

Pravni život

časopis za pravnu teoriju i praksu

TEMATSKI BROJ

PRAVO I MORAL



25

godina kopaoničke škole
prirodnog prava

UDRUŽENJE PRAVNIKA SRBIJE

BROJ 11 • BEOGRAD • 2012 • TOM III

25
godina



giz Deutsche Gesellschaft
für Internationale
Zusammenarbeit (GIZ) GmbH

On behalf of

BMZ



Federal Ministry
for Economic Cooperation
and Development

Publikacija je podržana u okviru projekta ORF za jugo-istočnu Evropu Pravna Reforma koju sprovodi Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH u ime Saveznog Ministarstva za privrednu saradnju i razvoj (BMZ).

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 11/2012 / Godina LXI / Knjiga 557

1-1052

B e o g r a d

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
Javorina Beker

Pretplata za 2012. 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: 310-203539-17
uz naznaku: Pretplata za časopis “Pravni život”

Tiraž: 1.000 primeraka

Štampa: FUTURA, Petrovaradin

TREĆA KATEDRA

**PRAVO
NA IMOVINU**

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

MIROSLAV VRHOVŠEK

NAČELA SPORAZUMNOG FINANSIJSKOG RESTRUKTURIRANJA

U V O D

Zakonom o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava¹ uređuju se uslovi i način sporazumnog finansijskog restrukturiranja privrednih društava u Republici Srbiji koje se sprovodi najkasnije pre pokretanja stečajnog postupka u skladu sa Zakonom o stečaju.²

Sporazumno finansijsko restrukturiranje privrednih društava, predstavlja vansudski postupak sporazumnog restrukturiranja korporativnih dugova kroz redefinisane dužničko-poverilačkih odnosa između privrednog društva u finansijskim teškoćama i njegovih poverilaca, i to prvenstveno banaka, ali i drugih poverilaca (npr. značajniji dobavljači).

Dakle, za razliku od sličnog pravnog instituta reorganizacije, kao jednog od dva moguća pravca u sprovođenju stečajnog postupaka, sporazumno finansijsko restrukturiranje privrednih društava vrši se u vansudskom postupku.

Prof. dr Miroslav Vrhovšek, profesor emeritus, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe Univerziteta Privredna akademija u Novom Sadu i naučni savetnik.

¹ Objavljen u "Službenom glasniku RS", br. 36/2011 od 27. maja 2011. godine, stupio na snagu 4 juna, a primenjuje se od 24. juna 2011. godine (član 18).

² "Službeni glasnik RS", br. 104/2009 i 99/2011.

Cilj sporazumnog finansijskog restrukturiranja privrednih društava je blagovremeno prepoznavanje i rešavanje finansijskih poteškoća i stvaranje uslova za normalan nastavak poslovanja privrednog društva (korporativnog dužnika).³ Sporazumnom restrukturiranju korporativnih dugova pristupa se ako relevantni poverioci procene da je opstanak i oporavak privrednog društva u finansijskim teškoćama ekonomski opravdan i izvodljiv, da će moći da se oporavi i nastavi da održivo posluje na duži rok, a da će relevantni poverioci, prvenstveno banke, moći da ostvare povoljnije namirenje svojih potraživanja. Na taj način, privrednom društvu u finansijskim teškoćama omogućava se opstanak i nastavak poslovanja, a istovremeno se izbegava stečaj bez obzira što postoji trajnija nesposobnost za plaćanje kao stečajni razlog iz čl. 11–12. Zakona o stečaju.⁴

U skladu sa primerima dobre međunarodne i inostrane regulative i prakse, pre svega “Principima Međunarodnog udruženja stručnjaka za restrukturiranje, insolventnost i stečaj (INSOL) o korporativnom finansijskom restrukturiranju”, utvrđeno je sedam načela sporazumnog finansijskog restrukturiranja privrednih društava u Republici Srbiji⁵, i to: načelo podobnosti, načelo dobrovoljnosti, načelo održivosti poslovanja dužnika, načelo postupanja u dobroj veri u okviru koga je sadržano i načelo zabrane prouzrokovanja štete, načelo saradnje i koordinacije poverilaca, načelo ravnopravnosti položaja poverilaca i položaj srazmeran visini potraživanja i načelo pristupa podacima i poverljivosti podataka. Sva načela su međusobno usaglašena.

Njihov značaj posebno se ogleda u sprečavanju nastanka zakonskih, odnosno pravnih praznina u praktičnoj primeni Zakona o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava, s obzirom da je ovaj zakon znatno podnормiran, jer sadrži samo šest članova koji regulišu sam postupak i pravna dejstva sporazumnog finansijskog restrukturiranja.⁶

Načelo podobnosti

Načelo podobnosti sadržano je u pravilu da se finansijsko restrukturiranje sprovodi radi ponovnog uređivanja dužničko-poverilačkih odnosa povodom

³ Razlozi za donošenje zakona navedeni uz predlog Zakona o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava.

⁴ Dukić-Mijatović M, Pregled zakonskih procedura u postupku utvrđivanja potraživanja stečajnih zakona u regionu, Tematski zbornik radova Pravo zemalja u regionu izdavača Institut za uporedno pravo, Beograd, str. 368-390, 2010. godina.

⁵ Čl. 4. do 10. Zakona o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava.

⁶ Čl. 11. do 16. Zakona o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava.

duga, odnosno potraživanja kojim dužnik i poverioci slobodno raspolažu (član 4). Dakle, načelo podobnosti predstavlja ostvarivanje principa autonomije volje, kao temeljnog načela građanskog i privrednog prava, a pre svega obligacionog prava iz člana 10. Zakona o obligacionim odnosima, u kome je propisano da strane u obligacionim odnosima su slobodne, u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja, da svoje odnose urede po svojoj volji. Načelo slobode uređivanja obligacionih odnosa, koje se naročito primenjuje u ugovornom pravu, u vezi je sa načelom o dispozitivnom karakteru odredaba Zakona o obligacionim odnosima, i zajedno sa njim izražava princip slobode ugovaranja.⁷ Autonomija volje je mogućnost subjekata prava, da po pravilu, po svojoj volji urede svoje odnose, te da slobodno odlučuju o vršenju prava koja im pripadaju. Autonomija volje obuhvata: a) slobodu zasnivanja pravnih poslova i b) slobodu vršenja prava.⁸ Jedno od obeležja većine građansko-pravnih odnosa sastoji se u tome što se oni zasnivaju, menjaju i gase voljom pravnih subjekata. Nosilac subjektivnog prava u takvom odnosu može to svoje pravo blagovremeno ostvariti ili pustiti da ono zastari. Njemu stoji na volju da se svog prava odrekne ili da ga prenese na drugog. Ovakvoj dispozitivnoj prirodi subjektivnog prava odgovara pravilo da je i pokretanje postupka za njegovu zaštitu stvar volje njegovog nosioca.⁹ To znači da predmet finansijskog restrukturiranja mogu biti samo ona potraživanja kojim stranke slobodno raspolažu (načelo dispozicije), dakle koja su podobna za finansijsko restrukturiranje, dok su izuzeta ona potraživanja kojima stranke ne mogu slobodno raspolagati.

Kada su u pitanju privredna društva koja posluju većinskim društvenim kapitalom, u okviru načela podobnosti moraju se imati u vidu i specijalne odredbe iz člana 398a. Zakona o preduzećima¹⁰ u kome je propisano da preduzeće koje posluje većinskim društvenim kapitalom ne može, bez prethodne saglasnosti Agencije za privatizaciju donositi odluke o: smanjenju ili povećanju kapitala; reorganizaciji ili restruktuiranju; investicionom ulaganju; prodaji dela imovine; opterećivanju imovine; zalaganjem stvari ili uspostavljanjem hipoteke; dugoročnom zakupu; poravnanju sa poveriocima; uzimanju ili odobravanju kredita ili izdavanju garancija, van toka redovnog poslovanja (stav 1). Odluke donete bez prethodne saglasnosti Agencije za privatizaciju, poništiće Agencija za privatizaciju (stav 2). Dakle, citirani propis neposredno se odnosi na restrukturiranje, kao i na poje-

⁷ Perović S., *Obligaciono pravo*, NIU "Službeni list SFRJ" Beograd, 1986, str. 62.

⁸ Babić I., *Osnovi imovinskog prava, Uvod u građansko pravo i stvarno pravo*, Peto izmenjeno izdanje, „JP Službeni glasnik, Beograd, 2008, str. 30.

⁹ Poznić B., *Građansko procesno pravo, Savremena administracija*, Beograd, 1987, str. 142.

¹⁰ "Službeni list SRJ", br. 29/96, 33/96, 29/97, 59/98, 74/99, 9/2001, 36/2002.

dine mere iz ugovora o restrukturiranju, kao što su pretvaranje potraživanja u kapital ili zaključivanje ugovora o kreditu, odnosno zajmu, što znači da je sloboda raspolaganja navedenim potraživanjima, odnosno obavezama bitno ograničena, odnosno uslovljena prethodnom saglasnošću Agencije za privatizaciju, kada su u pitanju privredna društva koja posluju većinskim društvenim kapitalom.¹¹

Centar za posredovanje Privredne komore Srbije, koja po zakonu ima ulogu institucionalnog posrednika, proverava ispunjenost uslova za institucionalno posredovanje i podobnost dužničko-poverilačkog odnosa za finansijsko restrukturiranje.¹² Prilikom provere podobnosti dužničko-poverilačkog odnosa ne može se ulaziti u celishodnost restrukturiranja, već samo da li je reč o potraživanjima kojim dužnik i poverioci slobodno raspolažu, odnosno da li postoje ograničenja iz posebnih propisa, s obzirom da Zakon o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava ne propisuje limit potraživanja, ili druge uslove koje bi potraživanje koje se restrukturira moralo da ispunjava.

Načelo dobrovoljnosti

Načelo dobrovoljnosti predviđeno je članom 5. u kome je propisano da se finansijsko restrukturiranje sprovodi dobrovoljno, na osnovu pismene saglasnosti poverilaca i dužnika, uz učešće institucionalnog posrednika. Za razliku od stečajnog postupka gde se za usvajanje plana reorganizacije ne traži saglasnost stečajnog dužnika, već odluka većinskih poverilaca svake klase, za sprovođenje finansijskog restrukturiranja neophodna je saglasnost poverilaca i dužnika, izražena u formi ugovora o finansijskom restrukturiranju koji oni zaključuju. Institucionalni posrednik je Privredna komora Srbije, koja u ovom postupku nema javno-pravna ovlašćenja, kakva ima sud u postupku stečajne reorganizacije.

Načelo održivosti poslovanja dužnika

Prema načelu održivosti poslovanja dužnika iz člana 6, finansijsko restrukturiranje sprovodi se ako je moguć oporavak i održiv nastavak poslovanja privrednog društva. U ovom načelu sadržan je jedan od osnovnih ciljeva finansijskog restrukturiranja, čijim ostvarenjem se izbegava prestanak dužnika u bankrotstvom u postupku stečaja.

¹¹ Kozar V., Petrović Z., Počuča M., Zastupanje pravnih lica u sudskim postupcima (privredno procesno pravo), "Poslovni biro", Beograd, 2010. godina, str. 101 i 102.

¹² Član 5. stav 1. Pravilnika o uslovima i načinu institucionalnog posredovanja u sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava, "Službeni glasnik RS", br. 65/2011.

*Zabrana prouzrokovanja štete i načelo postupanja
u dobroj veri*

Načelo postupanja u dobroj veri sadržano je u članu 7. kojim je propisano da se finansijsko restrukturiranje sprovodi u dobroj veri, u skladu sa načelom savjesnosti i poštenja, sa pažnjom koja se u pravnom prometu zahteva u određenoj vrsti odnosa (stav 1). Zakon o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava preuzima više osnovnih načela građanskog prava, a pre svega iz člana 12. Zakona o obligacionim odnosima, u kome je propisano da su u zasnivanju obligacionih odnosa i ostvarivanju prava i obaveza iz tih odnosa strane dužne da se pridržavaju načela savjesnosti i poštenja.

Takođe, ponašanje u izvršavanju obaveza i ostvarivanju prava, regulisano je načelom iz člana 18. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima, prema kome strana u obligacionom odnosu dužna je da u izvršavanju svoje obaveze postupa sa pažnjom koja se u pravnom prometu zahteva u odgovarajućoj vrsti obligacionih odnosa (pažnja dobrog privrednika, odnosno pažnja dobrog domaćina). Takođe u postupku finansijskog restrukturiranja, u obzir dolazi i primena pravila o povećanoj pažnji iz člana 18. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima u kome je propisano da je strana u obligacionom odnosu dužna da u izvršavanju obaveze iz svoje profesionalne delatnosti postupa s povećanom pažnjom, prema pravilima struke i običajima (pažnja dobrog stručnjaka). Kada su u pitanju banke, kao specijalizovane finansijske institucije, koje učestvuju u postupku finansijskog restrukturiranja, jasno je da se od njih zahteva pažnja dobrog stručnjaka, dakle najviši stepen pažnje. A obaveza postupanja s povećanom pažnjom, po pravilu veoma se strogo ceni od strane sudova, prilikom rešavanja sporova, pa i u slučaju spora oko tumačenja ili izvršenja ugovora o finansijskom restrukturiranju. Najzad, u okviru ovog načela važi i pravilo iz člana 18. stav 3. Zakona o obligacionim odnosima, prema kome je strana u obligacionom odnosu dužna da se u ostvarivanju svog prava uzdrži od postupka kojim bi se otežalo izvršenje obaveze druge strane. Načelo savjesnosti i poštenja, zajedno sa pravičnošću i dobrim običajima, pravi jednu trihotomiju pojmova koja služi za korekciju onoga što predstavlja podlogu maksimi "summum ius summa iniuria".¹³

Poverilac i dužnik ne mogu da preduzimaju radnje kojima se drugom može prouzrokovati šteta.¹⁴ Ovde je reč o konkretizaciji opšteg načela o zabrani prouzrokovanja štete iz člana 16. Zakona o obligacionim odnosima, u kome je propisano da je svako dužan da se uzdrži od postupka kojim se može drugom prou-

¹³ Perović S., *Obligaciono pravo*, NIU "Službeni list SFRJ", Beograd, 1986, str. 61.

¹⁴ Član 7. stav 2. Zakon o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava.

zrokovati šteta. Reč je pre svega o deliktnoj šteti, ali kada je u pitanju finansijsko restrukturiranje na terenu smo ugovorne štete, odnosno odgovornosti zbog povrede ugovorne obaveze iz člana 262. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima, prema kome kad dužnik ne ispuni obavezu ili zadocni sa njenim ispunjenjem, poverilac ima pravo zahtevati i naknadu štete koju je usled tog pretrpeo. S tim u vezi postavlja se pitanje uticaja više sile kao opšteg osnova oslobođenja dužnika od odgovornosti iz člana 263. Zakona o obligacionim odnosima, u kome je propisano da se dužnik oslobađa odgovornosti za štetu ako dokaže da nije mogao da ispuni svoju obavezu, odnosno da je zakasnio sa ispunjenjem obaveze zbog okolnosti nastalih posle zaključenja ugovora koje nije mogao sprečiti, otkloniti ili izbeći.

*Dejstvo više sile na raskid ugovora o finansijskom
restrukturiranju i naknada štete*

Zakon o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava ne reguliše pitanje raskida ugovora o finansijskom restrukturiranju zbog neispunjenja obaveze jedne ugovorne strane pa ni dejstvo više sile na raskid ugovora. Zato se u pogledu ovog važnog pitanja moraju primeniti posebna načela ovoga zakona i opšta načela i pravila iz Zakona o obligacionim odnosima.

Raskidanje ugovora o finansijskom restrukturiranju zbog neispunjenja vrši se po opštim odredbama iz čl. 124 - 132. Zakona o obligacionim odnosima, koji predviđa obavezu ostavljanja primerenog naknadnog roka za ispunjenje, nakon čijeg isteka se ugovor raskida po samom zakonu (član 126. st. 2 i 3. ZOO u vezi člana 125. stav 1. ZOO). Međutim, Zakon o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava ne reguliše na izričit način dejstvo više sile na raskid ugovora, odnosno ne reguliše da li neispunjenje obaveze, kao razlog za raskid ugovora, može biti posledica nekog od uzroka za koji dužnik ne odgovara. Drugim rečima, Zakon o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava ne reguliše pitanje krivice dužnika za neispunjenje obaveze, a time ni dejstvo više sile kao opšteg osnova oslobođenja od građansko-pravne odgovornosti. Zato se prilikom odgovora na postavljeno pitanje mora poći od opštih pravila obligacionog prava i njihovih tumačenja u pravnoj nauci. Viša sila je spoljna okolnost (spoljna činjenica) koja ima jaču moć od moći subjekta i dejstvuje nezavisno od njegove volje, njeno dejstvo se ne može predvideti, ili sprečiti ili izbeći, a utiče na nastanak, promenu ili prestanak nekog pravnog odnosa.¹⁵ U našem pravnom sistemu prihvaćeno je shvatanje objektivne docnje, tako da dužnik pada

¹⁵ Đorđević Ž. - Stanković V., Obligaciono pravo, Naučna knjiga, Beograd, 1987, str. 157.

u docnju čim ne ispunji obavezu u roku određenom za ispunjenje, bez obzira na krivicu (član 324. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima).¹⁶ Međutim, kada je u pitanju raskid ugovora zbog neispunjenja, potrebno je utvrđenje da neispunjenje obaveze nije posledica nekog od uzroka za koji dužnik ne odgovara. Traži se, dakle, krivica dužnika za neispunjenje obaveze. Otuda, kada dužnik ne ispunjava svoju obavezu zbog dejstva više sile, koja ga je u tome sprečila, raskid zbog neispunjenja nije moguć. Međutim, poverilac ne mora da dokazuje krivicu pošto se ona pretpostavlja, ali dužnik može da obara tu pretpostavku dokazujući da neispunjenje obaveze nije prouzrokovano njegovom krivicom.¹⁷ Iako, prema Zakonu o obligacionim odnosima, poveriočevo pravo da raskine ugovor zbog neispunjenja obaveze nije uslovljeno dužnikovom krivicom na izričit način, dužnikova krivica za neispunjenje obaveze, ipak predstavlja nužan uslov da bi poverilac mogao da raskine ugovor. To, posredno proističe i iz pravila da poverilac koji raskida ugovor zbog neispunjenja dužnikove obaveze, uvek ima pravo na naknadu štete (član 124. Zakona o obligacionim odnosima).¹⁸ To istovremeno znači da privredno društvo u finansijskim teškoćama, kao dužnik iz ugovora o finansijskom restrukturiranju može obarati pretpostavku da je nesavesna strana, kao što i dužnik iz obligacionog ugovora može obarati pretpostavku krivice za neispunjenje obaveze. A viša sila predstavlja opšti osnov oslobođenja od građansko-pravne odgovornosti, pa ako dužnik dokaže postojanje više sile koja ga je sprečila da plati neku od dospelih rata, time obara zakonsku pretpostavku da je nesavesna strana, što istovremeno dovodi do toga da se u takvoj situaciji ugovor o finansijskom restrukturiranju ne može raskinuti zbog neispunjenja po opštim odredbama iz čl. 124–132. Zakona o obligacionim odnosima

Posebним pravilima koja su sastavni deo načela postupanja u dobroj veri, u toku mirovanja dugova dužniku je zabranjeno da preduzima radnje koje bi mogle sprečiti ili otežati naplatu potraživanja poverilaca koji su zaključili ugovor o mirovanju dugova.¹⁹ Reč je o važnoj zabrani, koja ima dalekosežan značaj, s obzirom na posledice koje mirovanje dugova proizvodi prema poveriocima. Zakon o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava ne konkretizuje pravne posledice postupanja protivno ovoj zabrani, što znači da će se primeniti opšte pravilo iz člana 103. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima, o apsolutnoj ništavosti ugovora ili drugih pravnih poslova, u kome je propisano da je ugovor koji je protivan prinudnim propisima, javnom poretku ili dobrim običa-

¹⁶ Đorđević Ž. - Stanković V., *Obligaciono pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 1987, str. 553.

¹⁷ Đorđević Ž. - Stanković V., *Obligaciono pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 1987, str. 297.

¹⁸ Đorđević Ž. - Stanković V., *Obligaciono pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 1987, str. 298.

¹⁹ član 7. stav 3. Zakona o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava.

jima ništav je ako cilj povređenog pravila ne upućuje na neku drugu sankciju ili ako zakon u određenom slučaju ne propisuje što drugo. Međutim, iz stilizacije citirane odredbe člana 7. stav 3. Zakona o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava mogao bi se izvesti zaključak da se ova zabrana odnosi samo na dužnika, a ne i na drugu ugovornu stranu, tj. na treće lice sa kojim bi zaključio ugovor koji bi sprečio ili otežao naplatu potraživanja poverilaca koji su zaključili ugovor o mirovanju dugova.²⁰ U slučaju prihvatanja tumačenja navedene zakonske odredbe, kao jednostrane zabrane, tada bi nastupile pravne posledice iz člana 103. stav 2. Zakona o obligacionim odnosima, prema kome ako je zaključenje određenog ugovora zabranjeno samo jednoj strani, ugovor će ostati na snazi ako u zakonu nije što drugo predviđeno za određeni slučaj, a strana koja je povredila zakonsku zabranu snosiće odgovarajuće posledice. Međutim, ako je drugoj ugovornoj strani, tj. saugovaraču privrednog društva u finansijskim teškoćama, bilo poznato da se takvim ugovorom sprečava ili otežava naplatu potraživanja poverilaca koji su zaključili ugovor o mirovanju dugova, tada će se primeniti načelo savesnosti i poštenja, čije kršenje dovodi prekršioca u sukob sa javnim poretkom, a što za posledicu ima apsolutnu ništavost ugovora u smislu člana 103. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima, jer se pored zakonske zabrane ustanovljene za jednu ugovornu stranu, prilikom ocene punovažnosti takvog ugovora, ne može tolerisati i nesavesnost druge ugovorne strane.

Načelo saradnje i koordinacije poverilaca

Prema načelu saradnje i koordinacije poverilaca,²¹ poverioci koji su prihvatili da u učestvuju u finansijskom restrukturiranju dužni su da međusobno saraduju, kako bi se stvorili uslovi za dužnika da prikupi i pruži podatke i obaveštenja o svojoj imovini, kapitalu, obavezama, poslovanju i poslovnim planovima, kao i radi pripreme predloga mera restrukturiranja.

U slučaju učešća većeg broja poverilaca, ova saradnja može da uključuje: 1) imenovanje jednog ili više lica koje će voditi pregovore sa dužnikom ili usklađivati postupanje tih poverilaca; 2) obrazovanje tela za koordinaciju; 3) izbor i imenovanje stručnih savetnika koji mogu obavljati i usluge posredovanja ako se poverioci i dužnik o tome saglase, zajedno sa institucionalnim posrednikom; 4) druge aktivnosti u cilju ostvarivanja saradnje između poverilaca.

²⁰ Kozar V., Komentar Zakona o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava, "Poslovni biro" d.o.o., Beograd, 2011, str. 24.

²¹ Član 8. Zakona o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava.

Lice koje vodi pregovore sa dužnikom jeste poverilac sa najvećim ukupnim potraživanjem prema dužniku na dan podnošenja zahteva za institucionalno posredovanje u finansijskom restrukturiranju, odnosno njegov ovlašćeni predstavnik, osim ako se poverioci koji učestvuju u finansijskom restrukturiranju ne dogovore drugačije. Lice koja vodi pregovore sa dužnikom ili usklađuje postupanje poverilaca dužno je da redovno i blagovremeno obaveštava ostale poverioce koji učestvuju u finansijskom restrukturiranju o toku i sadržini pregovora.

*Načelo ravnopravnosti položaja poverilaca
i položaj srazmeran visini potraživanja*

Načelo ravnopravnosti položaja poverilaca i položaj srazmeran visini potraživanja sadržano je u članu 9. Zakona o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava. U finansijskom restrukturiranju svim poveriocima obezbeđuje se jednak tretman i ravnopravan položaj u srazmeri sa visinom njihovih potraživanja, osim ako se ne dogovore drugačije.

Zakon o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava ne razrađuje dalje posledice primene ovog načela, niti sadrži pravila o glasanju srazmerno visini potraživanja, kao npr. Zakon o stečaju, kada je u pitanju usvajanje plana reorganizacije, koji mora biti izglasan u svim klasama poverilaca, zašta je potrebna većina glasova srazmerno visini njihovih potraživanja. To je posledica pravne prirode restrukturiranja, koje se zasniva na ugovoru između poverilaca i dužnika, i ima pravno dejstvo samo prema ugovornim stranama, dakle prema onim poveriocima koji su pristali na zaključenje takvog ugovora, a ne i prema onima koji su glasali protiv, odnosno nisu zaključili ugovor, ili uopšte nisu učestvovali u restrukturiranju.

