloupotrebe prava na štrajk. To je bio jedan od motiva Ministarstva rada i socijalne politike da oformi radnu grupu<sup>13</sup> koja je, između ostalog, pripremila nacrt novog zakona o štrajku. Osnovni

---

<sup>12</sup> Opšte pravilo iz člana 5. Zakona previda obavezu prijavljivanja 5 dana pre početka štrajka tj. 24 časa kod štrajka upozorenja.

<sup>13</sup> Radnu grupu, osim predstavnika Ministarstva, čine i profesori radnog prava Pravnih fakulteta iz Beograda, Novog Sada i Niša, Inspekcije rada, Republičke agencije za mirno rešavanje radnih sporova, pravosuđa, kao i predstavnici reprezentativnih udruženja zaposlenih i poslodavaca.



zadatak novih zakonskih rešenja je da preciznije formulišu način ostvarivanja prava na štrajk, ali i neophodne uslove i ograničenja.

### *Odluka o stupanju u štrajk*

Odluku o stupanju u štrajk kod poslodavca donosi nadležni organ sindikata ili većina zaposlenih. Većinom zaposlenih, smatra se većina od ukupnog broja zaposlenih kod poslodavca ili u delu u kome se štrajk organizuje. Odluku o stupanju zaposlenih u štrajk, organizator štrajka dostavlja poslodavcu, odnosno udruženju poslodavaca, najkasnije pet dana pre dana određenog za početak štrajka. Odluku o stupanju u štrajk u delatnostima od opšteg interesa (delatnosti u kojima je propisan obavezan minimum procesa rada) organizator štrajka dostavlja poslodavcu, odnosno udruženju poslodavaca i osnivaču, najkasnije 15 dana pre dana određenog za početak štrajka. Kod štrajka upozorenja, predviđeni rok za dostavljanje odluke je najkasnije 48 sati pre početka. Odluku o stupanju u štrajk solidarnosti (podrške)<sup>14</sup> organizator štrajka dostavlja poslodavcu kod koga se štrajk organizuje, odnosno udruženju poslodavaca i osnivaču, najranije po isteku roka od 2 dana od stupanja u štrajk.

### *Obaveza mirnog rešavanja spora*

Obavezu mirnog rešavanja spora je i Komitet za slobodu udruživanja prihvatio kao zakoniti preduslov za organizovanje štrajka. Nacrtom zakona je predviđena obaveza strane u sporu da od dana najave štrajka i za vreme trajanja štrajka pokušaju sporazumno da reše nastali spor, kao i da saraduju radi obezbeđivanja minimuma procesa rada gde je zakonom određen kao neophodan. Organizator štrajka i poslodavac, odnosno pregovaračko telo koje on odredi dužni su da, od dana najave štrajka i za vreme štrajka, pokušaju da sporazumno reše nastali spor ili da pokrenu postupak za mirno rešavanje spora, u skladu sa zakonom. Poslodavac, odnosno udruženje poslodavaca ili osnivač, dužni su da u roku od 48 časova od najave štrajka pozovu organizatora štrajka pisanim putem radi pokušaja sporazumnog rešavanja spora i pokretanja postupka mirnog rešavanja spora. Osnovna razlika u odnosu na aktuelna zakonska rešenja je značajna uloga

---

<sup>14</sup> Štrajk solidarnosti (podrške) je novina u Nacrtu zakona, jer isti nije predviđen aktuelnim zakonodavstvom.

Republičke agenciji za mirno rešavanje radnih sporova<sup>15</sup>. Nacrtom zakona je predviđeno da se odluka o pokretanju štrajka u delatnostima u kojima je neophodan minimum procesa rada dostavlja Agenciji radi učešća u postupku mirnog rešavanja radnog spora, čime se smatra da je postupak mirnog rešavanja radnog spora pokrenut. Ako se u roku od 15 dana od dana dostavljanja odluke ne postigne sporazum, zaposleni mogu da stupe u štrajk.

### *Minimum procesa rada*

Najveće ograničenje prava na štrajk u aktuelnom Zakonu o štrajku Republike Srbije je upravo vezan za pravo na štrajk u delatnostima u kojima je propisan uslov ispunjenja minimuma procesa rada. Ta ograničenja su bila dvostruko opterećena: širokom definicijom delatnosti u kojima je neophodan minimum procesa rada i zanemarljivom ulogom zaposlenih (sindikata) u određivanju konkretnog minimuma procesa. Nacrtom zakona je sužen krug delatnosti u kojima je to neophodan uslov, ali je predviđeno aktivnije učešće sindikata u određivanju minimuma procesa rada. Pomenutim nacrtom zakona je predviđeno da u delatnostima u kojima je neophodan minimum procesa rada, štrajk može da počne ako se obezbedi minimum procesa rada koji obezbeđuje život, ličnu bezbednost ili zdravlje stanovništva ili dela stanovništva. Minimum procesa rada utvrđuje se zakonom, uz pribavljeno mišljenje Socijalno-ekonomskog saveta osnovanog za teritoriju Republike Srbije.<sup>16</sup> Ukoliko minimum procesa rada nije utvrđen zakonom, utvrđuje se kolektivnim ugovorom ili sporazumom koji zaključuju poslodavac, odnosno reprezentativno udruženje poslodavaca ili osnivač i reprezentativni sindikat.

Ako nijedan od sindikata, odnosno nijedno od udruženja poslodavaca, ne ispunjava uslove reprezentativnosti, sindikati odnosno udruženja poslodavaca mogu zaključiti sporazum o udruživanju, radi ispunjenja uslova reprezentativnosti i učestvovanja u zaključivanju kolektivnog ugovora, odnosno ovog sporazuma. Ako ne postoje ni ovi uslovi u pogledu sindikata, u utvrđivanju minimuma procesa rada u slučaju štrajka kod poslodavca može učestvovati predstavnik saveta zaposlenih ili zaposleni koji je dobio ovlašćenje od najmanje 50% od ukupnog broja zaposlenih kod poslodavca.

---

<sup>15</sup> Zakon o mirnom rešavanju radnih sporova, Službeni glasnik RS, br. 125/04 i 104/09.

<sup>16</sup> Propisivanjem neophodnog mišljenja Socijalno-ekonomskog saveta za donošenje zakona, u određivanju minimuma rada se uključuju i reprezentativna udruženja poslodavaca i zaposlenih. Međutim, neophodno je da, pre svega sindikati, istraju u poštovanju ovog uslova.

Ukoliko minimum procesa rada nije utvrđen na ovaj način, on se utvrđuje odlukom arbitraže na zahev jedne od strana u sporu. Arbitraža se sastoji od tri arbitra od kojih po jednog određuju strane u sporu, a trećeg određuju sporazumno. Arbitri se određuju iz imenika koji vodi Republička agencija za mirno rešavanje radnih sporova iz reda stručnjaka na predlog odgovarajućih stručnih udruženja i institucija. Ako se strane u sporu ne sporazumeju oko arbitra, direktor Agencije određuje arbitra u roku od tri dana. Ako se u roku od šest meseci od dana stupanja na snagu ovog zakona ne utvrdi minimum procesa rada u delatnostima od opšteg interesa, direktor Agencije imenuje arbitražu koja je dužna da u roku od 30 dana utvrdi minimum procesa rada.

Način obezbeđivanja minimuma procesa rada utvrđuje se kolektivnim ugovorom, odnosno sporazumom. Ako nije zaključen kolektivni ugovor ili sporazum o minimumu procesa rada, način obezbeđivanja minimuma procesa rada utvrđuje poslodavac. Način obezbeđivanja minimuma procesa rada utvrđuje se najkasnije tri dana pre početka štrajka.

U slučajevima kada nije obezbeđen minimum procesa rada, odgovarajuće mere preuzima nadležni državni organ za konkretnu delatnost ili oblast. Takođe, ako bi štrajk zbog svog trajanja ili obima mogao da ugrozi život, zdravlje ili bezbednost stanovništva ili dela stanovništva, nadležni državni organ Republike ili autonomne pokrajine, po pribavljenom mišljenju Socijalno-ekonomskog saveta Republike Srbije, preuzima mere u cilju obezbeđivanja minimuma procesa rada.

DEJAN KOSTIĆ,  
Director of the Republic Agency  
for Peaceful Settlement  
of Labor Disputes

TOWARD THE NEW STRIKE LAW  
– Restrictions of the right to strike –

Summary

The right to strike according to Constitution is not an absolute right, and its dimensions are determined by a constitutional provision, which stipulates that the employed shall have the right to strike in accordance with the law, which regulates the right to strike, and/or collective agreement.

Although the strike today belongs to the basic human rights corpus, the strike in certain circumstances may be prohibited or restricted by the obligation of fulfilling certain conditions. General prohibition of the strike is not in compliance with the principles of freedom of association. However, even the international labor standards enable the possibility of prohibition or restriction of the right to strike to a certain circle of the employed. National legislations must adapt their internal needs concerning the restrictions of the right to strike to international standards. Any provisions outside the framework of internationally acknowledged conditions for restriction of the strike may mean its contrariety, i.e. preventing the right of the employees to exercise and protect their socio-economic right to organize a (legal) strike.

BRATISLAV STANKOVIĆ

## SUDSKO REŠAVANJE SPOROVA POVODOM KOLEKTIVNIH UGOVORA

### REŠAVANJE KOLEKTIVNIH RADNIH SPOROVA MIRNIM METODAMA

#### *Vrste i načini rešavanja kolektivnih radnih sporova*

Radni spor može biti posmatran sa materijalno-pravnog i organizaciono-formalnog aspekta. U teoriji, zakonodavstvu i praksi, svakako je najprisutnija podela radnih sporova na individualne i kolektivne radne sporove. Oni se razlikuju ne samo u pogledu stranaka i predmeta spora, već i s aspekta nadležnosti organa i postupka rešavanja.<sup>1</sup>

Kako je kolektivni ugovor i usaglašavanje dva suprotna interesa, rada i kapitala, tako u postupku zaključivanja, najpre, a kasnije u tumačenju i primeni kolektivnih ugovora, postoji mogućnost pojave interesnih i pravnih kolektivnih radnih sporova.<sup>2</sup>

---

Dr Bratislav Stanković, docent Državnog univerziteta u Novom Pazaru.

<sup>1</sup> Opširnije o radnom sporu sa materijalno-pravnog i organizaciono-formalnog aspekta, o bitnim elementima pojma radnog spora; podelama radnih sporova i kriterijumima na kojima se one zasnivaju, kao i ukazivanju na to kako priroda i specifičnosti radnih sporova utiču na nadležnost organa i postupak za razrešavanje radnih sporova: B. Šunderić, O radnom sporu, APF, br. 1–3/1991, str. 352–360; Metodi mirnog rešavanja kolektivnih radnih sporova, Sudska praksa, br. 7/1991, str. 79–85; Rešavanje sporova povodom zaključivanja i primene kolektivnih ugovora, Sudska i upravna praksa, br. 3/1994, str. 24–39.

<sup>2</sup> Bliže o pojmu i vrsti radnog spora i metodima rešavanja kolektivnih radnih sporova kod: Dr Šunderić B., Metodi mirnih rešavanja kolektivnih sporova, Beograd, 1991, str. 79–85.

Pravni radni sporovi su oni sporovi koji nastaju onda kada je zaključen kolektivni ugovor kao dvostrano obavezujući akt. Oni se odnose na tumačenje, odnosno primenu odredba kolektivnih ugovora. To znači da jedan ili obe strane (poslodavci i radnici) tvrde, odnosno dokazuju da ona druga strana ne ispunjava preuzete obaveze iz kolektivnog ugovora, što podrazumeva i zahtevanje naknade štete zbog neizvršenih obaveza. Interesni radni sporovi nastaju u procesu kolektivnog pregovaranja u kome se utvrđuju međusobni odnosi, prava i obaveze socijalnih partnera, način donošenja i menjanja kolektivnih ugovora (sukob interesa). Ključni elementi interesnih radnih sporova su pregovaračka strategija, spremnost na kompromise i realni odnos snaga poslodavačkih i radničkih organizacija.

Podela kolektivnih radnih sporova na pravne i interesne, uslovljava različite metode za rešavanje sporova. Interesni kolektivni sporovi se rešavaju mirnim metodama (mirenje, posredovanje), a pravni kolektivni sporovi putem arbitraže i suda. Naravno moguće je i rešavanje kolektivnih radnih sporova kolektivnom akcijom.

### *Regulisanje rešavanja kolektivnih radnih sporova*

Rešavanje sporova iz kolektivnih ugovora uređuju, najpre, Zakon o radu (u daljem tekstu: ZOR) i Zakon o mirnom rešavanju radnih sporova (u daljem tekstu: ZOMRRS). U praktičnoj primeni novog radnog zakonodavstva razumljivo je da još uvek nema bogate sudske prakse u oblasti rešavanja kolektivnih radnih sporova.<sup>3</sup>

Po ZOR-u sporovi povodom kolektivnih ugovora mogu biti dvojaki, i to: interesni, koji se tiču postupka kolektivnog pregovaranja i zaključivanja kolektivnog ugovora i pravni, povodom primene kolektivnog ugovora. Sporovi u vezi kolektivnog pregovaranja jesu sporovi povodom *zaključivanja*, odnosno izmena i dopuna kolektivnog ugovora, i oni se nazivaju interesni sporovi. To su sporovi

---

<sup>3</sup> Dozvoljenost revizije u sporovima između sindikata i poslodavca povodom kolektivnih ugovora i u sporovima povodom izbora i razrešenja organa pravnih lica. (član 153. Zakona o radu). Iz obrazloženja: U sporovima između sindikata i poslodavca povodom kolektivnih ugovora i u sporovima povodom izbora i razrešenja organa pravnih lica, dozvoljenost revizije ocenjuje se po članu 382. stav 1. Zakona o parničnom postupku, a ne po članu 437a. Zakona o izmenama i dopunama istog zakona, pa je u tim sporovima revizija uvek dozvoljena. Revizija je uvek dozvoljena u sporovima o izboru i o razrešenju direktora. (Pravno shyatanje utvrđeno na sednici Građanskog odeljenja Vrhovnog suda Srbije od 10.03.2003. godine). Časopis Radno-pravni savetnik, br. 11/2003, Poslovni biro, Beograd, 2003. god., str. 154.

povodom pitanja koja nisu mogla biti usaglašena u postupku kolektivnog pregovaranja.

Po ZOR-u, ovaj spor se može rešiti pred arbitražom, a po ZOMRRS pred Odborom za mirenje. Po Zakonu o uređenju sudova, i pred sudom.

Arbitražno rešavanje spora je moguće ako učesnici u pregovaranju u toku pregovora ne postignu saglasnost za zaključivanje kolektivnog ugovora (ranije su bili dužni). Arbitraža se obrazuje najkasnije u roku od 45 dana od dana započinjanja pregovora za zaključenje kolektivnog ugovora. Rok za donošenje odluke ne može biti duži od 15 dana od dana obrazovanja arbitraže. Sastav, način rada i dejstvo odluke arbitraže, utvrđuju učesnici u zaključivanju kolektivnog ugovora, sporazumno.<sup>4</sup>

Mirno rešavanje spora pred odborom za mirenje propisano je radi sprečavanja nastanka kolektivnog spora i unapređivanja i razvijanja kolektivnog pregovaranja. ZOMRRS predviđa mogućnost da pre nastanka spora miritelj uključi u proces kolektivnog pregovaranja radi pružanja pomoći pregovaračima, ukoliko to učesnici u zaključivanju kolektivnog ugovora to zahtevaju. Miritelj prisustvuje pregovorima, ukazuje učesnicima na predloge koji nisu u skladu sa zakonom i drugim propisom i pruža stručnu i drugu pomoć učesnicima. Miritelj je dužan da bude nepristrasan u toku pregovora.

Međutim, ako dođe do kolektivnog spora, strane u sporu su slobodne da dobrovoljno odluče o pristupanju mirnom rešavanju spora. U ovom postupku dobrovoljnost, kao jedan od osnovnih principa, tiče se načina pokretanja postupka, tako i samog načina vođenja postupka.

Izuzetak od načela dobrovoljnosti odnosi se na delatnosti od opšteg interesa. Naime, u delatnostima od opšteg interesa strane u kolektivnom sporu su dužne da podnesu zajednički predlog za pokretanje postupka mirenja. Ukoliko ne podnesu predlog, dužne su da o tome obaveste Republičku agenciju za mirmo rešavanje radnih sporova i postupak u tom slučaju pokreće direktor, Agencije po službenoj dužnosti. Dakle, ovaj zakon propisuje izričito obavezu mirnog rešavanja kolektivnih radnih sporova u delatnostima od opšteg interesa, pa čak i pravo Agencije, odnosno njenog direktora da podnese predlog ako to ne učine strane.

Postupak mirenja se vodi pred Odborom za mirenje. Odbor čine miritelj, kao predsedavajući i po jedan predstavnik strana u sporu. Odbor o održanoj raspravi daje preporuku, za koju je potrebno da glasaju svi članovi, stranama u sporu. Ako nema zajedničke preporuke, miritelj predlaže svoju preporuku. Preporuka koju daje miritelj ne obavezuje strane u sporu. Međutim ako strane u sporu prihvate preporuku, zaključuju sporazum o mirnom rešavanju spora.

---

<sup>4</sup> Videti član 255. ZOR.

Druga vrsta kolektivnih radnih sporova jesu sporovi povodom primene kolektivnog ugovora, i oni se nazivaju pravni sporovi. Sporove povodom primene kolektivnog ugovora rešava arbitraža, odbor za mirenje i sud.

Kolektivni ugovor sadrži normativnopravne i obligacionopravne odredbe. Ovim prvim utvrđuju se prava, obaveze i odgovornosti zaposlenih i poslodavaca. Obligacionopravnim odredbama uređuju se međusobni odnosi učesnika kolektivnog ugovora.

Povrede normativnopravnih odredaba koje narušavaju pojedinačna prava određenog zaposlenog, odnosno određenog poslodavca, otklanjaju se u individualnom sporu sporazumom, pred arbitražom ili pred sudom. Ali, ako ovim povredama budu narušena prava svih zaposlenih, odnosno poslodavca, onda nastaje kolektivni spor o njihovim pravima, obavezama i odgovornostima iz radnih odnosa.

Povrede obligacionopravnih odredaba uvek izazivaju kolektivni spor, jer se remete međusobni odnosi učesnika kolektivnog ugovora. Otuda, ako učesnici ne postupaju u skladu sa svojim pravima, obavezama i odgovornostima iz kolektivnog ugovora, nesumnjivo je da je među njima nastao spor o primeni kolektivnog ugovora, za čije je rešavanje nadležna arbitraža.

Arbitražno rešavanje spora podrazumeva mogućnost da učesnici kolektivnog ugovora obrazuju arbitražu iz člana 265. stav 1. ZOR u roku od 15 dana od dana nastanka spora, kako bi sporno pitanje u njegovoj primeni bilo rešeno. Arbitražno rešavanje spora povodom primene kolektivnog ugovora uređuje se kolektivnim ugovorom i to sastav i način rada arbitraže.<sup>5</sup>

Arbitraža treba da bude sastavljena od neparnog broja arbitara, tako da, i pri podeli glasova, može doneti odluku. Kolektivnim ugovorom treba urediti i kriterijume za izbor arbitara i način rada arbitraže, uz uvažavanje načela neposrednosti, usmenosti, hitnosti, izjašnjavanje druge strane, urednog pozivanja, slobodne ocene dokaza materijalne istine i drugih principa demokratske procedure. Odluka arbitraže o spornom pitanju obavezuje učesnike kolektivnog ugovora.<sup>6</sup>

Mirno rešavanje spora pred odborom za mirenje, u skladu sa Zakonom o mirnom rešavanju radnih sporova, propisano je i u slučaju sporova u primeni ko-

---

<sup>5</sup> Prema članu 265. stav 3. ZOR. Ovom prilikom značajno je, podsećanja radi, pomenuti pokušaj uvođenja arbitražnog rešavanja kolektivnih sporova u Predlogu opšteg kolektivnog ugovora za SR Jugoslaviju, ali samo u pogledu posebne vrste kolektivnih sporova između saveta zaposlenih i poslodavca i to o korišćenju sredstava fonda solidarnosti, stambenog fonda, sredstava preduzeća za rekreaciju i odmor, objekata preduzeća za kulturno-zabavni i sportski život, restorana za ishranu zaposlenih, odlučuje arbitraža. Pri tom strane u sporu određuju po jednog arbitra samostalno, a trećeg sporazumno.

<sup>6</sup> Prema članu 265. stav 2. ZOR.



lektivnih ugovora za delatnosti od opšteg interesa, osim sporova u zaključivanju, odnosno izmeni i dopuni kolektivnog ugovora.

Sudsko rešavanje spora je pravo učesnika u zaključivanju kolektivnog ugovora da mogu pred nadležnim sudom da ostvare zaštitu prava utvrđenih kolektivnim ugovorom.<sup>7</sup> Nadležan je viši sud.<sup>8</sup> Ali, uz uslov da spor nije rešen pred arbitražom.

Pored zakonskog, kao što je napred rečeno, prisutno je i autonomno regulisanje mirnog rešavanje kolektivnih radnih sporova, koje se vrši u posebnoj proceduri, čiju primenu stranke dobrovoljno prihvataju, i uređuju u tzv. obligaciono-pravnom delu kolektivnog ugovora o radu. Tako je u modelu rešavanja kolektivnih radnih sporova u našem radnom zakonodavstvu predviđena mogućnost da se kolektivnim ugovorima reguliše arbitražno rešavanje kolektivnih sporova

Za razliku od Opšteg kolektivnog ugovora (1990), Opšti kolektivni ugovor (1997), najpre, a zatim i važeći iz 2008. godine, regulišu rešavanje kolektivnih radnih sporova. Predviđeno je (1) da se interesni i pravni kolektivni sporovi rešavaju mirenjem, posredovanjem, arbitražom i drugim metodama, u skladu sa zakonom; (2) formiranje komisije za mirenje radi rešavanja interesnih kolektivnih sporova; (3) određivanje posrednika radi rešavanja interesnih kolektivnih sporova i (4) da se sporovi u primeni ovog kolektivnog ugovora rešavaju arbitražom. U odnosu na Opšti kolektivni ugovor iz 1997, važeći iz 2008. godine propisuje obavezno dejstvo odluke arbitraže.

Međutim, u našoj praksi kolektivnog ugovaranja nema kolektivnog ugovora koji sadrži klauzulu kojom bi se strane obavezale da sve ili određenu vrstu kolektivnih sporova rešavaju putem arbitraže.

Kod nas u praksi kolektivnog ugovaranja nedostaje detaljna razrada pravila i mehanizma rešavanja kolektivnih radnih sporova, s jedne strane, i s druge strane, tek se razvija praksa rešavanja sporova od strane javne institucije za posredovanje i mirenje, kao mirnog metoda za rešavanje industrijskih konflikata, za razliku od uporednog prava.<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Prema članu 265. ZOR.

<sup>8</sup> Po članu 22. stav 1. tačka 6. Zakona o uredenju sudova.

<sup>9</sup> Bitan aspekt kolektivnog pregovaranja i sastavni deo kolektivnih ugovora predstavlja regulisanje adekvatnog načina rešavanja kolektivnih radnih sporova, nastalih u toku pregovaranja, kao i u vezi tumačenja i primene kolektivnog ugovora. U evropskim zemljama tržišne privrede sa razvijenom praksom kolektivnog pregovaranja metode i institucije za rešavanje kolektivnih radnih sporova razvijale su se u skladu sa osnovnom funkcijom kolektivnog pregovaranja – uspostavljanje i očuvanje socijalnog mira na tržištu rada, što je od značaja za opštu socijalnu ravnotežu i razvoj industrijskih odnosa. Detaljnije o metodama i institucijama za rešavanje kolektivnih radnih sporova i potrebi i mogućem načinu izgradnje i institucionalizacije konzistentnog modela rešavanja kolek-

Na osnovu rečenog može se reći da postoje zajedničke karakteristike svih mirnih oblika rešavanja kolektivnih radnih sporova.

Prvo, u njihovom uređivanju dominira autonomija stranaka u procesu kolektivnog pregovaranja, tako da se ovi mehanizmi definišu kolektivnim pregovaranjem i sastavni su deo kolektivnih ugovora.

Zatim, odluke organa za mirno rešavanje kolektivnih radnih sporova mogu biti obavezujuće ili neobavezujuće, što ugovorne strane sporazumno utvrđuju. Zbog toga su od izuzetnog značaja autoritet, ugled i nepristrasnost ovih organa, odnosno njihovih članova.

Princip autonomnosti socijalnih partnera, koji sažima princip rešavanja kolektivnih radnih sporova, može se izraziti kolektivnim ugovorom i uređivanjem mirnog rešavanja kolektivnih sporova. Otuda, učesnici u zaključivanju mogu u obligacionom delu kolektivnog ugovora predvideti i klauzule o mirnim metodama rešavanja kolektivnih radnih sporova – mirenju, posredovanju i arbitraži, ili zaključiti posebne procesne kolektivne ugovore.<sup>10</sup>

Dakle, kolektivnim ugovorom se uređuju mirni metodi rešavanja interesnog spora i arbitraža putem koje se rešavaju pravni sporovi.

Pored toga, kolektivni ugovor može predvideti obavezu rešavanja interesnih sporova mirnim metodama: mirenjem ili posredovanjem, pre štrajka, kao antištrajk klauzulu, odnosno da poštovanje odredbi kolektivnog ugovora isključuje štrajk.

#### POSTUPAK U PARNICAMA POVODOM KOLEKTIVNIH UGOVORA

Posebni parnični postupci razlikuju se po nekim svojim osobenostima od pravila opšteg parničnog postupka. To se odnosi, najpre, na neka pravila koja su zajednička za sve posebne parnične postupke, kao što je shodna primena pravila Zakona o parničnom postupku (u daljem tekstu: ZPP), pojednostavljenje postupka, hitnost postupanja, ograničenost vanrednih pravnih lekova itd, a zatim, posebna pravila za pojedine posebne parnične postupke.

---

tivnih ranih sporova, kod nas, bliže: Lubarda B., Rešavanje kolektivnih radnih sporova, Beograd, 1999.

<sup>10</sup> Bliže: Lubarda B., Rešavanje kolektivnih radnih sporova, metodi i institucije, Beograd, 1999.

Tako je postupak u parnicama povodom kolektivnih ugovora uređen u Glavi tridesetoj ZPP.<sup>11</sup> ZPP (2004) je uveo u naše procesno zakonodavstvo, kao poseban postupak, pored postojećeg postupka za sudsko rešavanje individualnih radnih sporova, i postupak u parnicama za rešavanje kolektivnih radnih sporova. Time je zaokružen sistem sudske zaštite u oblasti radnih odnosa.

S obzirom da je propisan mali broj specifičnih pravila za rešavanje kolektivnih radnih sporova, otuda i rešenje o primeni pravila opšteg parničnog postupka. Naime, ako u postupku u parnicama povodom kolektivnih ugovora ne postoje posebne odredbe primenjuju se ostale odredbe ZPP.<sup>12</sup>

Kada se govori o nadležnosti sudova, onda se ima u vidu stvarna, mesna i funkcionalna nadležnost suda. Viši sud je stvarno nadležan za postupanje u parnicama povodom kolektivnih ugovora, prema odredbi člana 23. Stav 1. Tačka 8. Zakona o uređenju sudova, a mesno nadležan je sud koji je opšte mesno nadležan za tuženog, shodno članu 39. ZPP s obzirom da ZPP za ove parnice, za razliku od sporova iz radnih odnosa nije predvideo posebnu mesnu nadležnost.

ZPP ne propisuje posebna procesna pravila o pokretanju i toku postupka u parnicama povodom kolektivnih ugovora. Zbog toga se prvostepeni postupak u ovim parnicama pokreće, teče i okončava prema pravilima opšteg parničnog postupka.

Reprezentativni sindikat, kao jedna od stranaka u parnici povodom kolektivnih ugovora, može imati položaj tužioca ili tuženog. Po ZPP, aktivno legitimisana stranka je uvek reprezentativni sindikat. Na prvi pogled moglo bi se zaključiti da to nije sporno. Međutim, u radnom zakonodavstvu, kao i u praksi, situacija je neretko drugačija. Otuda se s pravom postavlja pitanje aktivne legitimacije registrovanog, a ne samo reprezentativnog, sindikata kada se radi o sudskom rešavanju kolektivnih radnih sporova i zaštiti prava utvrđenih međunarodnim, nacionalnim kogentnim, ali i autonomnim radnopravnim izvorima. Smatramo da koncept sudske zaštite u oblasti kolektivnih ugovora, podrazumeva i opravdava stav da je stranka u parnici povodom kolektivnog radnog spora i registrovani sindikat. Osobnosti postupka u parnicama povodom kolektivnih ugovora tiču se predmeta kolektivnog radnog spora, supsidijarnosti, hitnosti i pravnih lekova.

ZPP predviđa *dve vrste spora*. Prvi, u postupku u parnicama povodom kolektivnih ugovora učesnici u zaključivanju kolektivnog ugovora ostvaruju zaštitu prava utvrđenih kolektivnim ugovorom kad nastane *spor u postupku zaključivanja*, odnosno *izmena i dopuna* kolektivnog ugovora, ukoliko spor nije rešen mir-

---

<sup>11</sup> Čl. 440–445. ZPP.

<sup>12</sup> Član 440. ZPP.

nim putem ili putem arbitraže koju su obrazovali učesnici kolektivnog ugovora u skladu sa Zakonom o mirnom rešavanju radnih sporova.<sup>13</sup>

Drugi, po pravilima postupka u parnicama povodom kolektivnih ugovora sud postupa i u slučaju *spora o reprezentativnosti* sindikata, odnosno udruženja poslodavaca u smislu posebnog zakona. Analizom navedenih zakonskih rešenja, možemo zaključiti da ZPP neprecizno definiše pojam kolektivnog radnog spora, koji može biti predmet posebnog postupka u parnicama povodom kolektivnih ugovora.

Šta se smatra kolektivnim radnim sporom proizilazi iz radnog zakonodavstva i zakona o sudovima i uređenju sudova, kojima se reguliše nadležnost sudova. Samo pravni kolektivni radni spor, kao spor u primeni ili tumačenju radnopravnih normi, može biti predmet parnice u kojoj se pruža zaštita (kolektivnih) prava utvrđenih autonomnim i kogentnim radnopravnim izvorima. Otuda se čini prihvatljivim šire i fleksibilno tumačenje odredbe da se u postupku u parnicama povodom kolektivnih ugovora ostvaruje zaštitu prava utvrđenih *kolektivnim ugovorom*.

Interesni kolektivni radni spor u postupku zaključivanja kolektivnog ugovora, zbog svoje prirode i karakteristike, najkraće rečeno zbog odsustva norme i nepostojanja povrede prava, kao i neobaveznosti zaključivanja kolektivnog ugovora, ne može biti rešavan u parnici. Takođe, neusaglašenost ZPP sa Zakonom o radu, ali i nekonzistentnost primene parnice predstavlja rešenje kojim ZPP svrstava u parnicu i spor o reprezentativnosti, kao specifičnu vrstu interesnog kolektivnog radnog spora. Tako je u slučaju spora o reprezentativnosti predviđena dvostruka pravna zaštita, i to: upravnopravna (ZOR) i građanskopravna zaštita (ZPP).

Sledom rečenog, dovođenjem u vezu materijalnog i procesnog radnopravnog zakonodavstva, dolazi se do zaključka da se opravdano očekuje izmena procesnog zakonodavstva.

U ZPP, od svega tri stava jednog člana (441), na potpuno je nejasan i nekonzistentan način uređeno sudsko rešavanje jedne izuzetno delikatne materije kao što je kolektivni radni spor. Zaista je nejasno zašto se ZPP opredelio da interesni kolektivni radni spor stavi u oblast parničnih sporova. Sledom rečenog, takođe, i spor o reprezentativnosti.

Pored upisa u registar, u skladu sa zakonom i drugim propisom, i odgovarajućeg procenta broja zaposlenih za određeni nivo organizovanja, sindikat će se smatrati reprezentativnim ako je osnovan i deluje na načelima slobode sindikalnog organizovanja i delovanja, ako je nezavisan od državnih organa i poslodavaca i ako se finansira pretežno iz članarina i drugih sopstvenih izvora.

---

<sup>13</sup> Zakon o mirnom rešavanju radnih sporova (»Službeni glasnik RS«, br. 125/2004).

Nadležnost i postupak za utvrđivanje reprezentativnosti sindikata su detaljno uređeni Zakonom o radu, s tim što se pravi razlika zavisno od nivoa organizovanja.

Najpre, reprezentativnost sindikata kod poslodavca utvrđuje poslodavac, ali o reprezentativnosti sindikata kod poslodavca može da odlučuje i ministar. Naime, ukoliko poslodavac u roku ne utvrdi reprezentativnost sindikata koji je podneo zahtev ili taj sindikat smatra da mu nije utvrđena reprezentativnost u skladu sa ovim zakonom. Tada sindikat može da podnese zahtev za utvrđivanje reprezentativnosti Odboru za utvrđivanje reprezentativnosti sindikata i udruženja poslodavaca, koji upućuje predlog ministru nadležnom za poslove rada radi donošenja odluke.

Dalje, reprezentativnost sindikata za teritoriju Republike Srbije, odnosno jedinice teritorijalne autonomije ili lokalne samouprave, odnosno u grani, grupi, podgrupi ili delatnosti, utvrđuje ministar, na predlog Odbora.

Na predlog Odbora, ministar može, najpre, doneti zaključak o odbacivanju zahteva sindikata, zatim, može doneti rešenje kojim se utvrđuje reprezentativnost sindikata ili, pak, rešenje o odbijanju zahteva ako nisu ispunjeni propisani uslovi reprezentativnosti. Pored toga, propisana je i mogućnost preispitivanja reprezentativnosti sindikata. U postupku preispitivanja reprezentativnosti sindikata, ministar može ponovo doneti rešenje o reprezentativnosti ili rešenje o gubitku reprezentativnosti sindikata.

Dakle, Zakon o radu razlikuje i posebno reguliše postupak upisa sindikata u registar, od postupka utvrđivanja reprezentativnosti sindikata. Pri tome, upis u registar predstavlja jedan od uslova za utvrđivanje reprezentativnosti sindikata. S obzirom da je rešenje ministra konačno, i da se radi o aktu kojim državni organ u vršenju javnih ovlašćenja rešava o pravima i interesima sindikata, protiv rešenja kojim se utvrđuje reprezentativnost sindikata, odbija zahtev za utvrđivanje reprezentativnosti sindikata ili se gubi već utvrđena reprezentativnost sindikata, može se voditi upravni spor.

U tom kontekstu, moglo bi se zaključiti da je spor o reprezentativnosti sindikata prešao iz radnog u upravni spor. U prvi mah se ovakvom rešenju može prigovoriti sa razloga da se na ovaj način država previše meša u pitanja sindikalnog organizovanja, pogotovu kada se ima u vidu činjenica da su ministri ličnosti koje pripadaju odgovarajućoj političkoj opciji. Ova dilema se otklanja činjenicom da doneti akt ministra ima karakter upravnog akta čija se zakonitost ocenjuje u upravnom sporu kod suda, tako da je i na ovaj način obezbeđena sudska zaštita u ovoj, inače, osetljivoj materiji radničkog organizovanja kroz sudska zaštitu odabranog oblika zaštite njihovih prava.

Kada je prvenstveno reč o sudskoj zaštiti povodom zaključka o odbacivanju zahteva stanje je, najblaže rečeno, nedefinisano, s obzirom da zakon ne propisuje, ali i ne isključuje mogućnost vođenja upravnog spora.

Supsidijarnost je bitna, možda i najvažnija karakteristika postupka u parnicama povodom kolektivnih ugovora, na osnovu koje se ovaj postupak razlikuje od drugih posebnih parničnih postupaka. To znači da se kolektivni radni sporovi rešavaju sudskim putem u slučaju da spor nije rešen alternativnim, vansudskim putem, odnosno mirenjem ili arbitražom. U tom smislu, pored ZPP (član 441. stav1) i Zakon o uređenju sudova propisuje da sud rešava povodom kolektivnih ugovora ako spor nije rešen pred arbitražom (član 23. stav 1. tačka 8).

U tom kontekstu, postavlja se pitanje da li mirenje, odnosno arbitaža imaju karakter prethodnog postupka, kao posebne precesne pretpostavke za vođenje parnice povodom kolektivnih ugovora. Na potvrđan odgovor upućuju, ne samo već navedena zakonska pravila, već i odredba člana 18. Zakona o mirnom rešavanju kolektivnih sporova, kojom je propisano obavezno sprovođenje postupka mirenja kada su u pitanju sporovi koji nastaju u delatnostima od opšteg interesa ili u delatnostima u kojima bi prekid rada moga da ugrozi život i zdravlje ljudi ili da nanese štetu većih razmera. Naravno, kada se radi o sporovima u drugim delatnostima, mirenje je u dispoziciji stranaka, tako da sudsko rešavanje kolektivnog spora moguće i ako prethodno nije vođen postupak mirnog rešavanja.

Pored, već navedenog, spornog rešenja u ZPP, prema kome je u postupku u parnicama povodom kolektivnih ugovora jedna od stranaka je *reprezentativni sindikat*, pomenućemo i odsustvo pravila po kome bi sud mogao po službenoj dužnosti da odredi privremenu meru kod kolektivnih sporova, pod uslovima kao i u parnicama povodom individualnih sporova. Ovo zbog toga, što privremene mere, kao sredstvo obezbeđenja prema Zakonu o izvršnom postupku, predstavljaju pogodan instrument za pružanje pravne zaštite ograničenog vremenskog trajanja, koje imaju preventivnu funkciju u cilju sprečavanja nastupanja nenadoknadive štete, koja je mnogo veća povodom kolektivnih radnih sporova.

Hitnost ovog postupka tiče se, najpre, pravila da će sud uvek prilikom određivanja *rokova i ročišta* obraćati naročitu pažnju na potrebu hitnog rešavanja ovih sporova. Dalje, sud će u presudi kojom nalaže izvršenje neke činidbe kada su u pitanju kondemnatorne parnice, odrediti *rok za njeno izvršenje*.

Takođe, rok za izjavljivanje *žalbe* iznosi osam dana.

Kada je reč o vanrednim pravnim lekovima, u parnicama povodom kolektivnih ugovora revizija je dozvoljena. Revizija protiv presude uređena je čl. 394–411. ZPP.

## ODNOS SUDSKOG I OSTALIH METODA REŠAVANJA KOLEKTIVNOG RADNOG SPORA

Najpre treba reći da mirenje, posredovanje i arbitraža, kao tri oblika mirnog rešavanja kolektivnih radnih sporova, istovremeno predstavljaju i tri osnovna stepena u procesu njihovog razrešavanja. Reč je o tome da se, po pravilu, najpre, pribegava mirenju, a ako ono ne da rezultate, pristupa se posredovanju, odnosno arbitraži.

Pravila o odnosu sudskog i ostalih metoda rešavanja kolektivnih radnih sporova sadržana su ne samo u Zakonu o radu i Zakonu o mirnom rešavanju radnih sporova, već i u kolektivnim ugovorima. Kada se radi o odnosu sudskog i drugih načina rešavanja kolektivnih radnih sporova, obično se ima u vidu odnos sudskog i arbitražnog rešavanja sporova. U pogledu odnosa arbitražnog i sudskog rešavanja kolektivnih radnih sporova, u našoj praksi kolektivnog ugovaranja postoje različita rešenja.

Najpre, pojedini kolektivni ugovori predviđaju kao obavezno arbitražno, pre sudskog rešavanja sporova. Tako zaključivanjem arbitražnog sporazuma, u vidu arbitražne klauzule ili arbitražnog ugovora, učesnici u zaključivanju kolektivnog ugovora derogiraju nadležnost državnog suda. Takođe, sudsko rešavanje sporova može biti isključeno kada se kolektivnim ugovorom utvrdi da je odluka arbitraže obavezna. Tako je, npr., odredbama člana 65. Opšteg kolektivnog ugovora (»Službeni glasnik RS«, br. 50/2008) predviđena ne samo obaveznost arbitraže, već i obavezno dejstvo odluke arbitraže.

Međutim, i u takvim slučajevima, kada je kolektivnim ugovorom utvrđena obaveznost arbitraže i njene odluke i time derogirana sudska nadležnost, moguća je sudska kontrola arbitražnih odluka. Naime, stranka koja je nezadovoljna odlukom arbitraže može da podnese sudu tužbu za poništaj arbitražne odluke. Poništaj arbitražne odluke uređuje Zakon o arbitraži (čl. 57–63), uz upućujuću odredbu da se na postupak po tužbi primenjuju pravila o parničnom postupku.<sup>14</sup>

Ovaj koncept obaveznosti arbitraže i njene odluke u rešavanju pravnog kolektivnog radnog spora, podrazumeva i odgovarajuće postupanje suda po službenoj dužnosti. Ako je pokrenuta parnica a arbitražni postupak nije sproveden, sud će odbaciti tužbu kao nedopuštenu. Ako je, pak, arbitražni postupak sproveden, i pri tome je odluka arbitraže obavezna, sud će odbaciti tužbu jer je pravna stvar presuđena.

---

<sup>14</sup> O poništaju arbitražnih odluka, videti detaljno kod: Stanković, G., Starović, B., Keča, M., Petrušić, N., Arbitražno procesno pravo, udruženje za građansko procesno i arbitražno pravo, Niš, 2002.

Navedena mogućnost derogiranja sudske nadležnosti u rešavanju pravnih kolektivnih radnih sporova, nije česta u našoj praksi.

### ZAKLJUČAK

Za pravno regulisanje rešavanja kolektivnih radnih sporova relevantni su u Srbiji Zakon o radu, Zakon o mirnom rešavanju radnih sporova i Zakon o parničnom postupku, kao i neki kolektivni ugovori.

Analizom zakonskih pravila o rešavanju kolektivnih radnih sporova, može se zaključiti da je, uprkos činjenici da je naše zakonodavstvo relevantno za ovu oblast novijeg datuma, nema sumnje da je u ovoj oblasti učinjen značajan pomak u odnosu na ranije stanje.

Dalje, mišljenja smo da je potrebno uskladiti procesna pravila o postupku u parnicama povodom kolektivnih ugovora sa materijalnim pravilima radnopravnog zakonodavstva.

U daljoj reformi, pored usklađivanja materijalnog i procesnog radnopravnog zakonodavstva, potrebna je afirmacija autonomnog regulisanja rešavanja kolektivnih radnih sporova.

Parnica, kao redovni put pravne zaštite u pravnoj stvari o kolektivnim radnim sporovima, tiče se pravnih kolektivnih radnih sporova.

Interesni kolektivni radni sporovi, koji nastaju prilikom zaključivanja, odnosno izmene i dopune kolektivnih ugovora nisu, zbog svoje pravne prirode i karakteristika, podobni za sudske rešavanje. Takođe, i spor o reprezentativnosti, kao posebna vrsta interesnog spora.

Predmet sudske zaštite, ne mogu biti samo prava utvrđena kolektivnim ugovorima, već i ona koja su predmet međunarodnih i nacionalnih kogentnih propisa.



BRATISLAV STANKOVIĆ, LL.D.,  
Assistant Professor, State University,  
of Novi Pazar

JUDICIAL SETTLEMENT IN LITIGATIONS  
ON THE COLLECTIVE AGREEMENT

Summary

The subject of this paper is resolving collective labor litigations, which are provided for by the Labor Law and the Law on the Peaceful Settlement of Labor Disputes, with special emphasis on the procedure in cases of collective agreements regarding the Code of Civil Procedure. First presented are the methods for resolving collective labor disputes by positive law, and then the process of litigation regarding the collective contract, through its characteristics and relationship to other methods of resolving collective labor disputes. In Serbia, the experience in this field primarily involves the state and its regulations concerning full-time regular employment. The concept of resolving these disputes in the legal employment legislation does not follow the appropriate rules of procedure found in the field of the collective agreement. The author pleads for a legislative reform in order to affirm the autonomous regulation of all three forms of peaceful settlement of collective labor disputes.



ČETVRTA KATEDRA

**PRAVO  
NA INTELEKTUALNU  
TVOREVINU**

**Industrijska svojina i Autorsko pravo**



## Industrijska svojina i Autorsko pravo

*MILENKO MANIGODIĆ,  
ĐURO MANIGODIĆ*

### **PRAVA AUTORA I PRIVREDNIH SUBJEKATA U VEZI SA AUTORSKIM DELOM**

#### U V O D

Postoji više pravnih instrumenata na osnovu kojih privredni subjekat stiče pravo da koristi autorsko delo čiji jedini stvaralac može biti fizičko lice.

Privredni subjekat može steći određena prava na autorsko delo prenosom prava ili pravo korišćenja autorskog dela po osnovu ugovora o licenci, po osnovu ugovora sa agencijom, po osnovu ugovora o delu, po osnovu ugovora nakon konkursa za izbor dela, itd.

Autorsko delo koje koristi privredni subjekat kao svoje grafičko materijalizovano rešenje ili znak razlikovanja ili kao svoj dizajn postaje tokom vremena posebna vrednost privrednog subjekta, ali i vrednost od koje po zakonu treba da ima korist i autor. Samo po sebi se razume da privredni subjekat, zbog privredne namene dela, treba da preduzme mere koje će mu omogućiti da bude u najvećoj mogućoj meri nosilac prava na autorsko delo, odnosno da ima što veći broj prava i ovlašćenja, da može delo slobodno koristiti i da jednim ukupnim iznosom izvrši svoje obaveze u pogledu naknade autoru. Ukoliko privredni subjekat propusti da preduzme sve te mere ili ih preduzme nestručno, štetne posledice svakog od tih propusta su veoma velike.