Takav stav posledica je relativnog dejstva ugovora iz člana 148. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima u kome je propisano da ugovor stvara prava i obaveze za ugovorne strane, dok se prema stavu 3. istog člana ugovorom može ustanoviti samo pravo u korist trećeg lica, dakle ne i obaveza. Istovremeno, to je bitna razlika u odnosu na potvrđeni i usvojeni plan reorganizacije u stečajnom postupku, koji ima dvojnu pravnu prirodu i to ugovora i izvršne isprave, koja dejstvuje prema svim poveriocima (dakle i prema poveriocima koji su glasali protiv plana reorganizacije), a za čije usvajanje nije potrebna saglasnost stečajnog dužnika. Jer, po donošenju rešenja o potvrđivanju usvajanja plana reorganizacije, sva potraživanja i prava poverilaca i drugih lica i obaveze stečajnog dužnika određene planom reorganizacije uređuju se isključivo prema uslovima iz plana reorganizacije. Usvojeni plan reorganizacije je izvršna isprava i smatra se novim ugovorom za

izmirenje potraživanja koja su u njemu navedena.²² Dakle, za razliku od vansudskog sporazumnog restrukturiranja kod koga usvojene sanacione mere obavezuju samo one poverioce koji potpišu ugovor o restrukturiranju²³ i korporativnog dužnika, stečajna reorganizacija, odnosno usvojeni plan reorganizacije ima prinudni karakter i to kako prema poveriocima koji nisu na njega pristali, tako i prema stečajnom dužniku, čija volja nije relevantna za usvajanje plana.

Načelo pristupa podacima i poverljivosti podataka

Načelo pristupa podacima i poverljivosti podataka²⁴ utvrđuje da dužnik mora da obezbedi poveriocima, odnosno licima koja oni ovlaste, blagovremen i nesmetan pristup podacima i dokumentaciji od značaja za finansijsko restrukturiranje, a koji se odnose na njegovu imovinu, kapital, obaveze, poslovanje i poslovne planove, radi pravilne procene njegovog finansijskog stanja i pripreme predloga mera finansijskog restrukturiranja. Poverilac i institucionalni posrednik čuvaju kao poverljive sve podatke i obaveštenja koji se odnose na imovinu, kapital, obaveze, poslovanje i poslovne planove i predlog mera finansijskog restrukturiranja dužnika, a dobijeni podaci i obaveštenja mogu da budu dostupni samo poveriocima koji učestvuju u finansijskom restrukturiranju.

Ugovor o mirovanju dugova, koji prethodi zaključenju ugovora o finansijskom restrukturiranju, mora da sadrži odredbe kojima se uređuje pristup poverilaca podacima i dokumentaciji dužnika od značaja za finansijsko restrukturiranje, a koji se odnose na njegovu imovinu, kapital, obaveze, poslovanje i poslovne planove, radi pravilne procene njegovog finansijskog stanja i pripreme predloga mera finansijskog restrukturiranja, kao i poverljivost podataka i obaveštenja dobijenih na taj način.²⁵

ZAKLJUČAK

Finansijsko restrukturiranje sprovodi se radi ponovnog uređivanja dužničko-poverilačkih odnosa povodom prava kojim dužnik i poverioci slobodno

²² Član 167. Zakona o stečaju.

²³ Mićović M., Sporazumno finansijsko restrukturiranje ili sanacija privrednih društava, *Pravni život*, br. 11/2011, str. 62.

²⁴ Član 10. Zakona o sporazumnom finansijskom restrukturiranju privrednih društava.

²⁵ Član 2. stav 1. tačka 5. Pravilnika o sadržini ugovora o mirovanju dugova, "Službeni glasnik RS", br. 21/2012.

raspoložu i to na dobrovoljnoj osnovi, dakle na osnovu saglasnosti poverilaca i dužnika, u formi ugovora o finansijskom restrukturiranju, uz učešće institucionalnog posrednika, dok je u načelu održivosti poslovanja dužnika sadržan jedan od osnovnih ciljeva finansijskog restrukturiranja, čijim ostvarenjem se izbegava prestanak dužnika bankrotstvom u postupku stečaja.

Poseban značaj ima načelo postupanja u dobroj veri i zabrana prouzrokovanja štete. Finansijsko restrukturiranje sprovodi u dobroj veri, u skladu sa načelom savesnosti i poštenja, sa pažnjom koja se u pravnom prometu zahteva u određenoj vrsti odnosa .

Poverilac i dužnik ne mogu da preduzimaju radnje kojima se drugom može prouzrokovati šteta. Kad dužnik ne ispuni obavezu ili zadocni sa njenim ispunjenjem, poverilac ima pravo zahtevati i naknadu štete koju je usled tog pretrpeo. Ppripredno društvo u finansijskim teškoćama, kao dužnik iz ugovora o finansijskom restrukturiranju može obarati pretpostavku da je nesavesna strana, kao što i dužnik iz obligacionog ugovora može obarati pretpostavku krivice za neispunjenje obaveze. A viša sila predstavlja opšti osnov oslobođenja od građansko-pravne odgovornosti, pa ako dužnik dokaže postojanje više sile koja ga je sprečila da plati neku od dospelih rata, time obara zakonsku pretpostavku da je nesavesna strana, što istovremeno dovodi do toga da se u takvoj situaciji ugovor o finansijskom restrukturiranju ne može raskinuti zbog neispunjenja po opštim odredbama iz čl. 124–132. Zakona o obligacionim odnosima.

Posebnim pravilima koja su sastavni deo načela postupanja u dobroj veri, u toku mirovanja dugova dužniku je zabranjeno da preduzima radnje koje bi mogle sprečiti ili otežati naplatu potraživanja poverilaca koji su zaključili ugovor o mirovanju dugova.

MIROSLAV VRHOVŠEK, LL.D.,

Professor Emeritus, Business Academy, Novi Sad, Academic Advisor

THE PROHIBITION OF CAUSING THE DEMAGES
AND OTHER PRINCIPLES OF THE CONSENSUAL
FINANCIAL RESTRUCTURING

Summary

Financial restructuring is carried out in order to reorganise the debtor-creditor's relations, concerning the rights which are at debtor's and creditor's free disposal; thus based on mutual con-

sent of a debtor and a creditor, in a form of a contract concerning financial restructuring, with the participation of the institutional mediator. One of the main goals of the financial restructuring is implicated in the principle of sustainability of the debtor's business, which if achieved prevents the bankruptcy of the debtor during the insolvency proceedings.

The principle of good faith estimate is of special importance as well as the prohibition of causing the damages. Financial restructuring is carried out in good faith, in accordance with the principle conscience and honesty, with attentiveness which is demanded in legal turnover with certain kinds of relations.

Creditor and debtor cannot take measures which could cause damages to the other party. If the debtor does not fulfil his obligations or if he is late with the its fulfilment, the creditor has the right to demand compensation of the damage that he suffered for that matter. A business entity with financial difficulties, as a debtor in the contract concerning the financial restructuring, can refute the assumption of being the unscrupulous party, same as a debtor from the obligation contract can refute the assumption of his guilt for not fulfilling his obligations. Force majeure is a common reason for acquittal of civic-legal liability, thus if a debtor proves the existence of force majeure, which prevented him to pay some of the due payments, in that way he refutes legal assumption that he is an unscrupulous party, which simultaneously leads to the fact that in such circumstances the contract of financial restructuring cannot be broken because of the unfulfilled general clauses from sections 124-132 of the Law on Obligatory Relations.

Special principles, which are integral part of the good faith proceedings, arrange that while debtor's debts are inactive it is forbidden for him to undertake any actions which could prevent or make it difficult to fulfil his duties to the creditors who signed a contract concerning the inactivity of debts.

VRŠENJE PRAVA GLASA AKCIONARA NA ŠTETU AKCIONARSKOG DRUŠTVA ILI DRUGIH AKCIONARA

U čl. 376 st.1 tč.5 Zakona o privrednim društvima iz 2011 godine je predviđeno da se skupštinska odluka može pobijati u slučaju zloupotrebe prava glasa. Skupštinska odluka se može pobijati u slučaju da bilo koji akcionar vršenjem svog prava glasa ima nameru da za sebe ili treće lice pribavi korist na štetu društva ili drugih akcionara kroz donošenje ili izvršenje te odluke.

Ovakva norma postoji i u uporednom pravu, ali je i tamo njeno postojanje podložno kritici. Ukazuje se da je ovakva norma samo jedan poseban oblik povrede obaveze savjesnosti i poštenja i obaveze jednakog tretmana akcionara.¹ Smatramo da je ovakva ocena prihvatljiva i s aspekta domaćeg prava, posebno s obzirom da je pravo akcionara na jednak tretman predviđeno u čl. 269. Posledica toga je da postojanje osnova za pobijanje iz čl. 376 st.1 tč. 5 ne sprečava primenu drugih osnova za pobijanje. Tako odluka može biti istovremeno pobojna sa osnovom suprotnosti zakonu (povreda prava na jednak tretman), kao i sa osnovom zloupotrebe prava glasa.²

Dr Zoran Arsić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu (LL.M. Columbia University).

¹ Schwab Martin u Karsten Schmidt, Marcus Lutter, Aktiengesetz, Köln 2008, str.2295; Hüffer Uwe, Aktiengesetz, München 1999, str.1093; Göz Philipp u Bürgers Tobias, Körber Torsten, Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz, Heidelberg 2008, str.1349.

² Analogno Göz P., op. cit., str.1349.

Norma domaćeg prava je preuzeta iz starijeg nemačkog prava³, pri čemu nije uzeta u obzir kasnija izmena, koja se ogleda u uvođenju izuzetka od pobijanja. Ne može se, naime, pobijati odluka ako je njome akcionarima obezbeđena odgovarajuća nadoknada. Ovo važi za pobijanje po osnovu zloupotrebe prava glasa, ali ne i po drugim osnovama. Izuzetno ovo ne važi u pogledu odluke skupštine o saglasnosti na zaključivanje različitih ugovora o povezivanju društava. U suprotnom ovakvi ugovori se praktično nikada ne bi mogli zakonito zaključivati.⁴ Ovo ukazivanje je od značaja za domaće pravo s obzirom na postojanje regulative ugovora o kontroli i upravljanju (čl. 554–čl.566), gde je predviđena primerena naknada spoljnim akcionarima. Pri tome je potrebna odluka skupštine o davanju odobrenja na zaključenje ugovora (čl. 555 st. 1). Imajući to u vidu samtramo da bi de lege ferenda trebalo izvršiti odgovarajuću dopunu čl. 376 st. 1 tč. 5

Adresat norme

Skupštinska odluka je pobojna, sa osnova čl. 376 st.1 tč. 5, ako “bilo koji akcionar” zloupotrebi svoje pravo glasa. S tim u vezi potrebno je izvršiti određene napomene.

Za pitanje da li je akcionar zloupotrebio svoje pravo glasa od značaja je da li se radi o akcionaru koji, sam ili zajedno sa drugima, predstavlja većinu pri donošenju odluke, ili se radi o pojedinačnom akcionaru bez uticaja na donošenje odluke.⁵

Korist

Zakonom o privrednim društvima nije utvrđen pojam koristi, što nije izuzetna situacija u uporednom pravu. S tim u vezi treba imati u vidu stavove (inostrane) sudske prakse i pravne teorije. Korist predstavlja svaku pogodnost akcionaru ili trećem, koja je nespojiva sa ineteresom društva ili akcionara i koja je utvrđena skupštinskom odlukom ili je njenim izvršenjem omogućeno sticanje pogodnosti.⁶ S interesom društva ili njegovih akcionara nespojiva je ona odluka koja je podobna da dovede do nastanka štete.⁷

³ Aktiengesetz iz 1937. godine.

⁴ Schwab M., op. cit., str. 2298.

⁵ Schlling Wolfgang u Gadow, Aktiengesetz, Berlin 1965, str. 257.

⁶ Schwab M., op. cit., str. 2296; Slično Hüffer U., op. cit., str.1094.

⁷ Schwab M., op. cit., str. 2296.

Da li se radi o koristi zbog koje se može pobijati skupštinska odluka, od značaja je da li je korist pravno neprihvatljiva.⁸ Takva situacija postoji kada direktori koji imaju obavezu postupanja u skladu sa interesom društva (čl. 63 st. 1), ne postupaju u skladu sa tom obavezom, zbog koristi koja je data akcionaru ili trećem, iz njihove nadležnosti.

Pravno vrednovanje se vezuje za pitanje ekonomske opravdanosti. Korist u smislu čl. 376 st. 1 tč. 5 postoji kada je data pod uslovima koji nisu tržišno uobičajeni.⁹ Korist koja nije tržišno uobičajena postoji kada ona predstavlja činidbu prema kojoj ne postoji protivčinidba, ili postoji protivčinidba, ali je ona nesrazmerno mala.

U nekim nacionalnim pravima (nemačkom) postoji izričit zahtev da skupštinska odluka mora biti "podobna" za sticanje koristi. Nezavisno od toga što u domaćem pravu to nije slučaj, smatramo da to ne menja zaključak, s obzirom da se korist vezuje za donošenje ili izvršenje "te" odluke. Odluka se smatra podobnom kada sadržina odluke objektivno omogućava korist.¹⁰ Po pravilu korist je imovinsko pravne prirode.¹¹ To, međutim, ne mora biti uvek slučaj.¹²

U inostranoj (nemačkoj) sudskoj praksi je kao pobojna utvrđena skupštinska odluka o likvidaciji, koja je pomogla većinskom akcionaru da stekne imovinu društva ispod njene vrednosti.¹³ Ovo je situacija primenljiva i na domaće pravo. Odluka skupštine o likvidaciji (čl. 525 st. 1 tč. 3) ne traži stvarno pravno opravdanje i ona ne bi bila pobojna zbog toga što je suprotna zakonu ili statutu. Odluka bi bila pobojna, međutim, na osnovu čl. 376 st. 1 tč. 5, zato što bi na osnovu nje većinski akcionar ostvario korist na štetu drugih akcionara.

U literaturi se ukazuje da je i na pravo akcionarskih društava prihvatljiv pristup koji je, u inostranoj sudskoj praksi, primenjen na društvo sa ograničenom odgovornošću, prema kojem je pobojna odluka kojom se utvrđuje nesrazmerno visoka naknada za poslovođu.¹⁴ Ovo važi i za domaće pravo, s obzirom da se visina naknade direktorima utvrđuje (između ostalog) odlukom skupštine (čl. 393 st. 2). Na osnovu čl. 438 isto bi važilo i za naknade članova nadzornog odbora, u sistemu dvodomnog upravljanja. Kada ovim skupštinskim odlukama ne bi bio povređen ni zakon ni statut, one bi ipak bile pobojne sa osnova čl. 376 st. 1 tč. 5.

⁸ Ibidem.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Hüffer U., op. cit., str. 1094.

¹¹ Hüffer U., op. cit., str. 1094; Göz P., op. cit., str. 1439.

¹² Godin – Wilhelmi, Aktiengesetz, Berlin 1967, str. 1289; Hüffer U., op. cit., str. 1094.

¹³ Hüffer U., op. cit., str. 1095; Schwab M., op. cit., str. 2296.

¹⁴ Schwab M., op. cit., str. 2297.

U (inostranoj) sudskoj praksi se kao pobojna tretira odluka skupštine kojom se omogućava akcionaru ili trećem zahvat u poslovne šanse društva.¹⁵ Smatramo da je ovaj stav prihvatljiv i za domaće pravo. Kada se radi o domaćem pravu treba imati u vidu dužnost izbegavanja sukoba interesa iz čl. 69, koja tereti akcionara koji poseduje značajno učešće u osnovanom kapitalu društva, kao i akcionara koji je kontrolni akcionar društva (čl. 61 st. 1 tč. 3), ili sa njima povezana lica. Ova dužnost obuhvata, između ostalog, zabranu korišćenja mogućnosti za zaključivanje poslova koji se ukažu društvu. Izuzetno, dopušteno je postupanje suprotno zabrani, ako je pribavljeno odobrenje u skladu sa čl. 66 (čl. 70). U slučaju povrede zabrane društvo može podneti tužbu kojom traži naknadu štete i prenos na društvo koristi koja je ostvarena povredom obaveze (čl. 71). To je mogućnost koja ostaje društvu ako skupštinska odluka kojom je omogućen zahvat u poslovne šanse društva ne bude poništena.

Kada je domaće pravo u pitanju treba ukazati i na skupštinsku odluku kojom se daje odobrenje na paspolaganje imovinom velike vrednosti (čl. 470–471). Ako se radi o poslu koji zaključuje akcionar sa društvom tada ne može doći do zloupotrebe prava glasa tog akcionara, budući da se na akcionara i s njime povezanog lice primenjuje zabrana vršenje prava glasa iz čl. 362 st. 1 tč. 3. Ako je u pitanju posao sa trećim može doći do zloupotrebe prava glasa i pobijanja skupštinske odluke sa osnova čl. 376 st. 1 tč. 5

Šteta

U pogledu štete zahteva se da je šteta nastupila, ili bi mogla nastupiti (ukoliko sticanje koristi nije izvršeno), pri čemu između koristi i štete mora postojati (ili bi postojala) uzročna veza.¹⁶

Skupštinska odluka mora biti doneta na “štetu društva ili drugih akcionara”. Šteta drugih akcionara ne postoji samo u slučaju da su svi drugi akcionari, osim onih koji stiču korist, oštećeni donošenjem odluke. Šteta drugih akcionara postoji i u slučaju da su oštećeni samo neki od akcionara.¹⁷ Ukazuje se da šteta akcionara predstavlja antitezu šteti društva. Pri svemu tome treba imati u vidu da šteta društva ili ostalih akcionara ne mora da sadržinski korespondira sa koristi koju stiče pogodovani akcionar ili treće lica. Skupštinska odluka se može pobijati zbog koristi na štetu akcionara i onda kada je odluka objektivno u korist društva.¹⁸

¹⁵ Schwab M., op. cit., str. 2297.

¹⁶ Hüffer U., op. cit., str. 1094.

¹⁷ Schwab M., op. cit., str. 2297.

¹⁸ Ibidem.

Namera

Namera predstavlja subjektivni element poboynosti skupštinske odluke.¹⁹ Odsustvo svesti trećeg o nameri akcionara nije od značaja, odnosno ne isključuje pobijanje.²⁰ Obična i gruba nepažnja nisu dovoljne.²¹

Neophodno je postojanje svesti o tome da odluka može služiti kao osnov za sticanje koristi i volja akcionara da tu korist pribavi za sebe ili treće lice.²² Svest obuhvata i nastupanje štete. S tim u vezi se ukazuje da je dovoljna uslovna namera, odnosno eventualni umišljaj (pristajanja na posledicu).²³ Ovaj pristup smatramo prihvatljivim i za domaće pravo.

Nasuprot tome ukazuje se da je potreban najviši stepen namere, odnosno da se radi o željenoj posledici (*dolus directus*).²⁴ Ovakav stav se zasniva ne samo na tekstu norme, nego i na cilju zakona. O nameri sticanja koristi može biti govora samo kada se radi o planskom i ciljno usmerenom ponašanju.²⁵ Namera se, kao što smo već ukazali, odnosi sa sticanje koristi, a ne na štetu društvu ili drugim akcionarima. U svakom slučaju, kao što je ranije ukazano, pojmu koristi je inherentno svojstvo nanošenja štete drugim akcionarima ili društvu. Iz takvog svojstva konsekvntno proizlazi namera akcionara u pogledu koje je dovoljna uslovna namera.

ZORAN ARSIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, University Novi Sad
(LL.M. Columbia University)

EXERCISE OF SHAREHOLDERS' VOTING RIGHTS AT THE EXPENSE OF JOINT STOCK COMPANY

Summary

The action it set aside shareholders resolution may be based on the afct that a shareholder, in the exercise his right to vote, attempt to obtain special advantage for himself or third party to the detriment of the company or other shareholders.

¹⁹ Hüffer U., op. cit., str. 1094; Godin - Wilhelmi, op. cit., str. 1288; Schlling W., op. cit., str. 257.

²⁰ Godin - Wilhelmi, op. cit., str. 1288; Schlling W., op. cit., str. 256.

²¹ Schlling W., op. cit., str. 256.

²² Hüffer U., op. cit., str. 1094.

²³ Hüffer U., op. cit., str. 1094; Godin - Wilhelmi, op. cit., str. 1286.

²⁴ Schwab M., op. cit., str. 2297.

²⁵ Ibidem.

MIODRAG MIĆOVIĆ

NAČELO LOJALNOSTI I POSLOVNA TAJNA

NAČELO LOJALNOSTI KAO IZVORIŠTE ZA ZAŠTITU POSLOVNE TAJNE

Načelo kojim se postavljaju okviri, granice za postupanje kako lica koja su vezana za poslovanje jednog privrednog društva (na osnovu članstva, zaposlenja ili položaja koji imaju u njemu), tako i lica koja se nalaze u direktnoj (poslovni odnos) ili indirektnoj (konkurentski odnos na tržištu) vezi sa takvim društvom jeste načelo lojalnosti.

U zavisnosti od toga da li se analizira ponašanje prve ili druge grupe lica, moguće je razlikovati interno i eksterno dejstvo načela lojalnosti u pogledu zaštite poslovne tajne. Kada se radi o internom dejstvu načela lojalnosti, ono se, u osnovi, odnosi na lica koja imaju posebne dužnosti¹ u privrednom društvu.

Za razliku od ZPD, ranije važeći zakon je sadržao odredbu prema kojoj lica koja imaju dužnosti prema društvu su dužna da postupaju savesno i lojalno pre-

Dr Miodrag Mićović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

¹ Posebne dužnosti prema društvu imaju: ortaci i komplementari; akcionari i članovi društva sa ograničenom odgovornošću koji poseduju značajno učešće u osnovnom kapitalu društva ili koji je kontrolni član društva; direktori, članovi nadzornog odbora, zastupnici i prokuristi; likvidacioni upravnik – čl. 61. Zakona o privrednim društvima ("Sl. glasnik RS", br. 36/11) – u daljem tekstu ZPD.

ma društvu.² To znači da su dužni da postupaju u najboljem interesu privrednog subjekta,³ da dovedu u sklad svoje interese sa interesima društva, da ovlašćenja koja imaju u društvu ne koriste radi zadovoljenja ličnih interesa, da postupaju u skladu sa zakonskim ograničenjima u pogledu obavljanja svojih ovlašćenja i postupanja prema društvu.

U teoriji se smatra da se dužnost lojalnosti⁴ konkretizuje pravilima kojima se definišu određene zabrane, kao što su zabrana sukoba interesa, zabrana konkurencije, zabrana prisvajanja imovine društva, kao i obavezom čuvanja poslovne tajne.⁵

Kada se radi o poslovnoj tajni, dužnost čuvanja poslovne tajne, pored lica koja su navedena u čl. 61. ZPD, imaju i zaposleni u društvu (čl. 72. st. 1. ZPD).

Pored internog dejstva, koje se ostvaruje u odnosu između društva i njegovih članova, zaposlenih, organa, načelo lojalnosti proizvodi eksterno dejstvo u odnosu koji se uspostavlja u sferi poslovanja, na tržištu, između različitih privrednih subjekata.

U tom odnosu biti lojalan znači da se ne narušava poverenje drugog poslovnog partnera, da se ugovaraču predočavaju sve bitne informacije koje su od značaja za valjano formiranje ugovorne volje,⁶ da se učesnici na tržištu prema konkurentima ponašaju, u razumnim granicama, časno i pošteno.

Dužnost lojalnosti naročito dolazi do izražaja kod uslužnih poslova,⁷ koji imaju fiducijarni karakter, temelje se na poverenju između ugovarača i vernosti pružaoca prema korisniku usluge. Iz te dužnosti proističe i obaveza čuvanja poslovne tajne.

² Čl. 31. Zakona o privrednim društvima ("Sl. glasnik RS", br. 125/04).

³ Čl. 32. Kodeksa poslovne etike ("Sl. glasnik RS", br. 1/06).

⁴ Dužnost lojalnosti u pravu društava francuska teorija definiše kao obavezu direktora društava da ne koriste ovlašćenja ili informacije sa kojima raspolazu u ličnom interesu, suprotno interesima društva. O tome: Nabasque, H., *Le développement du devoir de loyauté en droit des sociétés*, RTD com, br. 2/99, str. 283.

⁵ O obavezi lojalnosti: Redenius Hoevermann, J., *La responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et droit allemand*, Paris, 2010, str. 35; Jolowicz, J. A., *Droit anglais*, Paris, 1986, str. 367; Petrović Tomić, N., *Osiguranje od odgovornosti direktora i članova upravnog odbora akcionarskog društva*, Beograd, 2011, str. 66.

⁶ Nabasque, H., nav. članak, str. 283.

⁷ Zabel, B., *Poslovna tajna*, Beograd, 1970, str. 97.