---

Dr Milenko Manigodić, advokat u Beogradu, patentni zastupnik.  
Đuro Manigodić, advokat u Beogradu, patentni zastupnik.

U pojedinim pravima sporno je pitanje podcesije autorskog imovinskog prava. Prenos autorskih imovinskih prava sa sticaoca prava na treća lica, podcesija, nije u ZASP izričito uređen, a smatramo da za njega nije potreba saglasnost autora u ovoj materiji. Da bi se izbegla svaka nerešena situacija, sticalac prava pribegava odmah zaštititi dela žigom ili industrijskim dizajnom čime obezbeđuje slobodan promet dela.

Radi boljeg razumevanja predmetne materije, neophodno je pojasniti i njene ključne pojmove i to pojam autorskog dela i pojam autora i koautora.

Pod autorskim delom o kome je reč, podrazumeva se spoljašnji izgled industrijskog ili zanatskog proizvoda i grafičko rešenje koje se koristi u privrednom prometu u vezi s proizvodima i uslugama u vidu znaka razlikovanja, etikete i sl.

Autorsko delo i dizajn su sinonimi, pri čemu treba ipak imati u vidu da autorska dela nisu registrovana i da je industrijski dizajn registrovan (kod autorskog dela važi pretpostavka da se radi o autorskom delu, jer se ni u jednom postupku autorsko delo ne registruje nakon ispitivanja uslova da li je originalno, dok je industrijski dizajn priznato pravo, jer je u postupku kod nadležnog orgaa utvrđeno da se radi o tvorevini koja je nova i ima individualni karakter).

Autor je lice čijim je duhovnim stvaralačkim radom nastalo delo, s tim što više lica mogu dati takav doprinos nastanku dela.

U ovom radu nije posvećena pažnja tehničkim odredbama bilo koje vrste ugovora, niti su dati obrasci ugovora koji sadrže takve odredbe.

## DELO STVORENO U RADNOM ODNOSU

Pod radnim odnosom podrazumeva se stalni ili privremeni radni odnos u kome je radni zadatak zaposlenog, prema opisu njegovog radnog mesta ili prema posebnom zadatku sa kojim su se saglasili poslodavac i zaposleni, da stvori dizajn u određenom roku koji obuhvata period u kome traje radni odnos i, mišljenja smo, izuzetno, zbog opravdanih okolnosti, određeni period po prestanku tog odnosa kojeg su poslodavac i zaposleni zajedno odredili da bi završili preostali manji deo zadatka (postoje zakonska rešenja da taj period nakon prestanka radnog odnosa iznosi godinu dana).

Što se tiče propisa koji uređuju ovu materiju, prava i obaveze zaposlenog dizajnera i poslodavca uređeni su Zakonom o autorskom i srodnim pravima (»Službeni glasnik RS«, br. 115/2009) – ZASP, Zakonom o pravnoj zaštiti industrijskog dizajna (»Službeni glasnik RS«, br. 104/2009) – ZID i Zakonom o patentima (»Službeni list SCG«, br. 32/2004).

Prilikom analize člana 98. stav 1. ZASP, postavlja se pitanje da li se objava dela odnosi samo na određenu vrstu dela ili na sva dela. Bilo bi za očekivati da se

radi o pisanim delima i sličnim delima koja se objavljuju, a ne i o delima, kao što su to grafička dela namenjena da budu korišćena u svakodnevnom privrednom prometu u kome je, pored ostalog, nemoguće, a često i nekorisno navoditi ime, pseudonim ili znak autora, kako to nalaže član 101. ZASP. Međutim, u našoj sudskoj praksi prihvaćen je stav da se ova odredba odnosi na sva autorska dela, te poslodavac mora da vodi računa da se što pre zaštiti od gubitka određenih prava po proteku petogodišnjeg roka tako što će uvek sa zaposlenim autorom zaključiti, ako primenjuje doslovno ovu zakonsku odredbu i ne koristi slobodu ugovaranja koju mu daje ZASP, saglasno opštem aktu i ugovoru o radu, ugovor o isključivim imovinskim pravima na iskorišćavanje dela koje je vremenski i prostorno neograničeno. U tom ugovoru poslodavac se mora obezbediti da mu isključiva licenca daje pravo iskorišćavanja dela u svim oblicima sadašnje i buduće privredne delatnosti poslodavca, da mu daje pravo da ne navodi ime, pseudonim ili znak autora na proizvodima i u raznim postupcima, da mu daje pravo na nužne izmene dela, na zaštitu dela pravima industrijske svojine i, pored ostalog, na slobodan promet tih prava. Što se tiče posebne naknade na koju autor ima pravo po članu 98. stav 1. ZASP, ta naknada se određuje, saglasno istom stavu zavisno od efekta iskorišćavanja dela. Prema članu 99. ZASP kriterijumi za utvrđivanje visine i načina plaćanja naknade određuju se opštim aktom ili ugovorom o radu.

### *Predlog*

Poslodavcu ne odgovaraju zakonske odredbe o isključivoj licenci, niti o plaćanju licencne naknade prema efektu iskorišćavanja dela. Zato on uglavnom pribegava, s obzirom da mu to član 98. ZASP omogućava, da mu na to daje pravo, da u opštem aktu uredi odnose tako što će on biti nosilac prava na delo u određenim slučajevima. U uporednom pravu nailazimo na razna rešenja kada se smatra da je poslodavac nosilac prava na delo. Jedno od rešenja je sadržano u komunitarnom pravu industrijskog dizajna. Prema članu 14. stav 2. Pravilnika EZ br. 62/2002, ako je zaposleni stvorio industrijski dizajn izvršavajući svoje obaveze ili prema instrukcijama svog poslodavca, pravo na industrijski dizajn pripada poslodavcu, sem ako je drugo ugovoreno ili ako nacionalni propis koji se primenjuje drugo određuje. U načelu ovakvo rešenje da je poslodavac nosilac prava na delo nastalo izvršenjem radnih obaveza ili prema njegovim instrukcijama, usvojeno u članu 45. ZID, nije protivno našem pravu, niti načelu pravičnosti (tako, na primer, stav da je nosilac prava poslodavac kada je delo nastalo po njegovim instrukcijama odraz je uvažavanja realnosti kada dizajner, na primer, koristi samo uputstva i elemente dela koje je dobio od poslodavca ili koji pripadaju poslodavcu).

Ovde je neophodno dodati da opšti akt i oba ugovora treba da predvide jednokratu isplatu naknade autoru, odnosno autorima, određenu prema okolnostima slučaja (da li se radi o jednom autoru ili koautorima, u kojoj meri je autor bio samostalan u radu, itd.).

Opšti akt društva, ugovor o radu sa dizajnerom i ugovor u vezi sa određenim delom zaposlenog dizajnera treba da sadrže obavezno odredbe da je poslodavac nosilac prava na delo kada je ono stvoreno izvršenjem radnih obaveza ili korišćenjem instrukcija i upustava dobijenih od poslodavca ili elemenata dela na kojima poslodavac ima isključivo pravo i da se u ta dva slučaja isplaćuje autoru jednokratna naknada. Neophodno je takođe bliže urediti, na osnovu novih zakonskih odredaba, odnose poslodavca i zaposlenog u opštem aktu koji se odnosi na intelektualnu svojinu i stvaralaštvo u privrednom društvu (vidove tehničkog stvaralaštva, autorskopravni i industrijskopravni dizajn, žigove, komercijalne materijale, oglasne poruke i poslovnu tajnu...).

U primeni prednjeg, treba u opštem aktu o stvaralaštvu u privrednom društvu navesti odredbu prema kojoj je to društvo nosilac autorskih imovinskih prava na delo nastalo u društvu izvršenjem radnih zadataka zaposlenog ili na inicijativu i po uputstvima poslodavca, s tim da zaposleni ima pravo na jednokratnu naknadu.

Naravno ova odredba može bliže odrediti raspon naknada, itd. Ugovor o radu sa licem koje će na radnom mestu obavljati poslove i zadatke dizajnera treba takođe da sadrži prednju odredbu.

## AUTORSKI UGOVOR SA SLOBODNIM AUTOROM

Slobodni autor je uvek izvorno nosilac svih moralnih i imovinskih prava na delo i samo ugovorom ili na drugi zakonom predviđeni način mogu biti preneti u celini ili delimično autorska imovinska prava sa autora na drugo lice. Što se tiče moralnih prava, autor se može odreći prava da bude naveden kao autor i može ovlastiti sticaoca prava da vrši nužne izmene dela.

## AUTORSKI UGOVOR SA AGENCIJOM

Predmetni ugovor se zasniva na pravima i ovlašćenjima koja je agencija stekla od zaposlenog autora ili slobodnog autora ili na neki drugi način određen zakonom. S obzirom da ona nije izvorni nosilac prava, neophodno je prethodno



proveriti u fondovima prava intelektualne svojine postojanje izvornih prava. Zatim je neophodno utvrditi u kom obimu je agencija stekla prava kojima može slobodno raspolagati. U interesu sticaoca prava je da na njega agencija prenese sva ona prava koja može da stekne od slobodnog autora: imovinska prava vremenski i teritorijalno neograničena, pravo korišćenja dela u privrednom prometu u vezi sa svojom delatnošću i budućim delatnostima, pravo na sve moguće upotrebe dela njegovom materijalizacijom na bilo koji način i od bilo koga ko bude pravni sledbenik sticaoca prava ako se radi o prenosu autorskih prava ili prava industrijske svojine, pravo nenavodenja imena autora i pravo na nužne izmene dela, pravo na zaštitu dela na svoje ime svim kategorijama prava intelektualne svojine i pravo da slobodno raspolaze tim pravima.

Autorski ugovor sa agencijom odlikuje se time što ima pored materijalnopravnih odredaba i brojne tehničke odredbe koje se odnose na pripreme, rokove, provere, raskid ugovora itd., što nije, kao što smo već istakli, predmet razmatranja ovog rada.

## UGOVOR O NARUDŽBINI AUTORSKOG DELA

Ugovor o narudžbini autorskog dela je imenovani ugovor i odnosne odredbe sadržane su u članovima 95. do 97. ZASP.

Ovu vrstu ugovora privredni subjekti koriste kada imaju potrebu da se estetski ukomponuju u delo njegovi elementi kao što su logo, distinktivni deo poslovnog imena ili neki drugi elemenat na koji privredni subjekat ima isključivo pravo ili ne. Kada se ima u vidu da znak sadrži elemente na kojima naručilac ima pravo i kada se uz to ima u vidu namena dela da bude korišćeno u privrednom prometu, onda je osnovano predvideti u ugovoru da autor prenosi sva imovinska autorska prava na naručioca dela i vršenje određenih moralnih prava i da je neosnovano da autor daje licencu naručiocu da koristi znak sa elementima koji pripadaju naručiocu. Međutim, postoje brojni slučajevi kada je autoru data puna sloboda da izradi delo, odnosno da sadržinu dela u potpunosti odredi autor i u ovom slučaju autor i naručilac treba unapred da odrede da li autor prenosi imovinska prava na naručioca i u kom obimu ili mu ustupa pravo korišćenja dela i u kom obimu.

Delo nastalo po porudžbini u sve većem broju slučajeva je kolektivno delo ili kompozitno delo (delo koje sadrži kao elemenat tuđe autorsko delo uz saglasnost tog trećeg lica). U tim slučajevima treba takođe imati u vidu pravna pravila napred navednih odredaba ZASP i mogućnost slobode ugovaranja stranaka.

## AUTORSKI UGOVOR U VEZI SA NADMETANJEM

Ovu posebnu vrstu ugovora o delu predviđa Zakon o obligacionim odnosima (»Službeni list SFRJ«, br. 39/85 i dr.) u članu 605. koji glasi:

»Poziv upućen određenom ili neodređenom broju lica na nadmetanje za umetničko ili tehničko rešenje nameravanih radova obavezuje pozivaoca da pod uslovima sadržanim u pozivu na nadmetanje zaključi ugovor sa učesnikom u nadmetanju čije rešenje prihvati komisija čiji je sastav unapred objavljen, izuzev ako je tu obavezu isključio u pozivu na nadmetanje«.

Ovoj vrsti ugovora sa autorom prethodi izrada poziva u kome se detaljno uređuju postupak učešća po pozivu, namena dela (najčešće da delo bude korišćeno kao logotip privrednog društva ili žig), uslovi u vezi sa delom (njegovom sadržinom, originalnošću, novosti, individualnim karakteristikama, distinktivnošću itd.), sastav i rad komisije, prava i obaveze pozivaoca i poslenika.

Ugovor sa autorom u preambuli navodi glavne podatke o pozivu i izboru dela, a potom prava i obaveze stranaka. S obzirom na namenu dela navedenu u pozivu, ugovorom se najčešće prenose autorska imovinska prava na pozivaoca i ovlašćuje pozivalac da vrši određena moralna prava.

## ZAKLJUČAK

Autorski ugovori koje zaključuju autori sa privrednim subjektima su ugovori koje karakteriše namena dela da delo bude korišćeno u privrednom prometu. Pri tome treba imati u vidu da inteligentna privreda zahteva od autora da delo ispunjava uslove da bude zaštićeno i pravima industrijske svojine kako bi zaštita dela bila što jača, ostvariva po više pravnih osnova i kako bi privredni subjekat mogao registrovati delo, na svoje ime, njime slobodno raspolagati i ostvariti višak vrednosti na osnovu sopstvenog intelektualnog razvoja.

Navedeno zahteva određene izmene odredaba Zakona o autorskom i srodnim pravima i Zakona o pravnoj zaštiti industrijskog dizajna.

MILENKO MANIGODIĆ, LL.D.,  
Lawyer, Belgrade  
ĐURO MANIGODIĆ, Lawyer,  
Belgrade

## RIGHT TO THE DESIGN

### Summary

Who has the right to the design – employee or employer? The Directive on Community industrial design lays down that where a design is developed by an employee in the execution of his duties or following the instructions given by the employer the right to the Community design shall vest in the employer, unless otherwise agreed.

For understand this provision, it is necessary to have in view that provisions of the mentioned Directive are without prejudice to any provisions of Community law or of the law of the Member State concerned relating to unregistered design rights, trade marks or other distinctive signs, patents and utility models, typefaces, civil liability or unfair competition.



*DIMITRIJE MILIĆ*

## **AUTORSKA MORALNA PRAVA AUTORA I INTERPRETATORA I NJIHOVA KRIVIČNOPRAVNA ZAŠTITA**

### U V O D

Autorsko delo nastaje intelektualnom aktivnošću određenog lica u oblasti književnosti, nauke, umetnosti i drugih oblika stvaralaštva. Autorsko delo se pojavljuje kao rezultat ličnih intelektualnih napora autora.

Intelektualnom tvorcu dela, autoru pripadaju ovlašćenja, imovinska i lična ovlašćenja koja čine sadržinu autorskog prava. Ta ovlašćenja su isključiva i deluju erga omnes pa je obaveza svih da ih poštuju i da se uzdrže i da ne ometaju subjekti prava u njihovom vršenju. Autorska imovinska i autorska moralna prava pripadaju autoru kao intelektualnom tvorcu dela. Ta prava su vezana za ličnost autora kao tvorca dela i stvoreno autorsko delo. Autorska moralna prava su neprenosiva, trajna prava i ne mogu zastariti. Moralna prava autora su u neposrednoj vezi sa imovinskim pravima i teško je naći potpuno razgraničenje između njih jer su u nekim slučajevima isprepletana. To se naročito odnosi na pravo objavljivivanja. U autorska moralna prava spadaju: pravo paternitet<sup>1</sup>, pravo na naznačenje imena autora<sup>2</sup>, pravo objavljivanja<sup>3</sup>, pravo na zaštitu integriteta dela<sup>4</sup>, pravo na suprotstavljanje nedostojnom iskorišćavanju dela<sup>5</sup>.

---

Dimitrije Milić, dugogodišnji sudija Vrhovnog suda Srbije, advokat u Beogradu.

<sup>1</sup> Čl. 14 Zakona o autorskom i srodnim pravima (»Službeni glasnik RS«, br. 104/2009),

<sup>2</sup> Čl. 15 ZASP.

<sup>3</sup> Čl. 16 ZASP.

<sup>4</sup> Čl. 17 ZASP.

<sup>5</sup> Čl. 18 ZASP.

Autorsko pravo i pravo industrijske svojine čine pravo intelektualne svojine.

Pojam intelektualna »označava pravo koje se odnosi na: književna, umetnička i naučna dela; interpretacije umetnika i interpretatora i izvođenja umetnika izvođača, fonograma i radio emisije; pronalasku u svim oblastima ljudske aktivnosti; naučna otkrića; industrijske uzorke i modele; fabričke, trgovačke i uslužne žigove; kao i trgovačka imena i trgovačke nazive; zaštitu od nelojalne utakmice i sva druga prava vezana za intelektualnu aktivnost u industrijskoj, književnoj i umetničkoj oblasti.«<sup>6</sup>

Zaštita autorskih moralnih prava priznata je u novije vreme. Ima zemalja koje na tom planu nisu ništa učinile.

Poseban doprinos priznanju autorskih prava, a time i moralnih prava dala je Bernska konvencija za zaštitu književnih i umetničkih dela. »Nezavisno od imovinskih prava autora i čak posle ustupanja ovih prava, autor zadržava pravo na priznanje da je on tvorac dela i pravo da se protivi svakom iskorišćavanju, sakupljanju i drugoj izmeni deli ili svakoj drugoj povredi tog dela, što bi išlo na štetu njegove časti ili njegovog ugleda.«<sup>7</sup>

ZASP priznaje interpretatorima autorska moralna prava i imovinska prava, pa to pitanje detaljno uređuje. Interpretacija »jeste duhovno dobro koje nastaje ličnim angažovanjem interpretatora prilikom zvučnog, odnosno vizuelnog ili zvučno-vizuelnog saopštavanja autorskog dela.«<sup>8</sup>

Interpretator je fizičko lice koje se lično angažuje na interpretaciji (muzičar, glumac, igrač, pantomimičar, dirigent)<sup>9</sup>. Zakonodavac reguliše sadržinu prava interpretatora, njihova moralna i imovinska prava, prenos tih prava i njihova prava iz radnog odnosa. Polazeći od shvatanja da je interpretacija autorskog dela duhovna tvorevina u okviru srodnih prava štiti ta prava, pruža im građansko pravnu zaštitu Zakonom o autorskom i srodnim pravima, a Krivični zakon krivično-pravnu zaštitu. Tako su prava umetnika izvođača regulisana ranijim zakonodavstvom prerasla u prava interpretatora što nije samo terminološko pitanje.

Ličnopravna ovlašćenja, autorska moralna prava na međunarodnom planu priznaje i Panamerička konvencija dopunjena u Havani 11. februara 1928. godi-

---

<sup>6</sup> Čl. 2 Konvencije o osnivanju Svetske organizacije za intelektualnu svojinu (WIPO). Konvencija je stupila na snagu 26.04.1970. g. i ratifikovala ju je Jugoslavija (Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori, br. 31/1972). Jugoslavija je primljena u članstvo WIPO 11.10.1973. g.

<sup>7</sup> Čl. 6 bis stav 1 Bernske konvencije o zaštiti književnih i umetničkih dela od 09.09.1886. g. po Pariskom tekstu ratifikovala je i SFRJ (»Službeni list SFRJ« br. 14/1975).

<sup>8</sup> Čl. 110 ZASP.

<sup>9</sup> Čl. 111 ZASP.

ne. Bernska konvencija primenjuje kasnijim dopunama zaštitu autorskih moralnim prava.

Svetska (univerzalna) konvencija o autorskom pravu priznaje autorska moralna prava.<sup>10</sup>

Za razliku od pojedinih zemalja koje prioritet u zaštiti autorskih prava daju prednost autorskim imovinskim pravima, Jugoslavija, a sada i Srbija prioritet zaštite daju autorskim moralnim pravima i to uređuje zakonom. To se naročito može sagledati u određenim zemljama (Francuska, Italija i dr.) koje predviđaju da su moralna prava autora osnovni element autora osnovni element autorskog prava.

Ličnopravna ovlašćenja, autorska moralna prava, »imaju za cilj, s jedne strane očuvanje nepovredivosti dela, a s druge strane, očuvanje nepovredivosti ličnosti autora i koje se javlja kao logična posledica shvatanja da delo predstavlja inkarnaciju autorove ličnosti.«<sup>11</sup>

Poseban značaj priznanju i zaštiti autorskih prava daje Povelja Ujedinjenih nacija. »Svako ima pravo na zaštitu moralnih i materijalnih interesa koji proističu od naučnog, književnog ili umetničkog rada.«<sup>12</sup>

Zaštita autorskog prava kako moralnih tako i imovinskih prava uređuje se zakonima. Građansko pravna zaštita ostvaruje se pred sudom po pravilima parničnog postupka.

Na zahtev lica čije je pravo povređeno, autor odnosno nosilac autorskog prava ili predmeta srodnog prava sud može doneti privremenu meru oduzimanja ili isključenja predmeta kojima se vrši povreda ako se učini verovatnim da je njegovo pravo povređeno. Sud je ovlašćen i da odredi i mere obezbeđenja dokaza i to bez prethodnog obaveštenja ili saslušanja lica od koga se dokazi prikupljaju.<sup>13</sup> Te mere mogu se tražiti i pre podnošenja tužbe.

Građanskopravnu zaštitu autorskih i srodnih prava, pa time i moralnih prava može se ostvarivati tužbom što zakonodavac detaljno uređuje.<sup>14</sup>

Zakon o autorskim i srodnim pravima posebno uređuje u okviru kaznenih odredbi kažnjavanje za privredne presteupe zbog povrede autorskog i srodnog prava i učinjeni prekršaj.<sup>15</sup>

---

<sup>10</sup> Svetska (univerzalna) konvencija o autorskom pravu doneta je u Ženevi 06.09.1952. g., izmenjena u Parizu 24.07.1971. g. Konvenciju je ratifikovala i Jugoslavija (»Službeni list SFRJ«).

<sup>11</sup> Dr Miodrag Janjić: Industrijska svojina i autorsko pravo, Beograd, 1982, str. 244.

<sup>12</sup> Čl. 27 stav 2 Povelje Ujedinjenih nacija.

<sup>13</sup> Čl. 210–214 ZASP.

<sup>14</sup> Čl. 204–214 ZASP.

<sup>15</sup> Čl. 215–217 ZASP.

## ZAKONSKO UREĐENJE KRIVIČNO PRAVNE ZAŠTITE

Pitanje građanskopravne zaštite uređuje detaljno Zakon o autorskom i srodnim pravima.

Zbog značaja prava intelektualne svojine za svako društvo pokazalo se da građansko pravna zaštita nije dovoljna i potpuna uvodi se i krivičnopravna zaštita prava intelektualne svojine. Autorska moralna prava imaju posebnu zaštitu.

Raniji zakoni o autorskom pravu sadržavali su posebne odredbe o krivičnopravnoj zaštiti autorskog prava. Zakon o autorskom pravu (»Službeni list SFRJ« broj 19/1978 izmene i dopune 24/1986) u okviru posebne glave III uređivao je i pitanje krivično pravne zaštite autorskog prava. Posebnim odredbama regulisao je pitanje odgovornosti za izvršeno krivično delo povrede autorskih moralnih prava<sup>16</sup>, a posebno imovinskih prava<sup>17</sup>. Zakon je predviđao da se gonjenje za izvršena dela preduzima po privatnoj tužbi. Zakon je predviđao i odgovornost zbog učinjenog prekršaja zbog povrede autorskih moralnih i autorskih imovinskih prava.<sup>18</sup>

Krivično zakonodavstvo pre Zakona o autorskom pravu iz 1978. godine uređivano je u okviru krivičnog zakonodavstva. Krivični zakon FNRJ od 2.03.1951. godine (»Službeni list FNRJ« br. 13/51) predviđao je u posebnom delu, glava XIII, krivična dela protiv slobode i prava građana »Ko protivno zakonskim propisima o zaštiti autorskog prava objavljuje, prerađuje, reprodukuje, prikazuje, izvodi ili prevodi tuđe književno, umetničko ili naučno delo, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do jedne godine«. <sup>19</sup> Gonjenje za to delo preduzimana je po predlogu.

Krivični zakonik uređuje u okviru glave dvadesete krivična dela protiv intelektualne svojine.<sup>20</sup> Predviđenim krivičnim delima štite se autorska dela i autorska moralna i autorska imovinska prava kao i prava interpretatora.

Krivični zakonik štiti moralna prava autora dela i moralna prava interpretatora koje spada u srodna prava. Od srodnih prava: pravo interpretatora, pravo proizvođača fonograma, pravo filmskog producenta (proizvođača videograma), prava proizvođača emisije, pravo proizvođača baze podataka i prava izdavača. ZASP priznaje moralno pravo samo interpretatoru. Međutim autorska dela, odnosno autori, interpretatori i nosioci predmeta srodnih prava uživaju i krivično pravnu zaštitu imovinskih prava.

---

<sup>16</sup> Čl. 100 KZ.

<sup>17</sup> Čl. 101 KZ.

<sup>18</sup> Čl. 103–105 KZ.

<sup>19</sup> Čl. 163 KZ.

<sup>20</sup> »Službeni glasnik RS« br. 85/2005 i 88 od 14.10.2005. g.



Moralna prava autora i interpretatora zaštićena su i regulisana odredbom čl. 198 Krivičnog zakonika. Krivični zakonik u okviru glave krivična dela protiv intelektualne svojine pored krivičnog dela povrede moralnih predviđa i krivična dela neovlašćeno iskorišćavanje autorskog dela ili predmeta srodnih prava<sup>21</sup>, neovlašćeno uklanjanje ili menjanje elektronske informacije o autorskom i srodnima pravima<sup>22</sup>, povreda pronalazačkog prava<sup>23</sup>, kao i neovlašćeno korišćenje tuđeg dizajna<sup>24</sup>. Ako se izvrši analiza predviđenih krivičnih dela, polazeći od pravne prirode autorskog i srodnih prava, može se doći do zaključka da sem odredbi iz čl. 199 koje štite moralna autorska prava, i u drugim navedenim krivičnim delima ima elementa moralnih prava i krivično pravne zaštite, naročito u članovima iz čl. 199–200 Krivičnog zakonika koje predviđaju oštrije kazne.

Predmet zaštite je autor dela kao intelektualni, originalni tvorac dela i njegovo autorsko delo i interpretacija, odnosno interpretator, bez obzira na vrstu dela odnosno interpretacije, njegovu vrednost, namenu, veličinu, sadržinu, način ispoljavanja i dopuštenost njegove sadržine. Na to upućuje odredba čl. 2 ZASP. Tu se štite autorska moralna prava autora i interpretatora.

Odredbom čl. 198 KZ štiti se pravo paterniteta autora (čl. 14 ZASP), jer određeno lice pod svojim imenom ili imenom drugog lica u celini ili delimično »objavi, stavi u promet primerke tuđeg autorskog dela ili interpretaciju ili na drugi način javno saopšti tuđe autorsko delo ili interpretaciju«, čl. 198 stav 1 KZ. U krivičnom delu ima i elementa povrede moralnih prava iz čl. 16 ZASP, pravo objavljivanja.

Odredbom čl. 198 KZ štite se prava autora na naznačenje imena na svakom primerku dela i njegovo pravo da se prilikom svakog javnog saopštavanja dela označi njegovo ime, pseudonim ili znak (čl. 15 ZASP), pravo objavljivanja (čl. 16 ZASP), pravo na zaštitu integriteta dela (čl. 17 ZASP), kao i pravo autora da se suprotstavi nedostojnom iskorišćavanju dela (čl. 18 ZASP). Odredbom čl. 198. KZ štite se i moralna prava interpretatora (čl. 114 ZASP).

Radnje izvršenja krivičnog dela iz čl. 198 KZ su kršenje autorskih moralnih prava autora ili interpretatora: objavljivanje, stavljanje u promet tuđeg autorskog dela ili interpretacija pod svojim imenom ili imenom drugog lica ili saopštavanje na drugi način. Za izvršenje tog krivičnog dela predviđena je novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine.

---

<sup>21</sup> Čl. 199 KZ.

<sup>22</sup> Čl. 200 KZ.

<sup>23</sup> Čl. 201 KZ.

<sup>24</sup> Čl. 204 KZ.

Krivično delo je izmena ili prerada tuđeg autorskog dela ili interpretacije bez dozvole autora, pa je za izvršenje tog dela predviđena novčana kazna ili kazna zatvora do jedne godine.

Radnja povrede moralnih prava autora odnosno izvođača je ko stavlja »u promet primerke tuđeg autorskog dela ili interpretacije na način kojim se vređa čast ili ugled autora ili izvođača«. Za izvršenje takvog krivičnog dela predviđena je novčana kazna ili kazna zatvora do šest meseci.

Zakonodavac kao najteži vid povrede moralnih prava predviđa odredbom čl. 198 KZ i najtežu kaznu, dok su stavom 2. i 3. predviđene blaže kazne za učinioce.

Predmeti krivičnog dela povrede moralnih prava autora i interpretatora oduzeće se.<sup>25</sup> Radi se o izricanju obavezne mere bezbednosti oduzimanja predmeta.

Krivični zakonik predviđa da se gonjenje za krivično delo povrede objavljivanjem, stavljanjem u promet ili javnim saopštavanjem na drugi način krivičnih dela, kao i izmenom ili preradom tuđeg autorskog dela ili izmene tuđe snimljene interpretacije goni po predlogu, a za stavljanje u promet tuđeg autorskog dela ili interpretacije na način kojima se vređa čast ili njihov ugled goni se po privatnoj tužbi.

Krivični zakonik predviđa kod krivičnih dela neovlašćenog iskorišćavanja autorskog dela ili predmeta srodnih prava i dela neovlašćenog uklanjanja ili menjanja elektronske informacije o autorskom i srodnim pravima da će se predmet kod tih dela oduzeti i uništiti.<sup>26</sup> U izvršenju tih dela ima elementa krivičnog dela povrede moralnih prava, pa ih treba primenjivati, jer su krivične sankcije oštrije, predviđene su zatvorske kazne u određenim slučajevima i do pet godina.

Izvršilac krivičnog dela zbog povrede moralnih prava može biti svako lice, a krivično delo se može učiniti samo sa umišljajem.

ZASP u okviru kaznenih odredbi posebno uređuje zaštitu moralnih prava autora i interpretatora, pa predviđa kažnjavanje za privredni prestup ili prekršaj novčanu kaznu za privredna društva, odnosno preduzeće ili druga pravna lica. Za privredni prestup odgovorno je i kažnjava se i odgovorno lice, to je predviđeno i za fizičko lice kod učinjenog prekršioaca.<sup>27</sup>

Kada se radi o zaštiti autorskih prava, a posebno autorskih moralnih prava autora i interpretatora ne može se govoriti o razvijenosti sudske prakse. To se od-

---

<sup>25</sup> Čl. 198 stav 4 KZ.

<sup>26</sup> Videti čl. 199 i 200 KZ. U izvršenju tih krivičnih dela ima elementa povrede moralnih prava autora ili interpretatora iz čl. 198 KZ jer se neovlašćeno delo, odnosno interpretacija objavljuje i iskorišćava čime se vređaju moralna prava.

<sup>27</sup> Čl. 215–217 ZASP.

nosi na njenu nedovoljnu zastupljenost u stručnoj literaturi. Da li se radi o tome da tih krivičnih dela nema ili su veoma retka pojava ili struka i lica čija su prava povređena ne žele da o tome obaveste stručnu, kulturnu ili širu javnost? Takva pojava ne doprinosi stvaranju boljih uslova i interesa struke i nauke za njihovu zaštitu. Nedostaju sudske presude i informisanje šire javnosti o tome.

Naše zakonodavstvo iz oblasti prava intelektualne svojine i krivično zakonodavstvo koji uređuju tu materiju dali su rešenja u skladu sa naprednim evropskim zakonodavstvom. Međutim, kada se radi o primeni zakona nastaju problemi pa je zaštita spora, nedosledna i u velikom raskoraku sa zakonom i društvenim potrebama. Država mora naći rešenje da se kadrovski, stručno, ojačaju sudovi i svi koji imaju učešća u primeni prava intelektualne svojine da se edukuju u skladu sa potrebama razvoja i zaštite intelektualne svojine u vreme novih tehnologija, informatike, globalnih mreža i dr.

U savremenom društvu postoji opasnost zloupotrebe neovlašćenog iskorišćavanja prava intelektualne svojine, pa i moralnih prava. Zloupotreba tih prava sve je prisutnija, oblici složeniji uz korišćenje savremenih tehničkih i naučnih rešenja. Ne sme se dozvoliti da lica koja učestvuju u postupku zaštite zaostaju u poznavanju suštine i problema zaštite. Sudovi posebno u građanskoj oblasti ne pokazuju napore da se to prevaziđe, što je rezultat nedovoljnog poznavanja i razumevanja društvenog značaja zaštite autorskih prava.

Na to ukazuju autori, pa i naučna javnost. »Dispozicije krivičnih dela protiv intelektualne svojine su delimično blanketne prirode, to je radi razumevanja pojma iz oblasti prava intelektualne svojine, kao i načina na koji se intelektualna svojina štiti drugim pravnim sredstvima potrebno pozvati odgovarajuće zakone koji regulišu autorska i srodna prava, patente, žigove, dizajn, geografske oznake porekla i sl.«<sup>28</sup> Pravo intelektualne svojine u svetu ima izuzetan značaj i interes zaštite. »Okolnosti da su u našem pravnom sistemu (kao i u inostranim pravnim sistemima) povrede subjektivnog autorskog i susednog prava sankcionisane ne samo građansko pravnim sredstvima već i krivično, ukazuje na to da u dijapazonu pravnih vrednosti jednog društva, autorsko i susedno pravo uživaju relativno visok rang«<sup>29</sup>.

Krivično zakonodavstvo uređuje zaštitu moralnih prava u značajnom delu, ali kada se radi o sudskim presudama u toj oblasti one su izuzetno retke što je u dobrom delu neshvatanja pojma i značaja ove oblasti prava. Tome doprinosi sistem praktične zaštite i nedovoljna osposobljenost sudova i posebno procesno za-

---

<sup>28</sup> Nataša Mrvić-Petrović: *Krivično pravo*, V izdanje, Službeni glasnik, Beograd, 2008. g., str. 248.

<sup>29</sup> Slobodan M. Marković: *Osnovi autorskog i susednih prava*, Naučna knjiga, Beograd, 1992. g., str. 117.

konodavstvo, na šta je ukazivala i katedra prava intelektualne svojine Kopao-  
ničke škole prirodnog prava.

Svest o zaštiti autorskog moralnog prava nije dovoljno prisutna niti  
shvaćena u sredstvima javnog informisanja. Odnos sudova koji prilikom pre-  
sudeња izriču blage sankcije za krivična dela »jeste primer za raskorak koji pos-  
toji između zakona koji je ovu oblast korektno normativno uredio, i pravne svesti  
koja autorskom i susedskom pravu u praksi ne pridaje dovoljan značaj<sup>30</sup>.

U stručnoj literaturi iz oblasti sudske prakse ima neznatno objavljenih kri-  
vičnih presuda. U vreme Zakona o autorskom pravu iz 1968. g. do 1978. g. koji  
su uređivali krivično pravnu zaštitu autorskog prava stručna javnost upoznata je  
sa nekim odlukama. Evo nekih od primera: »okrivljeni C. A. kriv je što je u Beo-  
gradu, u dnevnim listovima »Borba« i »Politika« objavio feljton pod svojim ime-  
nom, kao objavljivač gde je naznačeno da je »priredio feljton« mada je  
objavljivanjem ovih feljtona pod svojim imenom ustvari plagirao naučno-is-  
traživački rad oštećenog N. N., koji je u vidu feljtona objavljen u »Vjesniku u  
srijedu« iz Zagreba u rubrici »Retrospektive« pod određenim naslovom, čime je  
izvršio delo plagijata iz čl. 102 stav 1 Zakona o autorskom pravu za koje delo mu  
je sud utvrdio kaznu zatvora<sup>31</sup>«.

Iz ove oblasti tokom poslednjih godina nisam bio u prilici da se upoznam  
sa odlukama krivične zaštite autorsko moralnih prava.

Na probleme krivično pravne zaštite ukazuje pravna nauka i potrebu dos-  
lednog sprovođenja zakona »a preduslov za to je postojanje stručnog kadra za  
primenu propisa iz oblasti intelektualne svojine.«<sup>32</sup>

## ZAKLJUČAK

Autorska moralna prava autora: pravo paterniteta, pravo na naznačenje  
imena, pravo objavljivanja, pravo na zaštitu integriteta dela, pravo na suprotstav-  
ljanje nedostojnom iskorišćavanju dela i moralno pravo interpretatora imaju za-  
konsku prednost u regulisanju i zaštiti u odnosu na autorska i imovinska prava.

---

<sup>30</sup> Slobodan M. Marković: Osnovi autorskog i susednih prava, Naučna knjiga, Beograd,  
1992. g., str. 117.

<sup>31</sup> Presuda Prvog opštinskog suda u Beogradu, II K. Br. 1223/76 od 04.10.1977. g. i Ok-  
ružnog suda u Beogradu KŽ. 3055/77 od 16.01.1978. g., objavljena u knjizi: Dimitrije Milić, Ko-  
mentar zakona o autorskom pravu sa sudskom praksom, II izdanje, Službeni list SFRJ, Beograd,  
1987, str. 219. U komentaru su objavljene i neke druge krivične presude koje se odnose na neov-  
lašćeno iskorišćavanje muzičkih dela.

<sup>32</sup> O tome dr Zoran Miladinović, prof. Pravnog fakulteta u Nišu u referatu: Zaštita i ostvari-  
vanje prava intelektualne svojine, Pravni život, br. 11/2006, str. 845–865.

Pored građanskopravne zaštite Zakonom o autorskim i srodnim pravima moralna prava autora i interpretatora uređuje i štiti Krivični zakonik Republike Srbije. U okviru krivičnih dela protiv intelektualne svojine, članom 198 KZ predviđeno je posebno krivično delo: povreda moralnih prava autora i interpretatora.

Novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine predviđene su za izvršenje krivičnog dela.

I odredbom člana 199 KZ iako ona govori o neovlašćenom iskorišćavanju autorskog dela ili predmeta srodnih prava štiti moralna prava.

Na planu doslednije primene zakona i zaštite moralnih prava potrebno je postojanje stručnih specijalizovanih kadrova, sudija, veće i sudova i izmena određenih procesnih zakona.

DIMITRIJE MILIĆ,  
Long-standing Judge, Supreme Court of Serbia;  
Attorney-at-Law, Belgrade

## AUTHOR'S AND INTERPRETER'S COPYRIGHTS – MORAL RIGHTS AND THEIR CRIMINAL-LAW PROTECTION

### Summary

Author's copyrights – moral rights: paternity right, right to name designation, right of publishing, right of protection of the work's integrity, right to opposing an unbecoming use of the work and interpreter's moral rights have a legal preference in the regulation and protection in comparison with copyright property rights.

Besides the civil-law protection by the Law on Copyright and Related Rights, the author's and interpreter's moral rights are regulated and protected by the Criminal Law of the Republic of Serbia. In the context of criminal acts against intellectual property, article 198 of that Law stipulates a special criminal act: violation of author's and interpreter's moral rights.

A fine or prison sentence up to three years are stipulated for the commission of that criminal act. At the same time, article 199 of the Criminal Law as well protects the moral rights, although it deals only with the unauthorized use of author's work or items of related rights.

In the context of a more consequent implementation of law and protection of moral rights, the existence of expert and specialized staff, judges, boards and courts, as well as a change of certain procedural laws are suggested as necessary by the author.



ZORAN MILADINović

## **ODREĐIVANJE TARIFE ORGANIZACIJA ZA KOLEKTIVNO OSTVARIVANJE AUTORSKOG I SRODNIH PRAVA**

### U V O D

Za subjektivno autorsko i srodna prava je karakteristično da njihovu sadržinu čine određena ovlašćenja imovinskopravne i ličnopravne prirode. Pošto su u pitanju privatna prava, subjekti prava mogu, ali i ne moraju da ih vrši. Konstatacija da je na subjektima autorskog i srodnih prava da odluče da li će ili neće vršiti svoje pravo ima samo figurativno značenje, jer smisao stvaranja određenog intelektualnog dobra, povodom kojeg nastaje subjektivno pravo jeste upravo u sticanju određene materijalne koristi od toga, a to se postiže vršenjem pojedinih ovlašćenja iz sadržine konkretnog prava.<sup>1</sup> Mala je verovatnoća da će danas bilo koji autor stvarati autorsko delo (za šta je potreban veliki intelektualni napor, vreme i novac) samo zato da bi bio priznat kao stvaralac bez ikakve ekonomske koristi. Isto važi i za subjekte zaštite srodnih prava. Subjekti autorskog i srodnih prava, većinu ovlašćenja koja čine sadržinu njihovog prava, mogu ostvarivati individualno. U autorskopravnom smislu, individualno ostvarivanje ovlašćenja može se vršiti lično bilo preko punomoćnika. Postoje međutim, neka ovlašćenja

---

Dr Zoran Miladinović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu. Rad predstavlja rezultat istraživanja na projektu »Pristup pravosuđu – instrumenti za implementaciju evropskih standarda u pravni sistem Republike Srbije« br. 149043D, koji finansira Ministarstvo nauke Republike Srbije.

<sup>1</sup> Miladinović, Z.: Pravo intelektualne svojine, Pravni fakultet Kragujevac, 2009, str. 32.

koja subjekti prava iz objektivnih razloga ne mogu vršiti individualno. U pitanju su ona imovinsko-pravna ovlašćenja koja se iskorišćavaju od velikog broja korisnika i veoma učestalo (iskorišćavanje muzičkih autorskih dela emitovanjem, javnim saopštavanjem dela koja se emituju, javnim saopštavanjem dela sa nosača zvuka i sl.). Isti je slučaj i kada su u pitanju prava srodna autorskom pravu (iskorišćavanje fonograma, interpretacije i sl.). Ovaj problem se rešava tako što se ova ovlašćenja ostvaruju na kolektivan način tj. preko organizacija za kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava.<sup>2</sup> Sistem kolektivnog ostvarivanja autorskog i srodnih prava funkcioniše tako što subjekti prava lično ili putem odgovarajućeg udruženja osnivaju odgovarajuću organizaciju koja ova ovlašćenja ostvaruje za njihov račun.<sup>3</sup> Kada određena organizacija ispuni zakonom propisane uslove za osnivanje (kada dobije dozvolu za rad, upiše se u registar kod nadležnog organa i u registar udruženja<sup>4</sup>), nosioci autorskog ili srodnih prava sa organizacijom zaključuju ugovor kojim je ovlašćuju, odnosno kojim joj na isključiv način ustupaju ona imovinsko-pravna ovlašćenja koja oni ne mogu ostvarivati individualno. Na osnovu takvog ugovora organizacija sa korisnicima zaključuje ugovore o neisključivom ustupanju ovlašćenja na iskorišćavanje onih predmeta zaštite za koje je specijalizovana i za koja je ovlašćena od nosioca prava, a koja čine njen repertoar. Pored toga, organizacija za račun svojih klijenata (autora i subjekata zaštite srodnih prava) naplaćuje i naknadu od onih korisnika koji imaju pravo na korišćenje predmeta zaštite bez saglasnosti autora, odnosno nosioca prava (na osnovu zakonske licence, na primer) ali uz obavezu plaćanja naknade i naknadu od pojedinih subjekata koji ne iskorišćavaju autorska dela i predmete zaštite srodnih prava, već određeni deo naknade plaćaju po zakonu i to zbog toga što proizvode određene uređaje i sredstva koji su podobni za umnožavanje autorskih dela i predmeta zaštite srodnih prava.<sup>5</sup>

<sup>2</sup> Miladinović, Z.: Ostvarivanje autorskog i srodnih prava, *Pravo i privreda* 5–8/2008, str. 857–859.

<sup>3</sup> Prva organizacija sa ciljem kolektivne zaštite autorskog prava (muzičkih autorskih dela) osnovana je 1851. godine u Francuskoj pod skraćenim nazivom SACEM (*Societe des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique*) – Društvo autora, kompozitora i izdavača muzike. U našoj zemlji najpoznatija takva organizacija je SOKOJ (Savez organizacija kompozitora Jugoslavije), koja i danas postoji pod ovim imenom. Danas u skoro svim razvijenijim zemljama sveta postoje organizacije za kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava.

<sup>4</sup> Status udruženja organizacije za kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava predviđen je članom 161 ZASP. To je novina u odnosu na ranija zakonska rešenja prema kojima organizacija nije imala status udruženja.

<sup>5</sup> To su na primer, proizvođači i uvoznici tehničkih uređaja za tonsko i vizuelno snimanje autorskih dela i predmeta zaštite srodnih prava i proizvođači, odnosno uvoznici praznih nosača zvuka, slike i teksta (videti na primer, čl. 35, 39, 40 i 146 ZASP).



Sistem kolektivnog ostvarivanja autorskog i srodnih prava je izuzetno pogodan i koristan, ali i jedino moguć način ostvarivanja nekih imovinskopravnih ovlašćenja autora i subjekata zaštite srodnih prava. Štaviše, propisi o autorskom pravu pojedinih zemalja, predviđaju da se autorima i subjektima zaštite srodnih prava ne mogu priznati pojedina ovlašćenja sve dok se ne osnuje organizacija za njihovo kolektivno ostvarivanje.<sup>6</sup> S druge strane, ima zemalja čiji propisi o autorskom pravu predviđaju da autori i subjekti zaštite srodnih prava pojedina ovlašćenja iz sadržine subjektivnog prava mogu ostvari *jedino* preko organizacije za kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava.<sup>7</sup> Iako je sistem kolektivnog ostvarivanja autorskog i srodnih prava pogodan (za neka ovlašćenja jedino i moguć) problem kod ovog oblika ostvarivanja autorskog i srodnih prava pojavljuje se u odnosu organizacija–korisnici. Naime, korisnici autorskih dela i predmeta zaštite srodnih prava su brojni i raznovrsni. Nekima od njih je korišćenje autorskih dela i predmeta zaštite srodnog prava osnovna ili pretežna delatnost, dok neki to čine »usputno« obavljujući svoju redovnu delatnost, a korišćenje autorskih dela i predmeta zaštite srodnog prava im je samo korisno ili prijatno za svoje klijente, odnosno korisnike.<sup>8</sup> Ovaj problem rešava se *tarifom* organizacije. Tarifa je akt organizacije na osnovu koje se korisnici autorskih dela i predmeta zaštite srodnih prava razvrstavaju u određene kategorije. Ovo razvrstavanje vrši se prema određenim parametrima koji su sadržani u *tarifi organizacije*. I upravo tu se javlja problem. Naime, prema svim našim dosadašnjim propisima o autorskom i srodnim pravima,<sup>9</sup> tarifu kao opšti akt donosila je organizacija, odnosno njen up-

---

<sup>6</sup> Na primer, prema Zakonu o autorskom pravu, dizajnu i patentima Velike Britanije iz 1988. (čl. 35 i 60), pravo na naknadu za snimanje emisije i umnožavanje tog snimka od strane obrazovne institucije u obrazovne svrhe, kao i pravo na naknadu za umnožavanje i stavljanje u promet rezimea objavljenog članka stručne ili tehničke sadržine ne postoje sve dok se ne osnuje organizacija koja će kolektivno ostvarivati ova prava.

<sup>7</sup> To je slučaj na primer sa našim aktuelnim ZASP koji propisuje da se pravo na posebnu naknadu od prodaje tehničkih uređaja i praznih nosača zvuka, slike i teksta može ostvarivati samo preko organizacije za kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava (čl. 39 ZASP). Takođe, prema članu 117 ZASP, interpretator može ostvarivati pravo na emitovanje i reemitovanje njegove interpretacije sa snimka izdatog na nosaču zvuka, javno saopštavanje njegove interpretacije koja se emituje sa snimka izdatog na nosaču zvuka i javno saopštavanje njegove interpretacije sa snimka izdatog na nosaču zvuka samo preko organizacije za kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava. Isto pravilo predviđeno je i za proizvođača fonograma.

<sup>8</sup> Na primer, nije isto kada muzička autorska dela koriste organizatori koncerata, komercijalne RTV stanice koje ispunjavaju muzičke želje svojih slušalaca ili gledalaca i frizerski saloni, razne zanatske radnje, koji muzička autorska dela koriste da bi se njihovi klijenti osećali prijatnije dok borave u njihovim prostorima.

<sup>9</sup> Kod nas se ovom obliku ostvarivanja autorskog i srodnih prava prvi put posvećuje ozbiljnija pažnja Zakonom o autorskom i srodnim pravima iz 1998. koji u nekoliko veoma opširnih odredbi uređuje materiju kolektivnog ostvarivanja autorskog i srodnih prava.

ravni odbor bez ikakvog uticaja korisnika autorskih dela i predmeta zaštite srodnog prava na to u koju će tarifnu klasu biti svrstani, pa samim tim i koliko će naknadu za iskorišćavanje autorskih dela i predmeta zaštite srodnog prava plaćati. U takvoj situaciji korisnici su imali dve mogućnosti. Jedna je da zaključe ugovor sa organizacijom prema uslovima koji su sadržani u tarifi, prihvatajući na taj način da plaćaju naknadu koja je unapred određena tarifom. Dakle, da jednostavno pristupe ugovoru. Druga je da ne zaključe ugovor sa organizacijom, a ako to ne učine a iskorišćavaju autorska dela i predmeta zaštite srodnog prava postaju neovlašćeni korisnici, što automatski predstavlja povredu autorskog i srodnih prava.

Imajući u vidu da je u prethodnom periodu najviše sporenja između organizacija i korisnika bilo upravo pitanje načina određivanja tarife, odnosno razvrstavanje korisnika u odgovarajuće tarifne klase, Zakon o autorskom i srodnim pravima (ZASP) iz 2009<sup>10</sup>, oslanjajući se na rešenja iz uporednog prava na neki način rešava ovaj problem propisujući sasvim nov način određivanja tarife. Naime, odredbama čl. 173–179 ZASP, propisano je da se tarifa donosi *pregovorima* između organizacije i reprezentativnog udruženja korisnika ili individualnog korisnika. Dakle, prema aktuelnom zakonskom rešenju, tarifa više nije *jednostrani akt* organizacije, već je to zajednički akt, oba subjekta—organizacije i korisnika. Štaviše, ZASP iz 2009. predviđa i Komisiju za autorsko i srodna prava čiji je osnovni zadatak da daje stručno mišljenje o predlogu tarife, i to u onom slučaju kada se između organizacije i reprezentativnog udruženja korisnika ne može postići dogovor o tarifi, a u krajnjem slučaju Komisija može i sama odrediti tarifu.

U ovom radu bavićemo se upravo načinom određivanja tarife organizacija za kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava prema našem aktuelnom ZASP, odnosno prednostima i nedostacima pojedinih zakonskih rešenja pre svega u odnosu na rešenja iz uporednog autorskog prava.

### *Pojam i parametri za određivanje tarife*

Tarifa je opšti akt organizacije za kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava kojim se utvrđuje visina i način određivanja naknade koju organizacija naplaćuje korisnicima za pojedine oblike iskorišćavanja autorskih dela i predmeta zaštite srodnih prava i obveznicima plaćanja posebne naknade. Da bi se razumela suština tarife, potrebno je ukazati da se preko organizacije za kolektivno

---

<sup>10</sup> Sl. glasnik RS 104/2009.

ostvarivanje autorskog i srodnih prava, dakle, na kolektivan način mogu vršiti dve vrste imovinskopravnih ovlašćenja: *apsolutna* (isključiva) i *relativna* (neisključiva). U zavisnosti od toga koja su ovlašćenja u pitanju, zavise i obaveze organizacije, ali i značaj tarife.

Kada je u pitanju vršenje apsolutnih imovinskopravnih ovlašćenja preko organizacije, nosioci prava sa organizacijom zaključuju ugovor kojim joj ustupaju određena *isključiva* imovinskopravna ovlašćenja na određenim vrstama predmeta zaštite. Po pravilu preko organizacije se ostvaruju ona isključiva imovinskopravna ovlašćenja za koja nije nužno neophodno postojanje primerka dela ili predmeta zaštite srodnog prava, tz. iskorišćavanje u bestelesnoj formi. To su na primer, ovlašćenje na izvođenje, predstavljanje, prenošenje izvođenja ili predstavljanja, emitovanje, javno saopštavanje dela sa nosača zvuka, odnosno zvuka i slike, javno saopštavanje predmeta zaštite koji se emituje. Ova ovlašćenja nosilaca prava iskorišćavaju se veoma često (skoro svakodnevno) i od velikog broja subjekata, tako da je ostvarivanje na individualan način skoro nemoguće.<sup>11</sup> Jedna od glavnih karakteristika kolektivnog ostvarivanja isključivih imovinskopravnih ovlašćenja je u tome što organizacija za kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava u ovom slučaju postaje *isključivi nosilac prava* i što se ovlašćenja organizacije odnose na sve predmete zaštite onog nosioca prava, koji sa organizacijom zaključi ugovor o kolektivnom ostvarivanju njegovih prava. To konkretno znači, da za ostvarivanje određenih imovinskopravnih ovlašćenja na teritoriji jedne zemlje može postojati samo jedna specijalizovana organizacija koja ima *monopolski* položaj i da jedan autor muzičkih dela ne može, na primer, organizaciji ustupiti ovlašćenje da ona ostvaruje njegova ovlašćenja na nekim njegovim muzičkim delima a da će na nekima ta ovlašćenja on ostvarivati individualno. Ovo pravilo, ustanovljeno je prevashodno zbog pravne sigurnosti korisnika koji zaključujući sa organizacijom ugovor opravdano veruju da je ista ovlašćena da ostvaruje sva prava određenog autora. Na osnovu ovlašćenja koje je dobila od autora, odnosno nosioca prava, organizacija zaključuje ugovore sa korisnicima pojedinih predmeta zaštite, kojim im na *neisključiv* način ustupa ovlašćenje na iskorišćavanje predmeta zaštite sa njenog repertoara, izvršavajući na taj način svoju obavezu prema nosiocima prava.

Prema tome, kada je u pitanju ostvarivanje apsolutnih imovinskopravnih ovlašćenja, organizacija sa korisnicima zaključuje ugovor o *neisključivom* ustupanju ovlašćenja na iskorišćavanje predmeta zaštite, od korisnika naplaćuje naknadu za iskorišćavanje predmeta zaštite i da tako ubranu naknadu predaje

---

<sup>11</sup> Miladinović, Z., Ostvarivanje autorskog i srodnih prava... str. 857–859.

nosiocima prava zadržavajući za sebe iznos koji joj je neophodan za pokriće troškova poslovanja. Ključno pitanje u ostvarivanju ovih ovlašćenja odnosi se na visinu naknade, koja će se ugovoriti između organizacije i korisnika, koju će plaćati pojedini korisnici a to se uređuje *tarifom* organizacije. Dakle, kada su u pitanju imovinskopravna ovlašćenja apsolutnog dejstva, organizacija sa svakim korisnikom predmeta zaštite zaključuje pojedinačan ugovor na osnovu kojeg korisnik stiče pravo da iskoristi određeni predmet zaštite, a ugovorom se definiše u koju tarifnu klasu je konkretan korisnik svrstan.

Kada je reč o ostvarivanju *neisključivih* imovinskopravnih ovlašćenja nosilaca prava, organizacija sa određenim korisnicima zaključuje ugovor kojim se određuje *samo iznos naknade* koji je korisnik dužan da plati za određeni oblik korišćenja predmeta zaštite. Ovim ugovorom organizacija *ne ustupa* nikakva ovlašćenja korisnicima, jer oni pravo na iskorišćavanje imaju na osnovu zakona, bilo da im je to pravo priznato ograničenjem isključivih imovinskopravnih ovlašćenja,<sup>12</sup> bilo da je u pitanju ovlašćenje na naknadu dela sredstava od prodaje tehničkih uređaja i praznih nosača zvuka, slike i teksta za koje se opravdano može očekivati da će biti korišćeni za umnožavanje autorskih dela i predmeta zaštite srodnih prava.<sup>13</sup> Dakle, i ova naknada određuje se tarifom organizacije, s tim što se u ovom slučaju ne zaključuje ugovor o ustupanju određenog ovlašćenja, jer korisnici pravo na iskorišćavanje imaju na osnovu zakona.

Tarifom kao osnovnim aktom organizacije, svi korisnici predmeta zaštite razvrstavaju se u određene tarifne klase (tarifne stavove), pri čemu se polazi od određenih parametara.

Osnovno polazište u određivanju tarife, kada su u pitanju isključiva imovinskopravna ovlašćenja jeste da ista mora da bude primerena vrsti i načinu iskorišćavanja autorskog dela, odnosno predmeta zaštite srodnog prava, pri čemu se polazi od toga da li je iskorišćavanje predmeta zaštite *nužno* za obavljanje delatnosti korisnika (na primer, koncertno korišćenje muzičkih dela, emitovanje od strane komercijalnih RTV stanica i sl.), ili iskorišćavanje predmeta zaštite *nije nužno* već samo korisno ili prijatno za obavljanje delatnosti korisnika (na primer, u slučaju kada predmete zaštite koriste autoprevozna preduzeće, ugostiteljski objekti, trgovinske ili zanatske radnje i sl.).<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Miladinović, Z.: Ograničenja subjektivnog autorskog prava, Pravo, teorija i praksa, 10/2002, str. 19.

<sup>13</sup> Takva su na primer književna, muzička, i filmska dela. Nosioци prava ovo ovlašćenje mogu ostvarivati isključivo preko organizacije za kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava (čl. 39, stav 8, čl. 117, 127 ZASP).

<sup>14</sup> Samardžić, M.: Korisnici i autorska prava u svetu i kod nas. Pravni život 11/97, str. 631.

Ako je iskorišćavanje predmeta zaštite nužno za obavljanje delatnosti korisnika, tarifa se određuje, po pravilu, u procentualnom iznosu od prihoda koji korisnik ostvaruje obavljajući delatnost u okviru koje iskorišćava predmete zaštite.<sup>15</sup> U svakom slučaju, taj iznos mora da bude u srazmeri sa značajem koji za prihode korisnika ima iskorišćavanje predmeta zaštite sa repertoara organizacije.

Ako iskorišćavanjem predmeta zaštite korisnik ne ostvaruje prihod, tarifa se određuje u procentualnom iznosu od troškova potrebnih za obavljanje delatnosti u okviru koje se iskorišćavaju predmeti zaštite, pri čemu se takođe vodi računa o značaju koji iskorišćavanje predmeta zaštite ima za delatnost korisnika (na primer, uzima se u obzir da li se u određenom restoranu dolazi zbog dobre muzike ili zbog dobre hrane i pića).

Ako iskorišćavanje predmeta zaštite nije nužno za obavljanje delatnosti korisnika već samo korisno ili prijatno i pod uslovom da je određivanje tarife u procentualnom iznosu *nemoguće ili bi to predstavljalo znatne teškoće*, tarifa se može odrediti i u paušalnom iznosu. To će na primer, biti slučaj kada se određuje naknada koju za iskorišćavanje predmeta zaštite plaćaju frizerski saloni, razne zanatske radnje i sl. Poznato je da su i ovi subjekti korisnici predmeta zaštite, ali je jasno da oni to ne čine radi ostvarivanja prihoda od iskorišćavanja predmeta zaštite, već zato što je to prijatnije za njihove klijente.

Ipak, iako se za ove korisnike, po pravilu, plaćanje naknade određuje u paušalnom iznosu, i za njih se u tarifi polazi od određenih parametara a to su: vrsta i način iskorišćavanja predmeta zaštite, geografska lokacija objekta u kome se vrši iskorišćavanje predmeta zaštite, vrsta i veličina prostora u kojem se obavlja delatnost, odnosno koriste predmeti zaštite, trajanje i obim iskorišćavanja i cene usluga korisnika (čl. 171, stav 3 ZASP). Ovakvo zakonsko rešenje je sasvim ispravno, jer je logično da i kada plaćaju naknadu u paušalnom iznosu, ne budu u istoj tarifnoj klasi jedan restoran u ekskluzivnom delu nekog grada i jedan na periferiji grada ili u nekom selu. Raniji propisi o autorskom pravu u našoj zemlji nisu sadržali ovakva rešenja, pa su svi korisnici koji su naknadu plaćali u paušalnom iznosu, tarifom organizacije bili svrstani u isti tarifni stav, bez obzira na kom se geografskom lokalitetu nalaze, koliko učestalo koriste predmete zaštite, kolika je posećenost njihovog objekta i sl.

---

<sup>15</sup> ZASP iz 1998 (čl. 158, stav 2) taj iznos bio je ograničen na maksimalno 10% od prihoda koji korisnik ostvari iskorišćavanjem autorskih dela i predmeta zaštite srodnih prava. Aktuelni ZASP ne propisuje u tom pogledu bilo kakvo ograničenje, što je i razumljivo budući da je sada predviđeno da se visina naknade određuje pregovorima između organizacije i korisnika.

*Način određivanja tarife*

Prema pravilima autorskog prava, uključujući i rešenja iz naših ranijih zakona o autorskom pravu,<sup>16</sup> tarifu je određivala organizacija za kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava, tačnije, njen upravni odbor.<sup>17</sup> Na takav način određivanja tarife korisnici nemaju nikakvog uticaja, tako da su prisiljeni da plaćaju ono što im je tarifom određeno. Jedino pravno sredstvo koje im u tom slučaju stoji na raspolaganje je mogućnost osporavanja tarife sa obrazloženjem da je iznos naknade koji je određen tarifom suviše visok, odnosno da je konkretni korisnik neopravdano razvrstan u tarifni stav, odnosno klasu kojoj s obzirom na delatnost koju obavlja ne pripada. Tada dolazi do tarifnog spora,<sup>18</sup> koji za posledicu ima nemogućnost zaključivanja ugovora o iskorišćavanju predmeta zaštite, što prouzrokuje čitav niz problema: ukoliko korisnici iskorišćavaju predmete zaštite sa repertoara organizacije sa kojom nisu zaključili ugovor postaju neovlašćeni korisnici autorskog i srodnih prava, što povlači odgovornost za povredu istih. Ukoliko se korisnici uzdržavaju od iskorišćavanja predmeta zaštite štetu trepe nosioci prava jer se njihovi predmeti zaštite ne iskorišćavaju, pa samim tim nema ni prihoda. Radi rešavanja takvih problema, uporedno autorsko pravo predviđa određene mehanizme, radi razrešenja sporne situacije.

U uporednom autorskom pravu poznata su uglavnom dva mehanizma za rešavanje tog problema. Jedan je intervencija od strane arbitraže<sup>19</sup> pri nekom

---

<sup>16</sup> Prema ZASP iz 1998 i 2004, od kada je materija kolektivnog ostvarivanja autorskog i srodnih prava u našoj zemlji ozbiljnije zakonski tretirana.

<sup>17</sup> To je pravilo kada je u pitanju ustupanje isključivih imovinskopravnih ovlašćenja. Međutim, kada je u pitanju iskorišćavanje autorskih dela i predmeta zaštite srodnih prava koje korisnici imaju na osnovu zakona (relativna ovlašćenja), tarifa se u većini zemalja određuje zakonom ili odgovarajućim podzakonskim aktom.

<sup>18</sup> Najpoznatiji spor u svetu oko tarife organizacije za kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava vođen je između Francuske organizacije za zaštitu autorskih prava *Societe des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM)* – Društvo autora, kompozitora i izdavača muzike i jednog francuskog udruženja vlasnika diskoteka. Spor se vodio 11 godina, od 1978 do 1989. Spor je nastao zbog stava udruženja vlasnika diskoteka da je SACEM-ova tarifa neopravdano viša u odnosu na odgovarajuće tarife drugih evropskih organizacija. U toku spora, osporeni su svi aspekti delovanja SACEM-a. U periodu trajanja spora u Francuskoj je doneto preko 50 odluka od strane različitih sudova. Ovaj slučaj imao je svoj epilog i pred Evropskim sudom pravde. *Revue International du Droit d'Auteur (RIDA)*, br. 140/1989. Navedeno prema: Marković, S.: *Autorsko pravo i srodna prava*. Beograd, 1999, str. 353.

<sup>19</sup> U nekim zemljama na primer, takve arbitraže, odnosno komisije postoje pri ministarstvu kulture ili pravde. Takva tela postoje na primer u Norveškoj, Švedskoj, Austriji, Švajcarskoj, SAD, Kanadi, Kipru, Gani, Indiji, Keniji, Maleziji, Malti, Nigeriji, Zimbabveu.

državnom organu ili intervencija suda koji uređuje sporni odnos.<sup>20</sup> Drugi mehanizam (možda malo bolji u smislu efikasnosti) je, da ukoliko korisnici koji su nezadovoljni visinom naknade koju treba da plaćaju, a koja je određena tarifom i koji žele da za vreme trajanja spora iskorišćavaju predmete zaštite sa repertoara organizacije, u obavezi su da deponuju iznose koji su određeni u tarifi, s tim da će se konačan obračun njihove obaveze izvršiti po okončanju spora.<sup>21</sup> U našem autorskom pravu ovo pitanje ranije nije bilo tretirano na valjan način. ZASP iz 1998. o ovom problemu skoro da nije sadržao bilo kakvo rešenje osim što je članom 181, po ugledu na rešenja u uporednom pravu bilo predviđeno da se spor između organizacije i korisnika koji je pravno lice može izneti pred stalni izabrani sud za intelektualnu svojinu (arbitražu) pri Privrednoj komori tadašnje Jugoslavije. ZASP iz 2004. za nijansu poboljšava ovo rešenje, tako što u članu 172, stav 6 propisuje da u slučaju spora između organizacije i korisnika oko visine naknade, korisnik je dužan da plaća organizaciji tarifom predviđeni iznos u poseban fond, koji se ne raspodeljuje nosiocima prava do pravosnažnog okončanja spora. Aktuelni ZASP, skoro da zadržava rešenje koje je bilo predviđeno ZASP iz 2004, s tim što se pravi razlika da li je u ranijoj tarifi postojao tarifni stav u koji je korisnik razvrstan. Tako prema članu 187, stav 7, u slučaju spora između organizacije i korisnika oko visine naknade, korisnik je dužan da plaća organizaciji iznos predviđen prethodno važećom tarifom, do pravosnažnog okončanja spora. Ako se sporni iznos odnosi na tarifni stav koji nije postojao u prethodno važećoj tarifi, korisnik je dužan da plaća organizaciji iznos predviđen novom tarifom u poseban fond koji se ne raspodeljuje nosiocima prava, do pravosnažnog okončanja spora.

Ovakvo zakonsko rešenje stvara određenu konfuziju, posebno ako se ima u vidu da je aktuelnim ZASP propisano da se tarifa donosi pregovorima između organizacije i reprezentativnog udruženja korisnika. Prema tome, pošto se prema sadašnjem zakonskom rešenju tarifa određuje pregovorima, logično je očekivati da će do primene ove zakonske odredbe doći jedino u slučaju kada se između organizacije i reprezentativnog udruženja korisnika ni nakon stručnog mišljenja

---

<sup>20</sup> U značajnom broju zemalja postoje specijalizovani sudovi za autorsko pravo (*Copyright Tribunal*). Takvi sudovi postoje na primer u Velikoj Britaniji, Australiji, Novom Zelandu i Južnoj Africi. Prema nemačkom zakonu o ostvarivanju autorskog prava (čl. 14, 16 i 17) u tom slučaju spor se prvo iznosi pred arbitražnu komisiju Zavoda za patente. Međutim, odluka ove komisije nema obavezujući karakter, pa ukoliko je strane u sporu ne prihvate, spor se iznosi pred određeni sud.

<sup>21</sup> Poznat je slučaj na primer, iz nemačke prakse kada je tokom poznatog tarifnog spora između nemačke organizacije za vršenje autorskih prava na muzičkim delima GEMA i nemačkog ogranka Međunarodne federacije proizvođača fonograma IFPI, IFPI, da bi mogla da nastavi da koristi dela sa repertoara GEMA, morala da deponuje 120 miliona maraka. Navedeno prema: Marković, S.: Op. cit., str. 354.

Komisije ne postigne dogovor o tarifi, u kom slučaju tarifu određuje Komisija za autorsko i srodna prava, ili eventualno kada određeni korisnik nije saglasan sa tarifom sa kojom se saglasilo reprezentativno udruženje čiji je on član.

### *Pregovori i sporazum o tarifi*

Problemi koji su se pokazali tokom primene ranijih propisa vezani za kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava, tačnije za način donošenja tarife, jedan su od glavnih razloga da se u Srbiji donese novi ZASP. Novi zakon u tom delu, po ugledu na praksu kolektivnog ostvarivanja autorskog i srodnih prava u uporednom pravu, predviđa suštinske promene jer obavezuje organizaciju da tarifu određuje kroz *pregovore sa korisnicima*. Dakle, prema aktuelnom ZASP, tarifa nije više akt izraza volje samo jedne ugovorne strane-organizacije, već je to akt koji sporazumno donose organizacija i korisnici, odnosno njihovo reprezentativno udruženje. Takvo rešenje je apsolutno pravično jer uvažava ekonomske interese korisnika autorskih dela i predmeta zaštite srodnih prava.

Polazeći od realne pretpostavke da će i u novom načinu određivanja tarife biti teškoća, koje će se pre svega ispoljavati u visini i načinu primene tarife, novim zakonom je rešeno i pitanje u slučaju da između organizacije i reprezentativnog udruženja sporazum o tarifi izostane. U tom cilju ustanovljeno je novo stručno telo Komisija za autorsko i srodna prava (dalje Komisija) koja će davati mišljenje o predlogu tarife, i predložiti nove pregovore između organizacije i reprezentativnog udruženja, a u slučaju da i u ponovljenim pregovorima do sporazuma ne dođe, Komisija je ovlašćena da sama donese odluku o tarifi.

Svrha pregovaranja o tarifi je da se pri određivanju tarife u većoj meri uvažavaju ekonomski interesi korisnika autorskih dela i predmeta zaštite srodnih prava, odnosno da tarifa organizacije bude pravičnija. Prema članu 173 ZASP, pregovore o tarifi dužna je da inicira organizacija i to objavom poziva korisnicima za pregovore koji se objavljuje u Službenom glasniku RS, na internet stranici organizacije i u jednom visokotiražnom dnevnom listu. Sporazum o tarifi treba da bude postignut u rok od 60 dana od dana objave poziva za pregovore. Ova zakonska odredba može u praksi stvoriti nesporazume, jer je nelogično da pregovori o tako ozbiljnom pitanju počinju danom objave. Logično bi bilo da se u pozivu korisnicima ostavi određeni rok da se zainteresovani korisnici prijave za pregovore a da se po isteku roka za prijavljivanje otpočne sa pregovorima i da se isti završe u određenom roku.

Dobro zakonsko rešenje je što je jasno određeno da se pregovori vode sa reprezentativnim udruženjem korisnika i da je članom 174 stav 1 ZASP propisa-



no da se kao reprezentativno smatra ono udruženje korisnika koje na teritoriji Srbije predstavlja većinu korisnika iz određene delatnosti, odnosno kome je reprezentativnost priznata na osnovu drugih propisa. Ako nema takvog udruženja, reprezentativnost se utvrđuje na osnovu broja korisnika koje udruženje predstavlja, aktivnosti udruženja, stepena organizovanosti udruženja i sl.

O tarifi se može pregovarati i sa individualnim korisnikom, ukoliko je prema prirodi poslovanja on jedini koji obavlja određenu delatnost u Republici Srbiji. Prema stavu 3 člana 174 ZASP status individualnog korisnika imaju ustanove javnog radio-difuznog servisa. Ukoliko se sporazum o tarifi postigne, isti se sačinjava u pismenoj formi. Sporazum o tarifi mora da sadrži: 1. iznos naknade za iskorišćavanje autorskih dela, odnosno predmeta zaštite srodnih prava sa repertoara organizacije; 2. uslove za korišćenje autorskih dela, odnosno predmeta zaštite srodnih prava sa repertoara organizacije; 3. rok i način naplate naknade; 4. okolnosti korišćenja zbog kojih se visina određene naknade u tarifi uvećava ili smanjuje.

Organizacija je obavezna da usvojenu tarifu objavi u Službenom glasniku RS, a tarifa stupa na snagu osmog dana od dana objavljivanja. Ako u roku od 60 dana od dana objave poziva (po nama od dana započinjanja pregovora) ne bude postignut sporazum o tarifi, predlog tarife određuje upravni odbor organizacije i dostavlja ga Komisiji na stručno mišljenje. Do okončanja postupka određivanja tarife uz posredovanje Komisije naknada se plaća prema postojećoj tarifi.

Poznato je u praksi da jedan korisnik istovremeno iskorišćava više predmeta zaštite. Na primer, kada jedna RTV stanica emituje interpretaciju određenog interpretatora koja je zabeležena na nosaču zvuka, ona istovremeno iskorišćava i fonogram. Isti je slučaj i kada neki korisnik, na primer, neko autoprevozno preduzeće javno saopštava interpretaciju koja je snimljena na nosaču zvuka. Iz tih razloga se između organizacije interpretatora i organizacije proizvođača fonograma i reprezentativnog udruženja korisnika određuje jedinstvena tarifa. U ovom slučaju organizacija proizvođača fonograma i organizacija interpretatora zajednički iniciraju pregovore o jedinstvenoj tarifi i zajednički pregovaraju sa reprezentativnim udruženjem korisnika. Ukoliko se u roku od 60 dana od dana objave poziva ne postigne sporazum o jedinstvenoj tarifi, predlog jedinstvene tarife, pismenim sporazumom određuju upravni odbori organizacija, koji dostavljaju Komisiji na stručno mišljenje. Ukoliko ove organizacije u roku od 90 dana od dana objave poziva za pregovore (organizacija proizvođača fonograma i organizacija interpretatora) ne podnesu Komisiji zahtev za dobijanje mišljenja o predlogu jedinstvene tarife, tu tarifu određuje Komisija. Dakle, ZASP, u ovom slučaju ne predviđa mogućnost da Komisija dostavljajući stručno mišljenje organizacijama, iste pozove da ponove pregovore, pa tek ako ni u ponovljenim pregovorima ne dođe do sporazuma, da Komisija sama donese tarifu, već Komisija donosi tarifu

ukoliko joj se u roku od 90 dana od dana objave poziva za pregovore ne podnese zahtev za dobijanje Mišljenja.

Ova zakonska odredba je u najmanju ruku nelogična. Naime, Komisija je stručno telo koje daje mišljenje na predlog tarife. Logično je (kao što je to slučaj kada se određuje tarifa između jedne organizacije i reprezentativnog udruženja), da Komisija stupa na scenu tek ukoliko se pregovorima ne usvoji tarifa. U ovom konkretnom slučaju Komisija može odrediti tarifu bez ikakvih pregovora ili predloga.

ZASP, je poseban prostor posvetio donošenju tarife na osnovu koje se vrši naplata od korisnika koji autorska dela i predmete zaštite srodnih prava iskorišćavaju na osnovu zakona. S obzirom na činjenicu da su u konkretnom slučaju obveznici plaćanja proizvođači i uvoznici tehničkih uređaja za tonsko i vizuelno snimanje i praznih nosača zvuka, slike i teksta, a da se na drugoj strani kao imao ci prava na potraživanje dela naknade javlja više lica (autori muzičkih dela, interpretatori, proizvođači fonograma i videograma), zakonom je predviđeno da se u tom slučaju određuje jedinstvena tarifa. Jedinstvena tarifa određuje se sporazumom u pismenoj formi između organizacija koje ostvaruju ova relativna ovlašćenja onih nosilaca autorskog i srodnih prava kojima je zakonom priznato pravo na posebnu naknadu i reprezentativnog udruženja proizvođača, odnosno uvoznika uređaja za tonsko i vizuelno snimanje i proizvođača, odnosno uvoznika praznik nosača zvuka, slike i teksta.<sup>22</sup> Organizacije koje ostvaruju ova prava zajednički iniciraju pregovore i pregovaraju o jedinstvenoj tarifi kao i u prethodnom slučaju. Ukoliko se u roku od 60 dana, od dana upućivanja poziva za pregovore ne postigne sporazum o jedinstvenoj tarifi, predlog jedinstvene tarife određuju sporazumno upravno odbori organizacija koje ostvaruju ova prava i dostavljaju ga Komisiji na mišljenje.

---

<sup>22</sup> U uporednom pravu, tarifa o visini i načinu plaćanja ove naknade određuje se zakonskim propisima ili podzakonskim aktima. Ovakvo rešenje po nama je ispravnije, jer iako se tarifa određuje zakonom ili podzakonskim aktima a ne pregovorima visina i način plaćanja svakako se određuju na osnovu određenih kriterijuma. U takvoj situaciji ostaje malo prostora da se organizacije i reprezentativna udruženja, makar i u pregovorima spore o određenim pitanjima. Ovo pitanje najbolje i najdoslednije je uređeno Zakonom o autorskom pravu SR Nemačke iz 1986. Naime, prema članu 53 ovog zakona tarifom je predviđeno plaćanje i to: za magnetofon 2, 50 tadašnjih DM, za video rekorder 18 DM, nesnimljenu magnetofonsku traku 0,12 DM po satu trajanja. Kada se radi o kopir aparatima visina naknade zavisi od broja kopija koje aparat može izvesti u minuti. Tako, prema navedenom zakonu lica koja se kopiranjem bave kao privrednom delatnošću za privatne i druge potrebe kao što su škole, fakulteti, biblioteke i sl. dužna su da plaćaju autorsku naknadu za svaku načinjenu kopiju i to za format A4 u jednoj boji od 0,02 do 0,05 DM, a za višebojne kopije dvostruko više.

Ukoliko u roku od 90 dana od dana objave poziva za pregovore o tarifi, organizacije koje ostvaruju ova prava ne podnesu Komisiji zahtev za dobijanje mišljenja o predlogu jedinstvene tarife, tu tarifu odrediće Komisija.

Interesantno je da je članom 178, stav 7 ZASP predviđeno da naplatu naknade od prve prodaje ili uvoza uređaja za tonsko i vizuelno snimanje, praznik nosača zvuka, slike i teksta od proizvođača, odnosno uvoznika, uz prethodno postignut pismeni sporazum sa organizacijama koje su učestvovala u pregovorima (organizacija za kolektivno ostvarivanje prava interpretatora, proizvođača fonograma i organizacije za ostvarivanje prava proizvođača videograma) vrši organizacija za kolektivno ostvarivanje autorskih muzičkih prava. Zakonom je propisan i udeo koji pripada pojedinim nosiocima prava od ukupnog iznosa koji se naplati od prodaje ovih sredstava i praznih nosača zvuka, slike i teksta. Tako je prema članu 178, stav 8 ZASP organizacija za kolektivno ostvarivanje autorskih muzičkih prava dužna da po odbitku ukupnih troškova koje je imala u naplati, raspodeli autorima i preda organizacijama interpretatora i proizvođačima fonograma, odnosno videograma na sledeći način 40% autorima, 30% interpretatorima i 30% proizvođačima fonograma i videograma.<sup>23</sup>

### *Uloga Komisije za autorsko i srodna prava u određivanju tarife*

Komisija za autorsko i srodna prava je stručno telo ovlašćeno da daje mišljenje o predlogu tarife koji predlažu organizacije za kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava. U slučaju da se pregovorima ne postigne sporazum o tarifi, ZASP je u skladu sa rešenjima iz uporednog autorskog prava predvideo mehanizam određivanja tarife. U tom slučaju predlog tarife utvrđuje upravni odbor organizacije, odnosno sporazumno upravni odbori organizacija ako je u pitanju jedinstvena tarifa dve ili više organizacije. Predlog tarife u tom slučaju dostavlja se Komisiji najkasnije u roku od 90 dana od dana objave poziva za pregovore o tarifi. Ova zakonska odredba stvara određenu zabunu i nejasnoću. Naime, prema članu 174, organizacija i reprezentativno udruženje u prvoj fazi vode pregovore o tarifi, a tek ako u toku pregovora ne postignu dogovor u pomoć »priskače« Komisija. Međutim, iz odredbe člana 197, stav 1 ZASP proizilazi da se zahtev za dobijanje mišljenja Komisiji upućuje i pre neuspelih pregovora, fak-

---

<sup>23</sup> Prema nemačkom pravu naknada se deli tako što 50% pripada autorima, 25% interpretatorima (izvođačima) i 25% izdavačima. U Ruskoj federaciji taj odnos je 40% autorima, 30% interpretatorima i 30% proizvođačima fonograma, odnosno videograma.

tički samim upućivanjem poziva za pregovore, a najkasnije u roku od 90 dana od dana objave poziva za pregovore. Ovakav zaključak proizilazi i iz odredbe člana 198 ZASP prema kome zahtev za dobijanje mišljenja o tarifi pored ostalog sadrži navode o dosadašnjim pregovorima i rezultatima pregovora o tarifi, ako su vođeni, kao i obrazloženje zašto nije postignut sporazum o tarifi. Smatramo da je ova zakonska odredba samo nespretno formulisana i da se zahtev za dobijanje mišljenja Komisiji upućuje samo ukoliko su pregovori o tarifi okončani neuspelom. Uostalom to je jasno rečeno u članu 176, stav 1, u kome se kaže da, ako se u roku od 60 dana od dana objave poziva za pregovore ne postigne sporazum o tarifi, predlog tarife određuje upravni odbor organizacije i dostavlja ga Komisiji radi davanja stručnog mišljenja.

Ako su predlog jedinstvene tarife odredile dve ili više organizacija (na primer, organizacija interpretatora i proizvođača fonograma), onda te organizacije zajednički pokreću postupak za dobijanje mišljenja o predlogu jedinstvene tarife.

Zahtev za dobijanje mišljenja o predlogu tarife podnosi se u dva primerka i mora da sadrži: podatke o podnosiocu, odnosno podnosiocima zahteva; predlog tarife i ako su se vodili pregovori, navode o toku i rezultatima pregovora o tarifi, kao i obrazloženje zašto nije postignut sporazum o tarifi.

Komisija jedan primerak zahteva dostavlja reprezentativnom udruženju korisnika, odnosno individualnom korisniku i poziva ga da se na njega izjasni u roku od 30 dana od dana njegovog prijema. Ukoliko se reprezentativno udruženje korisnika ne izjasni u ostavljenom roku, Komisija daje mišljenje, na osnovu podnetog zahteva. Komisija može da zakaže konsultacije sa predstavnicima organizacije i reprezentativnog udruženja korisnika ukoliko smatra da je to potrebno.

Dakle, iako je organizacija obavezna da pokrene postupak za davanje saglasnosti, Komisija u postupak uključuje i reprezentativno udruženje korisnika, odnosno individualnog korisnika, što znači da su strane u postupku organizacija i reprezentativno udruženje korisnika, odnosno individualni korisnik.

Komisija je obavezna da mišljenje da u roku od 60 dana od dana prijema zahteva. Komisija daje mišljenje na sednici, većinom glasova Komisije. Mišljenje Komisije sadrži ocenu o tome da li predlog tarife organizacije obuhvata ona prava za koja ta organizacija ima dozvolu za kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava izdatu od strane nadležnog organa i da li je naknada određena u skladu sa pravilima za određivanje tarife (čl. 200 ZASP). Dakle, prema ovoj zakonskoj odredbi, Komisija odlučuje ne samo da li je predložena naknada u skladu sa pravilima za određivanje tarife propisanim ZASP, već i da li predlog tarife obuhvata ona prava za koja ta organizacija ima dozvolu za kolektivno ostvarivanje izdatu od strane Zavoda za intelektualnu svojinu. Mišljenje se dostavlja organizaciji i reprezentativnom udruženju korisnika, odnosno individualnom korisniku. Ukoliko je mišljenje Komisije pozitivno, organizacija objavljuje tarifu u

»Službenom glasniku Republike Srbije« u roku od 15 dana od dana prijema mišljenja. Ukoliko je Komisija mišljenja da predlog tarife ne obuhvata ona prava za koja ta organizacija ima dozvolu za kolektivno ostvarivanje prava izdatu od strane nadležnog organa ili da naknada nije određena u skladu sa pravilima za određivanje tarife propisanim ZASP, organizacija je dužna da u roku od 30 dana od dana prijema mišljenja Komisije, ponovi pregovore sa reprezentativnim udruženjem korisnika, ili da u istom roku, Komisiji dostavi novi predlog tarife na mišljenje. Ukoliko, nakon razmatranja novog predloga tarife Komisija oceni da naknada nije određena u skladu sa pravilima za određivanje tarife propisanim zakonom, Komisija može sama doneti odluku o tarifi (čl. 200, stav 7 ZASP).

Postupak pred Komisijom iziskuje određene troškove. Ti troškovi uglavnom se odnose na rad članova Komisije. Zato je članom 201 ZASP propisano da naknadu za rad Komisije snose stranke koje učestvuju u postupku pred komisijom. Visina naknade za rad člana Komisije iznosi 20% osnovne mesečne plate sudije višeg suda, za postupanje po jednom zahtevu za mišljenje o predlogu tarife, a visina naknade za rad predsednika Komisije jednaka je naknadi člana, uvećana za 10%.

Komisija za autorsko i srodna prava imenuje se iz reda istaknutih stručnjaka koji svojim radom i poznavanjem problema primene propisa autorskog i srodnih prava mogu da doprinesu ostvarivanju ciljeva zbog kojih se Komisija osniva.

Komisiju čine predsednik i četiri člana. Predsednika i članove komisije imenuje Vlada Republike Srbije na predlog direktora Zavoda za intelektualnu svojinu. Pored predsednika i članova, imenuju se i zamenik predsednika i dva zamenika člana Komisije koji moraju ispunjavati iste uslove kao i predsednik i članovi Komisije. Članove Komisije predlažu organizacije i reprezentativna udruženja korisnika autorskih dela i predmeta zaštite srodnih prava, u roku od 30 dana od dana objave javnog poziva. Poziv upućuje Zavod za intelektualnu svojinu, kome se i dostavljaju predlozi. Dakle, već iz samog postupka izbora članova Komisije i ovlašćenih predlagača vidi se da su organizacije i korisnici u ravnopravnom položaju. Ukoliko Zavod za intelektualnu svojinu smatra da predloženi kandidati ne ispunjavaju uslove propisane zakonom može još jednom ponoviti javni poziv. Na osnovu tako dobijenih predloga Zavod za intelektualnu svojinu predlaže Vladi sastav Komisije. Predsednika i zamenika predsednika Komisije, Vladi predlaže Zavod za intelektualnu svojinu, odnosno njegov direktor. Mandat predsednika i članova Komisije, kao i njihovih zamenika traje četiri godine. Po isteku mandata predsednika i članova Komisije, kao i njihovih zamenika, Zavod za intelektualnu svojinu ponovo sprovodi postupak predlaganja članova komisije. Sedište Komisije je u prostorijama Zavoda za intelektualnu svojinu. Zavod pruža Komisiji neophodnu administrativno-tehničku pomoć.

## ZAKLJUČAK

Ostvarivanja autorskog i srodnih prava na kolektivan način, kada su u pitanju pojedina ovlašćenja autora i subjekata zaštite srodnih prava pruža znatne prednosti. Štaviše, pojedina ovlašćenja iz sadržine konkretnog subjektivnog prava mogu se ostvarivati jedino na kolektivan način. Problem koji se, međutim, javlja kod kolektivnog ostvarivanja prava tiče se tarife na osnovu koje se određuje naknada koju su korisnici dužni da plaćaju za iskorišćavanje autorskih dela i predmeta zaštite srodnih prava. Ovo pitanje je gordijev čvor oko koga se prelamaju suprotstavljeni interesi nosilaca prava, odnosno organizacija koje delaju za njihov račun i korisnika predmeta zaštite. Zakonom o autorskom pravu Srbije iz 2009. usvajanje tarife i način određivanja naknade koju organizacije naplaćuju od korisnika, uređeno na sasvim nov, a izgleda i kvalitetniji, ali sigurno pravičniji način. Prema odredbama ZASP, tarifu kao opšti akt organizacije više ne donosi upravni odbor organizacije, bez bilo kakvog uticaja korisnika autorskih dela i predmeta zaštite srodnih prava, već se sada tarifa određuje sporazumom između organizacije i reprezentativnog udruženja korisnika. Ovakvo zakonsko rešenje bi trebalo da razreši jedno od najsloženijih pitanja kolektivnog ostvarivanja autorskog i srodnih prava. Posebno je značajno da su zakonskim odredbama postavljeni jasni parametri u pogledu razvrstavanja pojedinih korisnika u odgovarajuću tarifnu klasu u zavisnosti od toga da li se iskorišćavanjem autorskih dela i predmeta zaštite srodnog prava prihod ostvaruje ili ne. Takođe, zakonom je regulisana i situacija u slučaju da se između organizacije i korisnika ne postigne sporazum o tarifi u kom slučaju značajnu ulogu ima Komisija za autorsko i srodna prava, kao stručno telo ustanovljeno novim ZASP.

ZORAN MILADINOVIĆ, LL.D.,  
Associate Professor, Faculty of Law,  
University of Kragujevac

TARIFF ESTABLISHING OF ORGANIZATIONS  
FOR COLLECTIVE PERFORMING THE AUTHORS'  
AND SIMILAR RIGHTS

Summary

The work analyzes new things in establishing the tariff by which it is put the fee for using the author's work and subjects of protection of similar rights and which is collected from beneficiaries by organizations for collective carrying out the authors' and similar rights in 2009 in Serbia, accepting the tariff and the way of establishing the fee which the organization collects from beneficiaries, done in quite a new and more high quality way. It is exceptionally important that the Law establishes clear parameters concerning putting certain beneficiaries into suitable tariff class, depending on the fact whether by using authors' works and subjects of protection of similar rights profit is collected or not. As well, by the Law it has been regulated the situation in case that between the organization and the beneficiary there is no agreement on the tariff in which case an important role bears the board for authors' and similar rights, being the professional body established by the new Law on the authors' and similar rights.





SANJA GRAIĆ-STEPANOVIĆ

## OBJEDINJENO OSTVARIVANJE SRODNIH PRAVA NA MUZIČKOM DELU

### KONCEPT SRODNIH PRAVA

#### *Autorsko delo, interpretacija i fonogram*

Muzičko delo predstavlja duhovnu, nematerijalnu tvorevinu koja nastaje kao rezultat intelektualnog rada i kreativnog stvaralaštva autora.

U užem smislu, muzičko delo predstavlja kompoziciju kao autentičan melodijsko-harmonski sklop, čiji je autor kompozitor. U širem smislu, muzičko delo osim melodijsko-harmonskog sklopa čine i reči, odnosno tekstualna celina, sa jedne, i aranžman, odnosno orkestracija, s druge strane<sup>1</sup>. Ekstenzivno tumačeći pojam kompozicije, on obuhvata i kompilacije<sup>2</sup> i obrade<sup>3</sup> muzičkog dela, kada je doprinos autora u toj meri specifičan i znatan, da je očigledno kako nije reč o prostoj kopiji ili varijaciji već postojećeg dela.<sup>4</sup>

---

Dr Sanja Graić-Stepanović, profesor Fakulteta političkih nauka Univerziteta u Beogradu.

<sup>1</sup> Difurk Norber: »Muzika«, Beograd, 1982, str. 12.