U red poslova kod kojih davalac usluge ima obavezu čuvanja poslovne tajne spadaju zastupanje,⁸ posredovanje,⁹ organizovanje putovanja,¹⁰ bankarski poslovi.¹¹ Privredni subjekti su dužni da se ponašaju lojalno ne samo kada stupaju u poslovne odnose koji se temelje na poverenju, već i onda kada istupaju na tržištu u odnosu prema konkurentima, subjektima koji obavljaju istu vrstu privredne aktivnosti. U tim slučajevima, kada konkurentski odnos izađe izvan okvira časne borbe, konkurencija postaje nelojalna. Radi očuvanja konkurentne sposobnosti privrednih subjekata zakonom se zabranjuje nelojalna utakmica, svaka radnja kojom se krše kodeksi poslovnog morala i dobri poslovni običaji, kojom se nanosi ili može naneti šteta drugom trgovcu (konkurentu), pri čemu u takve radnje spada i radnja sticanja, korišćenja i odavanja poslovne tajne,¹² bez saglasnosti njenog imaoca, radi otežavanja njegovog položaja na tržištu (čl. 50. st. 1. tač. 4. Zakona o trgovini).¹³

Pravila o dužnosti čuvanja, odnosno o zaštiti poslovne tajne sadržana su u ZPD (čl. 72–74), Zakonu o zaštiti poslovne tajne i drugim propisima kojima se reguliše stavljanje u promet lekova, medicinskih sredstava i biocidnih proizvoda. U ovom radu biće posebno analizirana pravila koja se tiču pojma, elemenata i posledica koje nastaju usled povrede poslovne tajne.

⁸ Prema čl. 799. ZOO zastupnik je dužan da čuva poslovnu tajnu za koju je doznao u vezi sa poverenim poslom, i to i posle prestanka ugovora o trgovinskom zastupanju. Obaveza čuvanja poslovne tajne postoji i onda kada je zastupnik saznao za poslovnu tajnu i na neki drugi način, koji nije u vezi sa poverenim poslom. Kada nalogodavac saopšti poslovnu tajnu zastupniku treba da ga upozori na obavezu čuvanja poslovne tajne, kao i na način upotrebe podataka koji predstavljaju poslovnu tajnu. O ovome: Komentar ZOO, redaktori Perović, S. i Stojanović, D., Kragujevac – Gornji Milanovac, knjiga druga, 1980, str. 625.

⁹ Prema čl. 820. st. 2. ZOO posrednik bez saglasnosti nalogodavca ne sme da saopšti trećem licu podatke o sadržini naloga, o pregovorima ili uslovima zaključenja ugovora.

¹⁰ Obaveštenja koja dobije o putniku, njegovom prtljagu i kretanjima organizator može da saopšti trećim licima samo sa odobrenjem putnika ili na zahtev nadležnog organa – čl. 865. ZOO.

¹¹ Bankarske poslove karakteriše tajnost. Banka je dužna da čuva kao poslovnu tajnu poverljive informacije koje se tiču računa klijenta i poslova koje je zaključila sa klijentom, kao i podatke kojima se može narušiti privatnost klijenta. U pogledu određenih vrsta poslova, kao što su novčani depoziti građana (čl. 46. Zakon o bankama, "Sl. glašnik RS", br. 107/05, 91/10), ili u pogledu stanja i prometa sredstava na računima klijenata (čl. 35. Zakona o platnom prometu), ova dužnost banke je izričito ustanovljena propisima. Banka koja prekrši dužnost čuvanja poslovne tajne odgovara svom klijentu za štetu. Osim toga, klijent će verovatno prekinuti poslovnu saradnju sa bankom koja ne čuva poslovnu tajnu. O bankarskoj tajni: Rives-Lange, J. L., Contamine-Raynaud, M., Droit bancaire, Paris, 1995, str. 159; Šogorov, S., Bankarsko pravo, Novi Sad, 2004, str. 50; Jovanić, T., Ciljevi i oblici regulisanja poslovanja banaka, Beograd, 2009, str. 312.

¹² O razlozima zaštite poslovne tajne: Zabel, B., nav. delo, str. 22–25.

¹³ Službeni glasnik Republike Srbije, br. 53/10.

POJAM POSLOVNE TAJNE

Poslovna tajna, kao vrsta relativne tajne,¹⁴ u teoriji¹⁵ i propisima određiva-
na je na različite načine, počev od njene pravne prirode,¹⁶ preko toga ko određuje
šta je poslovna tajna,¹⁷ do toga šta je predmet¹⁸ i koje informacije mogu da budu
poslovna tajna.

Naši važeći propisi, ZPD i Zakon o zaštiti poslovne tajne, sadrže slična i naj-
potpunija određenja poslovne tajne, posmatrano u odnosu na naša ranija pravna

¹⁴ Nije poslovna tajna samo ono što zna određeni broj lica, već je poslovna tajna korisna po-
slovna informacija koju zainteresovana lica ne znaju i koja im nije dostupna bez savladavanja odre-
đenih teškoća. Dakle, tajnost postoji ako je na strani zainteresovanog lica prisutna subjektivna ne-
poznatost informacije, koja je relativno nedostupna. O tome: Marković, S., Poslovna tajna kao pred-
met ugovora o prenosu industrijske svojine, Pravni život, br. 11–12/93, str. 1632.

¹⁵ Profesor Zabel stavljajući akcenat na relativnost poslovne tajne, smatra da je to podatak o
delatnosti ili položaju preduzeća koji je poznat, po volji nosioca, samo određenom krugu lica u pre-
duzeću ili van njega. Ili, određujući prirodu i obim, profesor Vasiljević definiše poslovnu tajnu kao
intelektualnu svojinu privrednog društva čiji je domen utvrđen autonomnim aktima svakog kon-
kretnog privrednog društva. O tome: Zabel, B., nav. delo, str. 11; Vasiljević, M., Kompanijsko pravo,
Beograd, 2007, str. 151.

¹⁶ Poslovna tajna u teoriji nema jedinstveni tretman. Ona se negde posmatra kao duhovna
tvorevina, negde kao objekt industrijske svojine, a negde kao objekt svojine nematerijalnog karakte-
ra. Čini se da je ispravno ako se poslovna tajna posmatra kao nematerijalno dobro čijim isključivim
iskorišćavanjem (jedina suštinska dodirna tačka između poslovne tajne i prava industrijske svojine)
nosilac štiti svoje interese i obezbeđuje prednost u odnosu na druge. O tome: Zabel, B., nav. delo,
str. 20; Marković, S., nav. članak, str. 1634.

¹⁷ U pogledu određivanja podataka koji predstavljaju poslovnu tajnu u teoriji i propisima
mogu da se uoče dva pristupa. Prema prvom pristupu, subjektivnom konceptu, tzv. teoriji volje, no-
silac poslovne tajne određuje, izjavom svoje volje (sadržana je u aktima nosioca poslovne tajne, kao
što su osnivački akt ili statut), šta će se smatrati poslovnom tajnom. Ovaj pristup je bio usvojen u
našim ranijim propisima (čl. 440. Zakona o udruženom radu, čl. 176. Zakona o preduzećima, čl. 38.
Zakona o privrednim društvima). Prema drugom pristupu, objektivnom konceptu, tzv. teoriji inte-
resa, obim poslovne tajne se utvrđuje, nezavisno od volje nosioca poslovne tajne, s obzirom na op-
šte priznati privredni interes koji se definiše (određuju se koji podaci mogu da se smatraju kao po-
slovna tajna) zakonom i drugim propisima. U teoriji je izražen stav prema kome oba faktora treba
da dođu do izražaja prilikom određenja poslovne tajne. O tome: Zabel, B., nav. delo, str. 29; Arsić,
Z., Poslovna tajna i predlog novog Zakona o preduzećima, Pravo i privreda, br. 9–12/94, str. 3.

¹⁸ U našim ranijim propisima određivano je da predmet poslovne tajne predstavljaju isprave
i podaci, dok se u važećim propisima, koji sadrže pravila o poslovnoj tajni, propisije da su to podaci,
odnosno sve informacije koje imaju komercijalnu vrednost. U teoriji se ističe da predmet poslovne
tajne može da bude samo informacija – podatak, znanje o nekoj činjenici, a ne isprava, jer u mno-
gim slučajevima podatak nema svoj materijalizovani izvor. Ukoliko je podatak materijalizovan, to je
od značaja za položaj držaoca poslovne tajne koji postaje povoljniji sa stanovišta ostvarivanja prava
u slučaju povrede poslovne tajne. O tome: Zabel, B., nav. delo, str. 24; Arsić, Z., nav. članak, str. 3.

pravila o poslovnoj tajni. U Zakonu o zaštiti poslovne tajne utvrđeno je da se pod poslovnom tajnom smatra bilo koja informacija koja ima komercijalnu vrednost zato što nije opšte poznata niti je dostupna trećim licima koja bi njenim korišćenjem ili saopštavanjem mogla ostvariti ekonomsku korist, i koja je od strane njenog držaoca zaštićena odgovarajućim merama u skladu sa zakonom, poslovnom politikom, ugovornim obavezama ili odgovarajućim standardima u cilju očuvanja njene tajnosti, a čije bi saopštavanje trećem licu moglo naneti štetu držaocu poslovne tajne (čl. 4. st. 1).

U ZPD se utvrđuje da je poslovna tajna podatak, određen zakonom, drugim propisom ili aktom društva, čije bi saopštavanje trećem licu moglo naneti štetu društvu, kao i podatak koji ima ili može imati ekonomsku vrednost zato što nije opšte poznat, niti je lako dostupan trećim licima koja bi njegovim korišćenjem ili saopštavanjem mogla ostvariti ekonomsku korist i koji je od strane društva zaštićen odgovarajućim merama u cilju očuvanja njegove tajnosti (čl. 72. st. 3. i 4).

Ako se imaju u vidu navedena određenja, potreba da se otklone određene nejasnoće i nepotrebna proširenja,¹⁹ jasno istaknu elementi koji nekom podatku daju svojstvo poslovne tajne,²⁰ pojam poslovne tajne bi mogao da se odredi na sledeći način. To je informacija koja ima ekonomsku vrednost, nije opšte poznata (koja je poznata samo određenom krugu lica u privrednom društvu ili izvan nje) i zaštićena je os strane njenog držaoca u cilju očuvanja njene tajnosti.

ELEMENTI POSLOVNE TAJNE

Kao poslovna tajna može da se odredi: a) informacija koja ima ekonomsku (komercijalnu) vrednost za privredno društvo; b) informacija koja nije opšte poznata, odnosno koja je poznata samo određenom krugu lica; c) informacija povodom koje se preduzimaju potrebne mere u cilju očuvanja njene tajnosti.

¹⁹ Na primer, u ZPD se navodi da je poslovna tajna podatak čije bi saopštavanje trećem licu moglo naneti štetu društvu, kao i podatak koji ima ili može imati ekonomsku vrednost zato što nije opšte poznat. Ovakva formulacija navodi na pomisao da se radi o dve kategorije podataka, pri čemu saopštavanjem prvih društvo trpi štetu, a saopštavanjem drugih treća lica bi mogla da ostvare korist. Ili, u Zakonu o zaštiti poslovne tajne se određuje da je poslovna tajna informacija koja nije opšte poznata niti je dostupna trećim licima. Ako informacija nije dostupna trećim licima trebalo bi da znači da nije opšte poznata, i obrnuto.

²⁰ Ovo je značajno jer se u ZPD propisuje da se kao poslovna tajna ne mogu odrediti sve informacije koje se tiču poslovanja privrednog društva, već samo one kod kojih su kumulativno zadovoljeni svi elementi neophodni za postojanje poslovne tajne (čl. 72. st. 5).

U propisima (čl. 72. st. 3. ZPD i čl. 4. st. 1. Zakona o zaštiti poslovne tajne) i teoriji²¹ pominju se i neki drugi elementi, kao neophodni za postojanje poslovne tajne. To su: da saopštavanjem informacije ili njenim korišćenjem treća lica mogu da ostvare ekonomsku korist, a društvo da pretrpi štetu. Ovi elementi nisu od značaja za određenje poslovne tajne, već za regulisanje pitanja odgovornosti lica koje saopštava ili koristi poslovnu tajnu.

a) Za pojmovno određenje poslovne tajne nebitno je našta se konkretna informacija odnosi. Uopšteno može se reći da su to informacije koje se tiču poslovanja privrednog društva (tako u čl. 38. st. 1. ZPD iz 2004. godine),²² ili opisno, da su to finansijske, ekonomske, poslovne, naučne, tehničke, tehnološke, proizvodne informacije, studije, testovi, rezultati istraživanja, uključujući i formulu, crtež, plan, projekat, prototip, kod, model, kompilaciju, program, metod, tehniku, postupak, obaveštavanje ili uputstvo internog karaktera i slično, bez obzira na način na koji su sačuvane (čl. 1. st. 2. Zakona o zaštiti poslovne tajne).²³ S obzirom da se poslovna tajna štiti prvenstveno radi očuvanja konkurentске sposobnosti društva, to znači da su predmet zaštite informacije koje imaju ekonomsku vrednost, koje obezbeđuju preimućstvo, jer doprinose unapređenju ili očuvanju konkurentskog položaja određenog privrednog subjekta.²⁴

U teoriji je razmatrano pitanje da li se u okvir informacija koje doprinose očuvanju konkurentskog položaja društva mogu podvesti i tzv. negativne informacije (informacije o greškama, da određeni postupak ne daje očekivane rezultate). Stavovi o tom pitanju su podeljeni.²⁵ S obzirom da se kao poslovna tajna može

²¹ Marković, S., nav. članak, str. 1631.

²² Te informacije mogu da se grupišu u: proizvodne, poslovne (podaci o komitentima, dobavljačima, budućim komercijalnim i reklamnim akcijama), finansijsko računovodstvene (bilansi, zalihe, dugovanja, potraživanja, podaci o ulaganjima u novu proizvodnju). O tome: Zabel, B., nav. delo, str. 33.

²³ Na sličan način se u čl. 72. st. 6. ZPD nabrajaju podaci koji mogu da se štite kao poslovna tajna. U Zakonu o hemikalijama ("Sl. glasnik RS", br. 36/09) se određuje da se pod poslovnom tajnom smatraju podaci o punom sastavu smeše; precizna namena i način primene supstance; veza između proizvođača, uvoznika i daljih korisnika u lancu snabdevanja; količina hemikalija proizvedenih i stavljenih u promet (čl. 84). Šta će se smatrati poslovnom tajnom privredni subjekti konkretizuju u svojim aktima ili putem ugovora o poverljivosti podataka, kojim se određuje u koju svrhu mogu da se koriste poverljive informacije, odnosno zabranjuje drugoj ugovornoj strani otkrivanje poverljivih informacija. O tome: Milosavljević, M., Poslovna tajna u uslugama i njena zaštita u Republici Srbiji, Zbornik: Pravo i usluge, Kragujevac, 2012, str. 625.

²⁴ Zabel, B., nav. delo, str. 25; Marković, S., nav. članak, str. 1631.

²⁵ Arsić, Z., nav. članak, str. 5; Simović, S., Industrijska špijunaža i zaštita poslovne tajne, doktorska teza, Kragujevac, 2010, str. 221.

odrediti bilo koja informacija, koja zadovoljava potrebne uslove i ako za to nema zakonskih smetnji, čini se da to mogu da budu i negativne informacije, jer su i one od značaja za očuvanje konkurentskog položaja privrednog društva.

b) Da bi jedna informacija mogla da se tretira kao poslovna tajna potrebno je da sadrži element "tajnosti". Tajnost se manifestuje u dva vida. S jedne strane, to znači da je informacija poznata samo određenom krugu lica, i, s druge strane, da je pristupačnost informacije drugim licima ograničena.²⁶ Ako je informacija poznata širem krugu lica ili je neograničeno pristupačna, poslovne tajne nema. Otuda, kao poslovna tajna ne mogu da se smatraju informacije koje su javno objavljene (na primer, objavljene u određenim registrima ili štampi). Ono što je objavljeno ne može da se tretira kao tajna.

Pored toga, poslovnom tajnom ne mogu da se smatraju informacije koje moraju da se objave. U tom smislu u Zakonu o zaštiti poslovne tajne (čl. 3) se određuje da se poslovnom tajnom ne smatra informacija koja je označena kao poslovna tajna radi prikrivanja krivičnog dela, prekoračenja ovlašćenja ili zloupotrebe službenog položaja ili drugog nezakonitog akta ili postupanja domaćeg ili stranog fizičkog i pravnog lica; informacije za koje je posebnim zakonima propisano da ne mogu predstavljati poslovnu tajnu. Ili, u ZPD (čl. 73) se propisuje da epitet tajnosti, a time i karakter poslovne tajne, ne mogu da imaju informacije čije je objavljivanje: propisano zakonom; neophodno radi obavljanja poslova ili zaštite interesa društva; učinjeno nadležnim organima ili javnosti isključivo u cilju ukazivanja na postojanje dela kažnjivog zakonom. Društvo je dužno da pruži potpunu zaštitu licu koje postupajući savesno u dobroj veri ukaže nadležnim organima na postojanje kažnjivih dela (čl. 74. st. 3. ZPD).

Napred navedena pravila imaju dvojak značaj. Prvo, njima se sprečavaju zloupotrebe do kojih bi moglo doći ako bi se dozvolilo da se uz pomoć autonomne regulative spreči krivično gonjenje i odgovornost za kažnjiva dela.²⁷ Drugo, njihovom primenom ostvaruje se zaštita javnih interesa. Shodno tome u ZPD iz 2004. godine (čl. 38. st. 2) je bilo propisano da je objavljivanje informacija zakonito, ako ima za cilj zaštitu javnih interesa.

c) Interes da određenu informaciju čuva u tajnosti držalac poslovne tajne manifestuje preduzimanjem razumnih mera radi sprečavanja da druga lica saznaju tu informaciju. Mere zaštite poslovne tajne određuju se u skladu sa procenom

²⁶ O tome: Zabel, B., nav. delo, str. 26; Arsić, Z., nav. članak, str. 6.

²⁷ O tome: Milosavljević, M., nav. članak, str. 622.

rizika od nezakonitog pribavljanja, korišćenja i otkrivanja informacije koja predstavlja poslovnu tajnu (čl. 5. Zakona o zaštiti poslovne tajne). Te mere mogu da budu: pravne (donošenje akata kojima se štiti poslovna tajna), mere obaveštavanja ili upozorenja osoba koje dolaze u kontakt sa određenim informacijama da one predstavljaju poslovnu tajnu (zaposleni, treća lica) i mere fizičke bezbednosti, kojima se sprečava da zainteresovana lica dođu u dodir sa određenim informacijama.²⁸

Zaštita poslovne tajne traje sve dok se informacije koje predstavljaju poslovnu tajnu čuvaju kao poverljive (čl. 6. Zakona o zaštiti poslovne tajne). Prema ZPD, zaposleni i lica koja imaju posebne dužnosti dužni su da čuvaju poslovnu tajnu i posle gubitka svojstva koje imaju u društvu, u periodu od dve godine, a najduže pet godina (ako je tako određeno aktima društva ili ugovorom), po prestanku tog svojstva (čl. 72. st. 2. ZPD).

POSLEDICE POVREDE POSLOVNE TAJNE

Do povrede poslovne tajne može da dođe od strane lica koja imaju dužnost čuvanja poslovne tajne i radnjama trgovaca koje su preduzete radi privredne utakmice. Dužnost čuvanja poslovne tajne imaju, pored lica sa posebnim dužnostima prema društvu, zaposleni, koji su radeći saznali poslovnu tajnu, kao i treća lica koja poslujući sa držaocem poslovne tajne saznaju za informacije koje predstavljaju poslovnu tajnu. Ova lica mogu da povrede dužnost čuvanja poslovne tajne: postupanjem sa informacijama suprotno pravilima koja su utvrđena u aktima društva; neovlašćenim saopštavanjem ili predajom isprava ili podataka koji predstavljaju poslovnu tajnu; pribavljanjem podataka i isprava u nameri predaje neovlašćenom licu (na ovaj način povreda dužnosti čuvanja poslovne tajne je određena u Pravilniku o poslovnoj tajni Beogradske berze – čl. 14).

U slučaju povrede dužnosti čuvanja poslovne tajne, društvo može da podnese tužbu i da traži: naknadu štete; isključenje tog lica iz društva, odnosno raskid radnog odnosa ako je to lice zaposleno u društvu (čl. 74. st. 1. ZPD).

Radnje trgovca usmerene na otkrivanje, pribavljanje i korišćenje poslovne tajne, bez saglasnosti držaoca poslovne tajne, na način suprotan zakonu i do-

²⁸ U pravnoj teoriji je prisutan stav da obaveza da se određena informacija čuva kao poslovna tajna postoji i onda kada mere nisu preduzete ali se na osnovu okolnosti može pretpostaviti postojanje interesa da se određena informacija čuva kao poslovna tajna. O tome: Zabel, B., nav. delo, str. 95, Arsić, Z., nav. članak, str. 4.

brim poslovnim običajima, u okviru vršenja privrednih aktivnosti radi tržišne utakmice,²⁹ smatraju se delom nelojalne (nepoštene) utakmice.³⁰

U red takvih radnji spadaju: povreda ugovornih odredaba o čuvanju poslovne tajne; zloupotreba poslovnog poverenja; industrijska i komercijalna špijunaža;³¹ prevara; navođenje da se učini neka od navedenih radnji; pribavljanje informacija od strane trećih lica koja znaju ili moraju znati da informacija predstavlja poslovnu tajnu – čl. 8. st. 2. Zakona o zaštiti poslovne tajne).

U slučaju povrede poslovne tajne, držalac poslovne tajne može tužbom da zahteva: prestanak radnji koje mogu dovesti do nezakonitog pribavljanja, korišćenja ili otkrivanja poslovne tajne; sprečavanje prometa, odnosno oduzimanje i povlačenje iz prometa, izmenu ili uništavanje svih predmeta koji sadrže informacije koje predstavljaju poslovnu tajnu, ako je te podatke moguće, posredno ili neposredno, videti ili prenositi; naknadu štete, uključujući stvarnu štetu i izgublenu dobit, a ako je povreda učinjena namerno, tužilac može, umesto naknade imovinske štete, zahtevati naknadu do trostrikog iznosa uobičajene naknade koju bi primio za konkretni oblik korišćenja predmeta zaštite, da je to korišćenje bilo zakonito (prilikom donošenja odluke po napred navedenim zahtevima, sud posebno ceni srazmeru između ozbiljnosti povrede i interesa trećeg lica); isključenje tog lica kao člana privrednog društva, ako je to lice član privrednog društva; raskid radnog odnosa, ako je to lice zaposleno u pravnom licu; objavljivanje presude u javnom glasilu o trošku tuženog (čl. 11. st. 1. Zakona o zaštiti poslovne tajne).

Lica koja imaju dužnost čuvanja poslovne tajne, odnosno konkurenti (trgovci) koji su otkrili, pribavili ili koristili poslovnu tajnu, odgovaraju za povredu poslovne tajne u skladu sa principom pretpostavljene odgovornosti. Oni neće odgovarati ako dokažu da su se ponašali sa dužnom pažnjom prilikom izvršenja svojih poslova (čl. 63. st. 5. ZPD), odnosno da su informacije pribavili, otkrili ili koristili na zakonit način.

Tužba zbog povrede poslovne tajne može da se podnese u roku od šest meseci od dana saznanja za učinjenu povredu, a najkasnije u roku od tri godine od

²⁹ Za postojanje odnosa konkurencije nije neophodno da privredni subjekti obavljaju istu privrednu delatnost, već je dovoljno da se na tržištu sukobljavaju njihovi poslovni interesi. O tome: Varga, S., *Pravo konkurencije*, Novi Sad, 2007, str. 180.

³⁰ Lice koje tvrdi da je informacije koje predstavljaju poslovnu tajnu pribavilo ili otkrilo u skladu sa zakonom i dobrim poslovnim običajima, dužno je da to i dokaže – čl. 7. st. 3. Zakona o zaštiti poslovne tajne.

³¹ Špijuniranje mogu da izvrše lica angažovana kod držaoca poslovne tajne ili treća lica prikrivenim fotografisanjem, prisluškivanjem razgovora i sl. O tome: Zabel, B., *nav. delo*, str. 47.

dana učinjene povrede (čl. 12. Zakona o zaštiti poslovne tajne). S obzirom da objektivni rok prema ZPD iznosi pet godina (čl. 77), bilo bi opravdano da se izvrši njegovo usklađivanje sa objektivnim rokom koji je utvrđen u Zakonu o zaštiti poslovne tajne.

Pored građansko-pravne zaštite, moguća je i kazneno-pravna zaštita poslovne tajne. S tim u vezi u Zakonu o zaštiti poslovne tajne je određeno da će se u slučaju povrede poslovne tajne za privredni prestup kazniti novčanom kaznom privredno društvo u iznosu od 100.000 do 3.000.000 dinara, a odgovorno lice kaznom u iznosu od 50.000 do 200.000 dinara (čl. 19. st. 1. i 2), a presuda će se javno objaviti (čl. 19. st. 5). Osim toga, u skladu sa Krivičnim zakonikom može se za povredu poslovne tajne izreći i kazna zatvora.³²

ZAKLJUČAK

Pitanju poslovne tajne i njene zaštite u našim propisima posvećuje se posebna pažnja. U poređenju sa našim ranijim pravnim rešenjima uočljivo je da je donet prvi put Zakon o zaštiti poslovne tajne, kao i da ZPD, u odnosu na svoje pravne prethodnike, sadrži više pravila o poslovnoj tajni (čl. 72–74).

Ono što je pozitivno to je da se novodonetim pravilima na potpuniji način regulišu brojna pitanja koja se tiču predmeta poslovne tajne, informacija koje mogu da budu poslovna tajna, ko određuje šta je poslovna tajna, posledica koje nastaju usled povrede dužnosti čuvanja poslovne tajne.

Nedostatak pravila o poslovnoj tajni očituje se u tome što je: pojam poslovne tajne i u ZPD i u Zakonu o zaštiti poslovne tajne određen na nedovoljno jasan i jezički neracionalan način; što se u ZPD izričito zahteva da kumulativno bude ispunjeno više uslova kako bi određeni podatak mogao da se odredi kao poslovna tajna, među kojima su i neki koji nemaju značaj za određenje poslovne tajne. Tu spadaju dva uslova: zahtev da treća lica korišćenjem podataka mogu da ostvare ekonomsku korist i da se saopštavanjem podataka trećem licu društvu može naneti šteta. Naime, prilikom određenja da li će neki podatak biti poslovna tajna od značaja su interesi onoga koji o tome odlučuje (pod pretpostavkom da su ispunjeni neophodni uslovi i da ne postoje ograničenja za zaštitu podatka kao poslovne tajne), a ne položaj trećeg lica. Činjenica da povredom poslovne tajne može da nastane šteta za društvo nema značaja za postojanje poslovne tajne. Ona je od

³² O tome: Milošević, M., Propisi o poslovnoj tajni – pojmovno određenje i odgovornost za nepoštovanje, Izbor sudske prakse, br. 4/07, str. 21; Milosavljević, M., nav. članak, str. 631.

značaja, ako do nje dođe, za utvrđivanje imovinske odgovornosti lica koje je povredilo poslovnu tajnu.

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

PRINCIPLE OF LOYALTY AND TRADE SECRET

Summary

Employees and persons who have special responsibilities in the company have duty to keep trade secret. Also, third persons must not take actions regarding disclosure, acquisition or use of information that constitute a trade secret, without the consent of the holder of trade secret, in a manner contrary to law and good business practice. Both groups are obliged to behave in accordance with the principle of loyalty, which, among other things, means that they have duty to refrain from violation of trade secrets.

As a trade secret can be determined only data that meets the requirements defined by legal rules. According to the opinion of the author, as a trade secret can be determined information which: have an economic (commercial value); is not generally known; which requires all necessary measures to be taken in order to maintain its confidentiality.

GORAN KOEVSKI,
DARKO SPASEVSKI

MOGUĆNOST KORIŠĆENJA IZVEŠTAJA KREDITNIH REJTING AGENCIJA U PROCESU DONOŠENJA POSLOVNIH ODLUKA OD STRANE MAKEDONSKIH TRGOVAČKIH SUBJEKATA

Šta predstavljaju kreditne rejting agencije?

Kreditne rejting agencije, proizvod anglosaksonske poslovne filozofije, predstavljaju nezavisni sistem obezbeđivanja i analiziranja raspoloživih poslovnih informacija, koje na osnovu izvršene analize daju svoju vlastitu ocenu.

Za donošenje kvalitetnih poslovnih odluka osnovni preduslov je posedovanje relevantnih tržišnih informacija. Odavde i potreba za postojanje odgovarajućih mehanizama koji će omogućiti da verodostojne i kvalitetne tržišne informacije budu odgovarajuće procenjene od strane nezavisnih, spoljašnjih organizacija. Ovo se postiže preko aktivnosti kreditnih rejting agencija, kao profesionalne i specijalizovane subjekte. Naime, kreditne rejting agencije imaju zadatak da omogućе investitorima pristup informacijama o potencijalnom riziku povezanim sa određenom investicijom, na osnovu kojih će se voditi prilikom donošenja njihovih odluka, a u kojima će biti anticipiran i/ili preveniran eventualni rizik.¹

Dr Goran Koevski, profesor Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi" – Skopje.

Mr Darko Spasevski, asistent Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi" – Skopje.

¹ Vidi kod: Frank Partnoy, "The Siskel and Ebert of Financial Markets?: Two Thumbs Down for the Credit Rating Agencies", Washington University Law Quarterly, VOLUME 77 No. 3 1999, str. 636.

Iz ovih razloga, danas, u modernim tržišnim ekonomijama razvija se tzv. tržište finansijskih informacija.² Na ovom tržištu, kao i na bilo kom drugom, postoji potražnja i ponuda informacija.³

Osnovni modalitet po kome se rukovode rejting agencije prilikom obavljanja svoje delatnosti je njihova objektivnost, koja ih čini relevantnim izvorom informacija i na taj način one postižu svoje zasluženno mesto u finansijskom sistemu.

Začeci industrije rejting agencija su zapaženi u XIX veku, a prva osnovana kreditna rejting agencija od strane John Moody-a javlja se 1909. godine, čime se postavljaju temelji ove industrije,⁴ da bi danas ovu industriju sačinjavale oko 150 rejting agencija od kojih su najveće Fitch, Moody's i Standard & Poor's.⁵

Broj zaposlenih u rejting agencijama, u poslednjih desetak godina, povećao se višestruko. 1980. godine kod S&P radilo je tridesetak osoba da bi 1995. godine radili oko 800 analitičara, od ukupno 1200 zaposlenih. Moody's je 1995. godine zapošljavao 560 analitičara, od ukupno 1700 zapošljenih. Danas Moody's ocenjuje rejting 20000 subjekata – izdavača hartije od vrednosti u SAD-u i oko 1200 subjekata – izdavača hartije od vrednosti izvan SAD-a. Značaj ove industrije ogleda se i u obimu njihovih aktivnosti. Tako, hartije od vrednosti koje ocenjuje Moody's imaju tržišnu vrednost od oko 5000 milijardi dolara, dok S&P ocenjuje hartije od vrednosti koje imaju ukupnu tržišnu vrednost od 2000 milijardi dolara.

U razvoju rejting industrije, kao deo ukupne finansijske industrije, zapažaju se četiri faze: prva faza koja traje od 1909. do 1943. godine, druga faza koja traje od 1944. do 1969. godine, treća faza od 1970. do 2001. godine i četvrta faza koja traje od 2002. godine do danas.⁶

Sa ciljem da se izvrši određeno merljivo i uporedivo rangiranje i ocenjivanje različitih procesa procenjivanja rejtinga, rejting agencije grade posebne stepene rangiranja. Svaka od rejting agencija ima svoj način i stepen rangiranja. U prak-

² Ibid.

³ Ibid.

⁴ Vidi kod: Langohr Herving, Langohr Patricia, "The Rating Agencies and their Credit Ratings: What they are, How they work, and Why they are Relevant", Wiley Publication, 2008, str. 375–376.

⁵ Prethodnici rejting agencija u XIX veku su: novinari specijalizovani za finansije i ekonomiju i investicione banke. Prvi takav časopis je *American Railroad Journal*, koji počinje da se objavljuje od 1832 godine, a kao prvi urednik pojavljuje se Henry Varnum Poor. 1916. godine, kompanija Poor počinje se baviti ocenjivanjem rejtinga obveznica, a 1941. godine spaja se sa Standard Statistics i pritom se osniva danas veoma poznata Standard and Poor's. Vidi kod: Langohr Herving, Langohr Patricia, "The rating Agencies and their Credit Ratings: What they are, How they Work, and Why they are Relevant", Wiley Publication, 2008, str. 375.

⁶ Ibid. str. 376.

si, gradacija stepena rejtinga vrši se preko slova ili brojki. Najčešće, skala se sastoji od slova pri čemu najbolji rejting, odnosno najviša ocena je A.⁷

Danas skale rangiranja S&P-a i Moody's-a imaju dvadesetak ocena (stepena) od kojih najbolja, odnosno najviša, ocena na skali Moody's-a je Aaa, dok je na skali S&P-a najviša ocena AAA.

Kreditne rejting agencije i njihovo poslovanje u okvirima finansiskog tržišta

Aktivnost rejting agencija u međunarodnom finansiskom sistemu karakteriše se odsustvom odgovarajuće pravne regulative koja će urediti kvalitet i profesionalnost evaluacije i ocene.⁸ Zbog toga, tačnost rejtinga od strane rejting agencija ostavlja se da zavisi od njihovih vlastitih standarada i dobrih poslovnih praksi, odnosno od njihovog kredibiliteta u ukupnom finansiskom sistemu.⁹

Pojava i razvoj rejting agencija je klasičan primer spontane evaluacije ovih subjekata u okvirima finansiskog sistema, a u kontinuiranom odsustvu državne intervencije i regulacije.¹⁰

Danas su u ovoj industriji prisutna tri velika dominantna igrača. Upravo zato, jedna od najvećih primedbi upućenih rejting agencijama je struktura tržišta na kojem one deluju, gde se zapaža njihova koncentracija i oligopolski položaj.¹¹

Razvoj strukturnih finansiskih tržišta, koji započinje 1975. godine, označio je početak vršenja ocena i analiza hartija od vrednosti vezanih sa hipotekarnim kreditima, kao prvi u nizu složenih produkata u sektoru hartija od vrednosti.

Prema određenim pravilama iz oblasti tržišta kapitala u SAD-u, odnosno konkretnije, po članu 2a-7 iz *Investment Company Act*-a od 1940. godine, predviđa se obaveza za određene subjekte, koji imaju nameru da investiraju u korpora-

⁷ U početku procesa rangiranja, najveće rejting agencije su koristile sličnu skalu ocenjivanja kako u odnosu simbola koje koriste, tako i u odnosu stepena odnosno nivoa ocenjivanja. Najčešće skale ocenjivanja su se sastojale od tri nivoa, gde rejting A predstavlja najbolju ocenu dok rejting C predstavlja najnižu ocenu. U okviru skale odnosno na svakom stepenu postojale su podkategorije kao na primer: Aaa, Aa, A+ ili slično. Razvitkom tržišta kapitala i pojavom špekulativnih obveznica, 70-tih godina dvadesetog veka, S&P na svojoj skali rejtinga, na kojoj je najbolja ocena AA, a najgora ocena je B, dodaju i "+" (plus) ili "-" (minus). Frank Partnoy, op. cit., str. 639.

⁸ Christoph Kuhner, "Financial Rating Agencies: Are they Credible? – Insights into the Reporting Incentives of Rating Agencies in times of Enhanced Systemic Risk –", *Schmalenbach Business Review*, Vol. 53, januar 2011, str. 3.

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

tivnim dužničkim hartijama, prilikom usvajanja njihove odluke o investiciji da se vode i od rejtinga urađenih od rejting agencija.¹²

Isto tako, na osnovu procene rejting agencija u SAD za subjekte koji imaju obavezu da obezbede i čuvaju određeni iznos rezerve kapitala, ukoliko imaju višji rejting u poređenju sa sličnim takvim subjektom ali sa nižim rejtingom, predviđa se mogućnost da se smanji iznos za čuvanje u obliku rezervi.¹³ Objašnjenje ovakve mogućnosti ogleda se u argumentu da veći rejting znači i manji rizik, te ukoliko je rizik manji manja je i potreba od čuvanja obaveznih rezervi do ili iznad određenog iznosa.

Bazelski komitet za superviziju banki (*Basel Committee on Banking Supervision*), predlaže korišćenje procedura za određivanje rejtinga kod procene rizika banki,¹⁴ što predstavlja još jedan dopunski argumenat o korisnosti aktivnosti rejting agencija.

Značaj rejtinga izrađenih od strane rejting agencija ogleda se i u faktu da čak i sudovi u SAD-u, u eventualnim sporovima što se vode između izdavača hartija od vrednosti i upisivača, kod ocene da li se radi o savesnoj ili nesavesnoj strani, pored ostalog, vode od toga je su li strane u sporu uzele u obzir izveštaje koje izrađuju rejting agencije.¹⁵ U tom smeru pomenuli bi smo slučajeve *In re Bartol*, *In re Detre's Estate*, i *In re Winburn's Williy* iz američke sudske prakse.¹⁶

Praksa pokazuje da su rejtinzi kreditnih rejting agencija, kao izvor informacija, značajniji za manje poslovne subjekte odnosno manje banke i osiguravajuća društva gde rejtinzi ovih agencija imaju značajan uticaj na formiranju njihovih poslovnih odluka, dok, velike banke i osiguravajuća društva koriste informacije kreditnih rejting agencija kao drugostepeni izvor, odnosno daju prioritet analiza- ma i procenama koje su izrađene od strane njihovih vlastitih sektora.¹⁷

Veoma često, određeni nacionalni organi, prilikom kreiranja svojih politika i regulativi koriste ocene od strane rejting agencija.

Rejting izveštaji, koji se izrađuju prilikom izdavanja novih hartija od vrednosti i-ili potpuno novih finansiskih proizvoda, su od koristi kako za izdavače tako i za subjekte koji će se javiti kao potencijalni ulagači. Stepem značenja rejtin-

¹² Howell E. Jackson, "The Role of Credit Rating Agencies in the Establishment of Capital Standards for Financial Institutions in a Global Economy" dostupno na http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=250166, pristupljeno 11.3.2012 godine; str. 4.

¹³ Ibid.

¹⁴ Ibid. str. 2.

¹⁵ Frank Partnoy, op. cit., str. 636.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

ga za izdavače i za investitore nabeležilo je jedno istraživanje sprovedeno 2008. godine, posle događaja koje je prouzrokovala svetska finansiska kriza. Prema ovom istraživanju, napominje se sledeće: (a) Investitori su istakli da rejtinzi agencija nisu bili odlučujući faktor na osnovu kojeg su odlučivali, već da su im rejtinzi samo poslužili da suže svoj izbor na nekoliko hartija, a konačnu odluku su doneli na osnovu vlastite analize, dok, (b) Iz perspektive izdavača hartija od vrednosti, rejtinzi izrađeni od strane agencija nisu smatrani za presudni u procesu ubeđivanja velikih investitora, naročito hedž-fondove (*hedge funds*) ili penzijske fondove da investiraju baš u njihovim hartijama od vrednosti. Ipak, oni ističu da im dobar rejtinga može poslužiti kao odličan marketing za određeni njihov proizvod prema širem krugu ulagača izvan okvira institucionalnih investitora.¹⁸

Da bi rejtinzi agencija realno predstavljali reprezentativni i verodostojni procenitelj određene hartije od vrednosti, po nekim autorima, potrebno je da se odnosi koji postoje između rejting agencija, izdavača hartija od vrednosti i ulagača, trebaju posmatrati kao trilateralni odnos u kome treba da bude izražena njihova međusobna saradnja i poverenje.¹⁹

Kao jedna od najvećih primedbi na sadržaj rejtinga izrađenih od strane rejting agencija ističe se sumnja u njihovu nepristrasnost. Naime, neke primedbe kreću se u pravcu da će rejting agencije prikazati veći rejting određene hartije sa ciljem da bude atraktivnija za investitore. Ovo proizilazi iz fakta da se rejting agencije radije komercijalno prilagođavaju potrebama svog nalogodavca, nego da se strogo pridržavaju profesionalnim standardima pri vršenju njihove delatnosti.

U 90-tim godinama prošlog veka, američko Ministarstvo za pravdu vršilo je istragu rejting agencija pod sumnjom da su one uslovljavale izdavače hartija od vrednosti da ih angažuju. U suprotnom, one su pretile da će njihove hartije od vrednosti biti podcenjene.

Drugi autori, rejting agencijama upućuju sledeće kritike: 1) *moć bez odgovornosti*, obzirom da rejting agencije nisu samo pasivni posmatrači, već naprotiv, njihove evaluacije značajno utiču pri usvajanju poslovnih odluka, ali u isto vreme ne postoji sistem za utvrđivanje njihove odgovornosti; 2) *pozicija konformnosti* koja omogućava rejting agencijama da budu zaštićene od eventualnih prigovora i primedbi od subjekata koji su predmet evaluacije; 3) *socio-kulturološke primedbe* u pravcu da najveće rejting agencije, koje su poreklom iz anglo-američkog pravnog i ekonomskog korporativnog sistema, favorizuju anglo-američke

¹⁸ Izveštaj Committee on the Global Financial System (CGFS), "Ratings in structured finance: what went wrong and what can be done to address shortcomings?", dostupno na http://www.maths-fi.com/CGFS32_Ratings_in_structured_finance_july_2008.pdf, pristupljeno 14.3.2012. g.

¹⁹ Ibid.

vrednosti i postavljenost na finansiskom tržištu; 4) *kažnjavanje neposlušnih* znači da rejting agencije pokušavaju preko rejtinga da kontrolišu poslovne subjekte, primedba koja proizlazi iz fakta da ove agencije izrađuju rejtinge i onda kada nisu za to ugovorom angažovane, i slično.²⁰

Na sve ove primedbe, rejting agencije odgovaraju da ne postoje bilo kakvi razlozi za dovođenje u pitanje njihove nepristrasnosti i za potencijalni sukob interesa, ogledom da to što oni pružaju kao uslugu je tačnost i kvalitet informacija, koje se baziraju na njihovom renomeu i autoritetu, te ukoliko postoje neke manipulacije to bi značilo narušavanje njihovog renomea i na taj način i informacije i rejtinzi koje oni nude na tržištu ne bi imali nikakvu vrednost.

Značajnije primedbe i kritike na rad rejting agencija su zapažene posle 2000. godine, kao rezultat globalne finansiske krize. Veliki broj subjekata, uključujući banke, penziske i investicione fondove, osiguravajuća društva i drugi smatraju da rejting agencije nisu uspele da predvide finansijsku krizu i da na taj način umanje odnosno ublaže devastiračke efekte te krize. Događaji koji su se dogodili u globalnom finansiskom sistemu zadnjih godina potvrdili su zavisnost ulagača od rejtinga u procesu donošenja njihovih poslovnih odluka, pritom zapostavljajući svoju internu obavezu za vlastito upravljanje rizikom.

U finansiskom sektoru zapaža se da je reputacija rejting agencija, a naročito 'zlatnog standarda' AAA poremećen nakon aktuelne finansiske krize, ali se ističu i ohrabruju napori koje preduzimaju rejting agencije za poboljšanje njihovog profesionalnog položaja i renomea.

Kao jedna od najvećih kritika upućenih rejting agencijama je njihovo zapostavljanje likvidnosti kompanija kao rizik faktor, a to je naročito došlo do izražaja u slučajevima WorldCom, Enron, Bear Stearns i Lehman Brothers.²¹ Naime, u ovim slučajevima zapaža se da kreditne rejting agencije nisu blagovremeno reagovala u obezbeđivanju informacija za investitore kao način preveniranja štetnih posledica od predstojećih ili od započetih stečajnih postupaka navedenih kompanija.²²

²⁰ Christoph Kuhner, "Financial Rating Agencies: Are they Credible? – Insights into the Reporting Incentives of Rating Agencies in times of Enhanced Systemic Risk –", Schmalenbach Business Review, Vol. 53, januar 2011; str. 4.

²¹ Vidi kod: Bahena Amanda, "What Role did Credit Rating Agencies Play in the Credit Crisis", dostupno na <http://blogs.law.uiowa.edu/ebook/uicifd-ebook/part-5-iii-what-role-did-credit-rating-agencies-play-credit-crisis>, pristupljeno 20.8.2012 godine, kao i Gopalan Radhakrishnan, Song Fenghua, Yeramilli Vijang, "Do Credit Rating Agencies Underestimate Liquidity Risk?", 2009, dostupno na http://www2.binghamton.edu/som/files/rating_short_song.pdf, pristupljeno 22.8.2012 godine, str. 1.

²² Gopalan Radhakrishnan, Song Fenghua, Yeramilli Vijang, "Do Credit Rating Agencies Underestimate Liquidity Risk?", op. cit., str. 2.

U svom ovom periodu, tri najveće rejting agencije su veoma bile iznenađene kada je Bear Stearns, 14. marta 2008. godine, objavila da je dobila hitnu pozajmicu od JP Morgan-a, ili slučaj Lehman Brothers, kada tri najveće svetske rejting agencije daju najveće ocene za ovu kompaniju sve do samog dana kada je poveden stečajni postupak, što samo po sebi je ukazivalo da nešto nije u redu sa radom rejting agencija.²³

U SAD, pred izbijanja finansijske krize, u pogledu vršenja nadzora finansijskih institucija postojao je sistem federalne i državne supervizije.²⁴ Naime, investicijske banke podležu superviziji od strane Komisije hartije od vrednosti SAD (*Securities and Exchange Commission*), Savezne države Nju Jork i od samoregulativnih institucija.²⁵ Ono što se zamera ovom sistemu je nedostatak koordinacije između nabrojanih institucija, čime se došlo do apsurdne situacije da toliko nadležnih institucija nisu uspele na vreme da uključe alarm u praćenju aktivnosti Bear Stearns-a i da zapaze neadekvatnost kapitala prisutne kod Bear Stearns-a što je predstavljao i razlog za njen kolaps.²⁶

U praksi, kako između rejting agencija tako i između subjekata korisnika njihovih usluga primećuje se zahtev za minimum regulacije ovog sektora. Sa druge strane, neki autori smatraju da regulacija privatnih rejting agencija i sprovođenje nadzora nad njihovim radom predstavlja složeni proces, potpuno atipičan za javne politike.²⁷

Kao jedna od značajnijih nadležnosti Komisije za hartije od vrednosti SAD, istaći ćemo mogućnost Komisije da rejting agencije uvrsti u grupi t.z.v. "Nacionalno priznatih statističkih rejting organizacija" (*Nationally recognized statistic rating organizations – NRSRO*), što znači da samo ove kreditne rejting agencije su ovlašćene da daju svoju procenu u svim situacijama kada je prema propisima potrebno da se obezbedi spoljašna procena.²⁸ Propisi koji se odnose na tzv. Nacionalno priznate statističke rejting organizacije sublimirani su u jednoj celine u Credit Rating Agency Reform Act iz 2006. godine. U 2010. godini, u okviru *Dodd-Frank Act*-a, takođe, se regulišu nekoliko značajnih pitanja, koja se odnose

²³ Ibid., str. 2.

²⁴ Ryback William, "Lehman Brothers: Too big to fail?", dostupno na <http://siteresources.worldbank.org/FINANCIALSECTOR/Resources/J3-LehmanBrothersCaseStudy.pdf>, pristupljeno 12.8.2012. g.

²⁵ Ibid.

²⁶ Ibid.

²⁷ Howell E. Jackson, op. cit., str. 2.

²⁸ Blaurok Uwe, "Control and Responsibility of Credit Rating Agencies", dostupno na <http://www.ejcl.org/113/article113-16.pdf>, pristupljeno 12.8.2012. godine, str. 11.

na rejting agencije, a pre svega uvodi se obaveza za vršenje kontrole na rad Nacionalno priznatih statističkih rejting organizacija od strane Komisije za hartije od vrednosti i to najmanje jednom godišnje, pri čemu je potrebno da rezultati od te kontrole budu javno objavljeni, kao i obaveza da javno bude objavljena metodologija koju rejting agencija koristi prilikom izrade svojih izveštaja i dr.²⁹

U Evropskoj uniji, od 2006 godine, uvode se posebna pravila kojima se uređuje spoljašna evaluacija hartija od vrednosti u saglasnosti sa *EC Directive 2004/39/EC on markets for financial instruments*, koja predviđa dobijanje posebnog ovlašćenja za subjekte koji se bave davanjem investicionih saveta ili ponudivanjem finansiskih instrumenata, ali ova Direktiva obuhvata aktivnosti kreditnih rejting agencija samo u delu u kome bi ove dale svoje savete (preporuke) o kupovini ili prodaji određenih hartija od vrednosti.³⁰ U smeru regulacije aktivnosti kredit rejting agencija u EU je i Regulativa br. 1060 iz 2009. godine³¹ koja uređuje aktivnosti rejting agencija u EU (*Regulation (EC) No 1060/2009 of the European Parliament and of the Council, of 16 September 2009 on credit rating agencies*), gde se prihvata američki model po kome za sve one situacije predviđene po pravu EU, gde se traži izveštaj rejting agencija, takav izveštaj može izraditi samo rejting agencija koja radi u saglasnosti sa odredbama ove Regulative.

Mogu se izvesti nekoliko zaključaka u vezi sa radom rejting agencija, a na bazi analiza izvršenih nakon finansijske krize. Pre svega, ističe se da se investitori u procesu donošenja poslovnih odluki trebaju prvenstveno osloniti na vlastiti *due diligence* koji je u zadnjem periodu bio zanemaren, a da kao drugostepeni izvor služe rejtinzi izrađeni od strane agencija.³² Rejtinzi ne smeju da predstavljaju zamenu za vlastiti *due diligence*, nego trebaju biti samo potvrda za vlastito obezbeđenih saznanja.³³ Korisnost izveštaja rejting agencija u tom smeru treba se ogleđati kao dokument izrađen od strane nezavisnog trećeg lica koje može da bude od izvanredne koristi kada se radi o složenim finansiskim proizvodima.

U odnosu rada rejting agencija ističu se nekoliko primedbi koje se kreću u smeru povećanja transparentnosti kod izrađivanja rejtinga, preciziranja indikatora na osnovu kojih se zasnivaju njihovi izveštaji i slično.