<sup>2</sup> Kompilacija predstavlja zbirku već postojećih materijala.

<sup>3</sup> Obrada, odnosno derivativno delo predstavlja rad izveden ili zasnovan na jednom ili više već postojećih radova.

<sup>4</sup> McManis C.: »Intellectual Property and Unfair Competition«, IV ed., West Group, St. Paul, 2000, p. 248.

Muzičko delo<sup>5</sup> predstavlja autorsko delo ukoliko ispunjava dva osnovna uslova: formalni i materijalni. Formalni uslov se odnosi na postojanje određenog spoljnog, objektivnog izraza, odnosno oblika u kome je muzičko delo prezentovano. Smatra se da je ovaj uslov za kompoziciju ispunjen kada je sačinjen pismeni notni zapis ili je delo snimljeno na nosaču zvuka. Dakle, ukoliko postoji materijalizovana kopija muzičkog dela, ispunjen je prvi preduslov za postojanje autorskog dela, odnosno prava. Materijalni uslov podrazumeva ispunjenje zahteva originalnosti, kao najvažnijeg obeležja svakog autorskog, pa i muzičkog dela. Sa jedne strane, originalnost muzičkog dela podrazumeva njegovu individualnost, koja je rezultat ličnog, specifičnog autorskog izraza. S druge strane, originalnost označava (značajnu) distinkciju odnosnog muzičkog (autorskog) dela u odnosu na postojeće muzičke tvorevine.

Interpretacija<sup>6</sup> jeste duhovna, intelektualna ljudska tvorevina koja za predmet ima audio i(li) vizuelno tumačenje autorskog dela<sup>7</sup>. Autorski segment jednom dat objektivno postavlja delo, dok je interpretacija njegova fleksibilna, promenljiva, ekspresivna forma. Interpretacija je ljudska radnja kojom se ličnim izražajnim mogućnostima interpretatora saopštava određeni duhovni sadržaj, odnosno duhovno dobro koje nastaje ličnim angažovanjem interpretatora prilikom zvučnog, odnosno vizuelnog (kao i zvučno-vizuelnog) izvođenja autorskog dela.<sup>8</sup> Delo koje je predmet interpretacije ne mora biti zaštićeno autorsko delo.<sup>9</sup> Konstitutivni element interpretacije nije njen umetnički karakter, niti bilo koje drugo kvalitativno svojstvo.

Fonogram predstavlja zabeleženi snimak zvuka na nosaču zvuka. Fonogram označava zapis zvuka interpretacije ili drugih zvukova, ili predstavljanje zvukova – zabeležen u drugom obliku zapisa od zapisa kinematografskog ili drugog audiovizuelnog dela, pri čemu »zapis« označava otelovljenje zvukova ili njihove predstave, na način da se mogu pročitati, reprodukovati ili saopštiti uz

---

<sup>5</sup> Slučajevi kada se muzika spaja sa drugim oblicima duhovnih tvorevina, na primer kombinovanje muzike i slike na filmu ili muzike i koreografije u baletu – predstavljaju oblike spojenih autorskih dela, od kojih svako zadržava svoju individualnost i ima svog autora. Takođe, spojeno autorsko delo postoji i u slučaju povezivanja više muzičkih dela, individualno i autorski određenih.

<sup>6</sup> *Interpretatio* (lat.) – objašnjenje, tumačenje; u teoriji muzike koristi se i termin koncepcija.

<sup>7</sup> Kada jednu istu kompoziciju izvode različiti umetnici, ona obično stvara i različite utiske; ovaj subjektivni faktor daje reprodukciji svojstva jednoga »status nascandi«; vidi: Heveler K., *Muzički leksikon*, Beograd, 1967, str. 241.

<sup>8</sup> Član 112, st. 1. Zakona o autorskom i srodnim pravima (Službeni glasnik RS, br. 104/09), dalje: Zakon.

<sup>9</sup> Član 112, st. 2. Zakona.

pomoć nekog uređaja.<sup>10</sup> Snimljeni zvuk, odnosno niz zvukova mogu se, dakle, dalje slušati, umnožiti ili saopštiti putem određenih uređaja.<sup>11</sup>

### *Prava interpretatora*

Pravo interpretatora, u grupi zajedno sa pravom proizvođača fonograma, pravom proizvođača videograma, pravom proizvođača emisija i pravom proizvođača baze podataka<sup>12</sup> spada u grupu srodnih, odnosno sa autorskim povezanih, prava<sup>13</sup>, što ukazuje na karakter materijalne izvedenosti iz autorskog prava, kao i na kvazi-autorski koncept zaštite.<sup>14</sup> Dok se u slučaju autorskog prava težište zaštite nalazi se na duhovnom stvaralaštvu, srodna prava su usmerena na zaštitu komercijalne komponente, odnosno poslovne delatnosti izvedene iz autorskog dela.

Pravo interpretatora<sup>15</sup> predstavlja najznačajniji segment u okviru srodnih prava; specifično je utoliko što se nalazi »negde između« kreativne i poslovne sfere, konsekvntno čemu ono sadrži ne samo imovinskoppravna ovlašćenja, kao sva druga srodna prava, nego interpretatoru, analogno statusu autora, priznaje i posebna moralna ovlašćenja.

Po svom obimu, imovinsko-pravna ovlašćenja nosilaca srodnih prava postavljena su znatno uže u odnosu na ona koja proističu iz autorskog prava i usmerena su ka komercijalno i praktično najznačajnijim oblicima korišćenja predmeta zaštite.<sup>16</sup>

---

<sup>10</sup> Član 2, st. 1, tač. b i c WIPO Ugovora o interpretacijama i fonogramima.

<sup>11</sup> Član 124, st. 1. i 2. Zakona.

<sup>12</sup> Za razliku od interpretatora, ostale kategorije subjekata – nosilaca srodnih prava nisu duhovni stvaraoci, već svoja imovinsko-pravna ovlašćenja na predmetu zaštite izvode iz činjenice obavljanja poslovne delatnosti.

<sup>13</sup> Koncept srodnih prava uveden je Međunarodnom konvencijom o zaštiti umetnika izvođača, proizvođača fonograma i ustanova za radio-difuziju (Rimska konvencija) 1961. godine. Kao osnovni izvori međunarodnog prava interpretatora danas se javljaju i Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine (TRIPS sporazum, 1994.) i WIPO Ugovor i interpretacijama i fonogramima (1996).

<sup>14</sup> Schulenberg R.: *Legal Aspects of the Music Industry*, New York, 2003, p. 365.

<sup>15</sup> U domaćem pravu, pravo interpretatora i pravo proizvođača fonograma uživaju zaštitu 50 godina od dana nastanka interpretacije, odnosno fonograma. Prema međunarodnim izvorima, taj period ne može biti kraći od 20 godina.

<sup>16</sup> Marković S.: *Pravo intelektualne svojine*, Beograd, 2000, str. 80.

Interpretatori uživaju imovinska prava za svoja izvođenja, koja su snimljena na fonogram, kao i za nesnimljena (živa) izvođenja. Većina imovinskopravnih ovlašćenja interpretatora je apsolutnog, odnosno isključivog karaktera, dok se neisključiva imovinskopravna ovlašćenja odnose na situaciju sekundarnog korišćenja interpretacije koja je snimljena na izdat fonogram.<sup>17</sup>

Kada je reč o imovinskim pravima interpretatora za nesnimljena izvođenja, ona obuhvataju tri vrste ovlašćenja: pravo emitovanja, pravo snimanja i pravo saopštavanja javnosti nezabeležene interpretacije. Pravo na emitovanje predstavlja osnovni oblik komercijalnog iskorišćavanja interpretacije. Interpretator, za razliku od autora, nema isključivo ovlašćenje na emitovanje interpretacije, s obzirom da ga gubi davanjem saglasnosti za snimanje svoje interpretacije na fonogram. Ovlašćenje interpretatora na emitovanje postoji samo za situacije emitovanja uživo.

Koncept moralnih prava interpretatora srodan je lično-pravnim ovlašćenjima autora.<sup>18</sup> S obzirom da interpretaciju opredeljuju rad i stvaralačka svojstva interpretatora, ova kategorija subjekata uživa neotuđivo, lično, moralno pravo koje obuhvata sledeća isključiva ovlašćenja: da bude priznat kao interpretator, da njegovo ime bude jasno naznačeno prilikom svakog iskorišćavanja interpretacije<sup>19</sup>, da ne dopusti stavljanje u promet snimka interpretacije koji ima tehničke nedostatke, da se suprotstavi svakoj izmeni interpretacije koja narušava njegov stvara-

---

<sup>17</sup> WIPO Ugovor i interpretacijama i fonogramima predviđa da interpretatori imaju četiri vrste isključivih imovinskih prava za izvođenja koja su snimljena na fonogram: Pravo reprodukcije, kao najznačajnije ovlašćenje interpretatora u pogledu korišćenja interpretacije u telesnom obliku, koje podrazumeva pravo davanja saglasnosti za snimanje nezabeležene interpretacije i umnožavanje interpretacija zabeleženih na fonogramima, u bilo kom obliku; 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 naraspologanje javnosti, bežičnim, kablovskim ili putem Interneta svakog izvođenja zabeleženog na fonogramu, na način koji omogućava da im publika može pristupiti sa mesta i u vreme koje individualno odabere; Pravo iznajmljivanja, koje se odnosi na ovlašćenje interpretatora da se saglasi sa komercijalnim davanjem u zakup originala i kopija fonograma.

<sup>18</sup> Anglosaksonski koncept srodnih prava gotovo da ne poznaje kategoriju moralnih prava interpretatora, ka ni autora, koja se smatraju nekom vrstom nepraktične »ekscentričnosti« evropske pravne tradicije. Izuzetak postoji u pogledu rešenja da dobijanje dozvole korišćenja muzičkog dela ne daje pravo na menjanje osnovne melodijske linije i karaktera dela (Sec. 115, U.S. Copyright Act).

<sup>19</sup> Jedino ličnopravno ovlašćenje interpretatora ustanovljeno Rimskom konvencijom jeste označenje imena izvođača na primerku izdatog fonograma na kome se interpretacija nalazi. Ugovorom o interpretacijama i fonograma u korpus minimalnih prava ući će i lično pravo na naznačenje imena interpretatora prilikom svakog oblika javnog saopštavanja interpretacije, kao i pravo interpretatora da ne dozvoli izmenu interpretacije koja može naškoditi njegovoj umetničkoj reputaciji.

lački, odnosno stručni ugled, kao i svakom vidu korišćenja interpretacije na način koji može ugroziti ili ugrožava njegovu čast i reputaciju<sup>20</sup>.

Međunarodna zaštita prava interpretatora<sup>21</sup> (kao i proizvođača fonograma i organizacija za emitovanje) ostvaruje se u okvirima primene načela nacionalnog tretmana i tretmana najpovlašćenije nacije, za prava koja su predviđena odgovarajućim međunarodnim sporazumima<sup>22</sup>.

### *Prava proizvođača fonograma*

Pravo proizvođača fonograma spada u grupu srodnih prava, zajedno sa pravom interpretatora, pravom proizvođača videograma (odnosno filmskog producenta), pravom proizvođača emisija i pravom proizvođača baze podataka.

Proizvođač fonograma je fizičko li pravno lice čijom inicijativom je učinjen prvi zvučni zapis interpretacije, odnosno drugih zvukova ili predstavljanja zvukova<sup>23</sup>, odnosno lice u čijoj organizaciji i čijim sredstvima je fonogram načinjen, i koje snosi odgovornost za prvo snimanje zvuka.<sup>24</sup>

Pravo proizvođača fonograma ima četiri osnovna segmenta. Prvo, proizvođači fonograma imaju isključivo pravo da daju dozvolu za direktno ili indirektno umnožavanje svojih fonograma, na bilo koji način i u bilo kom obliku. Drugo, proizvođači fonograma imaju isključivo pravo da daju dozvolu da originalni i kopije njihovih fonograma postanu dostupni javnosti, putem prodaje ili po drugom pravnom osnovu prenosa svojinskog prava.<sup>25</sup> Treće, proizvođači fonograma imaju isključivo pravo da daju dozvolu za komercijalno davanje javnosti u

---

<sup>20</sup> Član 114. Zakona.

<sup>21</sup> Kada je reč o interpretatorima koji su strani državljani, njima se ličnopravna ovlašćenja u domaćoj zemlji priznaju bezuslovno, a u domenu ostalih ovlašćenja stranac će se javiti kao nosilac prava ukoliko je ispunjen jedan od sledećih uslova: primenjuje se međunarodna konvencija čiji je domaća zemlja potpisnik; reč je o licu koje ima prebivalište u našoj zemlji; interpretacija je izvršena na teritoriji domaće zemlje; interpretacija je snimljena na fonogramu koji je zaštićen po osnovu zakona; nesnimljena interpretacija je sadržana u emisiji koja je zaštićena po osnovu zakona.

<sup>22</sup> Vidi članove 4–6 Rimske konvencije; član 3, st. 1. i član 4, st. 1, tač. C Sporazuma o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine i član 4. WIPO Ugovora o interpretacijama i fonogramima.

<sup>23</sup> Član 2, st. 1, tač. d WIPO Ugovora o interpretacijama i fonogramima.

<sup>24</sup> Član 125. Zakona.

<sup>25</sup> Ovim principom ne ograničava se sloboda učesnika posla da ugovore uslove po osnovu kojih bi dolazilo do iscrpljivanja prava za davanje dozvole da originalni, odnosno kopije fonograma postaju dostupni javnosti – a posle prve prodaje ili drugog prenosa svojinskog prava, uz saglasnost proizvođača fonograma.

zakup originala i kopija svojih fonograma, i u situaciji kada ih je proizvođač već stavio u promet ili je to učinjeno uz njegovu saglasnost. Četvrto, proizvođači fonograma imaju isključivo pravo da daju dozvolu za činjenje dostupnim javnosti svojih fonograma (žičnim ili bežičnim putem), na način koji omogućava da im publika može pristupiti sa mesta i u vreme koje ona individualno izabere.<sup>26</sup>

Najznačajnije imovinsko-pravno ovlašćenje proizvođača izdatog fonograma odnosi se na pravo na naknadu za emitovanje i reemitovanje fonograma, javno saopštavanje fonograma i javno saopštavanje fonograma koji se emituje.<sup>27</sup>

Osnovni vidovi očuvanja prava proizvođača fonograma odnose se na priznanje postojanje ove kategorije srodnih prava, zaštitu putem mera koje se odnose na neloyalnu konkurenciju i zaštitu primenom kaznenih mera.<sup>28</sup>

## NAKNADA ZA EMITOVANJE I JAVNO SAOPŠTAVANJE

### *Pravna priroda naknade za emitovanje i javno saopštavanje*

Najznačajnije imovinsko-pravno ovlašćenje interpretatora i proizvođača fonograma, odnosno nosilaca odnosnih prava jeste naknada za emitovanje i javno saopštavanje interpretacije zabeležene na fonogramu. Obveznici naknade su korisnici interpretacije zabeležene na fonogramu.

Interpretatori i proizvođači fonograma imaju pravo na pojedinačnu pravičnu naknadu za direktno ili indirektno korišćenje fonograma koji su izdati u komercijalne svrhe<sup>29</sup> za emitovanje ili bilo koji drugi vid javnog saopštavanja. Emitovanje označava bežični prenos zvukova, odnosno prenos slika i zvukova, ili njihove predstave, u cilju prijema od strane javnosti; prenos putem satelita takođe predstavlja emitovanje.<sup>30</sup> Saopštavanje javnosti interpretacije ili fonograma

---

<sup>26</sup> Članovi 11–14 WIPO Ugovora o interpretacijama i fonogramima.

<sup>27</sup> Član 127, st. 1 Zakona.

<sup>28</sup> Vidi: Član 3. Konvencije o zaštiti proizvođača fonograma od neovlašćenog umnožavanja njihovih fonograma (1971).

<sup>29</sup> Fonogram se ima smatrati objavljenim u komercijalne svrhe ukoliko je dostupan javnosti na način da mu publika može pristupiti sa mesta i u svreme koje individualno odabere; vidi čl.15, st.4 WIPO Ugovora o interpretacijama i fonogramima.

<sup>30</sup> Prenos šifrovanih signala predstavlja emitovanje u slučaju kada su sredstva za dekodiranje stavljeni na raspolaganje javnosti od strane radiodifuzne organizacije, ili sa njenim odobrenjem; vidi čl. 2, st. 1, tač. f WIPO Ugovora o interpretacijama i fonogramima.

označava prenos za javnost, bilo kojim sredstvom koje je drugačije od emitovanja, zvukova interpretacije ili zvukova, odnosno predstave zvukova koji su zabeleženi na fonogramu.<sup>31</sup>

Uporedno-pravno gledano, pravo na pojedinačnu pravičnu naknadu interpretatori i proizvođači fonograma od korisnika mogu potraživati samostalno, ili to može činiti samo jedna od ove dve grupe subjekata. U slučaju nepostojanja sporazuma između interpretatora i proizvođača fonograma o modalitetu ostvarivanja prava na pojedinačnu naknadu, nacionalna zakonodavstva utvrđuju kriterijume po kojima bi ove dve kategorije nosilaca prava učestvovali u podeli ubrane jedinstvene naknade po osnovu emitovanja i javnog saopštavanja.<sup>32</sup>

U domaćem pravu na snazi je rešenje, inače Zakonom o autorskom i srodnim pravima iz 2009. godine uvedeno kao jedna od najznačajnijih novina, po kome se interpretatorska naknada i naknada proizvođača fonograma ubiraju od korisnika u vidu jedinstvene naknade, od strane organizacije za kolektivno ostvarivanje prava interpretatora ili proizvođača fonograma, kojoj se ta nadležnost daje na osnovu sporazuma organizacije interpretatora i organizacije proizvođača fonograma<sup>33</sup>. Ukoliko do sporazuma organizacija za kolektivno ostvarivanje ove dve kategorije srodnih prava ne bi došlo, vršioca naplate naknade za emitovanje i javno saopštavanje utvrdila bi Vlada Republike Srbije.

#### *Utvrđivanje vrednosti naknade za emitovanje i javno saopštavanje*

Naknada za emitovanje i javno saopštavanje predmet je pravnog odnosa koje se konstituiše između interpretatora i proizvođača fonograma, kao nosilaca prava, odnosno organizacija za kolektivno ostvarivanje ovih kategorija srodnih prava koje u svoje ime, a za račun interpretatora i proizvođača fonograma naplatu ubiraju, sa jedne strane, i korisnika interpretacija i fonograma, kao obveznika naknade, s druge strane.

Tarifa predstavlja opšti akt organizacije za kolektivno ostvarivanje prava kojim se utvrđuju visina i kriterijumi određivanja naknade koja se naplaćuje od korisnika pojedinih oblika iskorišćavanja interpretacija i fonograma, kao i autorskih dela – od kojih se kao najvažniji javljaju emitovanje i javno saopštavanje, kao i od obveznika plaćanja posebne naknade.<sup>34</sup>

---

<sup>31</sup> Čl. 2, st. 1, tač. g WIPO Ugovora o interpretacijama i fonogramima.

<sup>32</sup> Čl. 15, st. 2 WIPO Ugovora o interpretacijama i fonogramima.

<sup>33</sup> Član 127, st. 3 Zakona.

<sup>34</sup> Član 169. Zakona.

Do stupanja na snagu Zakona o autorskom i srodnim pravima iz 2009. godine, važeće je bilo rešenje po kome visinu naknade, putem javnog objavljivanja tarife, određuje samo jedna strana u poslu – organizacija za kolektivno ostvarivanje srodnog, odnosno autorskog prava, i koja je kao takva predstavljala obavezu za različite kategorije korisnika interpretacije zabeležene na fonogramu, odnosno autorskog dela. Jedna od značajnih novina koju donosi važeći Zakon o autorskom i srodnim pravima odnosi se na dvostepeni postupak utvrđivanja tarifnih vrednosti naknade po osnovu emitovanja i javnog saopštavanja, koji je dvostran i podrazumeva kompromis između interesa nosilaca prava i obveznika naknade.

U prvom segmentu utvrđivanja vrednosti naknade, organizacija za kolektivno ostvarivanje srodnog (odnosno autorskog) prava vodi pregovore sa reprezentativnim udruženjima korisnika koja su se odazvala na njen javni poziv. U slučaju uspešnog ishoda, utvrđuju se visina i način primene tarife, koji objavljivanjem ovog sporazuma postaju obavezujući za sve korisnike. Ukoliko, međutim, do sporazuma između kolektivne organizacije i reprezentativnog udruženja korisnika ne dođe, predlog tarife utvrđuje sama kolektivna organizacija, ali on tada biva predmet razmatranja od strane Komisije za autorsko i srodna prava, kao stručnog i Zakonom novoustanovljenog tela, koje daje saglasnost na dostavljeni predlog tarife kada oceni da on na uravnotežen način štiti interese nosilaca prava na naknadu i korisnika interpretacije zabeležene na fonogramu, odnosno autorskog dela.

Osnovni zahtev koji mora biti ispunjen prilikom utvrđivanja tarife odnosi se na primerenost naknade vrsti i obliku iskorišćavanja interpretacije zabeležene na fonogramu, odnosno autorskog dela. U tom smislu, pravi se razlika između dve osnovne kategorije korisnika: onih kojima je korišćenje predmeta zaštite neophodno za obavljanje delatnosti (bez obzira da li se po tom osnovu ostvaruje prihod ili ne) i korisnika kojima je iskorišćavanje predmeta zaštite samo korisno, ali ne i neophodno za obavljanje delatnosti.

Tarifa se u slučaju kada je iskorišćavanje interpretacije zabeležene na fonogramu neophodno za obavljanje delatnosti po pravilu utvrđuje u procentualnom iznosu od prihoda korisnika ostvarenom od odnosne delatnosti, sa tim da ta vrednost mora biti srazmerna značaju koji je za ostvarivanje prihoda imalo iskorišćavanje predmeta zaštite. U slučaju da se obavljanjem delatnosti ne ostvaruje prihod, tarifa se određuje u procentualnom iznosu od troškova obavljanja delatnosti koja podrazumeva iskorišćavanje predmeta zaštite.<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> Vidi čl. 170, st. 2 i 3. Zakona; pored navedenih modela utvrđivanja naknade, tarifom se određuje i najniži iznos naknada koje se naplaćuju za iskorišćavanje predmeta zaštite sa repertoara odnosno organizacije za kolektivno ostvarivanje prava.



U situaciji kada upotreblja predmeta zaštite ne predstavlja *conditio sine qua non* za obavljanje odnosne poslovne delatnosti korisnika, već samo predstavlja koristan, odnosno prijatan doprinos, tarifa se određuje ili u procentualnom iznosu od prihoda korisnika ili, što će u praksi češće biti slučaj, a usled toga što je primena navedenog metoda nemoguća, odnosno neracionalna – tarifa se određuje u paušalnom iznosu.<sup>36</sup>

## PRAVO NA POSEBNU NAKNADU

### *Pravna priroda posebne naknade*

Posebna naknada od uvoza, odnosno prodaje tehničkih uređaja i praznih nosača zvuka i slike za koje se opravdano može pretpostaviti da će biti korišćeni za umnožavanje za lične, nekomercijalne potrebe plaća se nosiocima srodnih, kao i autorskog prava kao pravično obeštećenje za korišćenje interpretacija zabeleženih na fonogramima (odnosno autorskog dela) bez njihovog odobrenja zarad reprodukovanja za privatno korišćenje.

Pravo na posebnu naknadu od uvoza, odnosno prodaje tehničkih uređaja i praznih nosača zvuka i slike za koje se opravdano može pretpostaviti da će biti korišćeni za umnožavanje interpretacije zabeležene na fonogramu (kao i autorskog dela) za lične nekomercijalne potrebe imaju interpretatori, proizvođači fonograma i autori muzičkog dela.<sup>37</sup>

Osnovno pitanje prilikom utvrđivanja predmeta obaveze plaćanja posebne naknade odnosi se na kvalifikaciju uređaja, odnosno nosača zvuka i slike za čiju prodaju, odnosno uvoz se obligacija ustanovljava. Dok je u prethodno važećem zakonskom rešenju<sup>38</sup> bilo predviđeno da se kao predmet obaveze plaćanja posebne naknade javljaju svi uređaji, odnosno oprema koji su podobni da budu upotrebljeni za umnožavanje interpretacija zabeleženih na fonogramu za lične, nekomercijalne potrebe, važeće rešenje ide korak dalje u smanjivanju opsega predme-

---

<sup>36</sup> Utvrđivanje vrednosti paušalne naknade vrši se prvenstveno po osnovu kriterijuma vrste, odnosno načina iskorišćavanja predmeta zaštite i trajanju, odnosno obimu iskorišćavanja; vidi čl. 171, st. 2 Zakona.

<sup>37</sup> Ova kategorija imovinskopravnog ovlašćenja autora i nosilaca srodnih prava uvedena je u naš pravni sistem 1998. godine.

<sup>38</sup> Zakon o autorskom i srodnim pravima (Službeni list SCG, br. 61/04).

ta obaveze, u smislu da se ona ustanovljava za prodaju, odnosno uvoz uređaja i opreme za koje se *opravdano može pretpostaviti* da će biti korišćeni za ličnu upotrebu.<sup>39</sup>

Obveznici posebne naknade su domaći proizvođači tehničkih uređaja i praznih nosača zvuka i slike za koje se opravdano može pretpostaviti da će biti korišćeni za umnožavanje za lične nekomercijalne potrebe, odnosno uvoznici takve opreme, ukoliko se ona ne proizvodi u našoj zemlji; naknada se naplaćuje prilikom prve prodaje, odnosno uvoza, odnosno opreme.

S obzirom da se u domaćoj poslovnoj praksi ubiranje posebne naknade ostvarivalo samo za kategoriju interpretatora kao nosilaca prava (od početka 2009. godine), a da se sa naplatom posebne naknade za preostale dve kategorije nosilaca prava – autore i proizvođače fonograma tek otpočinja (krajem 2010. godine) potrebno je ne samo pažljivo umeriti tarifne vrednosti, nego i poštovati princip postepenog uvođenja naknade, odnosno prilagođavanja tržišta na uvećane cene uređaja i nosača zvuka i slike, kao neminovne posledice uvođenja posebne naknade.

### *Pravni odnosi nosioca prava i obveznika naknade*

Ubiranje posebne naknade pretpostavlja dve vrste odnosa među učesnicima pravnog posla. Najpre, organizacije za kolektivno ostvarivanje prava autora, interpretatora i proizvođača fonograma zaključuju sporazum o ubiranju posebne naknade, a zatim kao jedna strana nastupaju prema obveznicima naknade: proizvođačima ili uvoznicima tehničkih uređaja i praznih nosača zvuka i slike.

Jedna od novina koje donosi važeći Zakon u domenu prava na posebnu naknadu odnosi se na obavezu ostvarivanja prava isključivo preko organizacije za kolektivno ostvarivanje prava, s tim da organizacije autora, interpretatora i proizvođača fonograma zaključuju sporazum o ubiranju naknade kojim se precizira visina troškova naplate posebne naknade i režim raspodele ubrane naknade između organizacija.

---

<sup>39</sup> Uredbom o utvrđivanju liste tehničkih uređaja i predmeta za koje postoji obaveza plaćanja posebne naknade nosiocima autorskog i srodnih prava precizirana je odredba člana 39, st. 1 Zakona u smislu taksativnog navođenja kategorija uređaja i praznih nosača zvuka, slike i teksta koji predstavljaju predmet obaveze plaćanja posebne naknade.

Naplatu posebne naknade od obveznika vrši organizacija za kolektivno ostvarivanje autorskih muzičkih prava.

Dalje, važećim zakonskim rešenjem precizno se utvrđuje krug lica koja su obveznici plaćanja naknade od uvoza i prodaje tehničkih uređaja i nosača zvuka i slike za koje se opravdano može pretpostaviti da će biti korišćeni za umnožavanje predmeta zaštite za lične, nekomercijalne potrebe.<sup>40</sup> Obveznicima naknade ustanovljava se i obaveza da organizaciji za kolektivno ostvarivanje prava koja ubira naknadu uredno dostavljaju podatke na osnovu kojih će biti utvrđivan iznos obaveze.

Visina posebne naknade utvrđuje se uzimajući u obzir vrednost verovatne štete koja nosiocima autorskog i srodnih prava nastaje prilikom umnožavanja predmeta zaštite za lične nekomercijalne potrebe, bez njihovog znanja i saglasnosti, s tim da ona treba da bude pravična (*fair compensation*), u smislu okolnosti da nju ne plaćaju, kao što je to slučaj sa naknadom po osnovu emitovanja i javnog saopštavanja autorskog dela, interpretacije ili fonograma, direktni korisnici predmeta zaštite.<sup>41</sup>

Prilikom utvrđivanja iznosa pravične naknade<sup>42</sup>, polazi se od specifičnosti svake posebne kategorije slučajeva, odnosno predmeta obaveze. Prilikom ocene okolnosti, bitan kriterijum predstavlja moguća, odnosno verovatna šteta koja nastaje za nosioce prava usled korišćenja predmeta zaštite, uzimajući pri tom u obzir stepen korišćenja tehničkih mera zaštite<sup>43</sup> i, najzad, uobičajene vrednosti odnosne naknade u zemljama u okruženju, kao i druge elemente koji mogu biti od uticaja na pravilno utvrđivanje vida i iznosa odnosne naknade (kao što je maloprodajna cena uređaja i opreme u odnosu prema kupovnoj moći stanovništva).

---

<sup>40</sup> Član 39, st. 2 i 3 Zakona.

<sup>41</sup> Vidi tač. 35 Preambule i čl. 5, st. 2b Direktive 2001/29/EC o harmonizaciji nekih aspekata autorskog i srodnih prava u informatičkom društvu (Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society OJ L 167, 2001).

<sup>42</sup> Za razliku od posebne naknade za čije utvrđivanje se polazi od zahteva pravičnosti, naknada po osnovu emitovanja i javnog saopštavanja ide u pravcu ispunjenja zahteva – primerenosti, u smislu da predstavlja obavezu korisnika koja nastaje u trenutku zaključenja pravnog posla, s obzirom na vrstu i obim korišćenja autorskog dela, interpretacije ili fonograma, uzimajući pri tom u obzir (očekivani) finansijski uspeh kao rezultat korišćenja predmeta zaštite, zatim trajanje korišćenja i druge elemente.

<sup>43</sup> Kada je reč o tehničkim merama zaštite u našoj zemlji u ovom trenutku, ne postoje indicije u pogledu rasprostranjenosti i načina njihove primene koje bi ukazivale na korelaciju sa iznosom odgovarajuće posebne naknade.

KOLEKTIVNO OSTVARIVANJE PRAVA  
NA NAKNADU

*Individualno i kolektivno ostvarivanje srodnih prava*

Prava na muzičkom delu, odnosno interpretaciji zabeleženoj na fonogramu u svom najzačajnijem imovinskom segmentu – pravu na naknadu po osnovu emitovanja i javnog saopštavanja i pravu na posebnu naknadu, ostvaruju se posredstvom organizacija za kolektivno ostvarivanje prava, jer je to jedini racionalan i efikasan, pa i objektivno moguć način komercijalnog iskorišćavanja imovinskop-ravnih ovlašćenja u savremenom okruženju koje podrazumeva masovno, disperzovano i učestalo korišćenje predmeta zaštite.<sup>44</sup>

Međusobni ugovorni odnos nosioca interpretatorskog prava i organizacije za njegovo kolektivno ostvarivanje, polazeći od sadržinskog aspekta i pravne prirode, može biti dvojak. Prvo, nosilac prava može organizaciji poveriti samo ostvarivanje prava na naplatu naknade, kada ona, na osnovu ugovora o nalogu, istupa u svoje ime, a za njegov račun, prema trećim licima – korisnicima. U drugom slučaju, odnos nosioca srodnog prava i organizacije je složeniji i zasnovan na elementima tri odvojena pravna posla koja rezultiraju posebnim, sui generis ugovorom. Nosilac srodnog prava ustupa organizaciji ostvarivanje isključivih imovinskih prava, sa nalogom da ona prema korisnicima istupa u svoje ime i za njegov račun i zaključuje sporazume o neisključivom ustupanju prava<sup>45</sup>. Pravni odnos interpretatora, kao nosioca srodnog prava i organizacije za njegovo kolektivno ostvarivanje u ovom slučaju podrazumeva elemente ugovora o ustupanju isključivih imovinskih ovlašćenja na interpretaciji<sup>46</sup>, zatim ugovora o komisionu, obzirom da organizacija deluje u svoje ime i za tuđ račun, kao i ugovora o nalogu, budući da se ona za račun nosioca stara o zaključenju i zaključuje ugovore sa

---

<sup>44</sup> Iako po svojoj pravnoj prirodi individualno, pravo interpretatora u određenim imovinskim aspektima je moguće (optimalno) ostvariti samo posrednim putem, preko posebnih udruženja za kolektivnu zaštitu prava. Polazeći od karakteristika kategorije korisnika interpretacije – njihovog velikog broja, sa jedne, i visokog stepena učestalosti korišćenja, s druge strane, razumljivo je da interpretator, baš kao i autor muzičkog dela, teško može sa svakim od njih pojedinačno ugovorno urediti pravni odnos i naplatiti autorsku naknadu po osnovu javnog izvođenja muzičkog dela (*Public Performance Royalties*). I *vice versa* – bilo bi neracionalno tražiti od korisnika muzičkih dela, naročito onih velikih, (radio i televizijska preduzeća, organizatori koncerata i dr.) da pre svakog korišćenja jednog dela prethodno zaključe sporazum sa interpretatorom.

<sup>45</sup> Član 153, st. 2. Zakona.

<sup>46</sup> Razlog leži u ostvarivanju načela ekonomičnosti i efikasnosti zaštite, a povezan je sa monopolnim položajem organizacije u većini savremenih sistema zaštite srodnih prava.

korisnicima, preduzima potrebne predradnje i prikuplja naknadu za korišćenje interpretacije i kontroliše izvršavanje obaveza korisnika interpretacije<sup>47</sup>.

U domaćem pravu, pravo na interpretatorsku, i naknadu proizvođača fonograma moguće je realizovati samo posredstvom organizacije za kolektivno ostvarivanje odnosnog prava.<sup>48</sup> Ovo rešenje je očekivano i razumljivo, s obzirom na visok stepen disperzije i raznolikosti korisnika interpretacija zabeleženih na izdatim fonogramima, čiju upotrebu nosilac prava nije u praktičnom smislu u mogućnosti samostalno da prati, s jedne strane, niti bi bilo racionalno nametati korisnicima obavezu zaključenja pojedinačnih sporazuma sa svim nosiocima prava, s druge strane. Obaveznim ostvarivanjem prava na naknadu posredstvom organizacije za kolektivno ostvarivanje prava unosi se značajno viši stepen pravne sigurnosti i izvesnosti u složene odnose između nosilaca prava na interpretatorsku naknadu i naknadu proizvođača fonograma, s jedne strane, i korisnike odnosih predmeta zaštite, s druge strane.

Nosilac prava interpretatora, odnosno prava proizvođača fonograma daje nalog organizaciji za kolektivno ostvarivanje odnosnog prava da u svoje ime i za njegov račun naplaćuje naknadu od emitovanja i javnog saopštavanja interpretacije zabeležene na izdatom fonogramu od korisnika.<sup>49</sup> Naplatu posebne naknade od obveznika vrši organizacija za kolektivno ostvarivanje autorskih muzičkih prava, i onda prosleđuje organizacijama za kolektivno ostvarivanje prava interpretatora i proizvođača fonograma. Prikupljena sredstva, po odbitku stvarnih troškova rada, raspodeljuju se nosiocima prava, s obzirom da su, po svom statusnom profilu, organizacije za kolektivno ostvarivanje prava neprofitna udruženja.

#### *Usaglašavanje predloga između kolektivnih organizacija i pregovori sa korisnicima*

Organizacija za kolektivno ostvarivanje prava interpretatora i organizacija za kolektivno ostvarivanje prava proizvođača fonograma imaju zakonsku obavezu da zajednički odrede tarifu za ubiranje naknade po osnovu emitovanja i javnog saopštavanja.<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> Marković S.: Pravo intelektualne svojine, Beograd, 2000, str. 240.

<sup>48</sup> Vidi čl. 115, st. 1 i 127, st. 2 Zakona.

<sup>49</sup> Član 153, stav 3 Zakona.

<sup>50</sup> Član 127, st. 5 Zakona.

Dve organizacije za kolektivno ostvarivanje srodnih prava zaključuju sporazum kojim opredeljuju koja će od njih vršiti naplatu jedinstvene naknade od korisnika, kao i visinu troškova naplate i model predaje dela ubrane naknade drugoj organizaciji<sup>51</sup>, čiju visinu sporazumno utvrđuju, a ukoliko to ne bude učinjeno pretpostavka je da se polovina ubranih sredstava, po odbitku troškova, prenosi drugoj organizaciji na kvartalnom nivou.

Nakon usaglašenih stavova organizacija za kolektivno ostvarivanje srodnih muzičkih prava o vrednostima naknade, tarifa se utvrđuje nakon sprovođenja pregovora<sup>52</sup> između organizacija za kolektivno ostvarivanje srodnih prava: interpretatora i proizvođača fonograma, s jedne strane i reprezentativnih udruženja korisnika, s druge strane. Zakonodavac ostavlja širok prostor pregovaračima za određivanje tarifa za pojedine vidove iskorišćavanja autorskih dela i predmeta srodnih prava, navodeći princip srazmernosti kao bitan, pri čemu se odnos tarifa povodom istovremenog iskorišćavanja autorskog dela i predmeta srodnih prava utvrđuje shodno uobičajenim standardima međunarodne prakse.<sup>53</sup>

Sporazum o jedinstvenoj tarifi koji zaključuju organizacije za kolektivno ostvarivanje prava interpretatora i proizvođača fonograma, s jedne, i korisnik, odnosno udruženje korisnika, s druge strane, zaključuje se u pisanoj formi, javno objavljuje i stupa na snagu osam dana od dana objave. Kao obavezni elementni sporazuma javljaju se: iznos naknade za iskorišćavanje interpretacija zabeleženih na izdatom fonogramu, režim ubiranja naknade, okolnosti zbog kojih se utvrđena visina naknade povećava ili smanjuje i uslovi za korišćenje interpretacija zabeleženih na izdatom fonogramu, sa repertoara organizacija za kolektivno ostvarivanje prava.<sup>54</sup>

Korisnici imaju obavezu da organizaciju za kolektivno ostvarivanje prava obavestavaju kontinuirano, u mesečnoj dinamici, o nazivu predmeta zaštite, učestalosti, odnosno obimu iskorišćavanja i drugim podacima koji su relevantni za

---

<sup>51</sup> Ugovor o poslovnoj saradnji Organizacije za kolektivno ostvarivanje prava interpretatora – PI i Organizacije za kolektivno ostvarivanje prava proizvođača fonograma Srbije – OFPS zaključen je 21. juna 2010. godine i njime je utvrđeno da će naplatu naknade od korisnika vršiti OFPS, predajući na mesečnom nivou, po odbitku troškova, polovinu iznosa PI. Ugovorom o poslovnoj saradnji konstituisano je zajedničko operativno i savetodavno telo – Savet, sa po tri člana koja imenuje svaka od organizacija, a koje upravlja poslovima naplate i raspodele jedinstvene naknade, i vrši nadzor nad sprovođenjem ugovora o saradnji.

<sup>52</sup> Javni poziv na pregovore individualnim korisnicima i reprezentativnim udruženjima korisnika objavljuju organizacije za kolektivno ostvarivanje prava interpretatora i proizvođača fonograma, u roku od 60 dana od dana stupanja na snagu Zakona.

<sup>53</sup> Član 172, stav 2 Zakona.

<sup>54</sup> Vidi: član 175. Zakona.

obračun naknade koja se prema objavljenoj tarifi plaća. Za obaveze korisnika u pogledu plaćanja interpretatorske naknade i naknade za proizvođače fonograma, kao i autorske naknade, solidarno odgovaraju: lice koje koristi predmet zaštite, vlasnik i zakupac prostora u kome je predmet zaštite korišćen i organizator aktivnosti u kojoj je došlo do korišćenja predmeta zaštite.<sup>55</sup>

Kada je reč o posebnoj naknadi, organizacija za kolektivno ostvarivanje autorskih muzičkih prava, organizacija za kolektivno ostvarivanje prava interpretatora i organizacije za kolektivno ostvarivanje prava proizvođača fonograma, odnosno videograma zajednički iniciraju pregovore sa korisnicima u cilju utvrđivanja jedinstvene tarife. Ukoliko do sporazuma dođe, jedinstvena tarifa se javno objavljuje i stupa na snagu. U slučaju da dogovor ne bude postignut, predlog tarife utvrđuju upravni odbori organizacija za kolektivno ostvarivanje prava i on se dostavlja Komisiji za autorsko i srodna prava na mišljenje.

Distribucija ubrane posebne naknade, za razliku od naknade po osnovu emitovanja i javnog saopštavanja koja može biti i ugovorno određena, ostvaruje se prema zakonom utvrđenoj proporciji da, po odbitku troškova, 40% pripada grupaciji autora, 30% kategoriji interpretatora i 30% proizvođačima fonograma i proizvođačima videograma.<sup>56</sup>

### *Komisija za autorsko i srodna prava*

Komisija za autorsko i srodna prava ima ulogu obezbeđivanja pravično utvrđenog iznosa naknade po osnovu korišćenja autorskog i srodnih prava, u situaciji kada sporazum o visini naknade nije postignut kroz pregovore kolektivnih organizacija i udruženja korisnika, odnosno obveznika naknade. Postupanjem Komisije, obezbeđuje se optimalan stepen funkcionisanja sistema širokog, nesmetanog i zakonskog iskorišćavanja predmeta srodnih prava i autorskih dela od strane velikog broja korisnika različitih kategorija, pri čemu istovremeno interesi nosioci prava bivaju optimalno zaštićeni, prvenstveno u segmentu ubiranja pravične naknade kao udela u prihodu ikoji se ostvaruje komercijalnim iskorišćavanjem predmeta zaštite. Stoga, delovanje Komisije je kako u interesu nosilaca prava, tako i korisnika predmeta zaštite, ali i u opštem društvenom interesu.

---

<sup>55</sup> Član 187, stav 7 Zakona.

<sup>56</sup> Član 178, st. 8 zakona.

Komisija za autorsko i srodna prava daje (ili ne) saglasnost na dostavljeni predlog tarife<sup>57</sup> od strane kolektivne organizacije u situaciji kada pregovori sa udruženjima korisnika nisu rezultirali uspehom. Komisija u praksi stoga deluje kao svojevrsna arbitraža između iznetih zahteva nosilaca prava i korisnika, o kojima nije postignut sporazum. U postupku pred Komisijom kao strane se javljaju, pored organizacije za kolektivno ostvarivanje prava koja podnosi zahtev za dobijanje mišljenja o predlogu tarife, i reprezentativno udruženje korisnika, koga Komisija obaveštava o postupku i dostavljenoj dokumentaciji, u čijem sastavu se, osim predloga tarife, nalazi i izveštaj o toku i rezultatima pregovora o tarifi, uz obrazloženje zašto su okončani neuspešno.

Tarifa bi trebalo, u tom smislu, da predstavlja izraz balansa između interesa nosilaca prava i korisnika, odnosno privatnog interesa nosilaca prava i interesa društva koje iskorišćava interpretacije, odnosno fonograme, odnosno autorska dela, tako da nosioci prava dobiju odgovarajuću naknadu za kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava.

Sistem izbora članova Komisije za autorsko i srodna prava koncipiran je tako da u što većem stepenu osigura visok nivo stručnosti i nepristrasnosti ovog tela, koje nije stalno.<sup>58</sup> Činjenica da Komisija postupa u situaciji kada između nosilaca srodnih (odnosno autorskog) prava i korisnika predmeta zaštite nije postignut sporazum, kao optimalan način utvrđivanja visine naknade – govori o njenim širokim ovlašćenjima i velikoj odgovornosti koja ih uvek prati, u pravcu davanja objektivne procene svih činjenica i okolnosti u konkretnom slučaju značajnih za utvrđivanje Tarife.

Komisija svoje mišljenje donosi polazeći od zakonskih okvira i uporedne pravne analize visine tarifa za različite vidove iskorišćavanja predmeta zaštite u zemljama sa razvijenim sistemima (na regionalnom i evropskom nivou), vodeći računa o specifičnim privrednim i političkim okolnostima u zemlji.

### *Prenos i zaštita prava*

Sva srodna prava su prenosiva, izuzev ličnih ovlašćenja interpretatora. Prenos inerpretatorskog prava vrši se na dva osnovna načina: ugovorom i nasleđiva-

---

<sup>57</sup> Uz pozitivno mišljenje Komisije za autorsko i srodna prava, tarifa se javno objavljuje i stupa na snagu.

<sup>58</sup> Članove Komisije za autorsko i srodna prava, koja je petočlana, imenuje Vlada RS, nakon sprovedenog specifičnog postupka predlaganja članova, od strane organizacija za kolektivno ostvarivanje prava i korisnika autorskih dela i predmeta srodnih prava; vidi čl. 194, st. 1, 3 i 4. Zakona.



njem<sup>59</sup>. Pravni promet imovinsko-pravnih ovlašćenja interpretatora jeste konstitutivan.<sup>60</sup> Interpretator zadržava moralna, a prenosi određeni korpus imovinskopravnih ovlašćenja, pri čemu istovremeno izdvaja uže ovlašćenje (ili više njih), konstituišući specifično (subjektivno) pravo korišćenja predmeta zaštite, koje ustupa drugom licu.<sup>61</sup> Interpretatorsko pravo na muzičkom delu po svojoj prirodi jeste ekskluzivno, što znači da ni jedan njegov segment ne može biti realizovan od strane trećeg lica bez izričite saglasnosti interpretatora.

Osnovni način prenosa interpretatorskog prava jeste zaključenje ugovora kojim interpretator drugom licu ustupa imovinska prava iz interpretacije, koja mogu biti određena shodno kvantitativnom ili kvalitativnom kriterijumu, čijom primenom se ustupanje imovinskih prava interpretatora dalje pojavno javlja kao isključiv ili neisključiv prenos.

Prenos imovinsko-pravnih ovlašćenja iz interpretatorskog prava realizuje se kao isključivo ustupanje, koje deluje *erga omnes* i sticalac može dalje svoje stečeno pravo ustupati i prenositi<sup>62</sup> trećim licima (uz pribavljenu saglasnost izvornog nosioca prava) ili neisključivo ustupanje, koje ne deluje *erga omnes* i ne može biti ustupljeno trećem licu. Lice na koje je pravo primarno preneto interpretatorskim sporazumom može ga dalje ustupiti trećem licu uz saglasnost interpretatora<sup>63</sup>, odnosno i bez nje ukoliko je tako samim ugovorom predviđeno.

Pravo čiji prenos predstavlja predmet ugovora<sup>64</sup> mora biti precizno determinisano, i to sa predmetnog, sadržinskog, prostornog i vremenskog aspekta. Za ugovor o interpretaciji predviđena je pisana forma *ad solemnitatem*.

---

<sup>59</sup> Imovinskopravna ovlašćenja autora traju za vreme života autora i 70 godina nakon njegove smrti (odnosno smrti poslednjeg koautora).

<sup>60</sup> Kao i moralna, imovinskopravna ovlašćenja interpretatora predstavljaju lično pravo, čvrsto vezano za ličnost interpretatora, pa su od njega do kraja »neodvojiva«, usled čega se njihov ugovorni promet može ostvariti pre u formi ustupanja, ali ne i potpunog prenosa.

<sup>61</sup> Lice kome je interpretatorskim sporazumom ustupljeno određeno imovinsko pravo, obavezno je da interpretatoru dostavlja potpune podatke o daljem korišćenju interpretacije; vidi član 121. Zakona.

<sup>62</sup> Prenos je potpun i vrši se cesijom, kao translativni oblik prometa imovinskopravnih ovlašćenja.

<sup>63</sup> Član 118, st. 2 Zakona.

<sup>64</sup> Bitni elementi interpretatorskog ugovora su: imena ugovornih strana, opis interpretacije, ime autora i naziv autorskog dela koje se interpretira, način korišćenja interpretacije i visina, način i rokovi isplate naknade. Fakultativni elementi interpretatorskog sporazuma su i određenje prostornog važenja ugovora, vreme važenja ugovora, isključivost prava, uslovi snimanja interpretacije, pravo na master snimak, moralna prava interpretatora, imenovanje producenta, prava na audio-vizuelno emitovanje, sponzorstvo, reklamiranje, viša sila, poslovna tajna i dr.

Dva najznačajnija vida interpretatorskog ugovora jesu sporazum koji za predmet ima emitovanje interpretacije i sporazum koji se odnosi na snimanje i umnožavanje snimka interpretacije.<sup>65</sup>

Povredu prava interpretatora i prava proizvođača fonograma predstavlja neovlašćeno vršenje bilo kog moralnog ili imovinskog ovlašćenja nosilaca prava, a posebno povreda prava na naknadu po osnovu emitovanja i javnog saopštavanja ili na posebnu naknadu (koje se javljaju u vidu izvornog relativnog prava ili na osnovu zakonske licence), utvrđenih zakonom ili ugovorom.

Interpretator, kao i autor, ima pravo na naknadu neimovinske štete usled povrede svojih moralnih prava.

Interpretator i proizvođač fonograma (kao i autor, proizvođač videograma, proizvođač emisije i proizvođač baze podataka), odnosno nosioci ovih prava ili sticaoci isključivih ovlašćenja na srodnom pravu ostvaruju pravnu zaštitu podnošenjem tužbenog zahteva sudu<sup>66</sup> čiji predmet može biti: utvrđenje povrede prava; prestanak povrede prava; uništenje ili preinačenje predmeta kojima je izvršena povreda prava, odnosno opreme pomoću koje su proizvedeni predmeti kojima je povreda prava izvršena, i kao u sudskoj praksi najprisutniji – naknada imovinske štete<sup>67</sup>.

## ZAKLJUČAK

Pravo interpretatora i pravo proizvođača fonograma imaju za zajednički objekat interpretaciju zabeleženu na fonogramu i stoga su usko povezani sa autorskim pravom na muzičkom delu. Iz navedenih korelacija, konsekventno proističe utemeljenost koncepata povezanih, odnosno objedinjenih modela naplate naknade kao najznačajnijeg imovinsko-pravnog ovlašćenja autora, interpretatora i proizvođača fonograma, ili nosilaca odnosnih prava.

Interpretatorska naknada i naknada proizvođača fonograma po osnovu emitovanja i javnog saopštavanja interpretacije zabeležene na fonogramu, kao najznačajniji vid imovinsko-pravnog ovlašćenja nosilaca ovih kategorija srodnih

---

<sup>65</sup> Član 120, st. 2. Zakona.

<sup>66</sup> Vidi čl. 205, st. 1 Zakona.

<sup>67</sup> U slučaju kada je povreda imovinskog prava učinjena namerno ili krajnjom nepažnjom, umesto naknade imovinske štete tužilac ima pravo da zahteva naknadu do visine trostrukog iznosa uobičajene naknade koju bi primao u slučaju da je predmet zaštite korišćen na zakonit način.

prava, ima dva bitna obeležja: u pogledu utvrđivanja vrednosti, ona treba da bude pravična – kako prema korisnicima, tako i nosiocima prava; u pogledu naplate od korisnika, ona je jedinstvena. Pravo na naknadu nosioci prava ostvaruju isključivo posredstvom organizacije za kolektivno ostvarivanje prava interpretatora ili proizvođača fonograma, čija se nadležnost ustanovljava po osnovu međusobnog sporazuma.

U pogledu obaveze plaćanja posebne naknade, koju ubira organizacija za kolektivno ostvarivanje autorskih muzičkih prava (i dalje prenosi organizacijama za kolektivno ostvarivanje prava interpretatora i proizvođača fonograma), važećim zakonskim rešenjem ona se ustanovljava za prodaju, odnosno uvoz uređaja i opreme za koje se *opravdano može pretpostaviti* da će biti korišćeni za ličnu upotrebu.

Dakle, pored objektivnog kriterijuma »podobni da budu upotrebljeni za umnožavanje« uводи se kumulativno i subjektivni element u smislu da je reč o uređajima i opremi koji ne samo da su, u tehničkom smislu, podobni da na njima bude zabeleženo muzičko delo, odnosno interpretacija sa fonograma, već se opravdano, sa visokim stepenom verovatnoće, može očekivati da će umnožavanje za lične, nekomercijalne potrebe i biti učinjeno.

Uzimajući za polazište postojanje tri bitna momenta ostvarivanja prava na naknadu interpretatora i proizvođača fonograma: utvrđivanje njihove jedinstvene vrednosti, naplatu od korisnika i raspodelu nosiocima prava, implementacija regulatornog modela u domaćem pravu bi mogla ići u pravcu veće samostalnosti i fleksibilnosti kolektivnih organizacija u domenu uređenja međusobnih prava, putem sporazuma o poslovnoj saradnji, s jedne strane, i odnosa sa korisnicima, prevashodno kroz postupak pregovaranja o tarifnom aktu, s druge strane. U slučaju da pregovori organizacija za kolektivno ostvarivanje prava i korisnika rezultiraju neuspehom, po prvi put u domaćoj poslovnoj praksi ustanovljena je nadležnost nezavisnog stručnog tela – Komisije za autorsko i srodna prava, kao *ad hoc* arbitraže koja daje mišljenje o predlogu tarife koji je utvrdio upravni odbor organizacije za kolektivno ostvarivanje prava. Tarifa bi trebalo da predstavlja izraz uravnoteženih interesa nosilaca prava i korisnika interpretacije zabeležene na izdatom fonogramu, koji se utvrđuje kroz pregovore obe zainteresovane strane, a u situacijama kada to nije moguće, ocenu predloga tarife sa aspekta usaglašenosti sa pozitivnim propisima, međunarodnim standardima i načelom pravičnosti daje Komisija za autorsko i srodna prava.

Mišljenje komisije u kome je dato obrazloženje neslaganja sa pojedinim odredbama predloga tarife, predstavlja istovremeno sugestiju za dalji tok pregovora između organizacija za kolektivno ostvarivanje prava i korisnika interpretacija zabeleženih na izdatim fonogramima, odnosno za nov predlog tarife koji će dos-

taviti upravni odbor organizacije u slučaju da pregovori sa korisnikom, odnosno reprezentativnim udruženjem korisnika ne rezultiraju zaključivanjem i objavljivanjem sporazuma.

S obzirom na složenost modela koji podrazumeva navedena dva nivoa sporazumevanja u domenu ostvarivanja imovinskih ovlašćenja interpretatora i proizvođača fonograma, i različite interese sve tri (odnosno četiri, u situaciji kada posebnu naknadu ubira organizacija za kolektivno ostvarivanje autorskog prava) grupacije subjekata koji u pravnom odnosu korišćenja predmeta zaštite srodnih prava i naplate naknade po tom osnovu učestvuju, princip »dogovorne obaveznosti« se javlja kao optimalna krovna formula za razrešenje i ovog pravnog slučaja.

SANJA GRAIĆ-STEPANOVIĆ, LL.D.,  
Professor, Faculty of Political Sciences,  
Belgrade

## UNIFORM REALIZATION OF CONNECTED RIGHTS TO MUSICAL WORKS

### Summary

Interpreter's compensation and compensation of producers of phonograms based on emitting and public discourse of interpretation, recorded on phonogram, as the most important right forms, are collected from the users in the form of uniform compensation, by organizations for collective realization of the rights of interpreters or producers of phonograms, as determined by their agreement.

Separate compensation stemming from export, i.e. from sale of technical devices and sound movies presumably used for multiplication for personal, noncommercial needs, is paid to separate holders of related rights and holders of copyright as equitable compensation for usage (i.e. author's deed) without their approval for the purpose of reproducing for private or another personal usage.

The starting point of three essential moments of realization of rights to compensation of interpreters and producers of phonograms is the determination of their unified value, compensation from users and division to two holders of the rights. The author elaborates the relevant issues by consulting the work of the Committee for Copyright and Related Rights in situations without an agreement.

Taking in consideration the complexity of the model, which assumes two levels of attempting to reach an agreement on realization of property rights of interpreters and producers of phonograms, and their different interests (i.e. four, where separate compensation is collected by relevant organization), the principle applied is that of the "agreed obligation" as an optimal roof formula for the resolution of these legal cases.



## MEĐUNARODNE KONVENCIJE KAO IZVOR PATENTNOG PRAVA

### U V O D

Intelektualna svojina je opšti pojam koji obuhvata skup više vrsta prava, među kojima su najznačajnija: patent, žig, model, uzorak, autorsko pravo, srodna prava. Za sva prava intelektualne svojine je karakteristično da za predmet zaštite imaju nematerijalno dobro.<sup>1</sup> Druga bitna karakteristika prava intelektualne svojine jeste da su to apsolutna prava čija je funkcija da obezbede svom titularu ekskluzivnost u pogledu ekonomske eksploatacije predmeta zaštite. Imovinsko-pravna ovlašćenja iz subjektivnog prava intelektualne svojine su predmet konstitutivnog i translativnog prometa.

Pored tzv. zaštićenih – registrovanih prava intelektualne svojine postoje i tzv. nezaštićena – neregistrovana prava intelektualne svojine, to su prava koja subjekt ima na osnovu propisa o suzbijanju nelojalne konkurencije (npr. zaštita neregistrovanog znaka za obeležavanje robe ili usluga u prometu). Reč je o obliku zaštite koji nema karakteristike apsolutnog subjektivnog prava, što je i razlog za (relativno neadekvatan) naziv »nezaštićeno pravo intelektualne svojine«. U tu grupu se ubraja i zaštita poslovne tajne, odn. know-how-a. Poslovna tajna se tra-

---

Pavle B. Tijanić, sudija Višeg trgovinskog suda, u penziji.

<sup>1</sup> Kod patenta to je pronalazak; kod žiga to je znak za obeležavanje robe ili usluga u prometu; kod modela to je trodimenzionalni dizajn koji se može primeniti za oblikovanje proizvoda; kod uzorka to je dvodimenzionalni dizajn koji se može primeniti za ukrašavanje površina proizvoda; kod autorskog prava to je autorsko delo; kod srodnih prava to su: interpretacija, fonogram, videogram, emisija ili elektronska baza podataka.

dicionalno smatra oblikom zaštite intelektualne svojine zato što obezbeđuje subjektu ekskluzivnost u pogledu ekonomske eksploatacije predmeta tajne. Međutim, ta ekskluzivnost ne izvire ni iz kakvog apsolutnog subjektivnog prava, već se zasniva na faktičkoj okolnosti da tajna nije dostupna drugima, odnosno da je samo onaj kome je ona poznata može koristiti. Otuda, poslovna tajna nije pravni, već faktički oblik zaštite intelektualne svojine.

Način da se spreči prisvajanje viša vrednosti koji ima svoje poreklo u znanju i kreativnosti, od strane lica koji nisu investirali u njegovo stvaranje, jeste zaštita tih nematerijalnih dobara putem prava intelektualne svojine<sup>2</sup>.

*Konvencija o međunarodnoj zaštiti industrijske svojine.* – Međunarodna konvencija koja objedinjuje pravo intelektualne svojine i autorsko pravo u jednu celinu. Konvencija o osnivanju Svetske organizacije za intelektualnu svojinu predstavlja stožer međunarodne zaštite. Svetska organizacija za intelektualnu svojinu (World Intellectual Property Organisation – WIPO) je međuvladina organizacija u čijoj su nadležnosti poslovi koji se odnose na prava industrijske svojine, autorsko pravo i prava srodna autorskom pravu. Konvencija je doneta 1967. godine na diplomatskoj konferenciji u Stokholmu; tom prilikom je izmenjeno i sedam tada važećih konferencija iz oblasti intelektualne svojine odnosno izvršena reforma međunarodnog sistema zaštite. Od svih konvencija – ugovora<sup>3</sup> bile su formirane »unije« država-članica za koje su administrativne poslove obavljali ujedinjeni međunarodni biro, sa sedištem u Ženevi. Svetska organizacija za intelektualnu svojinu ima zadatak da obezbeđuje administrativnu saradnju između unija i da radi na unapređenju zaštite intelektualne svojine u svetu i usklađivanju nacionalnih zakonodavstava iz ove oblasti. Svaka država-članica Pariske unije za industrijsku svojinu i Bernske unije za autorsko pravo može postati članica WIPO-a. Kao i svaka država, koja nije članica ni jedne od ovih unija a koja pripada sistemu Ujedinjenih nacija.

WIPO i OUN su zaključile 1974. godine bilateralni ugovor na osnovu koga je WIPO dobila status specijalizovane agencije Ujedinjenih nacija za intelektualnu svojinu. Sa kolikim uspehom Svetska organizacija obavlja svoj zadatak – unapređenje zaštite intelektualne svojine i pripremanje i zaključivanje novih multilateralnih ugovora iz ove oblasti, pokazuje podatak da ona obavlja administrativne poslove za 28 multinacionalnih međunarodnih ugovora, od kojih je samo 7 bilo zaključeno pre njenog osnivanja<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Besarović V.: Intelektualna svojina; Beograd, 2005, str. 215–233.

<sup>3</sup> Besarović V. & Žarković B.: Intelektualna svojina, Međunarodni ugovori, Beograd, 1999, str. 419.

<sup>4</sup> Međunarodni biro WIPO-a brine, između ostalog, i o četiri međunarodna registraciona servisa, koji se odnose na sprovođenje određenih međunarodnih ugovora. Najstariji od ovih servisa



WIPO ima tri upravna tela: generalnu skupštinu, konferenciju i koordinacioni komitet kao i Međunarodni biro za intelektualnu svojinu, koji predstavlja administrativni organ Organizacije. Generalna skupština je najviši organ i nju čine samo članice Pariske i Bernske unije. Skupština je nadležna da imenuje generalnog direktora Organizacije, razmatra i odobrava izveštaje generalnog direktora i koordinacionog komiteta, usvaja finansijski plan i budžet i dr. Konferenciju čine sve države članice i ona je nadležna da raspravlja o stručnim pitanjima vezanim za intelektualnu svojinu, ali i da usvaja izmene Konvencije o osnivanju WIPO. Koordinacioni komitet daje mišljenja o svim pitanjima od zajedničkog interesa, priprema nacрте akata, programa i budžeta. Od 1994. godine radi WIPO-ov Centar za arbitražu, koji nudi usluge u rešavanju sporova u oblasti intelektualne svojine između pripadnika zemalja članica.

Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine zaključen je 1994. godine na zasedanju Komiteta za trgovinske pregovore Urugvajске runde multilateralnih trgovinskih pregovora o carinama i trgovini (GATT). Inicijativu za uključivanje pitanja intelektualne svojine u pregovore u okviru GATT-a dale su sredinom devedesetih godina razvijene zemlje kako bi se zaštitile velike investicije uložene u stvaranje savremenih tehnologija i smanjili privredni gubici zbog krivotvorenja roba zaštićene pravima industrijske svojine i piratskog ponašanja u oblasti autorskih i srodnih prava. Razvijene zemlje su ocenile da je tadašnji sistem međunarodne zaštite intelektualne svojine neefikasan u sprečavanju neovlašćenog korišćenja prava i da je potrebno doneti strožija pravila kako bi se omogućilo međunarodnoj zajednici da za nepoštovanje prava pribegne kaznenim merama uključujući i povlačenje carinskih povlastica prema zemljama koje ne kažnjavaju krivotvorenje i pirateriju. Zemlje u razvoju su se suprotstavile ovoj politici jer strožija zaštita prava intelektualne svojine može da dovede do otežanog pristupa savremenim tehnologijama, do poskupljenja patentiranih proizvoda, do širenja zaštite u oblasti žigova, itd. Na kraju, prevladalo je shvatanje da će, ukoliko se ne uključe u sistem multilateralnih pregovora, biti na udaru kaznenih mera, odnosno jednostranih mera razvijenih zemalja, zbog neprihvatanja visokih standarda zaštite intelektualne svojine.

Sporazum ustanovljava jedan broj principa na kojima se zasniva sistem zaštite intelektualne svojine. To su princip nacionalnog tretmana kao opšte kon-

---

je servis za Međunarodno registrovanje žigova, koji radi od 1. januara 1893. godine; zatim servis za Međunarodno deponovanje industrijskih modela i uzoraka od 1. juna 1928. godine; servis za Međunarodno registrovanje geografskih oznaka porekla od 25. septembra 1966. godine i servis za Međunarodno registrovanje patenata (PCTS servis) od 1. juna 1978. godine.

vencijsko načelo iz oblasti intelektualne svojine i princip najpovlašćenije nacije.<sup>5</sup> Sporazum takođe ustanovljava princip po kome njegove odredbe ni u čemu ne zamenjuju ili smanjuju postojeće obaveze koje države članice imaju na osnovu konvencija iz oblasti intelektualne svojine. Osnovna vrednost Sporazuma je da on propisuje standarde u pogledu dužine trajanja, obima i korišćenja svih prava intelektualne svojine i obavezuje države članice da se u regulisanju prava intelektualne svojine pridržavaju ovih standarda.

U pogledu patentne zaštite, Sporazum propisuje standarde koji se odnose na predmet zaštite, sadržinu prava, korišćenje bez dozvole nosioca prava (ograničenja), trajanje i prestanak prava. Države članice su dužne da omogućće pravnu zaštitu pronalascima koji su novi, koji imaju inventivni nivo i koji se mogu primeniti u industriji. Iz patentne zaštite se mogu isključiti pronalasci čije bi korišćenje naručilo javni red i moral, zatim dijagnostičke i hirurške metode lečenja ljudi i životinja, biljke i životinje, osim mikroorganizama itd. Patentna zaštita traje najmanje 20 godina, računajući od dana podnošenja prijave. Zakon o patentima SCG je harmonizovan sa odredbama Sporazuma izuzev po pitanju zaštite biljnih sorti.<sup>6</sup>

U pogledu zaštite dizajna, Sporazum zahteva od država članica da obezbede zaštitu za dizajn koji su novi i da zaštita traje najmanje 10 godina. U pogledu zaštite žigova, takođe se utvrđuju standardi zaštite; države članice mogu svojim propisima zahtevati da znaci budu vizuelno uočljivi da bi se mogli registrovati kao i da upotreba žiga bude uslov za očuvanje pravne zaštite, s tim što korišćenje žiga ne može biti uslov za podnošenje prijave. Sporazum predviđa i zaštitu za poznate i čuvene žigove. U vezi sa zaštitom geografskih oznaka porekla, Sporazum obavezuje države da obezbede prava sredstva za sprečavanje korišćenja bilo koje oznake koja može potrošača da dovede u zabludu u pogledu porekla robe kao i bilo kakvog korišćenja oznake koja predstavlja akt nelojalne konkurencije. Sporazum propisuje i dodatnu zaštitu za oznake vina i alkoholnih pića, obavezujući države da spreče svaki vid upotrebe prevarnih oznaka i da pristupe pregovorima koje će nadzirati poseban organ, predviđen Sporazumom.

Jedna od novina u ovoj oblasti je obaveza koju ustanovljava Sporazum u pogledu uvođenja nacionalne zaštite za topografiju – sve zemlje članice Sporazuma su obavezne da, pored standarda zaštite proklamovanih u Ugovoru o intelektualnoj svojini u vezi sa integrisanim kolima, uvedu i sledeće dopune: zaštita

---

<sup>5</sup> Ovaj princip predstavlja novinu u sporazumima iz ove oblasti, on je preuzet iz međunarodne trgovine, a podrazumeva da se prednost koja je data pripadniku bilo koje države odmah proširi i na pripadnike svih drugih država članica Sporazuma.

<sup>6</sup> Sporazum predviđa da su države članice obavezne da obezbede zaštitu biljnih sorti, bilo putem patenata, bilo nekim drugim načinom pravne zaštite.

traje 10 godina računajući od datuma podnošenja prijave ili prve komercijalne upotrebe; pravo na zabranu se proširuje i na sve one proizvode koji u sebi sadrže integrisano kolo koje sadrži neovlašćeno reprodukovanu šemu, a savesnom licu koje nije znalo da poseduje integrisano kolo sa nedozvoljenom reprodukovanom šemom se dozvoljava da koristi ili da proda raspoložive zalihe takvog proizvoda kao i one koje su naručene pre sticanja njegovog saznanja da čini povredu.<sup>7</sup> Propisi SCG o patentima, dizajnu, žigu i topografiji su harmonizovani sa odredbama Sporazuma.

Pored uvođenja uniformnih standarda zaštite u pravo intelektualne svojine – harmonizacije nacionalnih propisa, Sporazum sadrži još jednu novinu: prvi put se na međunarodnom planu uvode mere kojima će se obezbediti efikasno sprovođenje odredbi Sporazuma. U tom smislu se nalaže državama članicama da postupci za zaštitu intelektualne svojine budu pravno efikasni da se preduzimaju privremene mere na zahtev lica čiji je interes povređen ili da bi se obezbedili dokazi. Sporazum predviđa i uvođenje pograničnih mera, koje, sa svoje strane, ne utiču na vođenje sudskih postupaka za zaštitu prava. Nalaže se državama da predvide krivičnu odgovornost za krivotvorenje žiga (što naši propisi predviđaju) kako bi se obezbedila što bolja zaštita. U slučaju nastanka spora između zemalja članica Sporazuma, on će se rešavati prema pravilima GATT-ovog sistema za rešavanje sporova. Na kraju, predviđeni su rokovi u kojima zemlje članice treba da harmonizuje svoja nacionalna prava sa odredbama Sporazuma. Za razvijene zemlje to je godina dana, za zemlje u razvoju – 5 godina (toj grupi pripada SCG) a za najmanje razvijene zemlje – 11 godina.

Pariska konvencija o zaštiti industrijske svojine (Pariska konvencija) je još uvek najvažniji, pored toga što je i najstariji, izvor međunarodnog prava industrijske svojine. Zaključena je 1883. godine u Parizu, više puta je revidirana a poslednja revizija je bila 1979. godine. Prilikom Stokholmske revizije (1967. godine) Pariska konvencija je podeljena na materijalno-pravne odredbe, organizaciono-administrativne odredbe i zajedničke odredbe. Konvencija se zasniva na tri osnovna načela: načelu nacionalnog tretmana, načelu asimilacije i načelu minimalnih prava. Načelo nacionalnog tretmana predviđa da pripadnici svake zemlje članice Unije uživaju u ostalim članicama Unije, u pogledu zaštite industrijske svojine, ista prava kao i njihovi državljani. Konvencija se, međutim, ne primenjuje samo na pripadnike Unije, već po načelu asimilacije, i na strance koji na teritoriji Unije imaju boravište ili preduzeće. Minimalna prava su ona prava koje

---

<sup>7</sup> U Sporazumu se konstatuje da praksa izdavanja licenci pod uslovima koji ograničavaju konkurenciju, može imati negativan uticaj na trgovinu i transfer tehnologije. Državama članicama je dozvoljeno da sankcionišu licence koje predstavljaju zloupotrebu prava i koje imaju negativne posledice na konkurenciju.

stranci mogu ostvarivati direktno na osnovu konvencijskih odredbi na području Unije.

Od minimalnih prava, koja se tiču svih prava industrijske svojine, najvažnije je pravo međunarodnog (unionističkog) prvenstva, koje znači da na osnovu prve, uredne prijave podnetoj u jednoj od zemalja članica Unije, podnosilac prijave može u određenom roku (12 meseci za patente, 6 meseci za dizajn i žigove) tražiti zaštitu u svim drugim zemljama Unije, pri čemu se za sve kasnije, u roku, podnete prijave, priznati prioritet prve prijave. Drugo minimalno pravo se odnosi na priznanje izložbenog prvenstva za prijave patenta, žiga i dizajna čiji su predmeti zaštite izloženi na međunarodnoj izložbi na teritoriji Unije. Treće minimalno pravo se sastoji u tome da priznanje isključivih prava industrijske svojine nije uslovljeno odgovarajućom naznakom na proizvodu da je on izrađen, oblikovan ili obeležen prema predmetu zaštite. Četvrto minimalno pravo predviđa da zemlje članice moraju predvideti dodatni rok od najmanje 6 meseci za plaćanje dospelih taksa za održavanje prava, kako bi se sprečilo gađenje prava zbog neplaćenih taksa.

Ostala konvencijska minimalna prava odnose se samo na pojedina prava industrijske svojine. Svaka zemlja članica Unije je obavezna da ustanovi i posebnu upravu (zavod) za zaštitu industrijske svojine, koja će davati informacije u stanju tehnike u svetu i izdavati službeno glasilo sa podacima o prijavljenim i registrovanim pravima.

*Konvencije o međunarodnoj zaštiti patenta.* – Najznačajnije konvencije koje regulišu međunarodnu zaštitu patenta su: Ugovor o saradnji u oblasti patenata, Strazburški aranžman o međunarodnoj klasifikaciji patenata, Budimpeštanski sporazum o međunarodnom priznanju depozita mikroorganizama radi postupka patentiranja i Konvencija o evropskom patentu. Treba pomenuti i Međunarodnu konvenciju o zaštiti novih biljnih sorti, koja je izvor međunarodne zaštite biljnih sorti i na osnovu koje se obavlja harmonizacija nacionalnih propisa zemalja članica. 2000. godine je donet u okviru WIPO-a Sporazum o patentnom pravu, koji je upravo stupio na snagu.

*Ugovor o saradnji u oblasti patenta*<sup>8</sup> (PCT) je međunarodni ugovor zaključen 1970. godine u Vašingtonu. Cilj ovog Ugovora je omogućavanje saradnje zemalja članica na sledećim poslovima: podnošenjem patentnih prijava, utvrđivanju stanja tehnike u postupku patentiranja, ispitivanju prijava i širenju tehničkih informacija koje su sadržane u njima. Ugovor ne predviđa izdavanje međunarodnih patenata. Naprotiv, obavezu za izdavanje patenata, kao i odgovornost u vezi

---

<sup>8</sup> O minimalnim pravima detaljnije pogledati u knjizi Besarović V. & Žarković B.: *Intelektualna svojina, Međunarodni ugovori*, Beograd, 1999. godine.

sa tim, zadržavaju isključivo nacionalni patentni zavodi. Ugovor je u potpunosti usklađen sa Pariskom konvencijom o zaštiti industrijske svojine.

Ugovorom je ustanovljen sistem čiji je cilj da, u interesu korisnika patentnog sistema i nacionalnih patentnih administracija, pojednostavi, pojeftini i učini efikasnijim obezbeđenje patentne zaštite za isti pronalazak u više zemalja. U tom cilju, Ugovor:

- ustanovljava međunarodni sistem za podnošenje jedne (međunarodne) patentne prijave kod jednog nacionalnog patentnog zavoda (zavoda primaoca) na jednom od službenih jezika koje određuje Ugovor; ta patentna prijava proizvodi u svim zemljama članicama Ugovora, koje prijavitelj odredi, isti pravni učinak kao i uredno podneta nacionalna patentna prijava;

- obezbeđuje proveru formalne urednosti međunarodne patentne prijave kod jednog nacionalnog zavoda (zavoda primaoca);

- podvrgava svaku međunarodnu prijavu ispitivanja svetskog stanja tehnike što rezultira rešeršnim izveštajem u kojem se navodi stanje tehnike relevantno za ocenu o patentibilnosti tog konkretnog pronalaska;

- obezbeđuje centralizovano međunarodno objavljivanje međunarodnih prijave, zajedno sa izveštajem o međunarodnom rešeršu za svaku prijavu, kao i njihovo dostavljanje patentnim zavodima zemalja koje je prijavitelj odredio (naveo);

- predviđa, kao opciju, prethodno međunarodno ispitivanje međunarodne prijave, čiji je rezultat mišljenje o tome da li pronalazak ispunjava osnovne uslove za patentiranje: to mišljenje se dostavlja prijaviocu i patentnim zavodima zemalja koje je prijavitelj odredio (naveo) u prijavi.

Ova procedura predstavlja tzv. međunarodnu fazu postupka patentiranja. Na nju se nastavlja tzv. nacionalna faza. To znači da, po prijemu izveštaja o stanju tehnike, odnosno izveštaja o prethodnom međunarodnom ispitivanju, patentni zavod zemlje koju je podnosilac međunarodne prijave označio kao zemlju u kojoj želi da dobije patentnu zaštitu, nastavlja postupak kao da je reč o nacionalnoj prijavi. Drugim rečima, nacionalni patentni zavod, na temelju rezultata pribavljenih u međunarodnoj fazi, donosi odluku o odobravanju, odnosno odbijanju odobrenja patentne zaštite.

Ugovor pruža znatne prednosti nacionalnim patentnim zavodima, prijaviocima i privredi zemlje članice. Nacionalni patentni zavodi rade ekonomičnije i racionalnije, jer, u postupku patentiranja pronalazaka inostranih prijavitelja, nemaju potrebe da obavljaju čitav niz radnji: počev od formalnog ispitivanja prijave do rešerša stanja tehnike radi utvrđivanja novosti i inventivnog nivoa pronalaska (što predstavlja najkomplikovaniji i najskuplji posao u postupku patentiranja pronalaska). Pri tom, međunarodni postupak patentiranja prema Ugovoru ne utiče nužno na smanjenje prihoda od nacionalnih taksi koje naplaćuje

nacionalni patentni zavod. Nacionalni patentni zavod može odlučiti da smanji nacionalne takse u nacionalnoj fazi postupka (polazeći od ušteta koje ostvaruje na bazi smanjenog obima posla oko međunarodnih prijava), ukoliko želi da motiviše inostrane prijaviocima da traže patentnu zaštitu međunarodnim putem.

Prijavioci iz zemalja članica Ugovora su u mogućnosti da, umesto sastavljanja i podnošenja više patentnih prijava za isti pronalazak u različitim zemljama, isti pravni efekat postignu podnošenjem jedne međunarodne patentne prijave kod nacionalnog patentnog zavoda svoje zemlje, koji deluje kao »zavod primalac«. Sve do prelaska postupka patentiranja u tzv. nacionalnu fazu (što ne može biti pre isteka roka od 20, odnosno 30 meseci od dana prioriteta međunarodne prijave), prijavitelj ima mogućnost da kritički oceni potrebu patentiranja svog pronalaska u pojedinim ili svim zemljama, imajući u vidu rezultate izveštaja o stanju tehnike i prethodnog međunarodnog ispitivanja prijave. Konačno, kad nacionalni patentni zavod odobri patentnu zaštitu na osnovu podataka koje u međunarodnoj fazi pripremaju najkompetentniji organi, rizik od mogućeg poništenja takvog patenta je minimalan. Ta činjenica predstavlja doprinos pravnoj sigurnosti ne samo titulara takvog patenta, već i svih lica koja su zainteresovana za tako zaštićeni pronalazak.

Da bi se shvatile prednosti Ugovora, potrebno je podsetiti se da u najvećem broju zemalja (čak i najrazvijenijih) većinu patentnih prijava podnose stranci. To je posledica potrebe da imalac nove tehnologije obezbedi patentnu zaštitu u svakoj zemlji u kojoj smatra da postoji ekonomski interes za korišćenje njegove tehnologije. Inostrane prijave patenta čine osnov priliva tehnologije iz inostranstva. Time što olakšava podnošenje patentnih prijava, Ugovor doprinosi transferu tehnologije jer se stvara bitna pretpostavka za spremnost inostranih preduzeća da unesu svoju tehnologiju i da investiraju u nacionalnu ekonomiju.

Posebna prednost Ugovora za zemlje u razvoju leži u njegovom informacionom učinku. Naime, danas je veoma komplikovano, ako ne nemoguće, pratiti patentnu dokumentaciju koja se objavljuje u mnogim zemljama na različitim jezicima. Ta teškoća se negativno odražava na mogućnost utvrđivanja najnovijeg stanja tehnike. Međutim, budući da su najvažniji pronalasci predmet međunarodnih prijava u skladu sa Ugovorom, zemlje članice (naročito zemlje u razvoju) imaju, na osnovu međunarodnog objavljivanja međunarodnih prijava, mogućnost lakog pristupa aktuelnoj tehnološkoj informaciji.<sup>9</sup>

Strazburški aranžman o međunarodnoj klasifikaciji patenata, zaključen 1971. godine, ustanovljava obavezan, jednoobrazan sistem klasifikacije patenta,

---

<sup>9</sup> Službeno obrazloženje Zavoda za intelektualnu svojinu, obj. u knjizi Besarović V. & Žarković B.: op. cit., str. 430.

neophodan u postupku ispitivanja novosti prijavljenog pronalaska. Aranžman je do sada ratifikovalo 55 država, SCG to još nije učinila.

*Budimpeštanski sporazum o međunarodnom priznavanju depozita mikroorganizama radi postupka patentiranja.*

Jedno od osnovnih pravila patentnog prava je da pronalazak mora u prijavi patenta biti opisan potpuno i jasno, tako da stručnjak iz tehničke oblasti kojoj pronalazak pripada, može da ga ponovi. U normalnim okolnostima, pronalazak se u prijavi opisuje putem jezika i slike (crteža). Međutim, kada je reč o pronalascima u oblasti tzv. žive materije, nastaju izvesni problemi. Naime, kada se pronalazak odnosi na (ili uključuje) mikroorganizam koji nije dostupan javnosti (npr. ne nalazi se u prirodi ili u komercijalnom prometu, ili se nalazi u prirodi ali je njegova izolacija iz prirodne sredine i dobijanje u željenom stanju suviše dug, skup i neizvestan poduhvat) opis pronalaska u pisanoj formi nije dovoljan, jer ne obezbeđuje mogućnost ponavljanja takvog pronalaska od strane stručnjaka. To je razlog zbog koga je u nizu zemalja propisano da za potrebe patentiranja koji uključuju mikroorganizme koji nisu dostupni javnosti, pored pisanog opisa pronalaska, mora da se izvrši deponovanje uzoraka mikroorganizama u određenoj ustanovi.

Patentni zavodi u svetu, pa i Zavod u Beogradu nisu tehnički i kadrovski opremljeni da rukuju mikroorganizmima, niti bi takvo opremanje bilo racionalno. Stoga, deponovanje mikroorganizama za potrebe postupka patentiranja se vrši u specijalizovanim ustanovama, koje su, po prirodi svog osnovnog posla, osposobljene za prijem i čuvanje mikroorganizama.

Ukoliko se patentna zaštita za mikrobiološki pronalazak traži u više zemalja, princip teritorijalnosti u patentnom pravu nalaže ne samo da se u svim tim zemljama podnese odgovarajuća prijava patenta, već i da se u svakoj od tih zemalja izvrši deponovanje uzorka mikroorganizama na koje se prijava patenta poziva.

Osnovni smisao Budimpeštanskog sporazuma je da svaka članica, koja dozvoljava ili zahteva deponovanje mikroorganizama radi postupka patentiranja, mora da prizna, u tu svrhu, depozit mikroorganizama kod bilo koje međunarodne depozitne ustanove, bez obzira da li se ta ustanova nalazi na teritoriji te zemlje ili je izvan nje. Drugim rečima, jedan depozit, kod jedne međunarodne depozitne ustanove, dovoljan je radi postupka patentiranja odnosno pronalaska kod nacionalnih patentnih zavoda svih zemalja članica.

*Konvencija o evropskom patentu (KEP)* je međunarodni ugovor kojim je ustanovljena Evropska organizacija za patente i sistem za izdavanje evropskih patenata. Evropska organizacija za patente je nadnacionalna organizacija, upravno i finansijski samostalna, sa svojstvom pravnog lica.

Materijalno evropsko patentno pravo, sadržano u odredbama Konvencije je usklađeno sa ostalim međunarodnim sporazumima iz ove oblasti. Patentabilni

pronalasci su oni koji su novi, koji su rezultat stvaralačkog rada i koji mogu biti industrijski primenjivi. Ne mogu se izdati evropski patenti: za pronalaskе čije bi objavljivanje ili primena bili protivni javnom poretku ili moralu; za biljne sorte i životinjske pasmine, kao ni za bitno biološke postupke za dobijanje biljki ili životinja, s tim što se ta odredba ne odnosi na mikrobiološke postupke i na proizvode dobijene tim postupcima. Svako fizičko i pravno lice može podneti prijavu evropskog patenta, bez ikakvih uslova, po čemu je KEP jedinstvena među svim konvencijama iz oblasti industrijske svojine. Materijalno evropsko patentno pravo uređuje patentnu zaštitu pronalazaka na nadnacionalan način od trenutka podnošenja evropske prijave do trenutka izdavanja evropskog patenta. Od trenutka objave u »Evropskom patentnom glasniku« o izdavanju evropskog patenta, patent ulazi u tzv. nacionalnu fazu trajanja, tj. postaje nacionalni patent u svakoj od naznačenih zemalja, i pored toga što zadržava naziv evropski patent; on daje svome nosiocu ista prava koja bi mu dao nacionalni patent izdat u naznačenoj državi. Takođe, svaka povreda evropskog patenta ceni se saglasno odredbama nacionalnog patentnog zakonodavstva. Izuzetno, materijalno evropsko patentno pravo, kao nadnacionalno, zadržava primat nad nacionalnim pravom i posle prelaska evropskog patenta u nacionalnu fazu u nekoliko slučajeva: kod poništaja razlozi za poništaj evropskog patenta pred nacionalnim sudom države članice propisani su u KEP-u, te nacionalno pravo ne može propisati druge ili dodatne razloge za poništaj evropskog patenta; kod obima zaštite dobijenog evropskim patentom, u zemljama članicama se tumači onako kako je to utvrđeno u odgovarajućim pravilniku koji je sastavni deo KEP-a u slučaju da je predmet evropskog patenta postupak, prava iz tog patenta obuhvataju i proizvode neposredno dobijene tim postupkom; nezavisno od nacionalnog propisa, evropski patent traje 20 godina računajući od dana podnošenja evropske prijave.

Postupak za sticanje evropskog patenta pokreće se podnošenjem prijave evropskog patenta kod Evropskog patentnog biroa u Minhenu ili njegovog ogranka u Hagu. KEP predviđa i mogućnost da se evropska prijava podnosi preko zavoda za patente država članica. Kad je prijava dobila datum podnošenja, radi se evropski izveštaj o rešeršu u kome se navode spisi koji se moraju uzeti u obzir prilikom odlučivanja o novosti pronalaska i njegovom inventivnom nivou. Rešeršni izveštaj, zajedno sa kopijama dokumenata koji su u njemu navedeni, šalje se podnosiocu prijave. Svaka prijava evropskog patenta, zajedno sa evropskim izveštajem o rešeršu, objavljuje se 18 meseci posle datuma njegovog podnošenja. U propisanom roku podnosilac prijave mora podneti zahtev za potpuno (suštinsko) ispitivanje. Ako u tome roku zahtev za ispitivanje nije podnet, prijava evropskog patenta se smatra povučenom. Po podnošenju zahteva za potpuno ispitivanje, Biro utvrđuje da li prijava evropskog patenta ispunjava uslove patentibilnosti. Odluka o izdavanju evropskog patenta stupa na snagu tek na dan objavljivanja u



Evropskom patentnom glasniku. Postupak po prigovoru i žalbeni postupak takođe su u nadležnosti Biroa. Međunarodne prijave podnete saglasno PCT mogu biti predmet postupka kod Biroa.

Velika prednost KEP-a u odnosu na Sporazum o saradnji u oblasti patenata – PCT sastoji se u tome što je vođenje celokupnog postupka ispitivanja prijave evropskog patenta i donošenje konačne odluke o izdavanju evropskog patenta u nadležnosti jednog organa, dok je ispitivanje međunarodnih prijava prema PCT u nadležnosti više organa odnosno izdavanje patenta na osnovu međunarodne prijave je u isključivoj nadležnosti zavoda »izabranek« države i rši se po propisima te zemlje.

Sporazum o patentnom pravu (Patent Law treaty) je posle višegodišnjih aktivnosti WIPO-a donet kao važan korak na putu harmonizacije patentnog prava zemalja članica. Naime, za razliku od žiga i dizajna gde su se države članice odavno sporazumele oko zajedničkog postupka prijavljivanja i zaštite, sa patentima je išlo mnogo teže. Uslov za stupanje na snagu je ratifikacija deset zemalja članica što je nedavno postignuto. SCG nisu ratifikovale ovaj Sporazum.

Sporazum predviđa da se prijave za patent podnose pri nacionalnim zavodima a da moraju biti usklađene sa zahtevima PCT-a. Prvo prioriteta se zasniva po Pariskoj konvenciji za uredno podnetu prijavu. Pravo se odobrava po međunarodno usaglašenom postupku za priznanje prava koje predviđa Sporazum a patentnu ispravu izdaju nacionalni zavodi.

Reforma domaćeg zakonodavstva otvorila je mogućnost za ratifikaciju još nekih međunarodnih ugovora iz oblasti intelektualne svojine, kao što su: Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine (TRIPS), Konvencija o evroazijskom patentu, Ugovor o intelektualnoj svojini u vezi sa integrisanim kolima, Međunarodna konvencija o zaštiti novih biljnih sorti (UPOV), WIPO Ugovor o autorskom pravu, Najrobijski sporazum o zaštiti olimpijskog simbola i WIPO Ugovor o interpretacijama i fonogramima.

Zakon o patentima od 2004. godine predstavlja osnovni izvor nacionalnog patentnog prava. Osnovni razlog za donošenje novog Zakona je namera zakonodavca da se nacionalno patentno pravo uskladi sa Sporazumom o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine (nazvanim TRIPS) koji je donela STO 1994. godine, sa Konvencijom o evropskom patentu, poslednji put revidirane 2000. godine sa Direktivom Evropske unije o pravnoj zaštiti pronalazaka iz oblasti biotehnologije od 1998. godine, sa Ugovorom o saradnji u oblasti patenta (nazvanim PCT) koji je ratifikovan 1996. godine i sa Ugovorom o patentnom pravu, donetim 2000. godine. Zakon je uneo nekoliko značajnih novina i to: uvođenje sertifikata o dodatnoj zaštiti, nov način regulisanja malog patenta, ponovno uspostavljanje prava, zaštita pronalazaka iz oblasti biotehnologije, nove vrste zakonskih ili prinudnih licenci, uvođenje evropske i međunarodne prijave itd.

*Pogled na doktrinarna objašnjenja prirode patentnog prava.* – Objašnjenje prirode, svrhe i opravdanosti postojanja patentnog prava<sup>10</sup> su teorijska pitanja. Ipak, ona mogu biti od izvesnog praktičnog značaja kako prilikom oblikovanja, tako i prilikom tumačenja propisa iz ove oblasti. Naime, i u jednom i u drugom slučaju rezultat zavisi, između ostalog, od toga koja doktrinarna koncepcija se uzima kao polazna.

Vremenom su se u stručnoj literaturi iskristalisale četiri teorije o patentnom pravu: prirodnopravna teorija, teorija nagrade, teorija podsticaja i ugovorna teorija. Naravno, ima i drugih teorija, koje su prvenstveno usmerene na tumačenje pravne prirode patentnog prava<sup>11</sup>, kao i onih koje u fokus stavljaju njegovu ekonomsku prirodu,<sup>12</sup> ali sveto u širem kontekstu celine prava intelektualne svojine.