²⁹ Vidi kod: http://banking.senate.gov/public/_files/070110_Dodd_Frank_Wall_Street_Reform_comprehensive_summary_Final.pdf, pristupljeno 22.8.2012. godine.

³⁰ Blaurok Uwe, "Control and Responsibility of Credit Rating Agencies", op. cit., str. 10–11.

³¹ Regulativa 1060/2009 dostupna je na sledećem linku: http://www.esma.europa.eu/system/files/L_302_1.pdf.

³² Izveštaj Committee on the Global Financial System (CGFS), "Ratings in structured finance: what went wrong and what can be done to address shortcomings?", dostupno na http://www.maths-fi.com/CGFS32_Ratings_in_structured_finance_july_2008.pdf, pristupljeno 14.3.2012 g.

³³ Ibid.

Kao preporuke, Komitet za globalni finansijski sistem (*Committee on the Global Financial System – CGFS*) u svom izveštaju prezentuje između ostalog i sledeće: (1) investitori trebaju razgledati i (pre)oceniti svoje interne procedure prilikom donošenja poslovnih odluka; (2) rejting izveštaji trebaju omogućiti samo jasnije upoređivanje podataka koji su sadržani u samostalno donetih poslovnih odluka; (3) rejting izveštaji trebaju omogućiti jasne informacije koliko su često ažurirani podatci sadržani u konkretnim poslovnim odlukama; (4) ukoliko su pri izradi izveštaja korišćeni samo podatci obezbeđeni na osnovi istoriskog metoda, u izveštaju treba da bude naglašeno da je korišćen isključivo istorijski metod, i drugo.³⁴

Sledeće značajnije pitanje, pored pitanja o vršenju nadzora na rad rejting agencija, je pitanje odgovornosti od njihovog poslovanja.

Izdavač određene hartije od vrednosti može pretrpeti štetu ukoliko su njegove hartije nerealno ocenjene niskom ocenom, koja utiče i na tržišnu vrednost i na potražnju tih hartija.

Rejting agencija ne može odgovarati samo zbog fakta što se njena procena nije ispunila.³⁵ Ali, osnov za naknadu štete bi postojao kada je rejting agencija, na osnovu ugovora sa izdavačem određene hartije, trebala izvršiti procenu rejtinga te hartije i da suprotno ugovorenih obaveza, agencija je suprotno profesionalnim standardima izvršila pogrešnu procenu ili se desila greška u procesu pripreme izveštaja (rejtinga).

Rejting agencije u ugovorima koje sklapaju sa izdavačima hartija od vrednosti stipuliraju klauzule putem kojih ekskulpiraju (isključuju ili ograničavaju) svoju odgovornost.³⁶

Isključivanje odgovornosti kao ugovorene klauzule, odnosno kao deo opštih uslova, samo po sebi nije moguće u najvećem delu pravnih sistema.³⁷ U nekim zemljama, kao što je slučaj sa Nemačkom, ne može doći do isključivanja odgovornosti čak ni za nepažnju iz razloga da je pozicija poverenja, nezavisnosti i nepristrasnosti rejting agencije suštinski deo njenih glavnih ugovornih obaveza.³⁸

³⁴ Ibid.

³⁵ Blaurok Uwe, "Control and Responsibility of Credit Rating Agencies", dostupno na <http://www.ejcl.org/113/article113-16.pdf>, pristupljeno 12.8.2012. godine, str. 17.

³⁶ Primer ovakve ugovorne klauzule je sledeći: *No warranty, express or implied, as to the accuracy, timeliness, completeness, merchantability or fitness for any particular purpose of any such rating or other opinion or information is given or made by Moody's in any form or manner whatsoever.*

³⁷ Blaurok Uwe, "Control and Responsibility of Credit Rating Agencies", dostupno na <http://www.ejcl.org/113/article113-16.pdf>, pristupljeno 12.8.2012. godine, str. 18.

³⁸ Ibid., str. 18.

Kao poteškoće u procesu dokazivanja krivice i štete rejting agencija u korist izdavača hartije od vrednosti najčešće se nabrajaju: (a) ograničena je mogućnost izdavača da dođe do podataka na čijoj osnovi je izrađen rejting izveštaj; (b) nepostojanje tačno specificiranih profesionalnih standarada i pravila struke za postupanje rejting agencija obzirom da ove aktivnosti nisu ili su veoma malo regulisane, pa se kao na pomoćni izvor može pozivati na opšta načela ugovornog prava između kojeg i na potrebu za postupanje sa pažnjom dobrog trgovca ili dobrog stručnjaka, kao i (c) odsustvo sudske prakse u ovoj oblasti.³⁹

Kao posebna situacija treba se razgledati slučaj kada ne postoji ugovorni odnos između izdavača hartije od vrednosti i rejting agencije. Prvo, u ovom slučaju treba se istaći da obzirom da ne postoji ugovor, ne može postojati ni ugovorno isključivanje ili ograničavanje odgovornosti.⁴⁰ Drugo, trebaju se razlikovati dve situacije: a) kada je rejting izveštaj napravljen na osnovu pogrešnih podataka ili u pogrešnoj proceduri i kao rezultat toga pogrešan je i krajnji rezultat; i b) kada je rejting izveštaj tačan, ali sadrži nepovoljne informacije za izdavača hartije od vrednosti, koji, i pored toa što su tačni i verodostojni, utiču na tržišnu vrednost tih hartija.

U prvoj situaciji, u najvećem delu pravnih sistema, izdavač hartije od vrednosti imaće pravo na naknadu štete, iako će imati poteškoća prilikom dokazivanja krivice rejting agencije.⁴¹ U drugoj situaciji, na strani rejting agencije je pravo slobode govora koje naročito u Americi ima veliko značenje.⁴²

Na kraju, pitanje odgovornosti rejting agencija, kada ne postoji ugovorni odnos između izdavača hartija i agencije, svodi se uglavnom na tome koja je razlika između rejting agencija kao posebnih subjekata, sa jedne i ovlašćenih računovodilaca i revizora, sa druge strane. Naime, pitanje je da li izveštaji rejting agencija predstavljaju specijalizovane ekspertske izveštaje ili predstavljaju objave ekonomskog novinarstva.⁴³ Ukoliko ih tretiramo kao deo ekonomskog novinarstva, a najčešće se tretiraju kao takvi, vanugovorna odgovornost rejting agencija zavisila bi od nivoa apliciranja prava na slobodu govora, te tako u zemlji kao što je SAD skoro i da ne bi imalo mogućnosti za vanugovornu odgovornost u ovakvim situacijama.⁴⁴ Ipak, čak i kada bi prihvatili argumente da se radi o ekonomskom novinarstvu, smatramo da i tu postoji mogućnost za vanugovornu odgovornost

³⁹ Ibid., str. 18–19.

⁴⁰ Ibid., str. 19–20.

⁴¹ Ibid., str. 19–20.

⁴² Ibid., str. 19–20.

⁴³ Ibid., str. 21–23.

⁴⁴ Ibid., str. 23.

zboh povrede ugleda i časti (reputacijska odgovornost). To je u Republici Makedoniji uređeno Zakonom o obligacionim odnosima u delu povrede ličnog prava koje u sebi obuhvata i pravo na dobar glas i ugled.⁴⁵

Kao zaključak, može se izvući da najčešće izveštaj rejting agencija predstavlja prognozu ili predviđanje, ali ne i naučno-fundiran i/ili ovlašćen izveštaj izrađen na osnovu posebnih procedura. Zbog toga i odgovornost kreditnih rejting agencija biće minimalna, ali ne treba se zanemariti njihova postavljenost u finansisko-pravnom sistemu i sve češće regulativne zahvate u ovoj oblasti. Konačno, lukrativni karakter njihovog poslovanja nameće da njihova odgovornost ne može biti zapostavljena u celosti kako prema izdavačima hartija od vrednosti, tako i prema investitorima i prema trećim zainteresovanim licima.

Moguća korist i primena izveštaja kreditnih rejting agencija za poslovne subjekte u Republici Makedoniji

Izveštaji kreditnih rejting agencija za poslovne subjekte u Republici Makedoniji mogu biti od koristi sa nekoliko aspekata.

Prvo, izveštaji kreditnih rejting agencija mogu imati značajan uticaj u procesu donošenja poslovnih odluka kod izbora najbolje mogućnosti za investiranje. Naime, u procesima regionalne i međunarodne trgovačke saradnje, domaći poslovni subjekti nemaju dovoljno resursa i kapaciteta za pristup do relevantnih informacija da sami naprave vlastitu analizu koja će obuhvatiti sve aspekte od značenja za donošenje određene odluke. Odavde, aktivnosti specijalizovanih kreditnih rejting agencija mogu biti od koristi za makedonske poslovne subjekte.

Druga bi korist bila za sve poslovne subjekte koji imaju potrebu od finansiranja, kako putem klasičnog bankarskog finansiranja tako i putem finansiranja preko izdavanja hartija od vrednosti. U uslovima zatvorenosti domaćih poslovnih subjekata, njihovi potencijalni ulagači bi našli neku sigurnost u izveštajima kreditnih rejting agencija.

Ukoliko bi postojale nezavisne procene određenih hartija od vrednosti kao što su kreditni rejting izveštaji, uticalo bi se i na postizanje konkurentnosti na tržištu kapitala. U perspektivi, preporučljivo bi bilo i unošenje obaveze o izradi analize od strane kreditnih rejting agencija u pravilima za kotaciju na berzi za svaku novu emisiju hartija od vrednosti.

⁴⁵ Vidi: član 9-a – Закон за облигационите односи, “Службен весник на Република Македонија”, бр. 18/2001, 78/2001, 04/2002, 59/2002, 05/2003, 84/2008, 81/2009 и 161/2009.

U svakom slučaju, kada se poslovna odluka donosi podrškom izveštaja kreditne rejting agencije, a pri tome se radi o odluci koja ima ozbiljniju finansijsku implikaciju, poželjno bi bilo da ta odluka bude praćena sa najmanje dve ocene različitih (nezavisnih) kreditnih rejting agencija.

Od posebnog značaja je da usluge kreditnih rejting agencija mogu poslužiti i u slučajevima kada se kao izdavač hartija javlja Republika Makedonija ili organi lokalne samouprave, i na takav način investitori bi na relativno lak način dobili odgovarajuće informacije, ogleđom da Republika Makedonija ili organi lokalne samouprave nisu komercijalni – trgovački subjekti. Sledeća korist od izveštaja kreditnih rejting organizacija ogleđa se u mogućnosti smanjivanja ili isključivanja odgovornosti organa upravljanja privrednih društava za eventualnu odgovornost za naknadu štete, na taj način što će se kod ocenjivanja savesnosti prilikom postupanja organa upravljanja uzeti u vidu, pored ostalog, i fakt da li je organ upravljanja postupio ili je imao u vidu izveštaje kreditnih rejting agencija.

Smanjivanje ili isključivanje odgovornosti za pogrešnu odluku preko korišćenja izveštaja kreditnih rejting agencija treba se analizirati dvostruko: prvo, u odlukama koje je doneo organ upravljanja u odnosima sa akcionerima društva; i drugo, u odlukama poslovnog subjekta koje se odnose na treća lica.

Za javna akcionarska društva preporučljivo bi bilo da se u statutu predvidi obaveza da se prilikom donošenja određenih odluka da' određeno značenje i izveštaju kreditnih rejting agencija, kao nezavisni elemenat u procesu odlučivanja. U svakom slučaju značaj izveštaja kreditne rejting agencije ne bi trebao biti preovlađajući. Tako i prema pozitivnim propisima Republike Makedonije i dalje ostaje odgovornost organa upravljanja za izradu godišnjeg računa i za finansijske izveštaje, kao i za revizore koji su pripremili revizorsko mišljenje,⁴⁶ što znači da izveštaj rejting agencija neće isključiti njihovu odgovornost u ovom delu.⁴⁷

Prema Zakonu o obligacionim odnosima (nadalje ZOO), "...učesnici u obligacionim odnosima dužni su da se pridržavaju do načela savesnosti i poštenja"⁴⁸, te tako kod utvrđivanja da li je postupano saglasno ovog načela, uzeće se u vidu i fakt koliko su u donošenju odluka bili korišćeni izveštaji kreditnih rejting agenci-

⁴⁶ U tom smeru naročito vidi: član 359, 361, 380, 383, 415-a do 415-g, 478, 479 i 480 iz Законот за трговските друштва, ("Службен весник на Република Македонија", бр. 28/2004, 84/2005, 25/2007, 87/2008, 42/10, 48/10 i 24/11).

⁴⁷ Više o ovome vidi kod: Манасиев Роберт, "Рано откривање на ризикот од стечај кај котирани (нефинансиски) друштва на македонската берза за хартии од вредност преку примена на моделот z-score", магистарски рад, Правен факултет "Јустинијан Први", Скопје, 2012. година.

⁴⁸ Члан 5 из Закон за облигационите односи, ("Сл. весник на РМ", бр. 18/2001, 4/2002, 5/2003, 84/2008, 81/2009 и 161/2009).

ja. Ne samo ZOO već i zakoni iz finansiskog sektora predviđaju načelo savesnosti i poštenja kao kriterijum za ocenjivanje određenog ponašanja. Tako, prema Zakonu o investicionim fondovima, “društvo upravljanja je dužno da pri izvršavanju aktivnosti iz člana 6 ovog Zakona se pridržava do načela savesnosti i poštenja...”⁴⁹, što znači da bi i u ovom slučaju, prilikom ocene da li je jedno ponašanje savesno i pošteno imalo važnosti da li se obratila pažnja na nezavisne i objektivne spoljašne procene, kao što su izveštaji kreditnih rejting agencija.

Ono što bi, sa druge strane, moglo predstavljati problem je i pitanje sta će se desiti ukoliko se poslovni subjekt nekritički oslonio isključivo na izveštaj rejting agencije i time zapostavio druge pokazatelje, što bi rezultiralo sa krajne štetnim posledicama za privrednog društva, za njegove članove, za poverioce i za druga zainteresovana lica. Zbog toga, preporučljivo je da konkretni poslovni subjekt, odnosno njegova menadžerska struktura sastavi vlastiti *due diligence*, nezavisno od informacija koje su obezbedili od kreditnih rejting agencija.

Sledeća bi se korist ogledala u mogućnosti preveniranja rizika u radu poslovnih subjekata iz finansiskog sistema, koji u suštini rade sa “tuđim novcem”. U tim okvirima, ovde bi ubrojali banke i štedionice, društva osiguranja, investicione fondove, privatne penzijske fondove, finansiska društva i druge. Iako zakonski akti iz ove oblasti sadrže određena pravila kojima se regulišu okviri i sloboda u procesu donošenja poslovnih odluka, ipak u pozitivno-pravnim propisima nije sadržana izričita obaveza o korišćenju kreditnih rejting agencija kao potkrepu za određene odluke.

Primena izveštaja kreditnih rejting agencija može biti institucionalizovana i preko njihovom predviđanju u kodeksima korporativnog upravljanja ili u različitim etičkim kodeksima ili najboljim praksama upravljanja i time bi dobili ulogu tzv. *gatekeeper*-a.

Benefit od korišćenja usluga rejting agencija može se ogledati i u pravilima o obaveznoj rezervi banaka. Naime, ukoliko umesto predviđanja određenog iznosa u procentima za obavezne rezerve, isti za sve banke (*one-size-fits-all*), za one banke koje imaju višu ocenu predvidele bi se manje obaveze za obaveznu rezervu i obrnuto, za banku koje imaju nižu ocenu predvidela bi se veća stopa obavezne rezerve. Na taj način, bankama sa visokim rejtingom bi se omogućila dopunska sredstva, koje će moći plasirati kod poslovnih subjekata.

Konačno, kao na korist rejting izveštaja može se uputiti i na tendenciju prisutnosti tzv. rejting klauzule u samim trgovačkim ugovorima. Tako, susreću se ugovorne klauzule, naročito kod kreditnih ugovora u kojima je kamatna sto-

⁴⁹ Član 21 stav 1 – Закон за инвестициони фондови, (“Сл. весник на РМ”, бр. 12/2009, 67/2010 и 24/2011).

pa vezana sa rejtingom dužnika, što bi značilo da bi smanjivanje rejtinga dužnika dovelo do povećanja kamate. Ili, u ugovorima gde su kao sredstvo obezbeđenja date određene hartije od vrednosti, predvidela bi se klauzula po kojoj bi poverilac imao pravo na povećanje vrednosti obezbeđenja ukoliko se smanji rejting hartije od vrednosti koje služe kao obezbeđenje.⁵⁰

U Republici Makedoniji ne postoji domaća kreditna rejting agencija ili podružnica neke inostrane kreditne rejting agencije. Ovo je razumljivo s obzirom da se radi o malom tržištu. S druge strane, pitanje je i koliko je pristup informacijama u Republici Makedonija lak ili težak. Ipak, povezivanje Republike Makedonije sa regionalnim i međunarodnim tržištem nalaže potrebu pristupa analiziranim i ocenjenim informacijama koje su deo sublimiranih i struktuiranih izveštaja. Zamena za analitičke izveštaje kreditnih rejting agencija može se naći u mogućnosti pristupa do informacija preko sistema kreditnog biroa što je u Republici Makedoniji uređeno u Zakonu kreditnog biroa.⁵¹

ZAKLJUČAK

Pored posedovanja finansiskih sredstava, za svakog investitora, prilikom donošenja poslovne odluke, od presudne je važnosti i posedovanje savremene i kvalitetne informacije na koje će zasnovati vlastitu poslovnu odluku.

U svetskim finansiskim tokovima primećuju se institucionalni mehanizmi za dobijanje informacija koje se nalaze u okvirima svake kompanije, u sastavu vlastitih analitičkih sektora, tako i u spoljašnjim, odnosno nezavisnim izvorima informacija. Rejting agencije predstavljaju najznačajniji nezavisni, spoljašnji izvor informacija.

Od svoje pojave do danas, poslovanje rejting agencija je prosleđen određenim kontroverzama. Ovakve kontroverze su najzapaženije tokom zadnje faze njihovog poslovanja, a naročito su izražene pred, za vreme i posle svetske finansiske krize. Glavna primedba upućena rejting agencijama je neuspešno predviđanje pojave finansiske krize. Ipak, nesporna je uloga rejting agencija kao dopunski izvor informacija pružene od strane nezavisnog trećeg lica. Informacije i rejtninzi dobiveni od strane rejting agencija, upravo su zbog svoje nezavisnosti i nepristrasnosti od naročite koristi kako za poslovne subjekte (investitore i izdavače hartija od vrednosti) tako i za državne organe.

⁵⁰ Blaurok Uwe, "Control and Responsibility of Credit Rating Agencies", dostupno na <http://www.ejcl.org/113/article113-16.pdf>, pristupljeno 12.8.2012. godine, str. 8.

⁵¹ "Службен Весник на РМ", бр. 81/2008 и 24/2011.

Rejtinzi rejting agencija, kao način preveniranja rizika, mogu poslužiti naročito institucionalnim investitorima (bankama, penziskim i investiciskim fondovima, osiguravajućim društvima i slično). Korist od rejting izveštaja podjednako je značajna i za manje poslovne subjekte. U tom smeru treba se ogledati i korisnost rejtinga rejting agencija i za makedonske poslovne subjekte u procesu donošenja odluka, ali i za državne organe nadležne za oblasti finansija prilikom kreiranja pojedinih politika.

GORAN KOEVSKI, Ph.D.,
Professor, Faculty of Law “Iustinianus Primus”
– Skopje, Republic of Macedonia
DARKO SPASEVSKI, M.Sc.,
Teaching Assistant, Faculty of Law “Iustinianus Primus”
– Skopje, Republic of Macedonia

POSSIBILITY OF USING CREDIT RATING REPORTS
INTO THE DECISION MAKING PROCESS
OF MACEDONIAN COMPANIES

Summary

The role of credit ratings agencies in the modern finances is a topic of long-standing interest for both scientific and general public interest. Rating-evaluations prepared by credit rating agencies are key-factor in decision making process for every investor. Credit rating reports should have positive impact for Macedonian companies and public authorities in the area of finances into the decision making process.

NADA TODOROVIĆ

DRUŠTVENO ODGOVORNO POSLOVANJE KOMPANIJA

U V O D

Ekonomski liberalizam doveo je do akumulacije kapitala, a direktna posledica akumulacije kapitala su koncentracija i centralizacija kapitala. Ovi procesi su međusobno uslovljeni, prožimaju se, poseduju sličnosti i razlike. Koncentracija kapitala dovela je do povećanja individualnog i društvenog kapitala, što je rezultiralo nastajanjem krupnih monopolskih preduzeća. Povećanje obima individualnog i ukupnog društvenog kapitala kod koncentracije, bazira se na povećanju obima proizvodnje, zaposlenosti, smanjenju troškova proizvodnje, što sve učvršćuje konkurentsku poziciju na tržištu. Centralizacija nastaje na podlozi akumulacije kapitala i dovodi do povećanja individualnog, ali ne i društvenog kapitala. Kod centralizacije dolazi do promene svojinske, vlasničke strukture preduzeća, kroz proces preuzimanja kapitali gube svoju samostalnost, velika preduzeća guta ju mala. Na ovaj način dobrovoljnim ili prinudnim spajanjem manjih preduzeća, stvara se jedan ukрупnjen, koncentrisan kapital i vrši pregrupisavanje individualnih kapitala uz promenu svojinske strukture.

Proces centralizacije kapitala doveo je do stvaranja multinacionalnih kompanija, a globalizacija je doprinela njegovom ubrzanju i kreiranju nove ekonomske slike sveta na kojoj dominiraju najrazvijenije zemlje koje čine zonu centra u odnosu na nerazvijene i manje razvijene zemlje koje čine zonu periferije.¹ U no-

Dr Nada Todorović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

¹ E. Vukadin, *Ekonomska politika*, Beograd, 2007, str. 204.

voj međunarodnoj podeli rada multinacionalne kompanije postaju nosioci transnacionalne proizvodnje koja briše sve geografske i fizičke granice.

Procesi globalizacije i tranzicije doneli su promene u karakteru kapitalizma. Ekonomska priroda poslednjih recesija u svetu pokazuje da je kapitalizam, pogotovu liberalni koji ima profitnu orijentaciju, ostao nedovršen i postepeno prelazi u državu blagostanja. Nevidljiva ruka tržišta je i dalje snažna, ali ne i dovoljna da obezbedi ekonomsko blagostanje. Savremeni kapitalizam poznaje tržišni neuspeh usled tržišne moći i eksternalija² pa država kroz makroekonomsku politiku poboljšava efikasnost tržišta. Nosioci tržišne moći postaju krupna akcionarska društva, multinacionalne kompanije koje nastaju širenjem ekonomskih aktivnosti van granica nacionalne države. Akcionarska društva (kompanije, korporacije) kao dominantan organizacioni oblik preduzeća danas, nastala su još u okrilju merkantilističke ekonomske epohe, kada je korporacija započela kao instrument trgovine i rata.³ Adam Smit, tvorac ekonomskog liberalizma, bio je vrlo podozriv prema postojanju u to vreme ovlašćenih trgovačkih društava, u savremenom smislu korporacija.

On je upozoravao da su država i korporacije najveća pretnja nevidljivoj ruci tržišta koja vodi ka tržišnoj ravnoteži maksimizirajući korisnost kupaca i prodavaca u uslovima savršene konkurencije. Postojanje korporacija prema Adamu Smitu ne samo što odstupa od modela savršene tržišne konkurencije, nego dovodi do podvajanja kapital svojine od kapital funkcije, što po njemu onemogućava delotvorno upravljanje korporacijama.⁴ Problem sukoba interesa menadžmenta kompanija i vlasnika prepoznat je još u doba nastanka engleske klasične škole u ekonomiji i ekonomskog liberalizma, a danas se to svodi na pitanje korporativnog upravljanja i zaokuplja ekonomsku i pravnu teoriju i praksu.

Infrastrukturu savremenog svetskog ekonomskog poretka čine multinacionalne kompanije. One dominiraju na svetskom tržištu, raspolažu ogromnim resursima, izvoze znanje, tehnologije, a osvajaju jeftina tržišta sirovina i radne snage. Zajedno sa moćnim međunarodnim ekonomskim finansijskim institucijama postaju subjekti međunarodnih ekonomskih odnosa, kolonizuju zemlje tranzicije dovodeći u pitanje njihov dugoročni ekonomski prosperitet.

² Tržišna moć je mogućnost uticaja na tržišne cene, što znači odstupanje od modela savršeno konkurentnog tržišta. Eksternalije su učinak akcija jedne osobe na blagostanje druge koji nije nadoknađen (pozitivne i negativne eksternalije).

³ J.K. Galbraith, *Ekonomija u perspektivi*, Zagreb, 1995, str. 31.