Međusobni odnos ovih teorija nije a priori isključiv. Pojedine teorije samo različito naglašavaju određene odlike patentnog prava. Razmatranju teorija o patentnom pravu mora se prići oprezno, kako se ne bi napravile dve moguće (i česte) greške. Prva je da se polemika sa ovim teorijama vodi argumentima čiji stepen apstrakcije ne odgovara stepenu apstrakcije na kojem one artikulišu svoj sadržaj.<sup>13</sup> Druga moguća greška jeste da se ove teorije razmatraju sa ciljem da se utvrdi koja je pogrešna, a koja ispravna.

*Teorija ugovora.* – Ova teorija tumači patent putem metafore o ugovornom odnosu između države i pronalazača. Reč je o dvostrano teretnom ugovoru kojim se država obavezuje da pronalazaču pruži isključivo subjektivno pravo na privredno iskorišćavanje pronalaska, a pronalazač se obavezuje da objavi svoj pronalazak, i tako pruži svoj doprinos tehnološkom razvoju društva. Teorija ugovora, dakle, polazi od toga da je za tehnološki razvoj štetno da pronalazači drže svoje pronalaskе u tajnosti, jer bi, u tom slučaju, tehničke novine postojale dostupne javnosti tek sa velikim zakašnjenjem, a neke od njih bi čak, smrću pronalazača, bile u nepovrat izguljene za javnost. Zbog toga što glavnu obavezu pronalazača vidi u objavljivanju pronalaska, ova teorija se naziva i teorijom objavljivanja (nem. – Offenbarungstheorie).

<sup>10</sup> Marković Slobodan, Patentno pravo, Beograd, 1997, str. 24–29.

<sup>11</sup> Kolerova teorija prava nematerijalnih dobara (pogrešno prevedena sa »nematerijalna prava« u Verona, A: Pravo industrijskog vlasništva, Zagreb 1978, str. 17, 18); Pikarova teorija intelektualnih prava, Plesanova teorija prava misli (vidi Verona, A: Op. cit., str. 19). Termin »intelektualna prava« preuzima Besarović, V. Intelektualna prava – industrijska svojina i autorsko pravo, Beograd, 1993, str. 14.

<sup>12</sup> Rubijeova teorija klijentele i Rotondijeva teorija avijamenta (vidi Verona, A: Pravo industrijskog vlasništva, Zagreb 1978, str. 19, 20).

<sup>13</sup> Na primer: teorija o patentu kao ugovoru između pronalazača i društva je manjkava jer niko ne može dokazati postojanje takvog ugovora; teorija o patentu kao svojini je manjkava jer svojina traje večno, a patent traje ograničeno vreme.

Jedna od varijanti ove teorije je monopolna teorija, koja se oslanja na isto-rijsko iskustvo Engleske (vidi 19, 20). Budući da je u Engleskoj patentno pravo nastalo iz izuzeća pronalazačkih privilegija od generalne zabrane monopola, lo-gično je da se na patent gleda kao na monopol koji država (iz razloga opšteg inte-resa) stupa pronalazaču.

Razlika između izvorne ugovorne teorije i monopolne teorije jeste u sle-dećem: Ugovorna teorija polazi od toga da između države i pojedinca postoji raz-menski odnos u kojem su (figurativno govoreći) uzajamne prestacije i kauza unapred definisani. Monopolna teorija ostavlja državi mnogo veću diskrecionu slobodu, na osnovu koje ona može oblikovati patentno pravo prema aktualnim razlozima oportuniteta.

Zajednička crta ovih teorija je, pak što je u obema izvorno implikovan jav-nopravni karakter patenta kao subjektivnog prava. Iz ugovorne konstrukcije od-nosa između države i pronalazača sledi da država ne može ustupiti pravo koje sama nema. U tom smislu, patent je pravo koje izvorno pripada državi (i koje je snabdeveno javnopravnim prerogativima), s tim da ga ona, iz razloga celishodnos-ti, prenosi na pronalazača. U Engleskoj se i danas za čin priznanja patenta koristi glagol *to grant*, što znači »dodeliti«, »odobriti«, »dati«. <sup>14</sup>

U svom izvornom vidu, monopolna teorija podrazumeva čitav niz obaveza koje nosilac patenta ima prema državi. Među njima su, pored obaveze na objav-ljivanje pronalaska, najvažnije obaveze na: plaćanje taksi fiskusu za održavanje patenta u važnosti; primenu pronalaska u proizvodnji na teritoriji države koja je dodelila patent; i uzdržavanje od bilo kojih radnji koje bi se, sa stanovišta priv-rednih interesa države, mogle smatrati zloupotrebom patenta (visoka cena proiz-vođa ili nedovoljna snabdevenost tržišta proizvodom na koji se odnosi patentirani pronalazak i dr.). Arsenal mera ograničenja patenta u cilju sprečavanja njegove »zloupotrebe«, kao što su oduzimanje ili eksproprijacija patenta, prinudna licen-ca, prinudna licenca u javnom interesu i sl., imaju svoj osnov u shvatanju da je patent instrument države za postizanje opštekorisnih ciljeva. Sledstveno tome, kad ostvarenje nekog od tih ciljeva dođe u pitanje, država može pojedincu da uz-me ili ograniči pravo koje mu je dala.

Nepobitnu činjenicu opstajanja čitavog niza izloženih instituta i u savreme-nom patentnom pravu, moguće je najlakše objasniti ugovornom, odnosno mono-polnom teorijom.

---

<sup>14</sup> Isti termin je preuzela i Konvencija o izdavanju evropskih patenata. U patentnom pravu SAD se češće koristi glagol »izdati« (engl. – *to issue*). Ovu činjenicu Rosenberg tumači depersona-lizovanim republikanskim karakterom vlasti u SAD, za razliku od engleske monarhije. Vidi Rosen-berg, P: *Patent Law Fundamentals*, New York, 1975, str. 7.

Danas uglavnom anglosaksonska patentnopravna doktrina stoji na pozicijama ugovorne teorije (teorije objavljivanja), ali značajno modifikovane shvatanjem da patent nema javnopravni karakter, već da je reč o privatnom svojinskom pravu<sup>15</sup>.

Postoje neki ozbiljni prigovori ugovornoj teoriji, na koje ona ne daje dovoljno ubedljiv odgovor. Poznato je da većinu pronalazaka nije moguće istovremeno privredno iskorišćavati i zadržati u tajnosti. Najčešće, izlazak na tržište proizvoda na koji se pronalazak odnosi, znači i upoznavanje javnosti sa odnosnim pronalaskom. Otuda, za većinu pronalazača pitanje »patentirati ili čuvati u tajnosti« predstavlja nepostojeću dilemu. Ovi pronalazači će prijaviti za patentiranje svoje pronalaskе, a objavljivanje tih pronalazaka nije primarno zasluga patentnog sistema, već prirode samog pronalaska koji se ne može sačuvati u tajnosti. Kad je reč o manjini pronalazaka koji se mogu privredno iskorišćavati a da njihova tajnost ne bude narušena (npr. hemijski postupci, biotehnoški postupci i dr.), tu stvari svoje ovako: Pronalazač koji ima takav pronalazak po pravilu ne traži patentnu zaštitu jer je samom faktičkom prirodom pronalaska zaštićen bolje i duže nego što bi bio zaštićen patentom. Dakle, u takvoj situaciji, patentni sistem ne može da stimuliše pronalazača da objavi svoj pronalazak, da bi u zame-nu za to dobio patent.<sup>16</sup>

Ako se imaju u vidu upravo izloženi prigovori, može se postaviti pitanje šta onda ostaje od ugovorne teorije, tj. na čemu se mogu zasnivati razlozi njenog aktualnog postojanja. Po našem mišljenju, ugovorna teorija ima svoju aktualnu opravdanost u davanju podrške informacionoj funkciji patentnog sistema. Naime, pronalazač svakako ne prijavljuje svoj pronalazak za patentiranje da bi ga objavio, već da bi dobio pravo koje će ga zaštititi kad pronalazak inače bude morao da bude objavljen putem privrednog iskorišćavanja. Ali, imajući u vidu da najveći broj pronalazaka koji se prijave za patentiranje (oko 90%) nikad ne postanu predmet stvarnog privrednog iskorišćavanja, izvesno je da ti pronalasci nikad ne bi bili objavljeni da nema patentnog sistema. Takvi pronalasci, iako predstavljaju samo tzv. papirnato stanje tehnike, imaju značajnu informacionu vrednost jer su nezamenljiva karika u lancu tehnološkog napretka.

Pored toga, podrška ugovorne teorije informacionoj funkciji patentnog sistema dolazi do izražaja i u vezi sa pronalascima koji se mogu privredno isko-

---

<sup>15</sup> »Pronalazač čini pravu faustrijsku nagodbu sa suverenom, razmenjujući tajnost neodređenog, čak neograničenog trajanja, za efemerni patent... Vlasništvo na bilo kojoj vrsti imovine podrazumeva ekskluzivno pravo uživanja. To je suština svojine. I pošto je ekskluzivnost imanentna svakom patentu, patenti imaju status svojine – status koji je kao takav izričito priznat u Zakonu o patentima«, Rosenberg, P: Patent Law Fundamentals, New York, 1975, str. 7, 12.

<sup>16</sup> Machlup, F: Die wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts – I deo (GRUR 1961, str. 379), sa pozivom na izvore iz druge polovine 19. veka.

rišćavati, a da njihova tajnost ostane nenarušena. Naime, pronalazač takvog pronalaska ne može sa izvesnošću računati na to da neko treće lice ili istraživački tim neće, sasvim nezavisno od njega, doći do istog pronalaska nešto kasnije. Otuda, odluka pronalazača da ne traži patentnu zaštitu za svoj pronalazak uvek nosi izvestan rizik da će ostati i bez patenta i bez tajne. U takvoj situaciji, značaj patentnog sistema zasnovanog na ugovornoj teoriji jeste u tome, što nije moguće sačuvati pronalazak u tajnosti istovremeno dobijajući patentnu zaštitu za njega, već je neophodno napraviti izbor: tajnost ili patent.

*Prirodno pravna teorija.* – U osnovi prirodnopravne teorije o patentnom pravu jeste shvatanje da isključiva pravna vlast pronalazača nad sopstvenim pronalaskom ima svoj izvor u nadzakonskom – prirodnom pravu čoveka na rezultate sopstvenog rada. Isključivi karakter te pravne vlasti čini je uporedivom sa svojinom, kao najvećom pravnom vlašću koju pojedinac može imati povodom određenog materijalnog pravnog dobra. Patent je, dakle, jedna vrsta svojine na nematerijalnom dobru (pronalasku). Za razliku od ugovorne, odn. monopolne teorije, prema prirodnopravnoj teoriji patent ima karakter građanskog (privatnog subjektivnog prava koje nastaje činom nastanka pronalaska, dok akt priznanja patenta od strane državnog organa ima samo deklarativni značaj.

Ogroman značaj ove teorije jeste u uspostavljanju originarne pravne veze između patenta i pronalazača, kao lica koje je sopstvenim intelektualnim naporom stvorilo pronalazak. U tom smislu, patent je pravo kojim se izvorno štiti pronalazač za svoj pronalazak. Iako ova konstrukcija danas izgleda više nego logično, u vreme kraha feudalnog sistema privilegija u Evropi ona je bila revolucionarna, jer je značila oduzimanje vlasti suverenu da daje patente kome hoće i za šta hoće. Ta tekovina ove teorije je do danas prisutna kao opšte prihvaćeno načelo patentnog prava: izvorno pravo na patent ima samo pronalazač<sup>17</sup>.

Opšte mesto svakog kritičkog osvrta na ovu teoriju jeste da patent, izuzev na najapstraktnijem nivou poređenja, nema mnogo sličnosti sa stvaropravnom svojinom. Glavni izvor razlika između patenta i svojine leži u bitnoj različitosti predmeta zaštite. S obzirom na tu razliku, pravna vlast na pronalasku, kao nematerijalnom dobru, usmerena je na ovladavanje tržištem proizvoda u kojima je patentirani pronalazak materijalizovan; pravna vlast na stvari, akao materijalnom dobru, usmerena je na ovladavanje korišćenjem same te stvari. Imajući u vidu očiglednost i logičnost ove razlike (kao i niza drugih) i najvatreniji zastupnici prirodnopravne teorije patentnog prava su priznavali da su se opredelili za pri-

---

<sup>17</sup> Danas, jedan od najčešćih izuzetaka od ovog pravila javlja se u slučaju pronalazaka stvorenih u radnom odnosu, gde poslodavac ima izvorno pravo na patent, a pronalazač ima samo pravo na nagradu. Vidi ZOPat, čl. 96. st. 1.

rodnopravnu svojinsku terminologiju više iz propagandnih, nego istinskih pravno-filosofskih razloga<sup>18</sup>.

Postoje dve suštinske primedbe prirodnopravnoj teoriji patentnog prava. Prva se sastoji u tome što patent, po svojoj sadržini, jeste pravo na osnovu kojeg njegov nosilac može da spreči svako drugo lice da privredno iskorišćava patentirani pronalazak, s tim da se ta zabrana odnosi i na lica koja su, nezavisno od pronalazača koji je dobio patent, stvorila isti pronalazak. Na taj način dolazi do paradoksa da patent, kao prirodno svojinsko pravo jednog pronalazača, lišava drugog pronalazača iste takve prirodnopravne svojine. Druga primedba se odnosi na opšte načelo zaštite intelektualne svojine, po kojem stvaraoci intelektualnih dobara imaju prirodno pravo na zaštitu. Činjenica je da su intelektualna dobra samo izuzetno predmet zaštite. Krug i vrsta tih »povlašćenih« vrsta intelektualnih dobara su strogo ograničeni. Za sva ostala intelektualna dobra važi princip da su ona javno dobro i da njihov stvaralac nikome ne može zabraniti da se njima koristi. Odmah se nameće zaključak da kriterijum za selekciju intelektualnih dobara koja se štite, od onih koja se ne štite, ne može da se dedukuje iz teorije prirodnog prava. Na ove primedbe prirodnopravna teorija nema zadovoljavajuće odgovore<sup>19</sup>.

Rezimirajući značaj ove teorije patentnog prava, može se reći da on leži pretežno u njenoj propagandnoj snazi, na osnovu koje je ona od Francuske revolucije naovamo doprinela afirmaciji moderne pronalazačke zaštite. Sadržinski gledano, ova teorija je afirmisala status pronalazača, i za taj status vezala izvorno pravo na zaštitu (pod uslovom da ta zaštita uopšte postoji). Međutim, prirodnopravna teorija nije afirmisala obavezu zaštite pronalazača ili drugih lica koja su stvaraoci intelektualnih dobara<sup>20</sup>.

*Teorija nagrade.* – S pozivom na ideju pravde (koja je takođe prirodnopravnog porekla), teorija nagrade vidi u patentnom sistemu jedan pravni mehanizam koji pronalazaču obezbeđuje nagradu za njegov doprinos tehnološkom napretku zajednice. Nagrada se sastoji u pronalazačevom vremenski ograniče-

<sup>18</sup> Machlup, F: Die wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts – I deo (GRUR 1961, str. 378), sa pozivom na izvore iz druge polovine 19. veka.

<sup>19</sup> Pored ovih primedbi, može se postaviti i pitanje kako su sa idejom prirodnopravne intelektualne svojine na pronalasku spojivi zavisnost patenta od plaćanja administrativnih taksi za njegovo održavanje, i mehanizam pravne prinude kojem je nosilac patenta izložen da bi iskorišćavao pronalazak? Postoje shvatanja koja istovremeno zastupaju tezu o patentu kao obliku svojine na pronalasku, ali i očuvanu da je patentno pravo instrumentalizovano. Pomirenje ove protivrečnosti, po njima, leži u činjenici da u civilizaciji koja je zavisna od tehnološkog razvoja, pronalazak ima naglašeni značaj za javni interes, te je otuda svojina na njemu podložna ograničenjima koja su veća nego ko svojine na drugim vrstama dobara. Tako Schulte, H: Die Efrindung als Eigentum (GRUR 1985, str. 778.

<sup>20</sup> Bernhardt/Krasser: Lehrbuch des Patentrechts, Muenshen, 1986, str. 25, 26.

nom, pravno obezbeđenom tržišnom statusu isključivog korisnika patentiranog pronalaska.

Ovoj teoriji, koliko god ona delovala ubedljivo i konformno sa opštim osećajem pravde i prava, mogu se uputiti dva ozbiljna prigovora. Prvi je zasnovan na činjenici da je tehnološki razvoj rezultanta nesagledivog mnoštva pojedinačnih doprinosa, i da on, budući ukorenjen u kolektivnom instinktu borbe za opstanak, nezaustavljivo teče. Pronalazač je inventivna ličnost koja često samo finalizuje određene, od drugih ljudi već pripremljene, naučne i tehničke ideje. Otuda se može postaviti pitanje da li je u skladu sa načelom pravde da patentno pravo nagradi patentom jednog pronalazača, a da mnoštvo onih inventivnih subjekata koji su »pripremili« njegov pronalazak, ostavi bez nagrade. Drugi prigovor zasnovan je na činjenici da upravo ideja pravde nalaže da nagrada bude u srazmeri sa veličinom (značenjem) pronalaska kojim je pronalazač unapredio tehniku. Ekonomska korist koja se može steći iz patenta, međutim, ne stoji niukakvoj srazmeri sa vrednošću pronalaska za društvo. Ta korist je u srazmeri samo sa podobnošću pronalaska da u roku trajanja patentne zaštite, posredstvom mehanizma tržišta, zadovolji određenu društvenu potrebu. Kao što je opštepoznato, međutim, tržište obično izdašnije nagrađuje pronalaska koji su manjeg društvenog značaja, dok one koji su većeg, čak epohalnog, značaja nagrađuje skromnije ili ih čak ostavlja sasvim bez nagrade. U tom smislu, dakle, patentni sistem nije podoban da pravično nagradi pronalazača<sup>21</sup>.

Imajući u vidu ove ozbiljne prigovore, čini se da vrednost teorije nagrade leži u njenoj podobnosti da posluži kao razumna zamena za prirodnopravnu teoriju intelektualne svojine. Naime, obe teorije su iz arsenala tzv. prirodnog prava, i obe insistiraju na pravnoj nerazvodljivosti pronalazača i njegovog pronalaska. Međutim, dok prirodnopravna teorija tu vezu vidi kao svojinu, po teoriji nagrade se ta veza iscrpljuje u obavezi države da obezbedi pronalazaču ekonomsku protivvrednost za njegov pronalazak. Iz toga sledi da su mogući razni modaliteti nagrađivanja pronalazača, tj. da patent, kao isključivo pravo, svakako nije jedini zamislivi oblik nagrade. Štaviše, patent je jedan nesavršeni oblik nagrađivanja pronalazača, zbog već pomenute nemogućnosti da uspostavi srazmeru između društvene (tehnološke) vrednosti određenog pronalaska i ekonomske koristi koju pronalazač može izvući iz patenta za taj pronalazak.

Takođe, veća prizemnost teorije nagrade od prirodnopravne teorije omogućuje da se njome lakše prevaziđe prigovor različitog pravnog tretmana raz-

---

<sup>21</sup> Patenti su »najgori i najprevarniji oblik nagrađivanja, koji samim pronalazačima češće donosi štetu nego dobit«. Tako John Prince-Smirh: Ueber Patente fuer Erfindungen, Vierteljahrschrift fuer Volkswirtschaft und Kulturgeschichte, 1. godina, br. 3, 1863, str. 161, navedeno prema Machlup, F. Die wirtschaftlichen Grundlagen des Patentrechts – I deo (GRUR 1961, str. 378).

ličitih intelektualnih tvorevina. Naime, dok se iz prirodnopravne teorije ne može izvući kriterijum po kojem se intelektualne tvorevine dele na one koje se štite, od onih koje ne mogu biti predmet tvorevina, i dopušta arbitriranje države u tom pitanju.

*Teorija podsticaja.* – Suština ove teorije je u shvatanju da je patentni sistem podoban da motiviše ljude da rade na stvaranju novih pronalazaka. Mehanizam motivacije funkcioniše tako što patent stavlja u izgled pronalazaču vanrednu dobit od privrednog iskorišćavanja njegovog pronalaska.

Ova teorija ne osporava da tehnološki napredak nije nužno zavistan od postojanja patentnog sistema, ali tvrdi da bi bez patentnog sistema tempo tehnološkog napretka bio sporiji.

Najveći broj primedbi je ovoj teoriji upućen u prošlom veku, dok je pronalazaštvo pretežno bilo stvar talentovanih pojedinaca, i dok nije presudno zavisilo od stepena obrazovanja pronalazača i novca koji je u pronalazak investirano. Okosnica svih tih primedbi bila je sumnja da je patent bitan za inventivnu motivaciju pojedinca koji je svojim unutrašnjim psihološkim bićem već predisponiran da stvara pronalazke. Ova primedba stoji i danas, ukoliko se teorija podsticaja shvati kao psihološka teorija koja objašnjava motivacioni mehanizam pronalazača.

Međutim, napredak tehnike kao i promene u ekonomskom životu, koji su se odigrali u 20. veku, potisnuli su značaj lične motivacije pronalazača u drugi plan. Sada su, po značaju, u prvi plan izbili organizacioni i finansijski aspekti pronalazačkog delovanja. Naime, već sama činjenica da danas, zavisno od države u pitanju, između 60–90% svih pronalazaka stvaraju zaposleni u preduzećima, govori o tome da tradicionalna slika o individualnom pronalazaču postala potpuno nerealna. Pronalazaštvo je sada stvar pretežno timskog rada visoko obrazovanih specijalista tehničke struke, koji planskim istraživanjem uz izdašnu finansijsku otporu svojih poslodavaca ili drugih investitora, programirano »ciljaju« na određena nova tehnička rešenja. U tom smislu, danas su ključni resursi pronalazaštva: obrazovanje, organizacija i kapital. Kako se i obrazovanje i organizacija mogu posredno svesti na kapital, jasno je da je za današnje pronalazaštvo presudan samo tržišni motivacioni mehanizam: na investiranje je spreman samo onaj subjekt koji očekuje povraćaj investicije i profit.

Iz ovog ugla posmatrano, teorija podsticaja mora se danas shvatiti kao teorija koja u patentnom sistemu vidi podsticaj za investiranje kapitala u pronalazačku delatnost. Kao takvoj, ne može joj se osporiti njeno racionalno jezgro: Subjekt koji investira u pronalazak teško da može računati na povraćaj investicije i profit ukoliko bi bio prinuđen da privredno iskorišćava pronalazak u ravnopravnoj utakmici sa svojim konkurentima; konkurenti koji bi imitirali njegov pronalazak bili bi u prednosti, jer u cenu svoje robe ili usluge ne moraju uračunavati



investiciju pronalazak. Tek patent, kao pravna garancija privremenog monopolskog položaja u pogledu privrednog iskorišćavanja pronalaska, obezbeđuje investitoru realnu mogućnost da na tržištu povрати novac i ostvari profit.

Da ova razmišljanja nisu sasvim bez empirijskog osnova, pokazuju i neka istraživanja sprovedena u Nemačkoj i SAD. U Nemačkoj je utvrđeno da oko 21% patentiranih pronalazaka ne bi bilo stvoreno (u to vreme, na taj način i kod tih subjekata), da nema patentnog sistema. U SAD, pak, postoji procena da bi između 52,4% i 33,3% preduzeća, zavisno od njihove veličine, manje izdvajalo za istraživanje i razvoj da nema patentnog sistema.

PAVLE TIJANIĆ,  
Former Judge, Superior Commercial  
Court of Serbia, Belgrade

## INTERNATIONAL CONFERENCE AS A SOURCE OF PATENT LAW

### Summary

International conference is a source of Patent Law Convention for the protection of Industrial Property (Paris Convention) and the Paris Convention for the Protection of Industrial Property Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement). All member countries of the World Trade Organization are members of TRIPS Principles of PK.

The gist of substantive law in this matter makes two principles which reflect the reason of existence of this convention: the principle of national treatment and the principle of minimal rights. The 1994 agreement on commercial aspects of intellectual property right was adopted at the session of the Uruguay round treating the multilateral aspects on trade and customs (GATT).

The international convention which unites the industrial property right and the authorship right in a single convention on foundation of world organization for Intellectual Property is the axle of international protection. World Intellectual Property Organization - WIPO is an intergovernmental organization competent for regulating industrial property rights, authorship right and similar rights (Stockholm Convention). Relevant in this area are also the Patent Cooperation Treaty (PCT), i.e. the Strasbourg Agreement Concerning the International Patent Classification and the Budapest Treaty on the International Recognition of the Deposit of Microorganisms for the Purposes of Patent Procedure as well as the European Patent Convention on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights and the Convention on Issuing European Patents.

The European Patent Organization (EPO) Convention on Common Market Patent is an instrument of economic integration of Western Europe which resulted in obtaining the doctrinal explanation of the nature of patent law of its nature, purpose and legitimacy.



MARIJA IGNJATOVIĆ,  
LJUBIŠA STEFANOSKI

## PRAVNI REŽIM PRONALAZAKA STVORENIH U OKVIRU RADNOG ODNOSA

### U V O D

Proučavanje i istraživanje intelektualnih tvorevina nastalih u okvirima radnog odnosa, njihove karakteristike, mogućnosti za razvoj, usavršavanje i sve veću praktičnu primenu, danas predstavlja jedno jako složeno i kompleksno pitanje, kako posmatrano sa aspekta teorije tako i sa aspekta prakse. Zapravo, reč je o problematici koja je dosada istraživana od strane malog broja stručnih i naučnih radnika.

Predmet (objekat) zaštite prava industrijske svojine su inventivnost i pronalazaštvo kao rezultat intelektualnog i kreativnog uma čoveka. Preciznije, prema odredbama Pariske konvencije (PK) to su: patenti, modeli za iskorišćavanje, industrijske mustre i modeli, fabričke ili trgovačke marke, uslužne marke, trgovačko ime i oznake ili oznake porekla, odstranjivanje nelojalne konkurencije, kao i prava na intelektualne tvorevine u oblasti zemljoradnje.<sup>1</sup> Imajući u vidu obim i kompleksnu strukturu prava industrijske svojine kao i zbog prostornih mogućnosti, predmet proučavanja u ovom radu biće pravo na patent (pronalazak) nastao u okviru radnog odnosa.<sup>2</sup>

---

Dr Marija Ignjatović, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu.  
Mr Ljubiša Stefanoski, rukovodilac Sektora Sekretarijata za evropska pitanja, Vlada Republike Makedonije.

<sup>1</sup> Vidi: član 1 PK.

<sup>2</sup> I u uporedno-pravnoj teoriji najčešće predmet proučavanja je pravo na patent u okviru radnog odnosa, a mnogo retko i pravo na industrijski dizajn u okviru istog.

Pravno uređenje prava na patent nastalog u okviru radnog odnosa, odlikuje se nizom karakteristika i specifičnosti, koje se zasnivaju ne samo na principima prava industrijske svojine, nego i na principima radnog prava, s obzirom na činjenicu da je konkretni pronalazak stvoren u uslovima koji su definisani i koji su predmet radnog prava. Drugim rečima, ne radi se o egzistenciji principa koji su suprotstavljeni jedan drugome, nego, naprotiv, reč je o principima koji su međusobno isprepletani i koji se dopunjuju tako što se njihova implantacija u normativnim okvirima razlikuje od zemlje do zemlje, u smislu dominacije principa prava industrijske svojine nad principima radnog prava ili obrnuto.

Potreba za ozbiljnijim pristupom ovom pitanju je logična posledica nastojanja da se dodje do dosledne primene postojećih pravnih rešenja, njihovog prilagođavanja realnim potrebama prakse i uopšte savremenim društveno-ekonomskim tokovima, pri čemu benefit od toga imaju ne samo tvorci intelektualnih tvorevina ili poslodavac, već i društvo kao celina.

### *Patent*

Sa patentom se štite pronalasci u svim oblastima tehnologije, nezavisno od toga da li se radi o proizvodima ili postupcima, pod uslovom da je nov<sup>3</sup>, da sadrži inventivan doprinos<sup>4</sup> i da je podoban za industrijsku primenu.<sup>5</sup> U tom kontekstu objekat patentne zaštite može da bude samo pronalazak kao materijalizovan proizvod inventivnog rada pojedinca ili grupe ljudi, ukoliko kumulativno ispunjavaju

---

<sup>3</sup> »Pronalazak čija zaštita se zahteva smatra se nov, ukoliko nije obuhvaćen u prethodnom stanju tehnike...«, čl. 33 stav 2 Ugovora o saradnji o poreklu patenata (DSP), zaključen u Vašingtonu 19. juna 1970. godine (dopunjen 28. septembra 1979. godine i izmenjen 3. februara 1984. godine), Zakon o ratifikaciji ugovora o saradnji o poreklu patenata (Ugovor o saradnji), Službeni glasnik Republike Makedonije br. 49/1997), zaključen između Vlade Republike Makedonije i Evropske patentne organizacije (EPO). Vidi i član 54 EPK, Convention on the grant of European Patents – EUROPEAN PATENT CONVENTION of 5 October 1973 (text as amended by the act revising Article 63 EPC of 17 December 1991 and by decisions of the Administrative Council of the European Patent Organisation of 21 December 1978, 13 December 1994, 20 October 1995, 5 December 1996, 10 December 1998 and 27 October 2005 and comprising the provisionally applicable provisions of the act revising the EPC of 29 November 2000.

<sup>4</sup> »Pronalazak čija se zaštita zahteva, smatra se da sadrži inventivnu aktivnost ukoliko, vodeći računa o stanju u tehnici..., pronalazak vidljivo ne postoji za ljude te struke« član 33 stav 3 DSP. Vidi i čl. 56 EPK.

<sup>5</sup> »Pronalazak čija se zaštita traži smatra se pogodnim za industrijsku primenu ako u saglasnosti sa svojom prirodom može da bude proizveden i primenjivan (u tehnološkom smislu) u svim vidovima«, član 33 stav 4 DSP. Vidi i član 57 EPK.

navedene uslove. Pronalazak koji je zaštićen patentom dobija društvenu verifikaciju i predstavlja doprinos opštem stanju tehnike.<sup>6</sup>

Osnovna karakteristika prava na patent je njegova registrabilnost, što podrazumeva da u konkretnom slučaju pronalazač uživa pravnu zaštitu od momenta podnošenja prijave za registraciju njegove intelektualne tvorevine nadležnom upravnom organu. Zaštita prava na patent nije značajna samo za tvorce i druge nosioce prava na patent, nego i za društvo u celini, u smislu zaštite prosečnog potrošača od nelojalne konkurencije na tržištu, na kome se plasira najrazličitija roba sumnjivog kvaliteta.

U kontekstu registrabilnosti prava na patent nastao u okviru radnog odnosa, treba dodati i to da od trenutka kada radnik-pronalazač konkretnog dela počinje da uživa pravnu zaštitu, za poslodavca nastupaju određena ograničenja u pogledu moralnih prava koja se isključivo priznaju radniku-pronalazaču.

### *Pravni položaj radnika kao pronalazača*

U svojstvu pronalazača može biti samo fizičko lice (izvorni nosilac), odnosno pronalazač-radnik, ali ne i pravno lice za čije potrebe je nastala tvorevina. Pravno lice po pravilu može da bude samo derivativni nosilac (pravni sledbenik), prava na pronalazak koji je nastao u okviru radnog odnosa. Izuzetak od ovog pravila predviđen je u nekim zakonodavstvima, kao što je primera radi zakonodavstvo Velike Britanije, gde je i pored toga što je u članu 9 stav 1 Zakona o autorskom pravu, dizajnu i patentima predviđeno opšte pravilo po kome pod pojmom autor se podrazumeva lice koje je kreiralo delo, (koji se u članu 11 stav 1 tretira kao prvi – originarni nosilac autorskog prava u potpunosti), zakonodavac u stavu 2 istoimenog člana navodi da se originarnim nosiocem autorskog prava (first owner of copyright) smatra i sam poslodavac u slučaju kada je reč o literarnom, dramskom, muzičkom ili umetničkom delu koje je nastalo u okviru radnog odnosa.

Od opšteg pravila koje se zasniva isključivo na principima prava industrijske svojine, a prema kome, pravo na patent uživa pronalazač koji je pronašao (stvorio) pronalazak, postoji izuzetak kada pronalazak stvori radnik-pronalazač u okviru radnog odnosa. Otuda i pravni položaj radnika-pronalazača se razlikuje od pronalazača koji je stvorio pronalazak u slobodnoj režiji. U novije vreme, mnogo mali broj individualnih pronalazača uspeva da stekne veću ekonomsku korist od

---

<sup>6</sup> Opšimije: Pepeljugovski, V., Zaštita prava industrijske svojine od nelojalne konkurencije u uporednom pravu i pravu Republike Makedonije, Skoplje, 2004, str. 20.

svog pronalaska<sup>7</sup>, što se odmah reflektuje i na malu verovatnoću da njihov pronalazak nađe praktičnu primenu. Otuda zbog neisplativosti, pa nekad i zbog nemogućnosti da se pokriju troškovi potrebni za stvaranje konkretnog pronalaska, u najvećem broju slučajeva samostalni pronalazači odustaju od svojih ideja i od kokretizacije svojih unapred osmišljenih pronalazaka.

Na međunarodnom planu ne postoji jedinstvenost u regulisanju ovog pitanja, zbog toga što različite zemlje predviđaju različita rešenja. U osnovi, pri zakonskom uređivanju ovog pitanja nacionalna zakonodavstva u glavnom se priklanjaju principima radnog prava, zbog toga što u najvećem broju slučajeva pravo na patent pripada poslodavcu. Ali to nije slučaj i u SAD, gde je američki zakonodavac predvideo drugačiji pravni režim iz razloga što smatra da se unapred ne može preducirati ekonomska isplativost pronalaska, pa iz tog razloga nastoji da podstakne poslodavca da ovo pitanje predvidi sa odgovarajućom klauzulom u ugovoru o radu u kome bi istovremeno predvideo i nagradu za radnika za svaki nov pronalazak, odnosno da ga ohrabri da radi na istraživanju i razvoju novih tehnologija.<sup>8</sup> U tom smislu, američki zakonodavac predviđa »ukoliko ugovorom nije unapred drugačije određeno, tada pravo na konkretnu inovaciju nastalu u toku radnog odnosa pripada radniku, a ne poslodavcu, odnosno kompaniji u kojoj radnik radi, bez obzira što je pronalazak korišćen za delatnost koju radnik izvršava«.<sup>9</sup> U određenim slučajevima, ipak se mogu predvideti i izuzeci, kada iako je titular-pronalazač radnik, da i poslodavac ima pravo na ličnu, neprenosivu i slobodnu licencu, koja se sastoji od prava da koristi pronalazak u sopstvenom biznisu, ali ne i da ga zaštiti (registruje) kao njegovu svojinu.

U prvom slučaju, se smatra da se radnik-pronalazač nalazi u povoljnijem položaju s obzirom na činjenicu da se koristi finansijskim sredstvima, opremom i drugim neophodnim uslovima obezbeđenim od strane poslodavca.<sup>10</sup> Ali sa druge strane, on se nalazi u nepovoljnom položaju, budući da pravo na pronalazak u okviru radnog odnosa, odnosno sticanje prava na pronalazak kao subjektivno pravo,

---

<sup>7</sup> Bernhard Volmer, poznati nemački pravnik, stvaranje pronalazaka od strane individualnih pronalazača tretira kao igre na sreću pa je u tom kontekstu izrekao i sledeću misao: »mnogi igraju, ali malo ko dobija«. Miladinović, Z., Zaštita pronalazaka stvorenih u radnom odnosu, Pravni život, br. 13, V tom, Beograd, 2009, str. 378.

<sup>8</sup> O tome: Brewer, L., Peter, »Who Owns the Invention? Addressing Ownership Claims of Employees and Contractors«, Tennessee Bar Journal, April 1, 2006 (<http://www.bakerdonelson.com/Content.aspx?NodeID=200&PublicationID=113>).

<sup>9</sup> »Who owns patent rights employers or employess? Inventions – Brief Article USA Today (Society for the Advancement of Education) Find Article.com 13 Dec, 2009. [http://findarticles.com/p/articles/mi\\_m1272/is\\_2679\\_130/ai\\_81110792/](http://findarticles.com/p/articles/mi_m1272/is_2679_130/ai_81110792/).

<sup>10</sup> Miladinović, Z., Zaštita pronalazaka stvorenih u radnom odnosu, Pravni život, br. 13, V tom, Beograd, 2009, str. 378.

po pravilu pripada poslodavcu. Stav prema kome pravo na pronalazak nastao u okviru radnog odnosa pripada poslodavcu, pravda se time što se na taj način stimuliše poslodavac da i na dalje pomaže razvoj novih tehnologija, a pozitivne posledice će se nadalje reflektovati na celo društvo u konkretnoj zemlji. Suprotno ovom i danas egzistira stav da pravo na pronalazak nastao u okviru radnog odnosa, treba da se prizna radniku, a ne poslodavcu, kako se ne bi povredilo osnovno pravo pronalazača – pravo da bude priznat i označen kao autor.<sup>11</sup> Ovo se shvata nje, u savremenoj teoriji i praksi sve više napušta, pa se tako govori u prilog prvog stanovišta prema kome pravo na pronalazak nastao u toku radnog odnosa pripada poslodavcu.

U skladu sa klasifikacijom pronalazaka nastalih u toku trajanja radnog odnosa, predviđeni su i različiti pravni režimi u odnosu na pronalazača (radnika).

Prema pravoj kategoriji, ukoliko pronalazak bude stvoren na osnovu ugovora o radu, kada je primarni zadatak radnika da stvara određene pronalazke ili da stvori pronalazak po uputstvima poslodavca ili ako do toga dođe na osnovu ugovora o istraživanju, tada je logično da pravo na pronalazak pripada poslodavcu budući da on očekuje konkretan rezultat određenog tehničkog problema, što je ujedno u saglasnosti sa opisanim radnim obavezama.<sup>12</sup> Ovo podrazumeva da svaki pronalazač može da stekne status radnika-pronalazača, posebno ako je stvorio pronalazak u okviru svojih radnih obaveza.

Saglasno drugoj kategorizaciji pronalazaka u okviru radnog odnosa, radnik-pronalazač, ima sličan tretman kao i u prvoj kategoriji, s obzirom da je pronalazak dao određeni značajan doprinos poslodavcu. Jedinstvena razlika postoji u odnosu na pravo na nadoknadu (ugovor o licenci), koja se uobičajno priznaje radniku za pronalazak koji je nastao korišćenjem materijalno-tehničkih sredstava, informacija i drugih uslova koje je omogućio poslodavac, kao i za pronalazke koje je stvorio radnik u izvesnom periodu po prestanku radnog odnosa.<sup>13</sup>

U uporednom pravu, posebno u onim zemljama gde je ovom pitanju poklonjena velika pažnja, za radnika-pronalazača predviđena je i *ex lege* pravična nadoknada, posebno od trenutka kada poslodavac stekne pravo na ekonomsko iskorišćavanje konkretnog pronalazka, bez obzira da li ga on stvarno iskorišćava ili ne.<sup>14</sup> U interesu radnika-pronalazača, je i obaveza poslodavca da poštuje mo-

---

<sup>11</sup> Janić, M., Industrijska svojina i autorsko pravo, Novinska ustanova – Službeni list SFRJ, Beograd, 1973, str. 57.

<sup>12</sup> Colston, C., Principles of Intellectual Property Law, Cavendish Publishing Limited, London, 1989, p. 48.

<sup>13</sup> Miladinović, Z., Zaštita pronalazaka stvorenih u radnom odnosu, Pravni život, br. 13, udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2009, str. 384.

<sup>14</sup> Janić, M., Industrijska svojina i autorsko pravo, Novinska ustanova – Službeni list SFRJ, Beograd, 1973, str. 61.

ralna prava radnika, odnosno da u prijavi za registraciju pronalaska navede sve podatke radnika-pronalazača.

Moralnim pravima se štite lični interesi tvorca konkretnog dela. Za njih je karakteristično da ona nisu prenosiva *inter vivos*, a samo su delimično prenosiva za slučaj *mortis causa*. U odnosu na pronalazača-radnika, saglasno članu 4 PK, on ima moralno ovlašćenje da bude označen u prijavi i drugim ispravama pri registraciji konkretnog dela koje je stvorio u toku trajanja radnog odnosa. Na taj način, pronalazaču se priznaje pravo na pravnu zaštitu intelektualnog rada i kreativnosti, a ne na fizički objekat u kome je kreacija došla do izražaja. Ovo ovlašćenje je svojevidna preventivna mera protiv bilo kakve zloupotrebe, posebno od strane poslodavca. Ista je predviđena članom 4 DSP, saglasno kome poslodavac ima obavezu da u zahtevu za priznavanje patenta navede ime i druge informacije koje se odnose na pronalazača.

Isključivo materijalnim pravima štite se imovinski interesi. Karakteristično za ova prava je to što su ona prenosiva za vreme života, i u slučaju smrti ali su ograničenog vremenskog trajanja. Materijalno pravo za nosioca prava na patent saglasno članu 28 stav 1 TRIPS obuhvata pozitivno ovlašćenje: pravo na korišćenje, raspolaganje i nadoknadu, ali i negativno ovlašćenje, odnosno pravo da se zabrani svim trećim licima da neovlašćeno koriste patent, da raspoložu njime i da ostvaruju naknadu za njega. Krajnji cilj predviđen i u stavu 2 istog člana, u osnovi se svodi na ovlašćenje nosioca da ostvaruje ekonomsku korist od primene prava na patent. Isključiva prava nosioca prava na patent nastalog u okviru radnog odnosa su vremenski ograničena.

### *Pronalasci stvoreni u okviru radnog odnosa*

U pravnoj legislativi nacionalnih zakonodavstva ne postoji jedinstvenost u pogledu definisanja uslova i kriterijuma prema kojim bi se konkretan pronalazak kvalifikovao kao pronalazak koji je nastao u okviru radnog odnosa. U uporednim zakonodavstvima mogu se sresti slučajevi koji ovo pitanje tretiraju na eksplicitniji način sa posebnim odredbama u okviru nacionalnih patentnih zakona<sup>15</sup> ili posebnim zakonima kojima se isključivo uređuje pitanje pronalaska u radnom odno-

---

<sup>15</sup> Odredbe kojima se na eksplicitniji način uređuje pitanje pronalazaka u preduzećima, odnosno do kojih je došlo radom radnika u toku trajanja radnog odnosa, sadržane su i u zakonima drugih zemalja, kao što su Srbija, Velika Britanija, Rusija i Španija. Opširnije: Miladinović, Z., Zaštita pronalazaka stvorenih u radnom odnosu, Pravni život, br. 13, Udruženje pravnik Srbije, Beograd, 2009, str. 384.



su<sup>16</sup>, zatim, u pojedinim zemljama ovo pitanje se rešava primenom kolektivnih ugovora ili individualnim ugovorima o delu<sup>17</sup>, dok u određenom broju zemalja ovo pitanje se reguliše opštim ugovorima obligacionog prava.<sup>18</sup>

Razlog za različit pristup u regulisanju ovog pitanja, neki teoretičari nalaze u odsustvu odgovarajuće regulative na međunarodnom nivou.<sup>19</sup> Potreba za posebnim pravnim režimom koji bi regulisao pitanje pronalazaka nastalih u okviru radnog odnosa, danas se nameće kao nužna, iz razloga što nastajanje tih pronalazaka nije slučajno, nego je plansko, stručno, sistematsko i dobro organizovano poslovanje, za razliku od prošlosti, kada su pronalasci bili proizvod trenutne inspiracije pronalazača.<sup>20</sup> Na ovo se nadovezuje i dominantan stav zastupljen u uporednom pravu, prema kome pojam pronalaska u okviru radnog odnosa sve više dobija značenje sa aspekta mera u kojima se angažuje poslodavac, a ne samo sa aspekta učestvovanja radnika u stvaranju konkretnog pronalaska.<sup>21</sup>

Odsustvo zakonske definicije kojom se ovaj pojam određuje je razlog što je njegovo definisanje prepušteno teoriji. Pri definisanju ove vrste pronalaska nije neophodno samo da je između radnika i poslodavca zasnovan radni odnos, kao prethodni uslov, već je potrebno da budu ispunjene i druge okolnosti u kojima je došlo do nastanka određenog pronalaska.<sup>22</sup> Te okolnosti se u osnovi odnose na jasno određen krug lica među kojima se može zasnovati radni odnos, pa sve do vremenskog perioda u kome se smatra da je pronalazak stvoren.

---

<sup>16</sup> Prvi poseban zakon o pronalascima je donet 18. juna 1949. godine. Kasnije sličan zakon je donet i u Danskoj 29. aprila 1955. godine, a u Nemačkoj 25. jula 1957. godine. Više o tome: Polenak-Akimovska, M.; Dabović-Anastasovska, J.; Bučkovski, V.; Pepeljugoski, P., *Intelektualna svojina*, Pravni fakultet »Justinijan Prvi«, Skopje, 2004, str. 112.

<sup>17</sup> Janić, M., *Industrijska svojina i autorsko pravo*, Novinska ustanova – Službeni list SFRJ, Beograd, 1973, str. 61.

<sup>18</sup> Švajcarski zakon o obligacionim odnosima sadrži specijalnu odredbu (član 332), kojom se regulišu prava na pronalazke stvorene u radnom odnosu. Više o tome: Polenak-Akimovska, M.; Bučkovski, V., Dabović-Anastasovska, J–P113.