⁴ O delotvornosti korporativnog upravljanja Adam Smit piše: "Ako više vole biti upravljavcima tuđeg novca nego vlastitog, ne može se baš od njih očekivati da će bdjeti nad njime jednako zabrinutom pažnjom kakvom partneri u privatnoj kompaniji često nadziru svoj novac... Nehaj i rasipnost, prema tome, uvijek moraju, manje ili više, prevladati u upravljanju poslovima takvog društva." A. Smith, 5. knjiga, 1. poglavlje, 3. dio, 1. članak.

Nije sporno da je razgranata delatnost multinacionalnih kompanija dovela do prisvajanja visokih profita, povećala stopu privrednog rasta, ostvarila tehnološki napredak, omogućila transfer tehnologija. Međutim, poslednjih godina pokazalo se da stalna akumulacija kapitala dovodi do koncentracije ekonomske i političke moći i gomilanja bogatstva. Bogaćenje samo po sebi i prisvajanje profita koje nije u službi humanog i održivog ekonomskog razvoja gubi svako socijalno i društveno značenje, pa su sve glasnjiji zahtevi da kompanije društveno odgovorno posluju. Ovi zahtevi dolaze čak i od dojučerašnjih menadžera velikih kompanija kojima je dugo jedini cilj u vođenju i upravljanju kompanijama bio bogaćenje akcionara i visoki menadžerski paketi. Tako je Jurgen Schempp, bivši generalni direktor kompanije Daimler Chrysler isticao da o njegovom poslovanju treba da se sudi ne samo u odnosu na ukupni bilans, već je važno da li je ostvaren doprinos društvu.⁵

U osnovi koncepta društvene odgovornosti kompanija je pitanje šta je osnovni cilj u poslovanju kompanija, šta društvo (država) očekuje od kompanija, kako treba meriti njihov doprinos napretku društva i kako kompanije da slede jedan niz uravnoteženih ciljeva, izbegavajući konflikt ciljeva. Pre nego što razmotrimo ove aspekte, nužno je napraviti razgraničenje između korporativnog upravljanja i društvene odgovornosti kompanija.

Korporativno upravljanje i društveno odgovorno poslovanje kompanija

Korporativno upravljanje i društveno odgovorno poslovanje kompanija su dva koncepta u vođenju i poslovanju kompanija koja se nadovezuju jedan na drugi, prožimaju, ali se ne mogu poistovetiti. Radi se o dva odvojena koncepta i između njih je potrebno napraviti liniju razgraničenja. Pravna dimenzija korporativnog upravljanja u vodećoj domaćoj literaturi sagledava se "kao specifičan zastupnički odnos između uprave i akcionarskog društva, nastao na osnovu ugovora i zakona."⁶ Ovakvo određenje našlo je uporište u novom Zakonu o privrednim društvima koji je donet u Srbiji 2011. godine i koji predviđa organe akcionarskog društva u jednodomnom i dvodomnom modelu korporativnog upravljanja, navodeći delokrug njihove nadležnosti.⁷ Ekonomski aspekt korporativnog upravljanja svodi se na postojanje kontrolnih mehanizama koji bi štitili interese akcio-

⁵ Geoffrey O. Kirchmaier, and Grant J., *Corporate Governance in the US and Europe; Where Are We Now*, Palgrave macmillan, 2006, str. 16.

⁶ M. Vasiljević, *Korporativno upravljanje, Pravni aspekti*, Beograd, 2007, str. 22.

⁷ Zakon o privrednim društvima, Sl. glasnik RS, br. 36/2011, čl. 326

nara (vlasnika kapitala), što bi proizvelo pozitivne efekte na mikroekonomskom i makroekonomskom nivou.⁸

Korporativna odgovornost kompanija je uži pojam od društvene odgovornosti kompanija (CSR). Korporativno upravljanje bavi se pitanjem vlasništva i kontrole nad kompanijama, uspostavljanjem internih i eksternih kontrolnih mehanizama za rešavanje sukoba interesa između vlasnika i menadžmenta, pokriva pitanja kao što su donošenje odluka, izveštavanje, transparentnost. Korporativna odgovornost kompanija je u osnovi pravna odgovornost. U stručnoj literaturi vođene su rasprave o tome da li se društvena odgovornost kompanija svodi na pravnu odgovornost. Preovlađuju stavovi da je društvena odgovornost kompanija širi koncept i da predstavlja moralni zahtev koji društvo postavlja kompanijama, da to nije propisana pravna obaveza⁹, već jedno društveno poželjno ponašanje prema široj zajednici koje služi opštem dobru.

Kompanije posluju u određenom društveno ekonomskom ambijentu, pa otuda postoji širi društveni interes za sagledavanjem ekonomskih efekata takvog poslovanja za društvenu zajednicu. Društveno odgovorno poslovanje kompanija zagovara stručna javnost, ali i šire društvene (poslovne) grupe, nevladin sektor, međunarodne ekonomske institucije.

Polazno stanovište ekonomske struke je da kompanije treba da izbalansiraju i uravnoteže svoje ciljeve poslovanja dajući podjednak značaj odgovornosti prema društvu, kao što daju interesu akcionara. Ovo je teorijski idealno osmišljen pristup koji u stvarnosti nije primenjiv, jer dolazi do nedoslednosti i konflikta ciljeva kompanija. Suština koncepta društveno odgovornog poslovanja kompanija je da je ono dobrovoljno, iznad i izvan pravnih zahteva.¹⁰ To podrazumeva da pored povinovnja minimalnim pravnim zahtevima koji izvire iz legitimnog pravnog poretka, kompanija može kroz svoj uticaj na ekonomiju, društvo i sredinu u kojoj posluje da ostvari sopstvene ekonomske interese i doprinese opštem napretku društvene zajednice. Evropska komisija (The European Commission) polazi od toga da je društveno odgovorno poslovanje zasnovano na zakonu, ali je to i jedna dodatna aktivnost izvan toga koja se prepoznaje po ulaganju u očuvanje životne sredine, u humani capital i odnose sa stejkholderima.¹¹

⁸ N. Todorović, Korporativno upravljanje i ekonomska kriza, Pravo i privreda, br. 1-4, 2009, str. 130.

⁹ Opširnije o društvenoj odgovornosti kompanija vidi: M. Vasiljević, Korporativno upravljanje, str. 56. i S. Taboroši, Društvena odgovornost kompanija, Pravni život, br. 11/2005, str. 50.

¹⁰ Jenifer A. Zerk, Multinationals and Corporate Social Responsibility, Limitations and Opportunities in International Law, 2006, str. 30.

¹¹ Stejkholderi su svi oni na koje poslovanje kompanija ima uticaj (zaposleni, potrošači, akcionari, klijenti, nevladin sektor, vlade)

Na sličnim pozicijama ostaje Svetski ekonomski forum (The World Economic Forum WEF) i definiše društveno odgovorno poslovanje kao doprinos koji preduzeće čini društvu putem svojih suštinskih poslovnih aktivnosti, svojih društvenih investicija i filantropskih programa i svog učešća u javnoj politici.¹²

Prezentirana pojmovna određenja društveno odgovornog poslovanja ukazuju da je to širi concept od korporativnog upravljanja, da podrazumeva jednu simbiozu društvenih i poslovnih vrednosti uz poštovanje principa finansijske i poslovne etike.

*Društveni kapital kompanija i profit
od društveno odgovornog poslovanja*

Kompanije su organizovane kao društva kapitala. Osnovni cilj njihove delatnosti je maksimizacija profita. Društveni kapital kompanija je tek otvorena tema koja zaokuplja stručnu i širu javnost u okviru pitanja o društvenoj odgovornosti kompanija. Ovde se ne radi o poimanju društvenog kapitala u smislu nekakve nesvojinske kategorije kakva je postojala u socijalizmu, već se pojam društveni kapital kompanija koristi da bi se objasnila suština koncepta društveno odgovornog poslovanja. Novija ekonomska, pravna i etička literatura kompanije vidi kao privredne subjekte koji su glavni akteri tržišne utakmice, ali i kao glavne aktere na području društvene razmene.

Pod društvenom, odnosno socijalnom razmenom podrazumeva se grupa uzajamno interaktivnih učesnika i grupa njihovih instrumenata, a njihove interakcije su igra društvene razmene.¹³ Korporacije mogu nastojati da na području društvene razmene prikupe društveni kapital koji će imati poseban tretman u odnosu na kapital koji je rezultat tržišnih, ekonomskih transakcija. Učestvujući u društvenoj razmeni kompanija preuzima neke društveno poželjne akcije u svom okruženju, i što je više takvih akcija, društveni kapital se akumulira.

Ono što je potrebno razgraničiti na samom početku rasprave o prirodi društvenog kapitala kompanija, to je da se on ne sliva u fondove kompanija u novčanom, materijalnom obliku. Društveni kapital će možda kasnije dobiti i materijalni supstrat, ali na početku, pozitivne efekte poslovanja kompanija na području društvene razmene uživaju korporativni stejkholderi. Prema tome, kompanija je imala određene novčane izdatke vezane za sprovođenje programa društveno odgovor-

¹² Jenifer A. Zerk, nav. delo, str. 31.

¹³ Lorenzo Sacconi, Margaret Blair, R. Edward Freeman and Alessandro Vercelli, *Corporate Social Responsibility and Corporate Governance, The Contribution of Economic Theory and Related Disciplines*, 2011, str. 45.

nog poslovanja, a dobrobit uživa šira zajednica. Svi programi koje sprovodi korporacija na planu društvene razmene (pomoć siromašnima, zaštita životne sredine, pomoć deci bez roditelja, javno zdravlje) predstavljaju doprinos društvu i zato kompanije dobijaju posebna društvena priznanja, što im obezbeđuje odgovarajućí rejting na globalnom nivou, a to predstavlja društveni kapital kompanije. Sticanje društvenog kapitala od strane kompanija može smanjiti kapital koji se sli-va kroz tržišne tokove. Ulaganje u tehnologije koje služe očuvanju životne sredine doprinosi nagomilavanju društvenog kapitala, ali može smanjiti postojeći kapital kompanija jer takva investicija povlači ogromna ulaganja. To je samo jedan primer kako društveni i ekonomski ciljevi mogu biti u konfliktu i koliko ih je teško izbalansirati. Društveni kapital je naročito značajan za kompanije jer olakšava njihovo prilagođavanje institucionalnim promenama. To se naročito odnosi na ugovore o imovinskim pravima u oblasti zajedničkih dobara, koje berze uključuju u svoje procene.¹⁴

Pravilo je u ekonomiji da svaki kapital, pa i društveni odbacuje profit. Postavlja se pitanje kome društveno odgovorno poslovanje donosi korist (profit). To su svakako stejkholderi, oni koji su vezani za poslovanje kompanije (klijenti, potrošači, zaposleni...), kao i šira društvena zajednica. Ostaje otvoreno pitanje da li društveno odgovorno poslovanje donosi profit kompaniji. Cilj poslovanja kompanija je uvećanje vrednosti, odnosno profita. Društveno odgovorno poslovanje kompanija nije strategija koja je nespojiva sa profitnom, tržišnom strategijom, ako se sagleda kao koncept koji vodi dugoročnoj stabilnosti kompanije. Društveno odgovorni menadžeri nisu samo oni koji ulažu u očuvanje životne sredine, već i oni koji nastoje da kompanija bude dugoročno profitabilna, da zapošljava stručnu radnu snagu, sačuva i podržava klijente, motiviše zaposlene, a to se sve pripisuje profitu od društveno odgovornog poslovanja. Pored toga što je društveno odgovorno poslovanje vrednost sama po sebi, ova strategija umanjuje troškove za kompanije, poboljšava poziciju na tržištu i tako uvećava profitabilnost. Eko-efikasan pristup koji se ogleda kroz uticaj kompanija na životnu sredinu, donosi dobit od uštede energije i redukcije otpada.¹⁵ Ulaganje preduzeća u projekat lokalnih zajednica samo na prvi pogled znači dobrobit i napredak za tu zajednicu. Suštinski i kompanija ubira koristi od toga jer će zdravije okruženje regrutovati stručnu i obučenu radnu snagu, što će se odraziti na poslovanje kompanije. Raznovrsna kvalifikaciona struktura radne snage je garancija da će ona na tržištu biti inovativna. Na kraju, možemo zaključiti da nagomilani društveni kapital kompanija odbacuje profit i povećava vrednost u poslovanju, da profit i društvena odgovornost

¹⁴ Nav. delo, str. 48.

¹⁵ David E. Hawkins, Corporate Social Responsibility, Balancing Tomorrow's Sustainability and Today's Profitability, 2006, 191–192.

moгу biti kompatibilni ciljevi poslovanja kompanija koji predstavljaju i mehanizme upravljanja rizikom.

*Neki noviji modeli društveno odgovornog
poslovanja kompanija*

Novija ekonomska, pravna i etička literatura razmatra pitanje društveno odgovornog poslovanja kompanija sa aspekta konstitucionalne ekonomije.¹⁶ Pravila konstitucionalne ekonomije nisu u suprotnosti sa osnovnim principima tržišne ekonomije, jer tržište je svojevrсна igra razmene, koja se odvija kroz interakciju ponude i tražnje i osciliranje tržišnih cena oko jedne ravnotežne, gravitacione koja se formira u stanju tržišne ravnoteže. Tržišna igra se odvija po određenim pravilima koja uslovljavaju redosled akcija tržišnih učesnika i profit je osnovno merilo uspeha u tržišnoj igri. Tržišnom igrom upravljaju zakoni ponude i tražnje koji imaju karakter ekonomskih zakona (pravila) koji deluju slično kao prirodni zakoni, nezavisno od ljudske volje, svesti i stepena naučnog saznanja. Oni koji ne prilagode svoje poslovanje delovanju ovih zakona brzo bivaju diskvalifikovani iz tržišne utakmice, a to je upravo sankcija za nepoštovanje pravila. Međutim, ne treba zaboraviti ni činjenicu da se tržišna igra odvija u određenim društvenim okvirima, da tržište funkcioniše u određenom pravnoinstitucionalnom okviru, što znači da sticanje profita uz nesmetano delovanje zakona ponude i tražnje podleže odgovarajućim pravilima. Zadatak ovih pravila nije da osujete tržišno formiranje cena i slobodnu tržišnu utakmicu, već su pravila usmerena na ustanovljenje jasnih procedura za tržišne učesnike kako bi se rizik i neizvesnost sveli na najmanju moguću meru.

Moderne kompanije se u teorijskim raspravama o društveno odgovornom poslovanju posmatraju kao konstitucionalni sistem, nastao na osnovu "društvenog ugovora između svih stejkholdera preduzeća".¹⁷ Transformacija kompanija odigrala se u XX veku. Krajem XIX veka većina kompanija je bila u vlasništvu

¹⁶ Konstitucionalna ekonomija je po svojoj prirodi ekonomija pravila i ona razmatra ulogu pravila u društveno ekonomskom okruženju i to kako pravila uslovljavaju određeni redosled akcija koje daju ekonomske efekte. Opširnije o raspravama o konstitucionalnoj ekonomiji vidi: Buchanan, J. M. (1990) "The Domain of Constitutional Economics", *Constitutional Political Economy*, vol. 1, pp. 1–18, Brennan, Geoffrey and Alan Hamlin (1998) "Constitutional Economics", *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, vol. 1, ed. P. Newman, London: Macmillan, 401–10, Hayek, F. A. (1969) "Rechtsordnung und Handelsordnung", in F.A. Hayek, *Freiburger Studien*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebek), pp. 161–98.

¹⁷ Sacconi, L. (2004) "Corporate Social Responsibility (CSR) as a Model of "Extended" Corporate Governance", *Luc Papers* no. 142, supplement, February.

preduzetnika i vođena je od strane preduzetnika i njihovih porodica. Međutim, vlasnici takvih kompanija su visoko vrednovali sigurnost plasmana i imali su averziju prema riziku, što im je otežavalo dotok svežeg kapitala i njegovo uvećanje. Zato su se kompanije i transformisale u širu vlasničku strukturu sa profesionalnim menadžmentom i dobile obeležje konstitucionalnog sistema.

U okviru koncepta o društveno odgovornom poslovanju mogu se prepoznati u novijoj stručnoj literaturi i praksi tri osnovna oblika poznata kao lakša, teža i radikalna verzija. Lakša verzija društveno odgovornog poslovanja podrazumeva postojanje određenih pravila, a ključno pitanje se odnosi na to kako učesnici tržišne igre (kompanije) da igraju tržišnu igru u okviru datih pravila.¹⁸ Suštinska karakteristika ovog modela društveno odgovornog poslovanja kompanija je što nema konflikta ciljeva u poslovanju. Težnja ka ostvarivanju profita ne dovodi u pitanje težnju kompanija da služe širim društvenim ciljevima. Pristalice lakše verzije društveno odgovornog poslovanja kompanija ostaju u okviru tržišne igre ne dovodeći u pitanje ekonomski i zakonski okvir u kome se tržišna igra odvija. Jedino se protive kratkoročnoj strategiji za ostvarivanje profita. Umesto toga, ovaj model društveno odgovornog poslovanja kompanija zasniva se na dugoročnoj strategiji za ostvarivanje profita koja je istovremeno i dobar posao i društveno odgovorna strategija, jer uzima u obzir i šire društvene interese, odnosno interese stejkholdera koji nisu akcionari. Menadžeri kompanija koje prihvataju lakšu verziju društveno odgovornog poslovanja su zagledani u budućnost i nastoje da razborito obezbede dugoročnu profitabilnost kompanije, što je u službi širih društvenih ciljeva.

Teža verzija modela društveno odgovornog poslovanja kompanija bavi se pitanjem kako pravila tržišne igre treba da budu definisana. Bazična postavka ovog modela je da i dugoročna strategija za ostvarivanjem profita nije kompatibilna sa poslovanjem kompanija u društvenom interesu i izaziva korporativno poslovanje koje je u konfliktu sa zajedničkim interesom.¹⁹ Ovaj model se zasniva na odabiranju pravila tržišne igre koja su prihvatljiva za kompanije neposredne aktere u tržišnoj igri, ali i za širu društvenu zajednicu. Odabiranje pravila tržišne igre započinje kroz zakonodavnu aktivnost, kroz aktivnost vlada, donošenje etičkih kodeksa, aktivnost nevladinog sektora. Pritisak javnosti ponekad može usmeriti kompanije u pravcu društveno odgovornog poslovanja, ali prednost treba dati uspostavljanju zakonodavnih procedura i korporativnih standarda na osnovu kojih se može preciznije procenjivati da li kompanija u svom poslovanju sledi javni (društveni) interes.

¹⁸ Lorenzo Sacconi, Margaret Blair, R. Edward Freeman and Alessandro Vercelli, nav. delo, str. 144.

¹⁹ Nav. delo, str. 146.

Na osnovu dosadašnjih razmatranja možemo zaključiti da lakša verzija prihvata dugoročnu strategiju za ostvarivanjem profita koja služi opštem dobru, dok teža verzija nastoji da svaku težnju za ostvarivanjem profita ograniči odabiranjem određenih pravila tržišne igre koja su u društvenom interesu. Korak dalje je napravljen u modelu koji je poznat kao “radikalna”²⁰ verzija društveno odgovornog poslovanja kompanija. Radikalni koncept napušta tržište kao model ekonomske igre i univerzalni oblik organizacije ekonomskog života, pa samim tim i težnja za profitom se odbacuje kao cilj u poslovanju kompanija. Ovakvo radikalno shvaćeno društveno odgovorno poslovanje kompanija nema uporište u realnosti. Odricanje kompanija od profita u svom poslovanju je suprotno prirodni tržišnog načina poslovanja i značilo bi zamenu tržišne igre nekim drugim ekonomskim režimom. Do sada se pokazalo da je tržište efikasan i racionalan oblik organizacije ekonomskih aktivnosti i da u okviru tržišnog ambijenta kompanije moraju biti konstitucionalno odgovorne, kao savesni korporativni građani doprinositi održanju i unapređenju postojećeg zakonskog i etičkog okvira uz mobilisanje šire društvene zajednice na kreiranju i poboljšanju pravila tržišne igre, što služi opštem dobru.

Društveno odgovorno poslovanje kompanija u Srbiji

U Srbiji je kao i u većini zemalja tranzicije došlo do poboljšanja kapaciteta tržišta za korporativnu kontrolu, usled donošenja novih propisa i delimičnog razumevanja značaja korporativnog upravljanja za kompanije i društvo.

Srpsko tržište je atraktivno područje za poslovanje multinacionalnih kompanija zbog pre svega, jeftine radne snage. Domaće i strane kompanije u Srbiji treba da jačaju interne i eksterne mehanizme korporativnog upravljanja uz promovisanje i primenu u praksi koncepta društveno odgovornog poslovanja.

Društveno odgovorno poslovanje kompanija u Srbiji treba shvatiti kao model proširenog korporativnog upravljanja po kome menadžment kompanija ima odgovornost ne samo prema vlasnicima, već i prema svim stakeholderima uključujući i državu.²¹

Teorijski je koncept društveno odgovornog poslovanja kompanija u zemljama tranzicije osmišljen, ali u praksi on još uvek ne daje konkretne rezultate. Realnost je da multinacionalne kompanije preko razgranate delatnosti svojih filijala, ogranaka, ekspozitura u zemljama tranzicije nastoje da ostvare maksimalne profite, transferišu zastarelu tehnologiju u ove zemlje, a po niskoj ceni koriste njihovo

²⁰ Nav. delo, str. 149.

²¹ Sacconi, L., nav. delo

ve sirovine i jeftinu radnu snagu. Srbija ne odstupa od tog trenda. Na ovaj način multinacionalne kompanije pretvaraju nacionalne države u svoje filijale koje su u službi ostvarivanja ekonomskih ciljeva ovih kompanija. Empirijska istraživanja pokazuju da većina ovih kompanija deklarativno podržava programe društveno odgovornog poslovanja, ali u praksi Srbija ima ozbiljne probleme u vezi sa zaštitom životne sredine, sa prikupljanjem kapitala za finansiranje projekata od javnog značaja, sa oporezivanjem dobiti kompanija, prikazivanjem poslovnih rezultata u finansijskim izveštajima, a sve ovo se ne uklapa u zvanično opredeljenje za društveno odgovorno poslovanje kompanija. Pored prisutnih problema ima i pozitivnih pomaka i napretka na planu društveno odgovornog poslovanja kompanija u Srbiji. Zvanični sajtovi velikih kompanija u Srbiji promovišu programe društveno odgovornog poslovanja u Srbiji. Tako, kompanija NIS je definisala pet programa društveno odgovornog poslovanja²² i to energija i sport, humanitarni projekti, kultura bez granica, saradnja radi razvoja, razvoj nauke i talenta. Kompanija NIS je jedna od prvih kompanija koja je raspisala konkurs za učešće u finansiranju infrastrukturnih projekata lokalnih samouprava u Srbiji u junu mesecu 2012. godine, što predstavlja veliki doprinos razvoju tržišta municipalnih obveznica. U odabiru ovih projekata kompanija NIS nastoji da zadovolji regionalni princip, princip efikasnosti, dostupnosti i transparentnosti. U projekte društvene odgovornosti u Srbiji uključila se i kompanija Triglav osiguranje, koja je u saradnji sa Ministarstvom životne sredine, rudarstva i prostornog planiranja 24.03.2012. sprovela akciju čišćenja prijavljenih deponija u Beogradu, Čačku, Nišu i Kikindi.²³

Telekom Srbija je kompanija koja je dobila nagradu za društvenu odgovornost 2011. godine i svrstana među tri društveno najodgovornije kompanije (pored Eurobank EFG, Apatinske pivare, TE-KO i Tiger) na konkursu Privredne komore Srbije za projekat "Telekom Srbija za digitalnu riznicu manastira Hilandar".²⁴

Delta Holding je formirala posebno odeljenje za odnose sa društvenom zajednicom da bi se kroz brojne donatorske i humanitarne akcije pružila pomoć društvenoj zajednici.²⁵

Kompanija DDOR Novi Sad, kao druga po veličini osiguravajuća kuća u Srbiji, neguje odgovoran odnos prema lokalnoj i široj društvenoj zajednici, naročito kroz finansiranje programa u okviru brige za decu, brige o kulturnim vrednostima i zdravlju.²⁶

²² www.nis.rs dostupno na sajtu od 14.08.2012.

²³ www.triglav.rs dostupno na sajtu od 14.08.2012.

²⁴ www.telekom.rs dostupno na sajtu od 14.08.2012.

²⁵ www.deltaholding.rs dostupno na sajtu od 14.08.2012.

²⁶ www.ddor.co.rs dostupno na sajtu od 14.08.2012.

Svi ovi primeri ukazuju da kompanije u Srbiji kroz zvanično promovisanje programa društveno odgovornog poslovanja, obezbeđuju prostor za svoje poslovanje i vrednost (korist) stejkholderima i široj društvenoj zajednici. Kompanije često objavljuju izveštaje o društveno odgovornom poslovanju iz marketinških razloga i da bi osujetile kritiku kao i proteste šire društvene zajednice, a mnogi aspekti tog programa ostaju nerealizovani. Tako, kompanija Fiat automobili Srbija ne zaostaje za drugim kompanijama u pogledu opredeljenja za društveno odgovorno poslovanje, a reka Lepenica u Kragujevcu gde je sedište Fiata jedna je od zagađenijih reka u Srbiji, delom zbog delatnosti Fiata.