<sup>19</sup> Pokušaj usaglašavanja regulative na međunarodnom i regionalnom nivou je napravljen na Konferenciji za reviziju Pariske konvencije za zaštitu prava industrijske svojine u Londonu 1934. godine. Na Konferenciji su bila razmatrana tri predloga: 1. moralno pravo svakog lica da bude priznato kao pronalazač; 2. pronalazaču u radnom odnosu da se prizna odgovarajuća i pravična naknada; i 3. pronalazač da može da se koristi i da upotrebljava pronalazak pre patentiranja. Od gore navedena tri predloga samo je prvi bio prihvaćen i sadržan je u članu 4 Pariske konvencije. Detaljnije: Miladinović, Z., *Zaštita pronalazaka stvorenih u radnom odnosu*, Pravni život, br. 13 V tom, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2009, str. 380.

<sup>20</sup> Janić, M., *Industrijska svojina i autorsko pravo*, Novinska ustanova – Službeni list SFRJ, Beograd, 1973, str. 54.

<sup>21</sup> Idem.

<sup>22</sup> Miladinović, Z., *Zaštita pronalazaka stvorenih u radnom odnosu*, Pravni život, br. 13 V tom, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2009, str. 383.

U zavisnosti od okolnosti u kojima je jedan pronalazak nastao, u savremenoj pravnoj teoriji iz oblasti industrijske svojine postoje dve osnovne grupe pronalazaka nastalih u okviru radnog odnosa.

Prva grupa se odnosi na pronalaska do kojih pronalazač-radnik dolazi izvršavajući svoje svakodnevne radne obaveze, posebno izvršavajući svoje naložene zadatke u vezi sa naučno-tehničkim razvojem, kao i one proizašle iz ugovora o istraživanju (pronasci iz radnog odnosa u užem smislu).<sup>23</sup> Kada je reč o pronalascima nastalim u okviru radnog odnosa do kojih radnik dolazi prilikom izvršavanja svojih svakodnevni obaveza i zadataka, u uporedno-pravnoj teoriji je predviđen i jedan uslov, a to je da je pronalazak primenljiv i koristan za potreba poslodavca, bez obzira na njegovu osnovnu (registrovanu) delatnost.<sup>24</sup> U ovom kontekstu nadovezuje se još jedan uslov, a to je da je pronalazak nastao u okviru radnog odnosa, budući da se u suprotnom on ne može kvalifikovati kao ova vrsta pronalaska.

Suprotno ovom, kada radnik-pronalazač dođe do pronalaska izvršavajući naložene zadatke (po uputstvu) poslodavca, tada nije potrebno ispunjenje gore navedenog uslova, budući da se smatra da je poslodavac predvideo i ovakve slučajeve od momenta kada je dao nalog za izvršenje konkretnog posla.<sup>25</sup>

U drugu grupu pronalaska se ubrajaju pronasci do kojih radnik-pronalazač dolazi korišćenjem materijalno-tehničkih sredstava, informacija i drugih uslova koje pruža poslodavac, kao i pronasci do kojih radnik dolazi u određenom roku od prestanka radnog odnosa, a koji bi da su bili stvoreni u toku trajanja radnog odnosa bili uvršteni u prvu grupu pronalazaka (pronasci iz radnog odnosa u širem smislu).<sup>26</sup>

Ukoliko konkretan pronalazak ne ispunjava unapred predviđene uslove i ako nije nastao u gore navedenim okolnostima, on nemože da se kvalifikuje kao pronalazak iz radnog odnosa, što podrazumeva da poslodavac nema *ex lege* subjektivno pravo da koristi pronalazak do koga je došao njegov radnik.

U pravnoj doktrini i zakonodavstvu određenih zemalja može da se sretne i jedna druga vrsta pronalaska, tzv. pronalazak kompanije ili pronalazak preduzeća. Karakteristika ovog pronalaska je što je on i pored elemenata individualnosti kolektivan, tzv. »kolektivni fenomen«. Drugim rečima, reč je o pronalasku

---

<sup>23</sup> Idem.

<sup>24</sup> Janić M.: Industrijska svojina i autorsko pravo, Novinska ustanova službeni list SFRJ, Beograd 1973, str. 56.

<sup>25</sup> Janić M.: Industrijska svojina i autorsko pravo, Novinska ustanova službeni list SFRJ, Beograd 1973, str. 57.

<sup>26</sup> Miladinović Z., »Zaštita pronalazaka stvorenih u radnom odnosu«, Pravni život, br. 13, V tom, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2009, str. 383.

nastalom od strane više subjekata koji su radili duže vreme na njegovom otkriću. Međutim, zbog relativnosti grupe koja radi na otkriću (smenljivost pojedinih članova grupe), individualno određivanje pronalazača u ovom slučaju može da predstavlja veliki problem. Zato je u pojedinim zemljama<sup>27</sup>, u ovakvom slučaju, predviđeno da poslodavac može da podnese prijavu za registraciju pronalaska pod »anonimnim« pronalazačem.

### *Pravni režim prava na patent iz radnog odnosa u Republici Makedoniji*

U Republici Makedoniji, pitanje uređenja prava na patent u okviru radnog odnosa predviđeno je Zakonom o industrijskoj svojini (ZIS).<sup>28</sup>

U kontekstu prava na patent u okviru radnog odnosa, makedonski zakonodavac nije predvideo posebne odredbe sa kojima se uređuje ovo pitanje, nego ovo pitanje reguliše uz pomoć normi kojima se normira pravo na patent. Međutim, u drugim zemljama koje regulišu ovo pitanje nacionalna zakonodavstva predviđaju poseban pravni režim.

Specifičnost pravnog režima kojim se reguliše ovo pitanje, se manifestuje kao pravo koje pripada poslodavcu ukoliko je pronalazak nastao u okviru radnog odnosa, što je izuzetak od opšteg pravila prema kome sticanje prava na patent na konkretnom pronalasku pripada pronalazaču kao fizičkom licu koje je došlo do pronalaska svojim pronalazačkim radom. Odstupanje od opšteg pravila je predviđeno i članom 31 stav 1 ZIS, prema kome »postupak za priznavanje prava na patent može da pokrene pronalazač i njegov pravni sledbenik«.<sup>29</sup>

Za pravnog sledbenika pronalazača smatra se poslodavac kome na osnovu zakona ili ugovora pripada pravo na sticanje patenta za pronalazak do koga se došlo u okviru radnog odnosa.<sup>30</sup> Na osnovu ove odredbe ZIS može da se zaključi da Zakon ne uređuje međusobne odnose pronalazač/autor i poslodavac, već da reguliše samo pitanje pravnog osnova ne ulazeći pri tom u razmatranje drugih inventivnih delatnosti zaposlenog, koje nisu povezane sa obavezama proisteklim iz radnog odnosa.

---

<sup>27</sup> Zakonodavstva Austrije, Španije, Švajcarske poznaju pronalazak kompanija ili preduzeća. Više o tome: Polenak-Akimovska, M.; Dabović-Anastasovska, J.; Bučkovski, V.; Pepeljugoski, P., *Intelektualna svojina*, Pravni fakultet »Justinijan Prvi«, Skoplje, 2004, str. 114.

<sup>28</sup> Zakon za industrijska sopstvenost (Službeni vesnik na RM, br. 21/09).

<sup>29</sup> Saglasno članu 33 stav 1 ZIS za pravnog sledbenika pronalazača smatra se pravno ili fizičko lice čije priznanje prava na patent se temelji na onovama zakona, pravnog posla, nasledivanja ili sudske odluke.

<sup>30</sup> Član 33 stav 2 ZIS.

Poslodavac ima pravo da pokrene postupak za priznavanje prava na patent kod Zavoda za industrijsku svojinu. U sadržini zahteva, zakonodavac je predviđeo obavezu poslodavca da pored ostalih podataka mora da navede i podatke o pronalazaču.<sup>31</sup> Ova obaveza poslodavca proizilazi iz osnovnog moralnog prava pronalazača da bude naveden u prijavi za priznavanje patenta i ispravi koja se odnosi na patent. Međutim, ako se do pronalaska došlo zajedničkim radom više pronalazača, tada poslodavac ima obavezu da navede imena svih pronalazača.<sup>32</sup> Moralno pravo radnika-pronalazača nije vremenski ograničeno, i ne može mu se to pravo oduzeti, ali u slučaju da sâm radnik ne želi da njegovo ime bude navedeno on to može da izjavi u pismenoj formi i da tu izjavu dostavi Zavodu u roku od 60 dana od datuma podnošenja prijave.<sup>33</sup> Ukoliko se radnik-pronalazač predomišlja, on ima pravo da povuče izjavu u svako doba, ali najkasnije do vremena trajanja patenta, a izjava mora da bude priložena uz prijavu.

Garancija moralnih prava ne znači istovremeno i zabranu izražavanja slobodne volje radnika-pronalazača. Ako on ne želi da bude naveden u prijavi iz ličnih razloga, do toga neće ni doći, budući da ova garancija podrazumeva i dosledno poštovanje ličnosti radnika-pronalazača. Ovo pravo radnika-pronalazača i obaveza poslodavca integrirani su u članu 3 Pravilnika za patent<sup>34</sup>, u okviru priloga koji se odnose na pismenu formu prijave za patent. Za navođenje podataka radnika-pronalazača ili za naznačavanje da on ne želi da bude naveden u prijavi, predviđen je poseban deo u Obrascu za zahtevanje priznanja prava na patent,<sup>35</sup> u zahtevu za međunarodno podnošenje prijave prema DSP,<sup>36</sup> u zahtevu priznavanja prava na patent na osnovu međunarodne prijave prema DSP,<sup>37</sup> u zahtevu za priznavanje prava na patent na osnovu dogovora za proširivanje evropskog patenta.<sup>38</sup>

Podaci o pronalazaču (prezime, ime i adresa) ili dostavljanje pismene izjave od strane pronalazača da ne želi da bude naveden, upisuju se u Registar za prijavu.<sup>39</sup>

DZIS ne proverava tačnost podataka navedenih u prijavi za registraciju patenta, niti verodostojnost izjave kojom se izražava želja da lice (pronalazač)

---

<sup>31</sup> Član 44 stav 1–3 ZIS.

<sup>32</sup> Član 31 stav 2 ZIS.

<sup>33</sup> U smislu člana 44 stav 2.

<sup>34</sup> Službeni vesnik RM, br. 92/09.

<sup>35</sup> Ob. DSIZ P1 Pravilnik za patente (Službeni vesnik RM, br. 92/09).

<sup>36</sup> Ob. DSIZ P1 Pravilnik za patente (Službeni vesnik RM, br. 92/09).

<sup>37</sup> Ob. DSIZ P1 Pravilnik za patente (Službeni vesnik RM, br. 92/09).

<sup>38</sup> Ob. DSIZ P5 Pravilnik za patente (Službeni vesnik RM, br. 92/09).

<sup>39</sup> Član 16 stav 11 Pravilnika za patente (Službeni vesnik RM, br. 92/09).

neželi da bude navedeno u prijavi.<sup>40</sup> Ukoliko je u rešenju, odnosno ispravi sa kojom se priznaje patent izostavljeno ime pronalazača/autora ili nije navedeno suprotno njegovoj volji, tada ono ima pravo da podnese tužbu i da na taj način zaštiti svoje pravo.<sup>41</sup>

Saglasno članu 89 stav 1, za poslodavca kao nosioca isključivog (materijalnog) prava na patent, predviđeno je pozitivno ovlašćenje: da koristi u proizvodnji zaštićen pronalazak, da pušta u promet predmete izrađene od zaštićenog pronalaska i da raspolaze patentom. U stavu 2 i 3 istoimenog člana, predviđaju se i negativna ovlašćenja za poslodavca, odnosno da zabrani korišćenje pronalaska u proizvodnji ili u prometu od strane trećih lica, koja za to korišćenje nemaju njegovu dozvolu. Isključiva ovlašćenja se odnose i na patent i na proizvod dobijen od njega.<sup>42</sup>

Zakonodavac u članu 91 predviđa tri slučaja slobodnog korišćenja patenta, odnosno slučajeve kada se isključivo pravo poslodavca ne odnosi na: iskorišćavanje pronalaska u lične i nekomercijalne svrhe, preuzimanje aktivnosti za istraživanje i razvoj predmeta zaštićenih pronalaskom, a posebno izradu, upotrebu, nudenje prodaje, izvoz ili uvoz zaštićenog pronalaska, uključujući i aktivnosti za dobijanje odobrenja za stavljanje u promet lekova za humanu ili veterinarsku medicinu ili sredstava za zaštitu rastinja i neposredna i pojedinačna priprema lekova u apotekama na osnovu jediničnog lekarskog recepta i na postupke koji se odnose na tako dobijen lek.

### *Pravni režim prava na patent iz radnog odnosa u Republici Srbiji*

Pitanje pronalazaka do kojih se došlo u toku trajanja radnog odnosa, u Republici Srbiji regulisano je posebnim odredbama (108–119) Zakona o patentima.<sup>43</sup>

1) Pronalazak do koga je došao radnik u okviru svojih redovnih obaveza ili prilikom izvršavanja zadatih obaveza u okviru naučno-istraživačkog rada, kao i pronalazak do koga se došlo izvršavanjem delatnosti predviđene ugovorom o istraživačkom radu zaključen sa poslodavcem – pravo na zaštitu pronalazaka, prema odredbama Zakona ima poslodavac, ako ugovorom zaključenim između rad-

---

<sup>40</sup> Polenak-Akimovska, M.; Dabović-Anastasovska, J.; Bučkovski, V.; Pepeljugoski, P., *Intelektualna svojina*, Pravni fakultet »Justinijan Prvi«, Skoplje, 2004, str. 92.

<sup>41</sup> Opšimije: član 306 ZIS.

<sup>42</sup> Vidi: član 92 stav 4 ZIS.

<sup>43</sup> Zakon o patentima (Službeni list SCG br. 32/2004, 35/2004, 115/2006).

nika i poslodavca nije drugačije određeno. Pa ipak, iako je pronalazak registrovan na ime poslodavca, pronalazač (radnik) uživa sva moralna prava u smislu člana 13<sup>44</sup>, a ima pravo i na nadoknadu u zavisnosti od efekta ekonomskog iskorišćavanja pronalaska, kao i u slučaju kada poslodavac prenosi ili ustupa pravo na licencu za iskorišćavanje pronalaska nekom trećem licu.<sup>45</sup>

Pronalazač (radnik) može da se odrekne od svog prava da bude naveden u prijavi pismenom izjavom, i drugim spisima. Podnosilac prijave je dužan da pismenu izjavu dostavi u predviđenom roku nadležnom državnom organu.<sup>46</sup> Pronalazač može isto da učini i u toku trajanja zaštite patenta.<sup>47</sup>

2) Pronalazak do koga radnik dođe koristeći materijalno-tehnička sredstva, informacije i druge uslove koje obezbedi poslodavac – pronalazač (radnik) ima pravo na ekonomsko iskorišćavanje pronalaska, uz obavezu poslodavca da mu isplati naknadu u skladu sa ugovorom zaključenim povodom konkretnog pronalaska. Izuzetak postoji u slučaju da pronalazak obuhvata neku poslovnu tajnu poslodavca kod koga je radnik zaposlen. U tom slučaju poslodavac ima pravo da spreči objavljivanje pronalaska, ali je zato dužan da pronalazaču isplati odgovarajuću nadoknadu, iz razloga što pronalazač nema pravo da u tom slučaju traži pravnu zaštitu pronalaska.<sup>48</sup>

3) Pronalazak do koga je radnik došao u roku od godinu dana po prestanku radnog odnosa, a koji ako bi bio stvoren u toku trajanja radnog odnosa bi se smatrao za pronalazak koji bi se mogao svrstati u gore navedenim vrstama pronalaska – pronalazač; (radnik) ne može da se odrekne prava na nadoknadu. U članu 118 je određeno da poslodavac ne može da koristi pronalazak pre nego što je regulisano ovo pitanje, kao i u slučaju spora povodom utvrđivanja visine nadoknade i donošenja pravosnažne sudske presude.

Kriterijumi za utvrđivanje visine, načina i vremena plaćanja nadokande određuju se opštim aktom, ugovorom o radu, ili posebnim ugovorom koji su radnik i poslodavac zaključili povodom konkretnog pronalaska.<sup>49</sup>

U slučaju spora, sud posebno treba da ima u vidu doprinos pronalazača u uvećanju ukupne dobiti, odnosno ostvarenju uštede preduzeća.<sup>50</sup> Pronalazač-radnik dužan je da odmah po otkriću pronalaska podnese pismeni izveštaj sa kojim izveštava poslodavca, u suprotnom rok počinje da teče od dana kada poslodavac

---

<sup>44</sup> Član 108 stav 1 i član 109.

<sup>45</sup> Član 24 stav 4.

<sup>46</sup> Član 24 stav 4.

<sup>47</sup> Član 24 stav 5.

<sup>48</sup> Član 108 stav 2 i član 110.

<sup>49</sup> Član 111 stav 1.

<sup>50</sup> Član 111 stav 2.

dozna za pronalazak.<sup>51</sup> Saglasno članu 115, ukoliko poslodavac u roku od dva meseca od prijema urednog izveštaja o pronalasku ne prijavi isti, pronalazač ima pravo da pronalazak zaštiti na svoje ime.

## ZAKLJUČAK

Na osnovu svega gore navedenog, može se izvesti generalni zaključak da je pitanje pravnog režima pronalazaka nastalih o toku trajanja radnog odnosa, jedno kompleksno pitanje i da je potreba za ozbiljnijim pristupom ovom pitanju logična posledica nastojanja da se dodje do dosledne primene postojećih pravnih rešenja, njihovog prilagođavanja realnim potrebama prakse i uopšte savremenim društveno-ekonomskim tokovima, pri čemu bi benefit od toga imali ne samo tvorci intelektualnih tvorevina ili poslodavac, već i društvo kao celina.

MARIJA IGNJATOVIĆ, LL.D.,  
Assistant Professor, Faculty of Law,  
University of Niš  
LJUBIŠA STEFANOSKI, LL.M.,  
Chief of the Sector for General and Legal Affairs,  
Secretariat for European Issues,  
Government of the Republic of Macedonia

## THE LEGAL REGULATION OF INVENTIONS CREATED IN THE COURSE OF EMPLOYMENT

### Summary

The study and research into the subject matter of intellectual property works created in the course of employment, their characteristics, their prospective development, improvement and ever-growing practical application is a very complex and multifaceted issue today from the point of

---

<sup>51</sup> Član 112 stav 1.

view of both legal theory and legal practice. In fact, this problem has been researched by a relatively small number of legal scholars and professionals.

The legal regulation of patent rights generated in the course of employment is characterized by a number of distinctive features which are based not only on the principles of industrial property law but also on the principles of employment law, given the fact that the invention has been developed under the circumstances which are defined and regulated by employment law. In other words, these principles are by no means conflicting. Quite the contrary, they are intertwined and mutually supplementary in terms that their implementation in the national legislations differs from one country to another, where the industrial property law principles prevail over the principles of employment law principles and vice-versa.

The need for a more serious approach to this intellectual property issue is a logical consequence of the endeavour to come to a more consistent application of the existing legal solutions, their adjustment to the actual needs of the legal practice as well as to the contemporary social-economic tendencies in general. These efforts will benefit not only the inventors or the employer but also the society at large.



## **SADRŽINA, OBIM I TRAJANJE PATENTA**

### U V O D

Pravna ovlašćenja ekonomskog korišćenja dobara industrijske svojine sadržana su u subjektivnim pravima industrijske svojine. Subjektivna prava industrijske svojine imaju za predmet ona duhovna dobra, odnosno proizvode ljudskog duha i uma koja se mogu primeniti u obavljanju privredne delatnosti. Sva subjektivna prava industrijske svojine stiču se u posebnom upravnom postupku sprovedenom od strane nadležnog organa uprave, ali pokrenutom na inicijativu stranke. Subjektivna prava industrijske svojine su apsolutna. Kao apsolutnim, subjektivnim pravima industrijske svojine ovlašćuje se titular na isključivo ekonomsko iskorišćavanje zaštićenog intelektualnog dobra na teritoriji za koju je pravo priznato i u propisanom vremenskom intervalu. U subjektivna prava industrijske svojine spadaju: patent, mali patent, žig, pravo na dizajn, ovlašćenje na korišćenje oznake geografskog porekla, pravo na topografiju integrisanog kola i pravo biljne sorte. Osim zajedničkih karakteristika svojstvenih svim subjektivnim pravima industrijske svojine, svako od njih ima specifičnosti. Predmet ovog rada su specifičnosti koje se kod patenta i malog patenta ispoljavaju u pogledu sadržine, obima i trajanja prava.

Reč patent<sup>1</sup> je reč latinskog porekla i potiče od reči patens, što znači otvoren, očišćen<sup>2</sup> i prvobitno se koristila za označavanje naročite javne isprave, tzv. patentnog pisma odnosno otvorenog pisma (*litterae patentes* – otvorena pisma), kojim su vladari svojim podanicima dodeljivali razne privilegije i monopolna prava, pa i pravo isključivog obavljanja nekog zanata ili pravo isključivog korišćenja pronalaska<sup>3</sup>. Pisma su bila »otvorena« kako bi javnost bila obavještena o naročitoj vladarskoj milosti, subjektu, sadržaju i obimu datih privilegija.

Patent se definiše kao apsolutno subjektivno pravo na pronalazak. Mali patent je apsolutno subjektivno pravo kojim se štiti pronalazak nižeg inventivnog nivoa<sup>4</sup>.

## SADRŽINA PATENTA I MALOG PATENTA

Sadržinu patenta čine imovinsko-pravna ovlašćenja na osnovu kojih nosilac patenta može: koristiti zaštićeni pronalazak u proizvodnji; 2) stavljati u promet proizvode izrađene prema zaštićenom pronalasku; 3) raspolagati patentom odnosno malim patentom.

Pod proizvodnjom podrazumeva se izrada odnosno spravljanje stvari uobičajenjem materijala. Sa aspekta patentnog prava, pojmom proizvodnje obuhvaćene su sve njene faze<sup>5</sup>, do momenta kada je proizvod načinjen. Pojmom proizvodnje nisu obuhvaćene pripremne radnje za proizvodnju kao što su nabavka mašina, izrada crteža i sl.<sup>6</sup>, kao ni popravka proizvoda nastalog korišćenjem patentom zaštićenog pronalaska u proizvodnji. Ovlašćenje na korišćenje zaštićenog pronalaska u proizvodnji naziva se i pravom upotrebe pronalaska. Pravo upotrebe pronalaska u pravnoj teoriji smatra se osnovnim prerogativom nosioca patenta<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> Eng. *Patent*, fr. *Brevet d'invention*, rus. *Patent*, nem. *Patent*.

<sup>2</sup> Klajn, I. i Šipka M., *Veliki rečnik stranih reči i izraza*, Novi Sad 2006. g., str. 903.

<sup>3</sup> *Pravni leksikon*, Beograd 1964. g., str. 618.

<sup>4</sup> Niži inventivni nivo znači da pronalazak ima inventivni nivo koji prevazilazi rutinsko korišćenje stanja tehnike od strane stručnjaka, ali koji još ne dostiže inventivni nivo potreban za sticanje patenta.

<sup>5</sup> Marković, S., *Pravo intelektualne svojine*, Beograd 2000. g., str. 133.

<sup>6</sup> Vlašković, B., *Osnovi ostvarivanja pravne zaštite pojedinih vidova industrijske svojine*, u okviru »Pravo industrijske svojine«, Beograd 1990. g., str. 47.

<sup>7</sup> Besarović, V., *Intelektualna prava, industrijska svojina i autorsko pravo*, Beograd 1993. g., str. 113.

Pod stavljanjem u promet podrazumeva se radnja kojom se omogućava prenos proizvoda iz državine jednog u državinu drugog lica uz plaćanje naknade. To je svaka radnja kojom se omogućava da se predmet pronalaska zaštićen patentom učini dostupnim za upotrebu<sup>8</sup>. Stavljanje u promet obuhvata i pravo titulara patenta da nudi proizvod radi prodaje. Pod nuđenjem proizvoda podrazumeva se radnja kojom jedno lice stavlja drugom licu u izgled da će mu, ukoliko je ono za to zainteresovano, pribaviti državinu na proizvodu<sup>9</sup>. Nije bitno da li se to čini putem reklamiranja, činjenja ponude ili upućivanja poziva radi činjenja ponude za zaključenje ugovora, izlaganja robe i dr. već je za ponudu u smislu patentnog prava nužno da sadrži sve tehničke pojedinosti koje su neophodne stručnjaku za proizvodnju ponuđenog proizvoda<sup>10</sup>.

Ako je predmet pronalaska zaštićenog patentom postupak, onda je nosilac patenta ovlašćen da primenjuje patentom zaštićeni pronalazak postupka i da proizvode koji su dobijeni tim postupkom stavlja u promet, da ih nudi, uvozi i skladišti radi stavljanja u promet, kao i da ih upotrebljava. Kod patenta za primenu, ovlašćenje nosioca patenta sastoji se u pravu na primenu postupka koji je predmet zaštićenog pronalaska u svrhe za koje je pribavljena patentna zaštita<sup>11</sup>.

Sadržinu prava na patent čini i pravo raspolaganja patentom. Ovo patentno-pravno ovlašćenje je osnov za transfer tehnologije. Nosilac patenta može svoje pravo u celosti ili delimično (ovlašćenje na korišćenje predmeta prava) ustupati uz naknadu ili besteretno. Pravo na raspolaganje znači i da nosilac patenta svoje pravo može opteretiti. U praksi, raspolaganje patentom najčešće se vrši teretnim pravnim poslovima *inter vivos*, mada se raspolaganje patentom može vršiti i nasleđivanjem. Nosilac prava na patent ovlašćen je da prenese svoje pravo na domaće ili strano, fizičko ili pravno lice<sup>12</sup>. Odricanje od patenta takođe spada u raspolaganje pravom<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> Holzer, W., *Prava koja daju Evropski patenti*, rad prezentovan na međunarodnom seminaru: »Evropski patentni sistem i Jugoslavija (uvod u KEP)«, Beograd 2002. g., str. 4, u ovom radu navedeno prema: Miladinović, Z., *Subjektivna prava industrijske svojine*, Niš 2004. g., str. 89.

<sup>9</sup> Marković, S., *Pravo intelektualne svojine*, Beograd 2000. g., str. 135.

<sup>10</sup> Vlašković, B., *Osnovi ostvarivanja pravne zaštite pojedinih vidova industrijske svojine*, u okviru »Pravo industrijske svojine«, Beograd 1990. g., str. 47.

<sup>11</sup> Miladinović, Z., *Praktikum za pravo industrijske svojine i autorsko pravo*, Niš 2003. g., str. 83.

<sup>12</sup> Besarović, V., *Intelektualna prava, industrijska svojina i autorsko pravo*, Beograd 1993. g., str. 114.

<sup>13</sup> Međutim, ako je u Registru patenata upisano pravo na korišćenje pronalaska, ili neko drugo pravo na patent u korist trećeg lica, nosilac patenta ne može se odreći svog prava, a na štetu tog lica. Zato u ovim slučajevima odricanje od prava neće biti odobreno ako se treće lice tome usprotivi (Bainbridge, D., *Intellectual property*, Pearson Education Limited, Harlow 2007. g., str. 424.), odnosno imalac patenta ne može se odreći svog prava bez prethodne pismene saglasnosti lica

Patent je apsolutno pravo. To znači da je na ekonomsko iskorišćavanje predmeta patenta ovlašćen isključivo nosilac patenta. »Niko nema pravo korišćenja (predmeta – prim. aut.) patenta ako vlasnik to pravo nije preneo na drugoga«<sup>14</sup>, odnosno, ako se titular patenta nije saglasio sa tim. Kao apsolutno pravo, patent deluje *erga omnes* – prema svima i to negativno tako da je nosilac patenta ovlašćen da svakom drugom licu zabrani da:

- proizvodi, nudi, stavlja u promet ili upotrebljava proizvod koji je izrađen prema zaštićenom pronalasku ili da uvozi i skladišti taj proizvod u navedene svrhe,
- primenjuje postupak koji je zaštićen patentom,
- nudi postupak koji je zaštićen patentom,
- proizvodi, nudi, stavlja u promet, upotrebljava, uvozi ili skladišti za te svrhe proizvod direktno dobijen postupkom koji je zaštićen patentom,
- nudi i isporučuje proizvode koji čine bitne elemente pronalaska licima koja nisu ovlašćena za korišćenje tog pronalaska, ako je ponuđaču ili isporučiocu poznato ili mu je iz okolnosti slučaja moralo biti poznato da je taj proizvod namenjen za primenu tuđeg pronalaska.

Apsolutno pravno dejstvo patenta prostire se samo na onoj teritoriji za koju je pribavljena patentno-pravna zaštita. To može biti teritorija države ili regionalne međunarodne organizacije. Patent ne deluje na teritoriji za koju nije priznat. Na teritoriji za koju patent nije priznat svako može koristiti predmet patenta bez saglasnosti nosioca patenta i bez pretnje sankcionisanjem. Jedino što ta lica ne mogu da za tu teritoriju na kojoj patent nije priznat, ishoduju za sebe patent za isti pronalazak. Patenti priznati istom pravnom subjektu za isti pronalazak u više zemalja međusobno su nezavisni<sup>15</sup>.

Nema razlike u sadržini (i obimu) patenta i malog patenta<sup>16</sup>.

Zakonom o patentima<sup>17</sup> posebno je propisana sadržina patenta na biotehno-  
loški pronalazak. Biotehno-  
loški pronalazak je pronalazak koji se odnosi na a) proizvod koji se sastoji ili koji sadrži biološki materijal ili na b) postupak pomoću kojeg je biološki materijal proizveden, obrađen i korišćen. Ako se dakle

---

na čije ime je upisana licenca, zaloga ili drugo pravo (Zakon o patentima (»Sl. list SCG«, br. 32/2004), čl. 74. st. 2).

<sup>14</sup> Presuda Vrhovnog suda Srbije, Gž. 1231/58 (Rev. 140/06) navedena prema: Mitrović, J., *Autorsko pravo i pravo industrijske svojine kroz sudsku praksu*, Beograd 1992. g., str. 200.

<sup>15</sup> Izuzetak je predviđen Konvencijom o patentu zajedničkog tržišta zaključenom u Luksemburgu 1975. g.

<sup>16</sup> Šarboh, S., *Deset godina malog patenta u našem pravu industrijske svojine*, Pravni život, br. 11/2005, str. 1027.

<sup>17</sup> »Sl. list SCG«, br. 32/2004.

patent odnosi na biološki materijal koji ima specifična svojstva rezultirajuća iz biotehnološkog pronalaska, imovinsko-pravna ovlaštenja takvog patenta odnose se na bilo koji biološki materijal dobijen od tog biološkog materijala razmnožavanjem ili umnožavanjem, u istom ili izmenjenom obliku i koji ima ista ta svojstva. Ako se patent odnosi na proizvod koji sadrži ili se sastoji od genetske informacije, imovinsko-pravna ovlaštenja nosioca patenta odnose se i na svaki drugi materijal koji sadrži taj proizvod, pod uslovom da je u njemu sadržana genetska informacija koja vrši svoju funkciju, osim ljudskog tela, bilo kog stadijuma njegovog formiranja i razvoja i otkrića nekog od njegovih elemenata, uključujući sekvence ili delimične sekvence gena u koji je taj proizvod ugrađen i u kom je genetska informacija sadržana i obavlja svoju funkciju. Ako se patent odnosi na postupak koji omogućava proizvodnju biološkog materijala koji ima specifična svojstva kao rezultat biotehnološkog postupka, imovinsko-pravna ovlaštenja nosioca patenta odnose se na biološki materijal neposredno dobijen tim postupkom, kao i svaki drugi materijal dobijen u istom ili izmenjenom obliku, razmnožavanjem ili umnožavanjem neposredno dobijenog biološkog materijala i koji ima ta ista svojstva. Ali patentno-pravna zaštita ne odnosi se na biološki materijal dobijen razmnožavanjem ili umnožavanjem biološkog materijala stavljenog u promet od strane nosioca patenta i uz njegovu saglasnost, ako je on nužna posledica primene radi koje je biološki materijal stavljen u promet, pod uslovom da dobijeni materijal nije kasnije korišćen za drugo razmnožavanje ili umnožavanje.

## SUBJEKTI PATENTA I MALOG PATENTA

Patent, odnosno mali patent, priznaje se podnosiocu patentne prijave. Imajući to u vidu, za određenje patentno-pravnog subjektiviteta od neposrednog je značaja ko je u patentno-pravnom postupku imao procesno-pravni položaj stranke. To ne znači da je za sticanje patenta ili malog patenta svojstvo pronalazača nevažno. Zaštitni objekt patentnog prava je pronalazaštvo što znači da bi se u pogledu celokupne grane prava izgubio smisao ako se ne bi vodilo računa o interesima pronalazača. Zbog toga se svojstvu pronalazača pridaje značaj ključnog i prethodnog uslova za pribavljanje patentno-pravnog subjektiviteta pošto pravo na podnošenje patentne prijave primarno pripada pronalazaču ili pak njegovom pravnom sledbeniku, doduše, ovo u slučaju da se ne radi o pronalasku iz radnog odnosa kada pravo na podnošenje patentne prijave primarno pripada poslodavcu ili njegovom pravnom sledbeniku. U svakom slučaju, imajući sve navedeno u vidu, kao nosilac patenta ili malog patenta može biti određeno kako fizičko tako i

pravno lice. Osim domaćih, titulari patenta ili malog patenta mogu biti i strana lica koja u pogledu zaštite pronalazaka uživaju ista prava kao i domaća lica, ako to proishodi iz međunarodnih ugovora ili iz načela uzajamnosti<sup>18</sup>.

Nosilac prava na istom pronalasku može biti jedan ili više pravnih subjekata, što je bez uticaja na apsolutno dejstvo prava prema trećim licima. No ipak se ne može reći da činjenica množine titulara prava nema uticaja na realizaciju imovinsko-pravnih ovlašćenja koja iz patenta i malog patenta proizlaze.

Množina nosilaca patenta može nastati na dva osnovna načina: originerno i derivativno. Originerno, nosioci patenta mogu biti jedino pronalazači. Pronalazači su fizička lica koja su intelektualnim radom stvorili novo, inventivno i privredno primenljivo rešenje tehničkog problema. Dok se suprotno ne dokaže, pronalazačem se smatra ono lice koje je prvo prijavilo pronalazak. Originernim sunosiocima patenta postaju samo oni pronalazači koji su pronalazak stvorili zajedničkim radom. To znači da oni koji su do istog pronalaska došli nezavisno jedno od drugog ne stiču zajedničko već samostalno pravo na zaštitu. Ko će od nezavisnih pronalazača i konačno steći patent zavisi od toga ko je prvi od njih podneo formalno i materijalno-pravno urednu prijavu patenta, odnosno kada je reč o američkom i kanadskom patentnom pravu, ko je utvrđen kao prvi i pravi pronalazač. U svakom slučaju nezavisni pronalazači nikada ne postaju sunosioci patenta. Barem ne originerno. Originerno sunosioci patenta postaju pronalazači koji su pronalazak stvorili zajedničkim radom. Takvi pronalazači smatraju se supronalazačima, a pravo koje su zajedničkim radom na pronalasku stekli: supronalazačkim pravom. Supronalazačko pravo i uopšte pronalazačko pravo razlikuje se od patenta u tome što nastaje stvaranjem pronalaska odnosno pre nastanka patenta i obuhvata hronološki i pravo iz prijave i patent sve do momenta kada pravnim poslom ili po zakonu ono ne bude preneseno na lice koje nije pronalazač. Lice koje nije pronalazač pravo na pronalazak može steći isključivo derivativnim putem. To može biti svako fizičko ili pravno lice.

Kako god bila stečena, zajednička pravna zaštita titulara patenta ima istu sadržinu i u privredno-pravnom prometu realizuje se po istim pravilima. Problem su pravila. Naime iako su pronalasci stvoreni zajedničkim radom više lica danas (barem u svetu) mnogo češći od pronalazaka stvorenih od strane individualnih pronalazača; veće su vrednosti i značaja, jer nastaju planski, kao rezultat rada stručnih timova interdisciplinarnog karaktera, bilo bi logično pretpostaviti da su pozitivnim pravom detaljno regulisani svi patentno-pravni odnosi koji proističu iz supronalazaštva i uopšte množine nosilaca patenta. »Međutim, situacija je up-

---

<sup>18</sup> Postojanje uzajamnosti dokazuje lice koje se na nju poziva.

ravo suprotna. U ovoj oblasti su norme našeg prava u najmanju ruku nedovoljne«<sup>19</sup>. Drugim rečima, kad je reč o pravnim odnosima sunosilaca patenta, u pozitivnom patentnom pravu postoji pravna praznina. Jedino što je propisano jeste da sunosioci patenta imaju pravo na zajedničku patentnu zaštitu, ali se ista detaljnije ne reguliše. Ono što je sigurno to je da izraz zajednička pravna zaštita ne upućuje izravno na pravna pravila o zajedničarstvu, mada se radi popunjavanja pomenute pravne praznine analogijom može govoriti o shodnoj primeni pravila o odnosima suvlasnika i zajedničara na odnose sunosilaca patenta. U tom smislu ćemo odnose sunosilaca patenta razmotriti u svetlu imovinsko-pravnih ovlašćenja na upotrebu i raspolaganje pronalaskom.

Što se upotrebe pronalaska tiče, svaki sunosilac patenta ovlašćen je da koristi pronalazak sa ostalim sutitularima, srazmerno svom delu, ne povređujući pravo ostalih sutitulara<sup>20</sup>. Prema tome, prethodno pitanje za korišćenje pronalaska od strane više nosilaca patenta je utvrđivanje alikvotnog udela svakog od sunosilaca patenta. Ako među supronalazačima o tome ne postoji sporazum onda je veličinu idealnog udela mnogo teže utvrditi u slučaju kada je množina nosilaca patenta nastala originernim načinom no derivativnim putem. Tako ukoliko su sunoioci patenta supronalazači onda se njihov udeo u patentu »određuje prema kriterijumu individualnog pronalazačkog doprinosa nastanku pronalaska kao celine«<sup>21</sup>. Iako je pojam pronalazačkog doprinosa vrlo teško odrediti, izvesno je da se on karakteriše intelektualnim stvaralačkim radom usmerenim na rešavanje problema<sup>22</sup> što s druge strane znači da pronalazački doprinos ne daje lice koje pronalazaču pruža tehničku pomoć. Štaviše, takvo se lice ni ne smatra pronalazačem. Šta se pod tehničkom pomoći podrazumeva Zakonom nije regulisano. Po našem mišljenju bi se radilo o izvršavanju instrukcija pronalazača; asistiranje pronalazaču. Ako se individualni pronalazački doprinos svakog supronalazača nastanku pronalaska kao celine ne može odrediti, pretpostavlja se da su udeli sunosilaca patenta jednaki (*equal*)<sup>23</sup>. Ukoliko je pak množina sunosilaca patenta nastala derivativnim putem, veličina idealnih udela utvrđuje se na osnovu veličine

---

<sup>19</sup> Fišer, S., *Pronalazač kao subjekt patentno-pravne zaštite*, Pravni život, br. 11/2007, str. 977.

<sup>20</sup> Tako i: Bentley L. & Sherman B., *Intellectual property law*, Oxford University Press 2004. g., str. 551.

<sup>21</sup> Marković, S., *Sadržina supronalazačkog prava*, Pravni život, br. 11/1996, str. 770.

<sup>22</sup> Fišer, S., *Pronalazač kao subjekt patentno-pravne zaštite*, Pravni život, br. 11/2007, str. 979.

<sup>23</sup> Torremans, P., *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, Oxford University press 2008. g., str. 95. Zbog toga je, a da bi se izbegli nepotrebni sporovi, najbolje (su)vlasničke odnose u pogledu eventualnog patenta regulisati ugovorom koji bi se zaključivao na početku projekta.

idealnih delova pravnih prethodnika s obzirom da niko ne može na drugog preneti više no što sam ima (*nemo plus iuris ad alium transfere potest quam ipse habet*). Na pronalasku se, s obzirom na njegovu nematerijalnu prirodu, ne može zasnovati državina. To znači da celokupan predmet istog patenta u isto vreme može koristiti više lica. Pronalazak u isto vreme mogu koristiti svi sunosiooci patenta. Svaki u meri koja odgovara visini idealnog dela. Zbog toga se odnosi povodom korišćenja predmeta prava među sunosiocima patenta za razliku od suvlasnika rešavaju prema pravilima o pravno neosnovanom obogaćenju s tom razlikom što se kao osnov za obračun iznosa koji se duguje odnosno potražuje ne uzima ostvarena dobit već uobičajena licencna naknada. Metod obračuna je sledeći: prvo se izračuna iznos uobičajene licencne naknade za ukupan stvarni obim korišćenja pronalaska. Dobijeni iznos se, kao dug, deli na one sunosioce patenta koji koriste pronalazak i to srazmerno njihovom stvarnom učešću u upotrebi pronalaska. Kao potraživanje se, pak, isti iznos deli na sve sunosioce patenta, srazmerno njihovim idealnim delovima. Prebijanjem iznosa potraživanja sa iznosom duga za svakog sunosioca patenta dobija se visina potraživanja odnosno dugovanja<sup>24</sup>.

Što se održavanja prava tiče, u tome mogu učestvovati svi sunosiooci patenta srazmerno svom idealnom udelu ili što bi bilo pravilnije samo oni sunosiooci patenta koji pronalazak koriste srazmerno udelu u korišćenju pronalaska, uz pravo bilo kog sunosioca patenta da na poziv Zavoda plati taksu i snosi ostale troškove za održavanje prava u pogledu kojih troškova bi prema ostalim sunosiocima mogao ostvariti pravo regresa.

U vezi sa imovinsko-pravnim ovlašćenjem sunosilaca patenta na raspolaganje pravom moglo bi se prihvatiti pravilo prema kojem je svaki od imalaca patenta ovlašćen ustupiti svoj udeo trećem licu, ali da samo svi zajedno mogu trećemu dati licencu za primenu izuma<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Bernhardt/Krasser, *Lehrbuch des Patentrechts*, Munchen 1986. g., str. 209., u ovom radu navedeno prema: Marković, S., *Sadržina supronalazačkog prava*, Pravni život, br. 11/1996, str. 772. Na str. 771. istog članka, autor nam ukazuje da ovakav obračun nije ni izbliza lako sačiniti jer treba voditi računa o tome da li su i ko je izvršio prethodna ulaganja, osnivanje preduzeća i snosio druge troškove da bi omogućio korišćenje pronalaska i ostalim sunosiocima prava. Takođe za izračunavanje međusobnih potraživanja nije bez značaja ni okolnost da li su svi sunosiooci patenta otpočeli korišćenje pronalaska u isto vreme. Što se kasnije neko uključi u korišćenje pronalaska to je njegova ekonomska korist pri istom fizičkom obimu korišćenja pronalaska, zbog zasićenja tržišta, pojave konkurencije i dr., manja.

<sup>25</sup> Verona, A., *Zaštita izuma*, Zagreb 1977. g., str. 42. Isto tako i Parać, Z. koji u: *Stjecanje patenta i iskorištavanje patentiranog izuma od strane organizacija udruženog rada*, Referat na XVIII Savjetovanju o pravno-ekonomskim pitanjima privrednog poslovanja, Opatija 1984. g., str. 73. navodi da su ovlašćenja sutitulara patenta da njime pravno raspolaze, bez obzira na veličinu idealnog dela koji mu pripada, bitno sužena. Pojedini sutitulari će moći samostalno jedino trećim



Kad je reč o cediranju prava odn. prenosu alikvotnog dela celokupnog prava trećem licu, postavlja se pitanje prava preče kupovine. Zakonom o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima<sup>26</sup> propisano je da u slučaju prodaje suvlasničkog udela, ostali suvlasnici imaju pravo preče kupovine samo ako je to određeno zakonom (čl. 14. st. 3). Zakonom o patentima to pravo ne da nije dato sunosiocima patenta, već uopšte nije ni regulisano. To bi striktno pravno značilo da sunosioci patenta nemaju pravo preče kupovine. Ovakvo pravno rešenje ne bi bilo adekvatno vrednosti i značaju pronalazaka i složenosti patentno-pravnih odnosa sunosilaca patenta. Zato, ako je suvlasnicima nepokretnih stvari Zakonom o prometu nepokretnosti<sup>27</sup> takvo pravo dato, ne bi bilo razloga da se po analogiji ono ne prizna i sutitularima patenta kao apsolutnog prava na pronalazak.

## OBIM PATENTNO-PRAVNE ZAŠTITE

Obim patentno-pravne zaštite može se dvojako definisati, pozitivno i negativno. Pozitivno, gledano sa pozicija nosioca patenta, obim patentno-pravne zaštite je tehničko područje na kojem je nosilac patenta ovlašćen na isključivo korišćenje pronalaska. Negativno, obim patentno-pravne zaštite je tehničko područje na kojem su treća lica dužna da se uzdržavaju od korišćenja tehničkog rešenja zaštićenog na imenu titulara patenta. U tom smislu je određivanje obima patentno-pravne zaštite u funkciji određivanja »domašaja radnji čije neovlašćeno preduzimanje od strane trećih lica predstavlja povredu patenta«<sup>28</sup>.

Obim patentno-pravne zaštite je određen formulacijom patentnog zahteva. Zato se određenje obima patentno-pravne zaštite vrši tumačenjem patentnog zahteva. Pri tome se ne smatra da je obim patentno-pravne zaštite određen uskim doslovnim značenjem teksta patentnog zahteva. Osnovni razlog za takvo shvatanje proishodi iz teškoća da se izvrši optimalna formulacija patentnog zahteva. Pre svega patentni zahtev teško je formulisati tako da verno označava pronalazak iz razloga nesavršenosti jezika. Ovo pogotovo što je u ovom slučaju reč o potrebi da se pronalazak kao sadržaj svesti, odnosno psihička pojava, predstavi tako da može biti potpuno i tačno objektivno spoznat. Osim toga, moguće je da pronala-

---

osobama ustupati svoj alikvotni deo celokupnog prava. No svi ostali modaliteti raspolaganja patentom, uključivši i davanje licence, bilo isključive ili neisključive, biće mogući jedino na temelju saglasnosti svih imalaca patenta.

<sup>26</sup> »Sl. list SFRJ«, br. 6/80 i 36/90, »Sl. list SRJ«, br. 29/96 i »Sl. glasnik R. Srbije«, br. 115/2005.

<sup>27</sup> »Sl. glasnik R. Srbije«, br. 42/98 i 111/2009.

<sup>28</sup> Vlašković, B., *Sadržina i povreda patenta*, Kragujevac 1999. g., str. 72.

zak obuhvata pojave i elemente koji do tada nisu postojali i za koje, samim tim, ne postoji naziv. A čak i da postoje, od pronalazača se ne zahteva da poseduje teorijsko znanje niti da zna za naučne zakonitosti, teoreme i principe (pogotovo u onim slučajevima kada je jasno da postoje i kako funkcionišu, ali još uvek nisu verbalno formulisani) pošto svrha patentnih zahteva nije da predstavljaju udžbenik iz matematike, fizike, hemije ili neke druge naučne discipline nego, kako je već rečeno, definisanje pronalaska i naznačenje njegovih granica u okviru stanja tehnike. Zbog toga se definicija pronalaska sadržana u patentnim zahtevima mora shvatiti kao »svrhovita« (purposive) i namenjena za čitanje i tumačenje prosečnom stručnjaku iz tehničke oblasti na koju se pronalazak odnosi<sup>29</sup>. Zatim, u obzir se mora uzeti i brzina u kojoj se sačinjava patenta prijava usled koje u tekstu patentnih zahteva mogu nastati propusti. Takođe, vrlo često je u momentu formulisanja patentnog zahteva teško predvideti sve vidove u kojima se pronalazak može koristiti odnosno sve oblike u kojima se pronalazačka ideja može realizovati. Konačno, što pojam sadrži više specifičnih razlika to je njegov obim uži. Tako je i sa patentnim zahtevom koji treba da sadrži »samo one elemente pronalaska koji su nužni i dovoljni da bi se pronalaskom postigao deklarirani tehnički efekat«<sup>30</sup>. Usled viška navedenih karakteristika umanjuje se obim patentne zaštite sam po sebi, direktno. No i manjak navedenih karakteristika pronalaska može imati negativne posledice ne samo po obim već i po sticanje patentno-pravne zaštite jer funkcija patentnog zahteva sastoji se i u definisanju pronalaska za potrebe patentiranja. Kada se sve ovo uzme u obzir, jasno je da je tumačenje patentnog zahteva složen posao (*complex business*)<sup>31</sup> i da se u tumačenju patentnog zahteva radi određenja obima patentno-pravne zaštite moraju upotrebiti pomoćna sredstva. U našem patentnom pravu, pod uticajem Konvencije o evropskom pa-

<sup>29</sup> Denoncourt, J., *Q/A Intellectual property law*, Routledge-Cavendish 2007. g., str. 99. To znači da nisu od važnosti samo reči koje autor koristi u patentnom zahtevu već i auditorijum kojem je patentni zahtev upućen. Zbog toga tumačenje patentnog zahteva ne podrazumeva preterano pedantnu jezičku analizu baziranu na čisto literarnom značenju reči kakvo je sadržano u rečnicima. Ciljno tumačenje patentnih zahteva se zasniva na shvatanju da je formulisanjem patentnog zahteva autor imao na umu uspostavljanje komunikacije sa stručnjacima iz date tehničke oblasti. Jedna od posledica prevage ciljnog u odnosu na literarno tumačenje je i proširenje obima patentno-pravne zaštite na bilo koju varijantu zaštićenog pronalaska kojom se ne menja suština pronalazačke ideje i način upotrebe i funkcionisanja pronalaska, Ovo naročito dolazi do izražaja u doktrini o tehničkim ekvivalentima, ali ide i dalje u smislu da »poboljšanja u efikasnosti i brzini ne vode obavezno patentabilnom pronalasku i predstavljaju povredu postojećeg patenta ako suštinska ideja realizovana u pronalasku ostaje nepromenjena« (MacQueen, H., Waelde C. & Laurie G., *Contemporary Intellectual Property – Law and Policy*, Oxford University Press 2008. g., str. 471).

<sup>30</sup> Marković, S., *Patentno pravo*, Beograd 1997. g., str. 272.

<sup>31</sup> MacQueen, H., Waelde C. & Laurie G., *Contemporary Intellectual Property – Law and Policy*, Oxford University Press 2008. g., str. 469.

tentu (KEP), to su: opis i nacrti. Opis i nacrti kao pomoćna sredstva u određenju obima patentno-pravne zaštite koriste se kako bi se: precizirali i pojasnili neodređeni i nejasni pojmovi sadržani u patentnom zahtevu, ali i da bi se spoznali pojedini konstruktivni detalji, cilj i koristi koje se ostvaruju pronalaskom<sup>32</sup>. U vezi sa određivanjem mere u kojoj se opisom i nacrtima utiče na određenje obima patentno-pravne zaštite, vidimo da opis i nacrti ne služe samo za otklanjanje nejasnoća u patentnim zahtevima. No, s druge strane, to ne znači da patentni zahtevi služe samo kao smernice za određenje obima patentno-pravne zaštite, a da se ova određuje prema tome šta je podnosilac patentne prijave hteo da zaštiti umesto šta je i koliko zahtevao da se zaštiti. Zato je mera u kojoj se opisom i nacrtima utiče na obim patentno-pravne zaštite između pomenutih krajnosti kako bi se istovremeno obezbedila pravična zaštita nosilaca patenta i razuman stepen pravne sigurnosti trećih lica.

Patentnom zaštitom obuhvaćeni su i tzv. tehnički ekvivalenti pronalasku, a kako bi se sprečilo izigravanje odnosno zaobilaženje patentnog prava. Tehnički ekvivalenti pronalaska su takve izvedbene varijante pronalaska koje se realizuju zamenom karakterističnih elemenata pronalaska drugim strukturnim elementima iste tehničke funkcije<sup>33</sup>.

U periodu do priznanja patenta, obim zaštite određuje se na osnovu teksta patentnih zahteva iz objavljene patentne prijave. Ako je patent priznat na osnovu patentnih zahteva koji su tokom postupka menjani, obim patentno-pravne zaštite će biti određen izmenjenim patentnim zahtevima samo ako se time ne proširuje obim patentno-pravne zaštite stečen objavljivanjem patentne prijave.

## TRAJANJE PATENTA I MALOG PATENTA

Pravno dejstvo patenta koliko god bilo apsolutno, vremenski je relativizovano. Imovinsko-pravna ovlašćenja nosilaca patenta traju do isteka propisanog

---

<sup>32</sup> Vlašković, B., *Sadržina i povreda patenta*, Kragujevac 1999. g., str. 78. i 79.

<sup>33</sup> Marković, S., *Patentno pravo*, Beograd 1997. g., str. 270. AIPPI Rezolucijom Q 175 definisano je da se pod tehničkim ekvivalentima podrazumevaju elementi kojima se vrši ista tehnička funkcija i kojima se postižu isti tehnički rezultati kao i elementima sadržanim u patentnom zahtevu od kojih se elemenata u momentu povrede prava suštinski ne razlikuju po shvatanju stručnjaka iz date tehničke oblasti. No i kada su ovi uslovi ispunjeni određene su tri situacije kada tehnički ekvivalent nije obuhvaćen patentno-pravnom zaštitom imaoca patenta: 1) kada po shvatanju stručnjaka iz date tehničke oblasti prema opisu, nacrtima i patentnom zahtevu kakvi su bili utvrđenog datuma podnošenja patentne prijave, tehnički ekvivalenti nisu obuhvaćeni patentno-pravnom zaštitom ili 2) kada su obuhvaćeni stanjem tehnike ili 3) kada ih je podnosilac patentne prijave izričito i nedvosmisleno isključio iz patentnog zahteva kako bi bio ispunjen uslov novosti.

roka. U različitim državama mogu biti određeni različiti rokovi i različite okolnosti od kojih se rokovi računaju (od podnošenja ili objave patentne prijave ili objavljivanja patenta). I dok vremenska omeđenost patenta nije sporna, dotle je dužina roka trajanja patenta, a naročito način i kriterijumi određenja tog roka, predmet diskusije u patentnom pravu, tako da na to pitanje još uvek nije dat zadovoljavajući odgovor. »Osnovni racionalni parametri koji se uzimaju u obzir u diskusijama o dužini trajanja patenta su: prosečno vreme koje je potrebno da bi se prosečna investicija u prosečni pronalazak ekonomski valorizovala, kao i prosečan tehnološko-ekonomski vek prosečnog pronalaska«<sup>34</sup>. U vezi sa drugonavedenim kriterijumom uočava se svojevrсни paradoks jer tehnološko-ekonomski vek pronalaska pokazuje tendenciju skraćivanja dok je s druge strane vidljiva istorijska tendencija ka blagom produžavanju roka trajanja patenta. Odgovor bi se mogao kriti u činjenici da su ulaganja u istraživanja i razvoj sve veća pa se trajanje patenta određuje prema proceni vremena potrebnog da se ulaganja povrate i ostvari profit.

U pozitivinom patentnom pravu R. Srbije propisano je da patent traje dvadeset, a mali patent šest godina, računajući od datuma podnošenja prijave za priznanje prava. Patentna zaštita za konkretan pronalazak može trajati i duže i kraće od pomenutih rokova. Duža patentna zaštita obezbeđena je za pronalazke farmaceutskih proizvoda i sredstava za zaštitu bilja za koje je izdat sertifikat o dodatnoj zaštiti<sup>35</sup>.

Takođe, trajanje malog patenta može u dva navrata biti produženo za po dve godine (ako je prethodno izrađen izveštaj o stanju tehnike). Suprotno tome, kraća patentna zaštita postoji u slučajevima prestanka patenta i malog patenta pre isteka zakonom određenog roka trajanja pravne zaštite usled: neplaćanja takse za održavanje prava, odricanja od prava i smrti odnosno prestanka nosioca prava.

## ZAKLJUČAK

Sadržinu patenta čine imovinsko-pravna ovlašćenja na osnovu kojih nosilac patenta može: koristiti zaštićeni pronalazak u proizvodnji, stavljati u promet proizvode izrađene prema zaštićenom pronalasku i raspolagati patentom odnosno malim patentom.

---

<sup>34</sup> Marković, S., *Patentno pravo*, Beograd 1997. g., str. 264.

<sup>35</sup> U Evropskoj uniji zauzet je stav da se pronalascima farmaceutskih proizvoda koji se koriste u pedijatriji obezbedi šest meseci duža zaštita u odnosu na trajanje pravne zaštite pronalazaka koja se obezbeđuje sertifikatom o dodatnoj zaštiti (MacQueen, H., Waelde C. & Laurie G., *Contemporary Intellectual Property – Law and Policy*, Oxford University Press 2008. g., str. 454).

Patent odnosno mali patent priznaje se prvom podnosiocu patentne prijave u pogledu koje su ispunjeni svi formalno i materijalno-pravni uslovi za priznanje patenta.

Obim patentno-pravne zaštite je tehničko područje na kojem je nosilac patenta ovlašćen na isključivo korišćenje pronalaska. Obim patentno-pravne zaštite je određen formulacijom patentnog zahteva.

Patent traje dvadeset, a mali patent šest godina (trajanje malog patenta može u dva navrata biti produženo za po dve godine, ako je prethodno izrađen izveštaj o stanju tehnike), računajući od datuma podnošenja prijave za priznanje prava.

SINIŠA VARGA, LL.D.,  
Assistant Professor, Faculty of Law,  
Kragujevac

## THE CONTENTS, SCOPE AND DURATION OF PATENTS

### Summary

The essential legal permission that derives from a patent is that an owner of the patent is able to exclusively exploit the invention. Patentees can prevent third parties from commercially using of their inventions for up to 20 years. This enables them to recoup their development costs and gives them time to reap rewards of their investment. The scope of the protection conferred by a patent is determined by the terms of claims. Nevertheless, the description and drawings should be used to interpret the claims. The period of exclusive exploiting of inventions is limited because the purpose of patents is not to establish a never-ended safe legal and business environment but to make possible the dissemination of new technical knowledge as well.

As for contents and the scope of the right, the patent and the petty patent are made equal in legal treatment. The only difference is in terms of duration. A petty patent lasts 6 years plus twice by two years if the research of state of art is done.



IGOR MOTSNYI

## RECENT INTELLECTUAL PROPERTY DEVELOPMENTS IN RUSSIA

### INTRODUCTION

Part IV of the Civil Code of the Russian Federation came into effect on January 1 2008, bringing together all the rules governing intellectual property that had previously been included in a variety of laws. Part IV of the Civil Code is really an intellectual property code, containing general provisions applicable to all spheres of intellectual property and provisions regulating specific areas, such as copyright, trademarks, inventions, utility models and industrial designs. New case law is also gradually developing on the basis of the new IP legislation.

This note intends to analyze the key developments in the area of intellectual property since Part IV of the Civil Code came into effect, specifically the adoption of the Joint Resolution of the Plenary Sessions of the Supreme Court of the Russian Federation and the Supreme Arbitration (Commercial) Court of the Russian Federation, and the recent case law on liability of Internet Service Providers (ISPs) for copyright infringements committed by their users.

*Plenary Sessions resolution of the Supreme Arbitration (Commercial)  
Court of Russia and Supreme Court of Russia on application  
of Part IV of the Civil Code of Russia*

Joint Resolution of the Plenary Sessions of the Supreme Court of the Russian Federation No 5 and of the Supreme Arbitration (Commercial) Court of

---

Igor Motsnyi, Managing Partner "Motsnyi Legal Services" Moscow, Russia.

the Russian Federation No 29 "On Certain Issues Arising in Connection with the Enactment of Part IV of the Civil Code of the Russian Federation", dated March 26 2009 (hereinafter "Resolution") is the first clarification issued by the highest Russian courts interpreting provisions of the new legislation on intellectual property. This article gives a brief overview and analysis of the Resolution's key features that should be of interest to IP owners and users.

### *IP agreements*

Part IV of the Civil Code provides that IP rights may be transferred under an assignment agreement or granted under a license agreement.

Under Part IV, only full assignment is possible (i.e., assignment of all relevant IP rights for the whole period of their duration). If an assignment agreement limits the assignee's IP rights or their duration, such an agreement may be considered by a court as a license agreement on the basis of analysis of the other terms of the agreement and its general meaning, as well as clarification of the true common intentions of the parties. If this proves impossible, the agreement is recognised as invalid.<sup>1</sup> Therefore, under Russian IP legislation partial assignment is impossible.

A license agreement must specify precisely the amount of the remuneration or the method for its determination, or expressly indicate that the agreement is gratuitous. Otherwise, the license agreement is deemed unconcluded.

A claim by the licensor for recovery of the remuneration under a license agreement cannot be rejected even if the licensee does not use the relevant intellectual property item.

If the remuneration under the agreement is determined on the basis of income or revenues and the licensee has not used the IP item, the remuneration is determined on the basis of the price usually charged for legitimate use of such intellectual property in similar circumstances.<sup>2</sup>

If the right to use is granted under a license agreement, the licensee's consent is not required for an assignment agreement that the licensor subsequently enters into.

The license agreement remains effective and the assignee becomes a new licensor under the license agreement.

---

<sup>1</sup> See paragraph 13.1 of the Resolution.

<sup>2</sup> See paragraph 13.7 of the Resolution and section 5 of article 1235 of Part IV of the Civil Code of Russia.



A license agreement does not generally preclude the licensor from exercising the rights granted to the licensee under the agreement. However, an exclusive license agreement may contain respective restrictions under which the licensor cannot exercise the rights granted to the licensee during the term of the license.

*Compensation for infringement of copyright  
and trademark rights*

Part IV of the Civil Code provides that a person whose intellectual property rights are violated in certain cases can claim payment of compensation instead of losses.<sup>3</sup> Compensation is a more popular measure as losses have to be calculated and in some cases it is quite difficult.

Although the amount of compensation is determined by the courts and does not depend on the rights holder's losses, a claim submitted to the court must specify a fixed amount of compensation. Compensation is awarded provided that the violation can be proven; the rights holder need not demonstrate the loss incurred.

Since the sum to be awarded remains at the discretion of the court, in deciding the amount of compensation the courts should be guided by the following factors: The nature of the infringement; The period during which unlawful use was made; The offender's degree of guilt (i.e. intent or negligence); Whether the offender had previously violated the rights of the given rights holder; and The rights holder's potential losses.

The compensation must be appropriate given the consequences of the violation committed. Therefore, in copyright and trademark infringement cases a plaintiff has to be prepared to justify the amount of compensation he (she) asked for.

*Copyright and related rights*

Russian copyright law protects the works that are results of author's creative activity.<sup>4</sup> There has been a long debate how one can determine whether a work is creative enough to be protected by copyright. Some Russian scholars

---

<sup>3</sup> See article 1252 of Part IV of the Civil Code of Russia.

<sup>4</sup> Under article 1257 of Part IV of the Civil Code an author of the copyright work shall be recognized a natural person who made the work by his (her) creative efforts.

argued that only original works (i.e. the works that cannot be repeated by two or more authors working separately) have to be considered creative and, thus, protected by copyright.

The Resolution stresses that unless otherwise proven, it is assumed that any work is a result of creative efforts. In addition, an attempt is made to determine the criteria for creativity; but the courts have merely indicated that the absence of any novelty, uniqueness or originality cannot in itself prove that the work was not a result of the author's creative efforts and consequently is not protected by copyright.<sup>5</sup> Therefore, the courts rejected "the originality criterion" as the only criterion for determining author's creative efforts.

The courts also clarified relations between one of the moral rights of an author, namely the right to protect integrity of the work and prevent any modifications of the work<sup>6</sup> and one of the economic rights, namely the right to modify the work.<sup>7</sup> The courts stated that the right of integrity protects the work only from the changes that do not result in the creation of a new, derivative work (i.e. foreword, illustrations, etc).<sup>8</sup> The right to modify is related to those changes that result in the creation of a new work. Therefore, the courts made a clear distinction between the moral right to protect integrity of the work and the economic right to modify the work.

### *Technical means of copyright and related rights protection*

With respect to the circumvention of technical means of copyright protection, the Resolution stated that the law prohibits technologies, technical devices and their components that are advertised, offered for sale or sold specifically for the circumvention of technical protection means.

However, the courts note that the ban excludes cases where technologies, technical devices or their components are initially developed, manufactured and distributed for purposes not associated with the circumvention of technical protection means.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> See paragraph 28 of the Resolution.

<sup>6</sup> See article 1266 of Part IV of the Civil Code of Russia.

<sup>7</sup> See subsection 9 of section 2 of article 1270 of Part IV of the Civil Code of Russia.

<sup>8</sup> See paragraph 31 of the Resolution.

<sup>9</sup> See paragraph 41 of the Resolution.

In this instance, it is necessary to establish whether commercial use of such technologies, technical devices or their components for purposes other than circumvention of copyright protection measures is possible.

### *Performance rights*

When an agreement for the creation of an audiovisual work (e.g., a television commercial or a film) is concluded with a performer, the performer's consent to use of the performance within the audiovisual work is presumed, even if it is not expressly stipulated in the agreement.

However, the agreement must specifically envisage the performer's consent to the separate use of the performance (i.e., sounds or images recorded in the audiovisual work). Otherwise, such use will be considered a violation of the performer's rights.

The Resolution clarified that the separate use of sounds or images in the absence of specific indication in the agreement is an infringement of the performer's rights, even if the relevant agreement was concluded before this requirement was established by the law.<sup>10</sup>

### *Copyrighted works created in the course of employment*

Under Part IV of the Civil Code a work is considered to be created in the course of employment if it is created by an employee acting within his employment duties. In such a case the copyright owner shall be the employer unless otherwise is provided by a contract.<sup>11</sup> The author-employee is entitled to receive remuneration for his works. It has always been unclear whether such remuneration can be included into the author's salary or should be paid separately under a separate contract. The Resolution explained a number of points with regard to author's remuneration.

The Resolution clarifies the procedure for payment of remuneration to the author-employee. In the event that the exclusive right to a work is licensed or assigned by the employer to another person, this employer is still obliged to pay the author, regardless of licensing or assignment agreements made. However,

---

<sup>10</sup> See paragraph 45 of the Resolution.

<sup>11</sup> Article 1295 of Part IV of the Civil Code of Russia.

this obligation to pay remuneration may be transferred by universal legal succession if, for example, a legal entity employer is reorganized. In addition, the Resolution explains that the payment of remuneration provisions may be stipulated both in the employment contract and in any other agreements concluded between the employee and the employer.

Therefore, the employee's remuneration may be covered by the employment contract and, in such case, there is no need to enter into any other agreement with the author.<sup>12</sup> The courts finally made it clear that there is no need to enter into a separate agreement for payment of remuneration to the author-employee.

### *Trade names*

The Resolution clarifies a number of issues with respect to trade names – that is, the means of identification of profit-making legal entities, the right to which is automatically protected when the legal entity is registered and cannot be assigned or licensed.

For example, a trade name cannot include the official names of foreign states and derivatives of these.<sup>13</sup>

This ban also applies to the inclusion of names of international unions, such as the Commonwealth of Independent States.<sup>14</sup>

In addition, the Resolution clarifies the rules for resolving conflicts between legal entities with identical or confusingly similar trade names which conduct similar business. The legal entity that was registered first has the right of priority, irrespective of which entity commenced its business activities earlier.

### *Patent and trademark disputes*

*Appeals against cancellation decision of the Russian Trademark and Patent Office (Rospatent).* – When hearing a case disputing a Rospatent refusal to cancel a patent or trademark, the court is entitled, in consideration of the specific circumstances, to require Rospatent to cancel the patent or trademark

---

<sup>12</sup> See paragraph 39.2 of the Resolution.

<sup>13</sup> See subsection 1 of section 4 of article 1473 of Part IV of the Civil Code of Russia.

<sup>14</sup> See paragraph 58.4 of the Resolution.

registration.<sup>15</sup> This clarification helps to avoid a situation where the Chamber of Patent Disputes (the Rospatent appeal body) reconsiders an application for cancellation and again refuses to cancel trademark or patent protection.

*Consequences of patent or trademark cancellation.* – An important clarification is provided in relation to liability for the unauthorized use of an invention (utility model or industrial design) or a trademark that is subsequently cancelled and concerning the validity of transactions based on such patents and trademarks.

Use of an invention, utility model or industrial design, where the patent is subsequently invalidated or the trademark is subsequently cancelled, cannot be recognised as a violation of the owner's rights.<sup>16</sup>

Once a patent or trademark has been cancelled, agreements concluded on the basis of that patent or trademark during its period of validity remain effective insofar as they have been fulfilled by the time the decision to cancel is issued.

With respect to license agreements, the courts noted that the licensee cannot claim the return of payments made for the period prior to the cancellation of the patent or trademark; nor can the licensor claim payment of unpaid licensing remuneration for the period prior to cancellation.

*Abuse of rights and unfair competition.* – The Resolution includes provisions designed to stop IP owners acting in bad faith. For example, it states that the court has the right to refuse the enforcement of a trademark right if the circumstances of the case indicate that actions to register the trademark may be considered an abuse of rights.<sup>17</sup> An abuse of rights or act of unfair competition also constitutes grounds for cancellation of the trademark registration. In the event of unfair competition, an application for cancellation may be submitted only by an interested party (i.e., a person whose rights are violated by an act of unfair competition), with the decision of the antimonopoly authority recognizing the registration of the trademark as an act of unfair competition attached.

Upon receipt of the application and the decision of the anti-monopoly authority, Rospatent will cancel the trademark registration. Rospatent's decision to cancel the trademark registration may be disputed in court only once the relevant decision of the anti-monopoly authority has been repealed by a court. However, both decisions may be disputed in a single court case.

---

<sup>15</sup> See paragraph 53 of the Resolution.

<sup>16</sup> See paragraph 54 of the Resolution.

<sup>17</sup> See paragraph 62 of the Resolution.

A court is entitled, in the course of hearings and on its own initiative, to recognize a person's actions in registering a trademark as an abuse of rights or unfair competition. In this case, the court will repeal the Rospatent decision and require it to cancel the trademark registration.<sup>18</sup>

*Recent case law on liability of internet service providers (ISPs)  
for copyright infringements*

The Russian IP legislation contains no special provisions regarding the liability of ISPs for violations of copyright or related rights.

In this regard, it differs from the legislation of the EU member states and the United States. For example, in the United States, this area is regulated by the Digital Millennium Copyright Act of 1998, and in the European Union by the EU E-commerce Directive (2000/31/EC).

The issue of ISPs' liability for copyright infringement was considered in the Resolution of the Supreme Arbitration (Commercial) Court of Russia on the Liability of ISPs for Copyright Infringement (December 23 2008, No 10962).

The resolution No 10962 ("the Masterhost case") deals with the issue of liability of ISPs for copyright infringements committed by users.

A plaintiff which owned the copyright in a number of musical works sued the ISP for infringement of its copyright. The plaintiff argued that the musical works had been made available unlawfully on the website hosted by the defendant. The court found the ISP not liable for copyright violations committed by its users. The Supreme Arbitration Court based its position on the following grounds:

– An ISP merely fulfils the technical function of enabling and servicing the subscriber's equipment. As a rule, the ISP does not have access to that equipment, so in general, any liability for the information posted on a website should be borne by the subscriber, not the ISP.

– When deciding whether an ISP is liable, it must be proven that the ISP knew or could have known about the violation of copyright or related rights. The burden of proof in this case lies with the rights holder claiming protection of its rights. Thus, the ISP may be liable for violations of copyright and related rights only if it can be proven that it: initiates the transmission of information; selects

---

<sup>18</sup> See paragraph 63 of the Resolution.

the recipient of the information; and can somehow influence the integrity of this information.

The ISP must be responsible only for information that it has itself posted on the Internet, or in whose placement it somehow participated.

Two key arguments in the ISP's favor were that: the ISP helped to find the subscriber who had posted the musical works unlawfully; and the rights holder did not send a request to the ISP.

However the absence of clear regulatory framework in this area resulted in further similar cases.

One of the most notable examples is the resolution of the arbitration (commercial) court of April 16, 2010 in respect of the civil action against V Kontakte, one of the most popular Russian social networks (vkontakte.ru). The action was filed by FGUP VGTRK (Federal State Unitary Enterprise All-Russian State TV and Radio Broadcasting Company) against the owner of V Kontakte web site.<sup>19</sup> In this case the plaintiff demanded the defendant to delete an audiovisual work from the defendant's web site and to pay statutory damages in the amount of 3,000,000 Rubles (about 100,000 USD). On the date of the hearing the audiovisual work was not found on the defendant's web site, therefore the court did not support the claim and applied the following reasoning:

Current Russian legislation does not impose an obligation on ISPs of monitoring information transferred or stored by users as well as active search of facts and consequences constituting illegal activity. Considering this fact and taking into account that VGTRK did not notify V Kontakte of unauthorized use of its film on the Internet, and due to lack of any other information that can prove awareness of V Kontakte about these circumstances, activity of the defendant did not constitute negligence or intent, and the defendant cannot be responsible for infringement of intellectual property rights.

However the appeal court reversed the earlier decision, found V Kontakte liable for copyright infringement and awarded one million rubles compensation to the copyright owner. The appeal arbitration (commercial) court in Saint-Petersburg based its reasoning on the following grounds:<sup>20</sup>

- V Kontakte did not prove the absence of its fault in this case;
- Social network cannot be considered an Internet Service Provider, it does not provide communication services as such and the previous reasoning of the Supreme Arbitration (Commercial) Court in the Masterhost case cannot be applied;

---

<sup>19</sup> Resolution of the Arbitration (Commercial) Court of St. Petersburg and Leningrad Region of 2010.16.04 relating to civil case No.A56-44999/2008.

<sup>20</sup> See Resolution of the Appeal Arbitration (Commercial) Court of Saint Petersburg and Leningrad Region dated 2010.23.07 case No. A56-44999/2008.

– There is no compulsory notification procedure in Russia similar to the "notice and take down procedure" provided in the Digital Millennium Copyright Act of the US. Therefore, the plaintiff was not obligated to notify the social network administrator in advance of the copyright infringement committed by users of the social network.

This creates a dangerous precedent for all social networks in Russia. However one can expect that this case will be further appealed and the story of V Kontakte will go on.

It is clear that in the absence of a regulatory framework for the liability of ISPs and web site administrators for violations of copyright and related rights in the Russian Federation, legal uncertainty will still remain and one can expect more similar cases.

Russia clearly needs legislation to deal specifically with ISP liability. The work is currently underway to draft a law regulating the liability of ISPs for IP infringements. The draft concept on the improvement of Russian Civil legislation provides for separate provisions on ISPs liability. Therefore, one can hope that this problem will be resolved in the near future.



IGOR MOTSNYI,  
Rukovodilac "Motsnyi Legal Services",  
Moskva, Rusija

POSLEDNJI DOGAĐAJI U OBLASTI  
INTELEKTUALNE SVOJINE U RUSIJI

Rezime

U ovom članku se analiziraju poslednji događaji u zakonodavstvu i sudskoj praksi u oblasti intelektualne svojine u Rusiji. U Rusiji je 1. januara 2008. g. stupio na snagu 4. deo građanskog kodeksa. Ovaj deo je objedinio sve odredbe u oblasti intelektualne svojine, uključujući autorsko i srodna prava, patente i žigove. Vrhovni sud i Viši privredni sud Ruske Federacije doneli su 26. marta 2009. g. zajedničku rezoluciju, koja objašnjava primenu odvojenih odredbi 4. dela građanskog kodeksa. Na primer, ova rezolucija objašnjava poredak obračuna kompenzacije u slučaju povrede intelektualne svojine, neke odredbe ugovora o prenosu isključivog prava i ugovora o licenci, pojedine odredbe o autorskim i srodnim pravima, o nazivu firme i prestanku prava na žig. Ova rezolucija je prvi akt viših sudova Rusije koji se tiče primene 4. dela građanskog kodeksa.

U ovom članku takođe se razmatra poslednja sudska praksa privrednih sudova Rusije u oblasti odgovornosti Internet Servis Provajdera (ISP) za prekršaj autorskih prava. U Rusiji nema posebnog zakonodavstva u oblasti odgovornosti ISP za prekršaj autorskih prava i to prouzrokuje mnoge sudske sporove.



## SADRŽAJ – TABLE OF CONTENTS

### **Pravda i pravo**

*Justice and Law*

### **PRAVO I PROSTOR**

#### **Harmonizacija i pravo na razliku – III tom**

*LAW AND SPACE*

*Harmonization and the right to difference – Vol. III*

*Treća katedra*

*Third Department*

### **PRAVO NA IMOVINU**

*RIGHT TO PROPERTY*

#### **1. Privredna društva**

*Commercial Companies*

*Mirko Vasiljević*

Razvoj regulative upravljanja kompanijama u uporednom pravu  
i pozitivno pravo Srbije

Development of corporate governance regulations in comparative  
law and positive law of Serbia .....

5

*Dragiša Slijepčević*

Pravne posledice neizvršenja plana reorganizacije

Legal effects of the non-enforcement of the reorganization plan ..

77

*Stevan Šogorov*

Postupak i pravne posledice istupanja člana iz društva s ograničenom  
odgovornošću

Procedure and legal consequences of withdrawal of a member from  
private company .....

97

993

<i>Zoran Arsić</i>	
Pravo akcionara na informisanje Shareholders' right to information .....	109
<i>Vuk Radović</i>	
Informisanje akcionara pre sednice Skupštine akcionarskog društva Pre-meeting communication to shareholders .....	117
<i>Miroslav Vitez</i>	
Odlučivanje članova društva s ograničenom odgovornošću van skupštine društva Deciding of member's of private limited company out of company's assembly .....	145
<i>Tatjana Jevremović-Petrović</i>	
Državna pripadnost, <i>Lex societatis</i> i sedište privrednog društva Nationality, <i>lex societatis</i> and the company seat .....	155
<i>Mirjana Radović</i>	
Neophodnost i ciljevi posebnog pravnog uređenja sukoba interesa na tržištu kapitala The need for and goals of specific regulation of conflicts of interest in the capital market .....	177
<i>Jelena Lepetić</i>	
Registracija privrednih subjekata Registration of business entities .....	193
<i>Ivana Ljutić</i>	
Oporezivanje transakcija multinacionalnih kompanija po transfernim cenama Taxation of multinational transactions by transfer pricing .....	203
 <i>Stečaj</i> <i>Bankruptcy</i>	
<i>Mihailo Velimirović</i>	
Novo stečajno zakonodavstvo New bankruptcy legislation .....	217
<i>Miodrag Mićović</i>	
Prebijanje potraživanja u stečajnom postupku Compensation claims in bankruptcy proceedings .....	231

*Slobodan Spasić*

- Stečajna reforma – odgovor na finansijsku krizu na globalnom nivou  
Bankruptcy reform – response to financial crisis on the global level  
and in Serbia ..... 243

*Vladimir Kozar*

- Osporavanje potraživanja iz izvršne isprave po novom Zakonu  
o stečaju  
Challenging claims of enforceable document under the new Law  
on bankruptcy ..... 255

**2. Međunarodni privredni ugovori, Arbitraža**

*International Commercial Contracts, Arbitration*

*Jelena S. Perović*

- Princip potpune naknade i pravilo predvidljivosti štete  
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 ..... 271

*Thomas Meyer*

- Hardship clause in International sale of goods contract ..... 289

*Matthew Parish*

- Arbitration in the Western Balkans: the emerging commercial  
landscape ..... 299

*Aleksandar Ćirić*

- Postupak rešavanja sporova pred Svetskom trgovinskom  
organizacijom  
The dispute settlement procedure before the World Trade  
Organization ..... 313

*Predrag Cvetković*

- Princip pravičnog procesa u pravu Svetske trgovinske organizacije  
"Due Process" principle in the WTO law ..... 329

*Drago Divljak*

- Ugovor o međunarodnoj distribuciji  
International distribution agreement ..... 345

*Ivanka Spasić*

- Ugovori o faktoringu i forfetingu  
Factoring and forfeting contracts as a method of trade financeing . 355

*Tamara Milenković-Kerković*

- Da li je Srbiji potreban Zakon o franšizingu  
Does Serbia really need franchising legislation ..... 371

*Marija Krvavac*

- Norme neposredne primene i međunarodni ugovor o građenju  
Directly applicable rules and international contract of construction 389

*Slavko Đorđević*

- Kvalifikacija kao uzrok protivrečnosti pravnih normi  
Characterization and adjustment in private international law ..... 405

*Karel Marek*

- To General matters of business law and the conclusion  
of commercial contracts in the Czech Republic  
Opšta pitanja trgovinskog prava i zaključivanja trgovinskih  
ugovora u Češkoj Republici ..... 427

*Katarina Jovičić,*

*Slobodan Vukadinović*

- Pravila za regulisanje međunarodne poslovne operacije  
Rules for the regulation of the international business operation ... 443

*Marko Jovanović*

- Ima li mesta za Međunarodnu trgovačku arbitražu u evropskom  
sudskom prostoru  
Is there any place for International commercial arbitration  
in the European judicial area ..... 465

*Marijana Dukić-Mijatović*

- Pregled aktuelne *lex mercatoria* u primeni dokumentarnog  
akreditiva  
Current *lex mercatoria* and the letters of credit ..... 481

**3. Banke i bankarski poslovi**

*Banks and Banking Transactions*

*Predrag Stojanović,*

*Ilija Zindović*

- Pravno određenje bankarskih poslova  
Legal determination of banking operations ..... 495

<i>Srdan Golubović</i>	
Institucionalni okviri organizacije i funkcionisanja evropskog sistema centralnih banaka Institutional framework of the organization and functioning of the European system of Central Banks .....	511
<i>Nada Todorović</i>	
Uzroci nestabilnosti finansijskih sistema The causes of instability of financial systems .....	523
<i>Dijana Marković-Bajalović</i>	
Primena pravila konkurencije na bankarski sektor Implementation of the competition rules in the banking sector ...	537
<i>Marija Knežević</i>	
Stečaj banaka Bankruptcy of banks .....	549
<i>Biljana Petrevska</i>	
Rizik likvidnosti banke u Republici Makedoniji Liquidity risk in banks in the Republic Macedonia .....	563
<i>Gordana Juhas</i>	
Pravni aspekti korporativnog upravljanja u bankama Legal aspects of the corporate governance in banks .....	571
<i>Nikola Cicmil</i>	
Robni zapis o uskladištenim poljoprivrednim proizvodima kao hartija od vrednosti Commodity bill for stored agricultural products as a security ....	585
<b>4. Osiguranje</b>	
<i>Insurance</i>	
<i>Predrag Šulejić</i>	
Predlog tema za javnu raspravu o novim rešenjima koja sadrži Prednacr Građanskog zakonika Republike Srbije u odnosu na ugovor o osiguranju .....	601
<i>Jovan Slavnić</i>	
Pogled na neka nova zakonska rešenja neprimerena obaveznom osiguranju autoodgovornosti New legal solutions inappropriate in compulsory MTPL insurance	611
<i>Zoran Radović</i>	
Pravo plovidbenog osiguranja unutrašnje plovidbe Insurance law of inland navigation .....	627
	997

*Slobodan Ilijić*

- Vansudski postupak za naknadu štete po Zakonu o obaveznom osiguranju u saobraćaju Republike Srbije  
Extrajudicial proceedings for damages under the law on compulsory insurance in traffic ..... 643

**5. Porezi**

*Taxes*

*Zoran Isailović*

- Dileme u izgradnji poreskog sistema Srbije  
Dilemma about tax system building in Serbia ..... 659

*Marina Dimitrijević*

- Novi pogled na neka prava obveznika poreza  
A new perspective of certain taxpayers' rights ..... 675

*Snežana Stojanović*

- Zajednička konsolidovana korporativna poreska osnovica  
Common consolidated corporate tax base ..... 685

*Srđa Božović*

- Carinska osnovica kao poseban oblik poreske osnovice  
Customs base as a specific form of tax base ..... 699

*Tomislav Grozdanovski*

- Kontraciklična fiskalna politika  
Contracyclical fiscal policy ..... 715

*Ljiljana Jović*

- Poreska utočišta nakon globalne krize  
Tax shelters after the global crisis ..... 725

*Radica Šipovac*

- Neka pitanja u vezi Zakona o porezu na dobit pravnih lica  
Some issues of the law on profit tax of juridical entities ..... 737

**6. Radni odnosi**

*Labour Relations*

*Branko Lubarda*

- Ostvarivanje i zaštita socijalnih prava ..... 753

*Senad Jašarević*

- Ravnopravnost polova u oblasti radnih odnosa u dokumentima EU  
Gender equality in employment in EU documents ..... 777



<i>Paraskeva Mihajlović</i>	
Zlostavljanje na radu – mobing Maltreatment at work – mobbing .....	789
<i>Radoje Brković,</i> <i>Bojan Urdarević</i>	
Koncept pristojnog posla sa primerenom zaradom The concept of decent work with a living wage .....	805
<i>Borisav Čolić</i>	
Prestanak radnog odnosa, oblici zaštite prava zaposlenih i noviji stavovi sudske prakse Termination of employment, forms of protection of employees’ rights and recent case law .....	819
<i>Filip Bojić</i>	
Zaštita prava radnika inficiranih HIV-om Protection of the rights of workers infected with HIV .....	835
<i>Dejan Kostić</i>	
U susret novom Zakonu o štrajku Toward the new strike law .....	849
<i>Bratislav Stanković</i>	
Sudsko rešavanje sporova povodom kolektivnih ugovora Judicial settlement in litigations on the collective agreement .....	859

*Četvrta katedra*  
*Fourth Department*

**PRAVO NA INTELEKTUALNU TVOREVINU**  
*RIGHT TO INTELLECTUAL CREATION*

**Industrijska svojina i Autorsko pravo**  
*Right to Industrial Property and*

<i>Milenko Manigodić,</i> <i>Đuro Manigodić</i>	
Prava autora i privrednih subjekata u vezi sa autorskim delom Right to the design .....	875

*Dimitrije Milić*

- Autorska moralna prava autora i interpretatora i njihova  
krivičnopravna zaštita  
Author's and interpreter's copyrights – moral rights and their  
criminal-law protection ..... 883

*Zoran Miladinović*

- Određivanje tarife organizacija za kolektivno ostvarivanje  
autorskog i srodnih prava  
Tariff establishing of organizations for collective performing  
the authors' and similar rights ..... 893

*Sanja Graić-Stepanović*

- Objedinjeno ostvarivanje srodnih prava na muzičkom delu  
Uniform realization of connected rights to musical works ..... 911

*Pavle Tijanić*

- Međunarodne konvencije kao izvor patentnog prava  
International conference as a source of patent law ..... 933

*Marija Ignjatović,*

*Ljubiša Stefanoski*

- Pravni režim pronalazaka stvorenih u okviru radnog odnosa  
The legal regulation of inventions created in the course  
of employment ..... 953

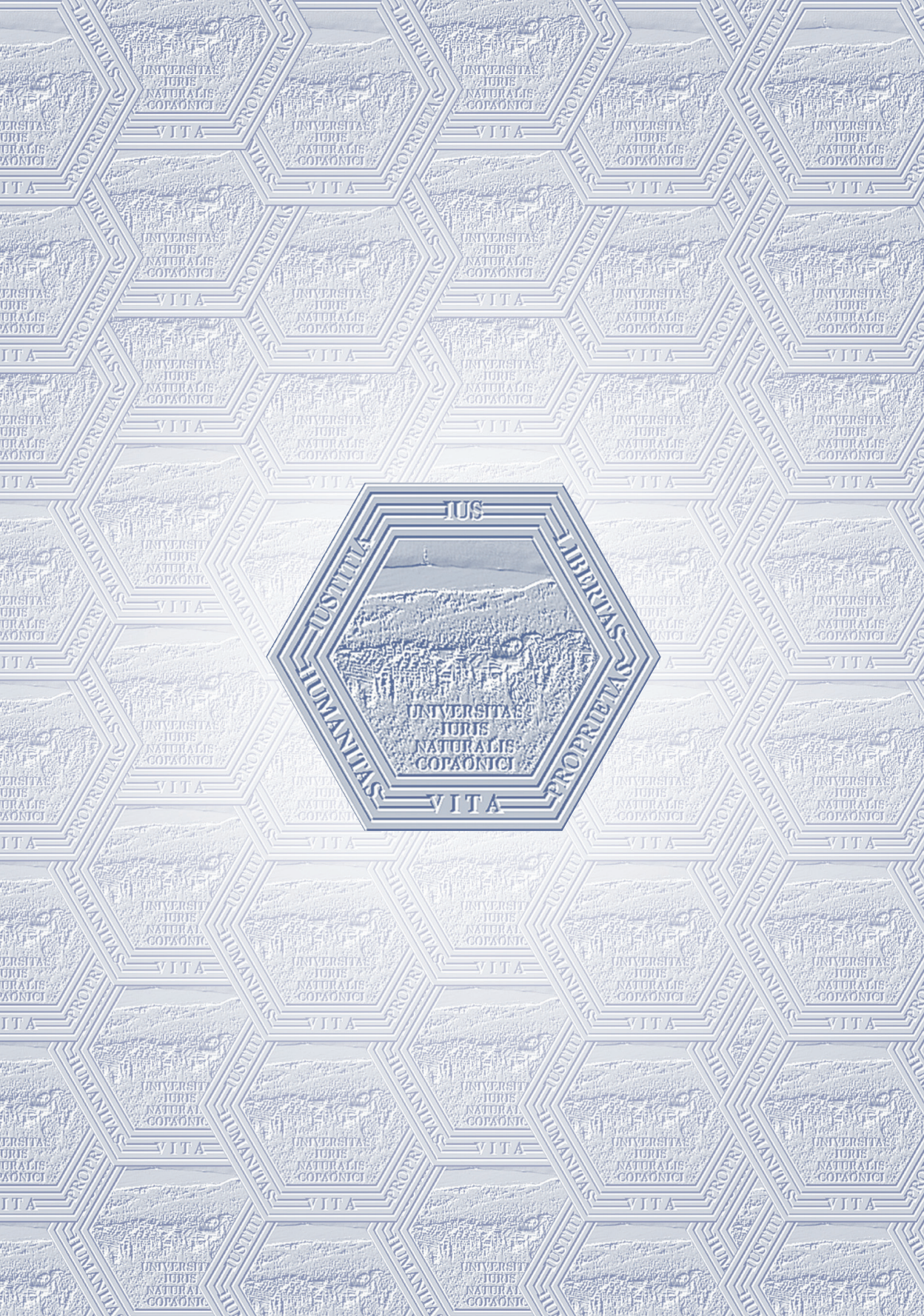
*Siniša Varga*

- Sadržina, obim i trajanje patenta  
The contents, scope and duration of patents ..... 967

*Igor Motsnyi*

- Recent intellectual property developments in Russia  
Poslednji događaji u oblasti intelektualne svojine u Rusiji ..... 981





UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

VITA

VITA

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

VITA

VITA

VITA

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

VITA

VITA

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

VITA

VITA

VITA

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

VITA

VITA

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

VITA

VITA

VITA

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

VITA

VITA

IUSTITIA



UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

VITA

VITA

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

VITA

VITA

VITA

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

VITA

VITA

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

VITA

VITA

VITA

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

VITA

VITA

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

VITA

VITA

VITA

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

VITA

VITA

UNIVERSITAS  
JURIS  
NATURALIS  
COPAONICI

VITA

VITA

VITA