Čini se da kompanije objavljuju izveštaje da bi umirile svoju poslovnu savest i proteste javnosti, naročito na planu zagađenja životne sredine. Kompanije u budućnosti moraju nastaviti da sprovode programe društveno odgovornog poslovanja, uz nastojanje da ujedine profit od društveno odgovornog poslovanja i glavnu poslovnu strategiju.

NADA TODOROVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, Kragujevac

CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY

Summary

The basis of the concept of corporate social responsibility pertains to several questions – what is the principal goal of firm's business activities, how to assess its contribution to the progress of a society and how the company should pursue its management goals avoiding possible conflicts of interest. Corporate social responsibility is a term which has a narrower meaning than social responsibility, since corporate social responsibility assumes a socially desirable conduct of companies towards wider community which serves to public good.

In the field of social exchange, modern companies strive to gather social capital by undertaking some socially attractive actions in their business environment. In the middle of all theoretical discussions on corporate social responsibility lies the company as a constitutional system established on the basis of a social agreement between all relevant stakeholders.

In recent literature we can find three distinct forms of corporate social responsibility: the soft version, the hard version and the radical version. Corporate social responsibility in Serbia should be viewed as a model of a broader corporate management according to which the management of the companies is the one who exercises the responsibility not only towards the owners, but towards all stakeholders, including the state. In future, the companies should continue to implement socially responsible programs and actions trying to reconcile their business strategy and profit with socially responsible actions.

POVRATAK POSLOVNOG UDRUŽENJA

ZAKONODAVNO LUTANJE U POTRAZI SA POSLOVNIM UDRUŽENJEM

Udruživanje privrednih subjekata je u našoj državi prvi put regulisano Uredbom o udruživanju privrednih organizacija iz 1953. godine. Pet godina nakon toga donet je i prvi zakon koji je uređivao ovu materiju,¹ koji je posle više izmena 1972. godine zamenjen Zakonom o poslovnom udruživanju.² Konačno, 1976. godine je donet Zakon o udruženom radu, koji je omogućio radnicima da samoupravnim sporazumom udruže svoje organizacije udruženog rada u “poslovnu zajednicu” (termin koji je zamenio poslovno udruživanje) radi ostvarivanja određenih zajedničkih interesa u radu i poslovanju.³ Zakon o preduzećima iz 1988. godine nije uređivao poslovna udruženja, ali je dopustio poslovanje osnovanih poslovnih zajednica, sve dok se posebnim zakonom ne uredi njihov pravni položaj.⁴

Novija istorija regulative poslovnog udruživanja počinje usvajanjem Zakona o preduzećima iz 1996. godine, prema kome je poslovno udruženje uređeno

Dr Vuk Radović, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

¹ Jakša Barbić, *Pravo društava – društva osoba*, Organizator, Zagreb, 2002, str. 594.

² Zakon o poslovnom udruživanju (*Službeni list SFRJ*, br. 23/1972).

³ Zakon o udruženom radu (*Službeni list SFRJ*, br. 53/1976), čl. 388–399.

⁴ Zakon o preduzećima (*Službeni list SFRJ*, br. 77/1988), čl. 196.

kao jedan od oblika povezivanja preduzeća, koji mogu osnovati dva ili više preduzeća i/ili preduzetnika, radi unapređivanja sopstvenog privređivanja i usklađivanja svoje delatnosti.⁵ Tim zakonom je bilo propisano da je poslovno udruženje pravno lice koje se upisuje u registar, da se ne osniva radi sticanja dobiti, da prava članova ne mogu biti izražena u hartijama od vrednosti, kao i da se u poslovnom imenu obavezno nalazi oznaka "poslovno udruženje". Pored navedenih, zakon je uredio još tri pravno značajna pitanja: 1) poslovno udruženje u pravnom prometu istupa uvek za račun svojih članova (komisiono ili zastupnički), a ne i za svoj račun;⁶ 2) poslovno udruženje za svoje obaveze odgovara svojom imovinom, a da članovi odgovaraju na način kako je to određeno ugovorom o osnivanju; i 3) minimalna sadržina ugovora o osnivanju poslovnog udruženja je izričito propisana.

Zakon o privrednim društvima iz 2004. godine ne uređuje ovaj način statusnog udruživanja privrednih društava i preduzetnika.⁷ U teoriji je ovo namerno izostavljanje objašnjeno time da se poslovna udruženja osnivaju na autonomnoj osnovi i nemaju profitnu ciljnu funkciju.⁸ Premda je prihvaćena deregulacija bila u potpunosti opravdana, javnost je na nju u tom trenutku negativno reagovala, jer se postavilo pitanje da li je ovim činom zabranjeno osnivanje poslovnih udruženja. Takođe, otvoreno je bilo i pitanje mogućnosti njihovog osnivanja po opštim propisima koji uređuju udruženja. U svakom slučaju, Zakon o privrednim društvima nije trebalo da uređuje pravna lica sa nelukrativnim ciljem, bez obzira ko su im osnivači, tj. članovi.

Zakon o privrednim društvima iz 2011. godine vraća poslovna udruženja na kolosek specijalizovane zakonske regulative, posvećujući mu tri člana.⁹ Neka rešenja su identična onim koja su postojala po Zakonu o preduzećima, poput proklamovanja statusa pravnog lica, obavezne registracije sa konstitutivnim dejstvom, nelukrativnog cilja, obavezne sadržine poslovnog imena, potencijalnih osnivača, tj. članova, minimalne sadržine osnivačkog akta i mogućnosti da se na autonomnoj osnovi uvede odgovornost članova za obaveze udruženja. Novi-

⁵ Zakon o preduzećima (*Službeni list SRJ*, br. 29/1996, 33/1996, 29/1997, 59/1998, 74/1999, 9/2001 i 36/2002, dalje u fusnotama: ZOP), čl. 419.

⁶ O izuzetnim mogućnostima istupanja poslovnog udruženja u svoje ime i za svoj račun više vidi: Mirko Vasiljević, *Komentar Zakona o preduzećima*, Udruženje pravnika u privredi SR Jugoslavije, Beograd, 1996, str. 375-376.

⁷ Zakon o privrednim društvima (*Službeni glasnik RS*, br. 125/2004, dalje u fusnotama: ZOPD 2004).

⁸ Mirko Vasiljević, *Kompanijsko pravo (pravo privrednih društava Srbije i EU)*, 2. izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2007, str. 574-575.

⁹ Zakon o privrednim društvima (*Službeni glasnik RS*, br. 36/2011, dalje u fusnotama: ZOPD 2011), čl. 578-580.

ne u regulativi poslovnih udruženja su sledeće: prvo, šire određenje predmeta poslovanja; drugo, ukidanje pravila prema kome poslovno udruženje mora u pravnom prometu uvek da istupa za račun svojih članova; treće, obaveza overe potpisa osnivača prilikom sačinjavanja osnivačkog akta; četvrto, proklamovanje dispozitivnog principa jednakosti prava i obaveza članova; peto, uvođenje zabrane transformacije poslovnog udruženja u privredno društvo; i šesto, propisivanje shodne primene pravila o društvu sa ograničenom odgovornošću na poslovna udruženja. Mnoga od ovih rešenja su bitno promenila ranije važeći pravni režim poslovnih udruženja.

U prelaznim i završnim odredbama Zakona o privrednim društvima je rečeno da od dana početka njegove primene poslovna udruženja koja su osnovana po Zakonu o preduzećima i koja su prevedena u registar privrednih subjekata, nastavljaju da posluju po ovom zakonu.¹⁰ Ona su dužna da svoje akte i poslovanje usklade sa odredbama novog zakona do dana početka njegove primene, kao i da izvršene promene registruju u roku od tri meseca od dana početka primene. Neusklađivanje sa zakonom je osnov za pokretanje postupka prinudne likvidacije.

Izmenama Zakona o privrednim društvima krajem 2011. godine zakonodavac se opredelio da promeni prihvaćeni koncept poslovnih udruženja, i to još pre nego što je zakon počeo da se primenjuje.¹¹ Ukinute se odredbe o osnivačkom aktu, načelnoj ravnopravnosti članova i mogućnosti članova da na autonomnoj osnovi odgovaraju za obaveze poslovnog udruženja. Najznačajnija novina se odnosi na shodnu primenu pravila o udruženjima. Na taj način je došlo do koncepcijski drugačijeg uređenja poslovnih udruženja.

Novija zakonodavna istorija poslovnog udruženja u Srbiji pokazuje da su tri zakonska teksta i izmene poslednjeg uredili ovaj pravni subjekt na četiri potpuno različita načina. Jasno je da zakonodavac do danas nije shvatio suštinu poslovnog udruženja, tj. nije u dovoljnoj meri razlučio šta želi da postigne njegovim uvođenjem. Nije sporno da ovaj pravni subjekt predstavlja jedan od modaliteta saradnje privrednih subjekata, koji u krajnjim konsekvencama predstavlja statusnu institucionalizaciju određenog zajedničkog poduhvata dva ili više privrednih subjekata. Međutim, da bi se shvatilo kakva nam je regulativa potrebna, zakonodavac je morao prethodno da odgovori na pitanje kakav je odnos poslovnog udruženja sa privrednim društvima, s jedne, i udruženjima, s druge strane.

Analiza u ovom radu će pokazati da poistovećivanje poslovnog udruženja sa udruženjima ima nepovoljan efekat na privredne subjekte, jer im sužava preduzetničku slobodu. Paradoksalno zvuči da privredni subjekti imaju više prava

¹⁰ ZOPD 2011, čl. 596.

¹¹ Izmene ZOPD 2011 iz decembra 2011. godine (*Službeni glasnik RS*, br. 99/2011).

bez specifične regulative poslovnog udruženja nego sa njom. Sa druge strane, postovećivanje sa privrednim društvima daje privrednim subjektima jednu novu pravnu formu. Ali, ona se ne može u potpunosti osloniti na regulativu nekog privrednog društva, već se posebnim pravilima moraju jasno definisati njene osnovne karakteristike i specifičnosti.

Ovaj rad će pokazati da *de lege ferenda* ova pravna forma treba da ima malo sličnosti sa *de lege lata* zakonskim uređenjem poslovnih udruženja.

POJAM I OSNOVNE KARAKTERISTIKE POSLOVNOG UDRUŽENJA *DE LEGE LATA*

Na osnovu pozitivnopravnih propisa, poslovno udruženje se može definisati na sledeći način: poslovno udruženje, kao specijalizovana vrsta udruženja, je nedobitno pravno lice koje osnivaju dva ili više privrednih društava ili preduzetnika, radi ostvarivanja zajedničkih interesa.

Specijalizovana vrsta udruženja

Poslovno udruženje je posebna vrsta udruženja. Ovakav zaključak proizlazi prvo iz samog naziva ovog pravnog subjekta, jer ne bi bilo logično da se u nazivu nalazi reč udruženje, a da nije reč o toj pravnoj formi. Međutim, da u tom pogledu ne bi bilo nikakvih zabuna, Zakon o privrednim društvima je propisao da se na pitanja u vezi sa poslovnim udruženjima koja nisu uređena ovim zakonom shodno primenjuju propisi kojima se uređuje pravni položaj udruženja.¹² Prema tome, za poslovna udruženja Zakon o privrednim društvima je *lex specialis*, dok je Zakon o udruženjima *lex generalis*.¹³

Opšta zakonska regulativa udruženja služi za popunjavanje pravnih praznina u kompanijskopravnoj regulativi poslovnih udruženja. Sadržinskim poređenjem ova dva zakona može se konstatovati da je Zakon o udruženjima osnovni zakon koji uređuje poslovna udruženja, jer se odgovori na najveći broj pitanja mogu pronaći u tom zakonu. Zakon o privrednim društvima uređuje samo nekoliko specifičnih karakteristika ove vrste udruženja. Iz svega rečenog proizlazi da je udruženje pravna priroda poslovnog udruženja, tj. da je poslovno udruženje specijalizovana forma udruženja.

¹² ZOPD 2011, čl. 580.

¹³ Zakon o udruženjima (*Službeni glasnik RS*, br. 51/2009).

Pravni subjektivitet

Poslovno udruženje je pravno lice. Za razliku od udruženja koje ne mora imati status pravnog lica, poslovno udruženje uvek ima pravni subjektivitet. Ono ima svoje poslovno ime, delatnost, sedište, imovinu, poreski identifikacioni broj, osnivače i članove, osnivačke i druge interne akte, organe, subjekt je likvidacionog i stečajnog postupka, itd. Poslovno udruženje stiče svojstvo pravnog lica upisom u Registar udruženja koji vodi Agencija za privredne registre kao povereni posao, preko Registratora udruženja.¹⁴ Pravni subjektivitet poslovnog udruženja prestaje brisanjem iz registra.

Članovi

Pet elemenata pojma poslovnog udruženja se vezuju za njene članove: broj, vrsta, nacionalnost, otvorenost i neprenosivost članstva.

1. *Broj članova.* – Poslovno udruženje mora da ima najmanje dva člana.¹⁵ To mogu biti dva privredna društva, dva preduzetnika ili jedno privredno društvo i jedan preduzetnik. Jednočlana poslovna udruženja nisu dozvoljena, što je u skladu sa koncepcijom da ona predstavljaju sredstvo kooperacije više lica, jer služe ostvarivanju zajedničkih interesa svojih članova. Zakonskim propisima nije određen maksimalan broj članova poslovnog udruženja, ali bi se on mogao propisati statutom.¹⁶

2. *Vrste članova.* – Članovi poslovnog udruženja mogu biti samo privredna društva i preduzetnici. Pojam privrednog društva obuhvata i specijalizovana privredna društva, poput banaka, berzi, brokersko-dilerskih društava, osiguravajućih društava, i sl. Međutim, propisima su za osnivanje udruženja nekih specijalizovanih društava (na primer, banaka¹⁷ i društava za osiguranje¹⁸) predviđena posebna pravila.

Prema tome, može se zaključiti da srpsko pravo ne omogućava svim privrednim subjektima saradnju u okviru poslovnih udruženja. Tako, primera radi, članovi poslovnih udruženja ne mogu biti otvoreni investicioni fondovi, društva za uzajamno osiguranje, javna preduzeća, itd.

¹⁴ ZOPD 2011, čl. 578(4); Zakon o udruženjima, čl. 26–27.

¹⁵ Na ovaj način je odstupljeno od Zakona o udruženjima, prema kome udruženja moraju imati najmanje tri člana. Vidi: Zakon o udruženjima, čl. 10(1).

¹⁶ J. Barbić, *nav. delo*, str. 736.

¹⁷ Zakon o bankama (*Službeni glasnik RS*, br. 107/2005 i 91/2010), čl. 64.

¹⁸ Zakon o osiguranju (*Službeni glasnik RS*, br. 55/2004, 70/2004, 61/2005, 61/2005, 101/2007, 63/2009, 107/2009 i 99/2011), čl. 220.

3. *Nacionalnost.* – Zakon o privrednim društvima predviđa da poslovno udruženje mogu osnovati dva ili više privrednih društava ili preduzetnika. Iz ove odredbe bi se moglo zaključiti da i isključivo strana privredna društva i/ili preduzetnici mogu osnovati poslovno udruženje u Srbiji. Međutim, ovakav zaključak ne bi bio opravdan ako se uzme u obzir i odredba Zakona o udruženjima, koja se supsidijarno primenjuje, prema kojoj najmanje jedan od osnivača mora imati prebivalište, odnosno sedište na teritoriji Republike Srbije.¹⁹

4. *Otvoreno članstvo.* – Prema Zakonu o udruženjima, svako lice može da postane član udruženja pod jednakim uslovima utvrđenim statutom.²⁰ Na ovaj način je u pravu Srbije prihvaćen koncept otvorenog članstva, jer se svakom privrednom društvu i preduzetniku omogućava da postane član osnovanog poslovnog udruženja, ako ispuni prethodno utvrđene uslove.

5. *Neprenosivost članstva.* – Članstvo u poslovnom udruženju je visoko lične prirode i kao takvo je neprenosivo. Članstvo se ne može steći ni univerzalnom sukcesijom, osim ako je to predviđeno statutom.²¹

Cilj i delatnosti

Poslovno udruženje se osniva radi ostvarivanja zajedničkih interesa članova.²² Ako se ima u vidu da se udruženja osnivaju “radi ostvarivanja i unapređenja određenog zajedničkog ili opšteg cilja i interesa koji nisu zabranjeni Ustavom ili zakonom”,²³ Zakonom o privrednim društvima je izvršena konkretizacija ovog pravila, tako što je iz cilja izbačeno ostvarivanje opštih interesa, a zadržano ostvarivanje zajedničkih interesa članova. Sužavanje cilja poslovnog udruženja u odnosu na ciljeve udruženja je opravdano, zbog poslovnog (ekonomskog) karaktera ove vrste udruženja.

Generalni cilj osnivanja poslovnih udruženja je očigledno namerno ekstenzivno definisan. Konkretni ciljevi radi kojih se osniva poslovno udruženje se konkretizuju u osnivačkom aktu i statutu. U svakom slučaju, ciljevi moraju biti određeni. Ne može se osnovati poslovno udruženje radi ostvarivanja apstraktnih zajedničkih interesa članova, već se ti interesi moraju precizirati.

¹⁹ Zakon o udruženjima, čl. 10(1).

²⁰ Zakon o udruženjima, čl. 19(1).

²¹ J. Barbić, *nav. delo*, str. 760.

²² Prema Zakonu o preduzećima, poslovna udruženja su se osnivala “radi unapređivanja sopstvenog privređivanja i usklađivanja svoje delatnosti” (čl. 419(1)).

²³ Zakon o udruženjima, čl. 2(1).

Poslovna udruženja, kao i privredna društva i preduzetnici, mogu načelno obavljati svaku zakonom dozvoljenu delatnost. Međutim, za razliku od privrednih društava i preduzetnika, predmet poslovanja poslovnih udruženja je podvrgnut dodatnim ograničenjima, jer udruženja mogu da obavljaju samo one delatnosti koje su u skladu sa unapred određenim ciljevima. Najčešće delatnosti poslovnih udruženja kojima se ostvaruje zajednički interes članova su: istraživanja i razvoj, odnos sa javnošću, izrada reklamnog materijala, zajednička kupovina, prodaja ili proizvodnja, formiranje konzorcijuma radi upućivanja ponude u javnim nadmetanjima, školovanje i obuka zaposlenih, zajedničko vođenje poslovnih knjiga, i sl.²⁴

Nedobitni karakter

U skladu sa opštim pravilom o nedobitnom karakteru udruženja, za poslovna udruženja je propisano da ne mogu obavljati delatnost radi sticanja dobiti, već samo radi ostvarivanja zajedničkih interesa svojih članova.²⁵ Ovo je suštinska *differentia specifica* poslovnih udruženja u odnosu na privredna društva. Kako je reč o potpuno različitim vrstama pravnih lica, ne čudi odredba koja zabranjuje transformaciju poslovnog udruženja u privredno društvo.²⁶

Poslovno udruženje može da obavlja delatnost kojom se stiče dobit (privredna delatnost),²⁷ pod uslovom da je delatnost vezana za njegove ciljeve, da je predviđena statutom, da je manjeg obima, odnosno da se obavlja u obimu potrebnom za ostvarivanje ciljeva udruženja i da je upisana u Registar privrednih subjekata. Na ovaj način je realizovana ideja prema kojoj udruženje ne može biti osnovano u cilju sticanja dobiti, što ne znači da dobit ipak ne sme i ne može da ostvari.²⁸ Ostvarenu dobit od obavljanja delatnosti poslovno udruženje ne sme da raspodeljuje svojim osnivačima, članovima, članovima organa udruženja, direk-

²⁴ Daniel T. Murphy, "The European Economic Interest Group (EEIG): A New European Business Entity", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, br. 23(1)/1990, str. 69; Mathias Habersack, *Europäisches Gesellschaftsrecht*, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2006, str. 374; J. Barbić, *nav. delo*, str. 584.

²⁵ Zakon o udruženjima, čl. 2(1); ZOPD 2011, čl. 578(2); ZOP, čl. 419(2).

²⁶ ZOPD 2011, čl. 579.

²⁷ Privredna delatnost je ona delatnost čije je vršenje usmereno ka ostvarivanju dobiti, odnosno neke druge ekonomski procenjive koristi. Vidi: Siniša Petrović, "Pravni oblici pravnih osoba za obavljanje djelatnosti – pretpostavke i posljedice", *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 56 No. Posebni broj, 2006, str. 95.

²⁸ S. Petrović, *nav. članak*, str. 99.

torima, zaposlenima ili sa njima povezanim licima.²⁹ Višak prihoda nad rashodima poslovno udruženje mora koristiti isključivo za obavljanje i unapređivanje delatnosti kojima se ostvaruju njeni ciljevi zbog kojih je i osnovano.³⁰ Ovo je ujedno i suštinska razlika između dobitnih i nedobitnih pravnih lica, jer kod nedobitnih pravnih lica, poput poslovnih udruženja, ostvarena dobit ne pripada članovima, odnosno ne može se doneti odluka o raspodeli dobiti članovima.³¹

Osnovni kapital, imovina i članarina

Poslovno udruženje se osniva bez osnovnog kapitala. U trenutku osnivanja udruženje ne mora imati nikakvu imovinu. Članovi mogu da finansiraju poslovno udruženje plaćanjem članarina ili davanjem zajmova. Članarina se najčešće plaća u novcu, pri čemu nisu zabranjene ni članarine u stvarima, pravima i radu i uslugama. Da li članovi imaju obavezu davanja članarine, i ako je imaju u kom obliku to treba da čine, zavisi od njihove volje. U svakom slučaju, dozvoljeno je osnivanje poslovnog udruženja bez davanja članarine od strane članova. Nepostojanje osnovnog kapitala i fleksibilnost finansiranja su značajne prednosti poslovnog udruženja.

Poslovno udruženje ima svoju imovinu. Ono imovinu može sticati na svaki zakonom dozvoljen način (na primer, od članarina, dobrovoljnih priloga, zakupnina, dividendi i sl.). Poslovno udruženje može koristiti imovinu samo za ostvarivanje statutarnih ciljeva i ne može je deliti svojim članovima, osnivačima, članovima organa, zaposlenima ili sa njima povezanim licima, osim ukoliko to ne predstavlja davanje prigodnih primerenih nagrada i naknada opravdanih troškova nastalih ostvarivanjem statutarnih ciljeva udruženja (putni troškovi, dnevnice, troškovi prenočišta i sl.) i ispunjenje ugovorenih teretnih obaveza.³²

Interni akti

Poslovno udruženje mora da ima dva opšta akta – ugovor o osnivanju (osnivački akt) i statut. Pored njih su dozvoljeni i drugi akti, ali oni nisu predmet regulative, već su prepušteni slobodnoj volji članova.

²⁹ Zakon o udruženjima, čl. 37.

³⁰ J. Barbić, *nav. delo*, str. 737; S. Petrović, *nav. članak*, str. 99.

³¹ Više o razlici dobitnih i nedobitnih pravnih lica vidi: Zlatko Stefanović, *Statusno privredno pravo*, 3. izdanje, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu i Službeni glasnik, Beograd, 2006, str. 74-77.

³² Zakon o udruženjima, čl. 36 i 41.

Organi

Poslovno udruženje ima dva obavezna organa: skupštinu i zastupnika. Statutom se mogu predvideti i drugi organi, ali se u tom slučaju istim aktom moraju definisati njihove nadležnosti.³³

1) *Skupština*. – Skupština je hijerarhijski najviši organ poslovnog udruženja i nju čine svi članovi. Članovi preko ovog organa mogu donositi sve odluke potrebne za ostvarivanje ciljeva poslovnog udruženja, uključujući i poslovodne odluke, koje inače donosi uprava, ali ne uključuje i poslove zastupanja, jer je to ekskluzivno ovlaštenje zastupnika. U nedostatku drugačije statutarne odredbe, svaki član ima pravo na jedan glas, a odluke se donose primenom principa većinskog odlučivanja.

2) *Zastupnik*. – Poslovno udruženje ima jedno ili više lica ovlaštenih za zastupanje. Zastupnici mogu biti samo fizička lica, koja imaju prebivalište ili boravište na teritoriji Republike Srbije. Na ovaj način je ostvarena ideja prema kojoj poslovno udruženje u odnosu sa trećim licima zastupa organ koji je odvojen od njegovih članova. Naravno, to ne znači da članovi udruženja ne mogu biti i zastupnici, ako su na propisan način izabrani.

Odgovornost za obaveze

Poslovno udruženje za svoje obaveze odgovara celokupnom svojom imovinom. Članovi ne odgovaraju za obaveze udruženja, osim ako postupaju sa imovinom udruženja kao da je u pitanju njihova imovina ili zloupotrebe udruženje za nezakonite ili prevarne svrhe.³⁴ Na ovaj način Zakon o udruženjima izjednačava pravnu poziciju članova poslovnog udruženja sa pravnom pozicijom članova društava kapitala u pogledu odgovornosti za tuđe obaveze, jer propisuje ličnu odgovornost u slučaju da su ispunjeni uslovi za probijanje pravne ličnosti, i to na način na koji je to činio Zakon o privrednim društvima iz 2004. godine.³⁵

Zakon o preduzećima i prvousvojena verzija Zakona o privrednim društvima iz 2011. godine su propisivali mogućnost da se osnivačkim aktom i članovi učine odgovornim za obaveze poslovnog udruženja.³⁶ Poslednjim izmenama Zakona o privrednim društvima je ova odredba izbrisana.

³³ Više vidi: Zakon o udruženjima, čl. 22–25.

³⁴ Zakon o udruženjima, čl. 40.

³⁵ Uporedi sa: ZOPD 2004, čl. 15.

³⁶ ZOP, čl. 419(8); ZOPD 2011, čl. 579(3). Više o odgovornosti članova za obaveze poslovnog udruženja prema Zakonu o preduzećima vidi: Ivica Jankovec, *Komentar Zakona o preduzećima*

KRITIKA SRPSKOG MODELA POSLOVNOG UDRUŽENJA

Srpski model poslovnog udruženja je u osnovi pogrešno postavljen. To se najbolje vidi ako se njegove karakteristike uporede sa grupacijom ekonomskih interesa (fr. *Groupement d'intérêt économique – G.i.e.*), pravnom formom koju je Francuska zakonski uredila 1967. godine.³⁷ Francuska grupacija ekonomskih interesa se u praksi pokazala uspešnom, zbog čega i ne čudi što je poslužila kao uzor za komunitarnu regulativu.³⁸ Slična forma, samo nadnacionalnog karaktera i snabdevena evropskim pasošem, uvedena je u Evropsku zajednicu 1985. godine usvajanjem Uredbe o Evropskoj ekonomskoj interesnoj grupaciji.³⁹ Sve države članice su do sredine 1989. godine donele implementirajuće propise.⁴⁰ Brojne države su po uzoru na komunitarnu regulativu uvele nacionalne ekonomske interesne grupacije. Prema tome, od Francuske preko Evropske unije do drugih nacionalnih zakonodavstava, uočljiv je trend uvođenja posebne forme privrednog subjekta pod nazivom ekonomska interesna grupacija, sa sličnim karakteristikama.

U daljem tekstu biće reči o osnovnim nedostacima srpske regulative poslovnog udruženja, kao i o načinima na koje se oni mogu otkloniti, a imajući u vidu moderne evropske tendencije u tom pogledu.

Pogrešno određena pravna priroda

Suštinski najznačajnija kritika pozitivnopravnog uređenja poslovnih udruženja odnosi se na propisivanje shodne primene pravila o udruženjima. Ovakvom odredbom naš zakonodavac je nedvosmisleno odredio pravnu prirodu poslovnog udruženja, iz čega proizlaze svi problemi *de lege lata* regulative poslovnih udruženja. Međutim, očigledno je da se zakonodavac mučio sa ovim pitanjem. U priilog tome govori i činjenica da je prvobitno usvojena verzija Zakona o privrednim

sa sudskom praksom i registrom pojmova, 2. izdanje, Službeni list Srbije i Crne Gore, Beograd, 2004, str. 284.

³⁷ Vidi: francuska Uredba br. 67-821 (l'ordonnance n° 67-821) od 23. septembra 1967. godine. Portugal je po uzoru na Francusku 1973. godine uveo sličnu pravnu formu (*agrupamento complementar de empresas – ACE*). Navedeno prema: J. Barbić, *nav. delo*, str. 593.

³⁸ Više vidi: Yves Guyon, *Droit des affaires, Tome 1: Droit commercial général et Société*, 12^e édition, Economica, Paris 2003, 577–601.

³⁹ Council Regulation (EEC) No 2137/85 of 25 July 1985 on the European Economic Interest Grouping (EEIG), *Official Journal* L 199, 31.7.1985. (dalje u fusnotama: Uredba o EEIG).

⁴⁰ Za pregled svih nacionalnih propisa kojima je implementirana Uredba o EEIG vidi: www.libertas-institut.com/uk/ewiv/portal.htm (19.1.2012.).

društvima iz maja 2011. godine propisivala shodnu primenu pravila o društvima sa ograničenom odgovornošću. Na taj način je pravna priroda poslovnog udruženja bila shvaćena na dijametralno suprotan način, jer se udruženje tretiralo kao privredno društvo i to društvo kapitala. Izmenama Zakona o privrednim društvima iz decembra 2011. godine shodna primena pravila o društvu sa ograničenom odgovornošću je zamenjena shodnom primenom pravila koja uređuju udruženja.

Opravdano se može postaviti pitanje koje su pogodnosti određenja da su poslovna udruženja po svojoj pravnoj prirodi udruženja, tj. kakva je korist od specifične regulative poslovnog udruženja. Sagledavanjem pozitivnopravnih pravila može se uočiti da postoji samo pet odstupanja od opšte regulative udruženja: prvo, poslovno udruženje mora imati pravni subjektivitet; drugo, sužen je krug osnivača, tj. članova; treće, smanjen je minimalan broj članova sa tri na dva; četvrto, cilj je ograničen samo na ostvarivanje zajedničkih interesa; i peto, u poslovnom imenu poslovnog udruženja ova forma se označava sa “poslovno udruženje”, “p.u.” ili “pu”. Ako se zanemari smanjivanje broja članova i obavezna sadržina poslovnog imena, kao dve manje relevantne specifičnosti, može se konstatovati da “odabrani” privredni subjekti u Srbiji ništa nisu dobili uvođenjem poslovnog udruženja. Zapravo, preduzetnici i privredna društva identičan efekat mogu da ostvare i osnivanjem klasičnog udruženja po opštim pravilima. Štaviše, osnivanjem udruženja oni dobijaju više mogućnosti, jer mogu da osnuju i udruženje bez pravnog subjektiviteta, mogu ciljeve da odrede na širi način i nisu ograničeni samo na saradnju sa drugim privrednim društvima i preduzetnicima, već sa svim pravnim i fizičkim licima. Jedina prednost koju im pruža Zakon o privrednim društvima je mogućnost da osnuju dvočlano poslovno udruženje, što prema Zakonu o udruženjima nije dozvoljeno.

Na osnovu zakonskih članova nije dovoljno jasno da li preduzetnici i privredna društva mogu da osnuju udruženje po opštim pravilima. Ovaj problem je nastao zbog uvođenja pravne forme poslovnog udruženja, sa nedovoljno jasno izdiferenciranim specifičnostima. Kao odgovor na navedeno pitanje se može izneti sledeće: prvo, ako preduzetnici i/ili privredna društva žele da osnuju udruženje sa nekim drugim pravnim subjektima, kojima poslovno udruženje nije dostupno, onda im treba omogućiti osnivanje udruženja; drugo, ako preduzetnici i/ili privredna društva žele da između sebe osnuju udruženje koje nije poslovno udruženje, onda im to treba dozvoliti ali samo u slučaju da time žele da ostvare ili unaprede određeni opšti interes, jer im taj cilj nije dopušten kada osnivaju poslovna udruženja.

U perspektivi treba redefinisati pravnu prirodu poslovnog udruženja. Najlogičnije, a za privredne subjekte i najpovoljnije, bi bilo da pravna priroda poslovnog udruženja bude neka vrsta privrednog društva. Uostalom, odatle proizlazi da

ona treba da budu uređena Zakonom o privrednim društvima. To znači da sve opšte karakteristike poslovnog udruženja treba preispitati i upodobiti logici privrednih društava. Sam termin poslovno udruženje bi u tom slučaju bio neadekvatan, jer on asocira na udruženja. Poput mnogih uporednih zakonodavstava, ovu pravnu formu treba nazvati ekonomska (privredna, poslovna) interesna grupacija. Taj izraz opravdano asocira na grupaciju više privrednih subjekata, kojim oni ostvaruju zajedničke ekonomske interese.

Uzak krug članova

Zakon o privrednim društvima je suzio krug potencijalnih članova poslovnog udruženja samo na one privredne subjekte koji su predmet njegove regulative, a to su privredna društva i preduzetnici. Na ovaj način su onemogućeni svi drugi privredni subjekti da koriste pravnu formu poslovnog udruženja za ostvarivanje zajedničkih interesa.

U kojoj meri je Srbija ograničila dostupnost korišćenja ove vrste udruženja se najbolje vidi poređenjem sa krugom lica koja mogu biti članovi Evropske ekonomske interesne grupacije. Uredba o EEIG je potencijalne članove grupacije podelila u tri kategorije.⁴¹

1) U prvu kategoriju spadaju društva građanskog ili trgovinskog prava, zadruge i druga pravna lica, koja su osnovana u skladu sa pravom države članice i koja imaju registrovano sedište, sedište uprave ili sedište obavljanja delatnosti u Evropskoj uniji, osim ako nemaju za cilj sticanje dobiti.⁴²

2) U drugu kategoriju se svrstavaju fizička lica koja u Evropskoj uniji obavljaju neku industrijsku, trgovinsku, zanatsku ili poljoprivrednu delatnost, kao i delatnost pružanja profesionalnih i drugih usluga. Ovom odredbom su pokrivene sve profesije, od zanatlija, preko slobodnih profesija i poljoprivrednika, do preduzetnika. Za pomenuta fizička lica je dovoljno da samo deo svojih privrednih aktivnosti obavljaju u Evropskoj uniji.⁴³

3) U treću kategoriju spadaju druge pravne tvorevine bez pravnog subjektiviteta javnog i privatnog prava, osnovane u skladu sa pravom države članice, koja

⁴¹ Više o članovima EEIG vidi: M. Habersack, *nav. delo*, str. 372–373; J. Barbić, *nav. delo*, str. 579–583; Vuk Radović, “Pravna priroda evropske ekonomske interesne grupacije”, u: Vuk Radović (ur.), *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije (2012)*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2012 (u štampi).

⁴² Rimski ugovor (*The Treaty of Rome*) od 25. marta 1957. godine, čl. 58.

⁴³ Stefan Grundmann, *European Company Law – Organization, Finance and Capital Markets*, Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2007, str. 706.

imaju registrovano ili statutarno sedište i stvarno sedište u Evropskoj uniji, ako im je cilj sticanje dobiti. Ova kategorija omogućava da se kao članovi grupacije pojave i univerziteti, naučnoistraživački centri, opštine, komore, i sl., čak i u slučaju da nemaju svojstvo pravnog lica.

Praktično posmatrano, najveći broj pravnih i fizičkih lica mogu biti članovi evropske ekonomske interesne grupacije. Članstvo nije vezano isključivo za privredne subjekte (na primer, privredna društva i preduzetnike), već i za neprofitne organizacije i javnopravne institucije, pod uslovom da obavljaju privrednu delatnost.⁴⁴ Ovaj uslov proizlazi iz okolnosti da se grupacije osnivaju radi unapređenja privrednih delatnosti svojih članova, te ako član ne obavlja privrednu delatnost, on ne može ni biti član grupacije. Pri tom je dovoljno da se samo neke delatnosti jednog lica smatraju privrednim po svojoj prirodi.⁴⁵ Pojam privredne delatnosti treba razumeti u najširem smislu te reči, kao svaku aktivnost koja se uobičajeno vrši uz naknadu.⁴⁶ Za slobodne profesije se ne zahteva ovaj uslov.⁴⁷

Očigledno je da je Evropska komisija Evropsku ekonomsku interesnu grupaciju zamislila kao način ostvarivanja prekogranične saradnje što je moguće šireg kruga lica. Suprotno tome, naš zakonodavac sužava krug osnivača poslovnog udruženja samo na dve kategorije privrednih subjekata. Ovakvo rešenje podleže kritici iz najmanje četiri razloga. Prvo, drugi privredni subjekti su neopravdano diskriminisani. Teško je objasniti zašto, primera radi, poslovno udruženje može osnovati osiguravajuće društvo, a ne može društvo za uzajamno osiguranje. Drugo, posebno je neopravdano onemogućavanje osnivanja poslovnih udruženja licima koja se bave slobodnim profesijama, pogotovu ako se ima u vidu da su u inostranoj praksi njihova poslovna udruženja pokazala najbolje rezultate. Treće, poslovna udruženja mogu biti od koristi i neprivrednim subjektima koji obavljaju neku privrednu delatnost, jer u tom segmentu svog poslovanja oni mogu ostvariti značajne uštede ili na drugi način unaprediti ili pospešiti obavljanje tih delatnosti. Četvrto, pravnim subjektima koji obavljaju privrednu delatnost, a kojima nije dozvoljeno da osnivaju poslovno udruženje, dopušteno je da osnivaju udruženja po opštim pravilima Zakona o udruženjima. Štaviše, ako se ima u vidu da je regu-

⁴⁴ Adriaan Dorresteijn, Tiago Monteiro, Christoph Teichmann, Erik Werlauff, *European Corporate Law*, 2. ed., Kluwer Law International BV, Netherlands, 2009, str. 100.

⁴⁵ Administrativna klasifikacija delatnosti nije od značaja, već je relevantno da li praksa i običaji određenu delatnost tretiraju privrednom. Vidi: Viliam Gorenc, *Trgovačko pravo društava*, Školska knjiga, Zagreb, 2003, str. 176.

⁴⁶ Commission of the European Communities, *The EEIG: an instrument for transnational cooperation – A practical handbook*, 2nd ed., Enterprise Policy, dostupno na adresi: ec.europa.eu/employment_social/equal/products/sup/pro-122-hb.pdf (22.1.2012.), str. 41.

⁴⁷ J. Barbić, *nav. delo*, 580.

lativa poslovnih udruženja u osnovi restriktivnija, onda se može doći u nelogičnu situaciju da zabranom korišćenja ove pravne forme drugi pravni subjekti dobijaju više prava, jer im je dostupna druga, liberalnija pravna forma.

Neprimerenost primene koncepta otvorenog članstva

Poslovno udruženje bi trebalo da bude pravna forma koja služi članovima kako bi unapređivali svoje poslovanje. Primera radi, nekoliko privrednih društava koja obavljaju srodne delatnosti mogu da osnuju udruženje preko koga vrše obuku svojih zaposlenih. Članovima udruženja sigurno ne odgovara da neko drugo društvo zahteva prijem u članstvo, samo na osnovu činjenice da ispunjava sve uslove za člana. Koncept otvorenog članstva ima smisla kod klasičnih udruženja, ali je kod poslovnih udruženja u potpunosti neprimeren. Uostalom, ovakav zaključak je nesporan ako se prihvati da je privredno društvo pravna priroda poslovnog udruženja.

Neprecizan predmet poslovanja

Već je rečeno da se poslovno udruženje osniva radi ostvarivanja zajedničkih interesa, pri čemu ti interesi moraju biti definisani u internim aktima. U praksi je teško zamisliti udruživanje lica po bilo kom pravnom osnovu, koje nema za cilj ostvarivanje njihovih zajedničkih interesa. Čak i u slučaju kada su interesi filantropskog karaktera (na primer, pomoć licima u nevolji), može se govoriti o tome da lica udruživanjem ostvaruju zajednički interes koji se sastoji u želji da pomognu drugima. Prema tome, zakonsko određenje cilja poslovnog udruženja zapravo ne govori ništa specifično, osim da se osnivanjem poslovnog udruženja ne ostvaruju opšti ciljevi i interesi, već interesi samih članova.

Očigledno je da zakonodavac nije razumeo suštinu predmeta poslovanja poslovnih udruženja, što se najbolje može videti ako se ona uporedi sa predmetom poslovanja Evropske ekonomske interesne grupacije. Naime, predmet poslovanja ove grupacije mora da ispunjava tri uslova: uslov povezanosti, uslov služnja i uslov akcesornosti.

1. *Uslov povezanosti*. – Predmet poslovanja grupacije mora biti povezan sa delatnostima njenih članova. Privredni subjekti koji žele da zajednički započnu obavljanje neke nove delatnosti, koja nije povezana sa njihovim delatnostima, moraju da osnuju neku drugu vrstu privrednog subjekta (na primer, udruženje ili privredno društvo), ali ne i grupaciju.⁴⁸

⁴⁸ A. Dorresteijn, T. Monteiro, C. Teichmann, E. Werlauff, *nav. delo*, str. 99.

2. *Uslov služenja.* – Evropska ekonomska interesna grupacija se osniva radi uspešnijeg obavljanja delatnosti članova. Ona treba da razvija delatnosti svojih članova, kao i da im olakša da obavljaju delatnosti, a sve u cilju ostvarivanja boljih rezultata, tj. poboljšanja i povećanja učinka. Uslov služenja se logički nadovezuje na uslov povezanosti.

3. *Uslov akcesornosti.* – Predmet poslovanja grupacije ima akcesorni (pomoćni) karakter. Njene delatnosti ne smeju da se preklapaju sa delatnostima članova, jer bi u tom slučaju one konkurisale, umesto da služe svojim članovima.⁴⁹ Takođe, grupacije ne mogu da obavljaju delatnosti koje su zabranjene njenim članovima.⁵⁰

Prema tome, ne može se unapred odrediti koje konkretne delatnosti grupacije mogu da obavljaju, jer se one definišu u odnosu na delatnosti njenih članova. Zbog toga načelno, svaka delatnost može biti dostupna grupaciji koja ispunjava opšte uslove (akcesornost i pomoćni karakter).

Pored propisivanja ovih opštih uslova, korisno je da se za poslovna udruženja uvedu i određene konkretne zabrane, slično Evropskoj ekonomskoj interesnoj grupaciji, koje bi se primenjivale bez obzira na to što su ispunjeni svi opšti uslovi.⁵¹ Tako, poslovnim udruženjima treba zabraniti: da direktno ili indirektno vode poslove ili da vrše nadzor nad aktivnostima svojih članova, da stvaraju holding, da budu članovi drugog poslovnog udruženja, da javno prikupljaju kapital, i sl.⁵²

Specifičan dobitni karakter

Rešenje prema kome su poslovna udruženja nedobitne organizacije ne odgovara uvek njihovim članovima, kao lukrativno orijentisanim privrednim subjektima. Zbog toga u perspektivi poslovnim udruženjima ne treba zabranjivati da ostvaruju dobit, već naprotiv, treba propisati da se ona osnivaju sa lukrativnim ciljem. Međutim, za razliku od privrednih društava i preduzetnika, njihov lukrativni cilj treba da bude postavljen na specifičan način, tako da poslovno udruženje ne treba da stiče dobit za sebe, već za svoje članove. Dobit ostvarena obavljanjem delatnosti udruženja treba tretirati kao dobit njegovih članova, i deliti je

⁴⁹ M. Habersack, *nav. delo*, str. 374; J. Barbić, *nav. delo*, str. 584.

⁵⁰ Navedeno prema: Đuro Đurić, "Dvadeset godina Evropske ekonomske interesne grupacije", *Pravo i privreda*, br. 1-4/2009, str. 25.

⁵¹ Uredba o EEIG, čl. 3(2) i 23.

⁵² Više o organičenjima Evropske ekonomske interesne grupacije vidi: M. Habersack, *nav. delo*, str. 374–375; J. Barbić, *nav. delo*, str. 585–586; V. Radović, *nav. rad*.

prema srazmeri određenoj osnivačkim aktom, odnosno statutom.⁵³ U svakom slučaju, poslovnim udruženjima treba dozvoliti da reinvestiraju dobit, kao i da dobit pretvore u rezerve.

Nepotrebnost dva konstitutivna akta

Kritički se može posmatrati i koncepcija obaveznog postojanja dva konstitutivna opšta akta poslovnog udruženja. Naime, dva konstitutivna opšta akta se u pravu privrednih društava zahtevaju samo za složenije pravne forme (na primer, akcionarska društva), dok je za jednostavnije forme predviđen jedan akt (na primer, ortačko društvo, komanditno društvo i društvo sa ograničenom odgovornošću). Poslovno udruženje definitivno spada u pravno jednostavnije forme, te bi po prirodi stvari trebalo da se zahteva postojanje samo jednog akta. Premda je ova kritika marginalnog karaktera, ona pokazuje sistemski manjkavu uređenost poslovnog udruženja, ali i udruženja uopšte.

Primalac imovine u slučaju prestanka

Ako se zanemare statusne promene, poslovno udruženje prestaje sprovođenjem postupka stečaja ili likvidacije. Premda Zakon o udruženjima ima nekoliko specifičnih pravila o uslovima i načinu sprovođenja postupka stečaja i likvidacije,⁵⁴ najznačajnije odstupanje od opštih pravila se tiče određivanja primaoca imovine udruženja. Naime, u slučaju prestanka udruženja kao primalac njegove imovine statutom se može odrediti samo domaće nedobitno pravno lice koje je osnovano radi ostvarivanja istih ili sličnih ciljeva.⁵⁵ Na ovaj način je uređen način postupanja sa viškom stečajne, odnosno likvidacione mase, tako da imovina ne pripada članovima, već se prenosi na drugo pravno lice sa nelukrativnim ciljevima.

Ovakvo pravilo ima puno opravdanje za udruženja. Ako nekoliko lica osnuje udruženje koje za cilj ima promovisanje ideje zaštite životne sredine, logično je da okončanjem postupka prestanka udruženja, imovina koja preostane nakon namirenja svih njegovih poverilaca pređe na neko drugo pravno lice koje se bavi sličnim aktivnostima. Međutim, ovaj primer je drastično drugačiji u odnosu na

⁵³ Slično: Ivica Jankovec, *Privredno pravo*, 4. izdanje, Javno preduzeće Službeni list SRJ, Beograd, 1999, str. 197.

⁵⁴ Vidi: Zakon o udruženjima, čl. 49–58.

⁵⁵ Zakon o udruženjima. čl. 42.

situaciju kada nekoliko privrednih subjekata osnuje poslovno udruženje za zajedničko obavljanje poslova prevoza (na primer, kupovinom zajedničkog voznog parka, parkinga, angažovanjem vozača, i sl.), kako bi ostvarile ekonomske koristi zbog nižih troškova. Ne postoji opravdanje da se po okončanju postupka stečaja ili likvidacije prenese imovina ovog pravnog lica na neki drugi nelukrativni pravni subjekt. Logično je jedino da se aktivira pravo članova poslovnog udruženja na likvidacioni, odnosno stečajni višak. Ovakvo rešenje bi bilo u potpunom skladu sa predloženom pravnom prirodom poslovnog udruženja.

Nemogućnost transformacije u poslovno udruženje

Pozitivnopravna regulativa zabranjuje poslovnom udruženju da promeni pravnu formu u formu privrednog društva. Iz ove zabrane se može izvesti i obrnuto pravilo, prema kome se ni privredno društvo ne može transformisati u poslovno udruženje. Ova pravila su dosledna koncepciji prema kojoj je reč o dve potpuno različite pravne forme.

Međutim, ako se prihvati predložena koncepcija prema kojoj je poslovno udruženje po svojoj pravnoj prirodi privredno društvo, onda ima opravdanja za uvođenje suprotnog pravila, tj. za mogućnost transformacije poslovnog udruženja u privredno društvo, odnosno privrednog društva u poslovno udruženje. Ovakvo pravilo tradicionalno prihvata francusko pravo, kao rodonačelnik ove pravne forme.⁵⁶ Transformacija poslovnog udruženja u privredno društvo je poželjna u situacijama kada udruženje želi da obavlja delatnosti koje su mu zabranjene, a koje može da obavlja u formi privrednog društva.

Odgovornost članova za obaveze

Nepostojanje odgovornosti članova za obaveze poslovnog udruženja je u suprotnosti sa rešenjem koje komunitarno pravo primenjuje za odgovornost članova Evropske ekonomske interesne grupacije. Naime, članovi grupacije odgovaraju za njene obaveze, pri čemu su karakteristike te odgovornosti: neograničenost, potpunost, opštost, akcesornost i supsidijarna solidarnost.⁵⁷ Ovakvo rešenje prihvataju i nacionalna zakonodavstva koja su uvela odgovarajuću pravnu formu

⁵⁶ James A. Kiernan III, Sylvie Deparis-Maze, "France leads the way in the tax treatment of EEIGs", *International Tax Review*, June 1990, str. 28.

⁵⁷ Više vidi: M. Habersack, *nav. delo*, str. 380-384; V. Radović, *nav. rad*.

po uzoru na Evropsku ekonomsku interesnu grupaciju. Široko postavljena odgovornost članova je jedna od najznačajnijih specifičnosti ekonomskih interesnih grupacija, koja ih, sa jedne strane, čine pouzdanim poslovnim partnerom, dok sa druge strane predstavlja najznačajniji faktor koji destimulativno utiče na njihovo osnivanje.⁵⁸

Kada bi se kao pravilo prihvatila neograničena odgovornost članova za obaveze poslovnog udruženja, onda bi postojalo opravdanje da se ortačko društvo tretira pravnom prirodom ove pravne forme. Osim odgovornosti članova, poslovna udruženja treba da odlikuju sledeće karakteristike, koje su u isto vreme i bitne karakteristike ortačkih društava: prvo, ova udruženja moraju imati najmanje dva člana; drugo, ona se osnivaju bez osnovnog kapitala; treće, dozvoljeno je njihovo osnivanje bez unošenja uloga, a u slučaju da se unose ulozi postoji potpuna sloboda u pogledu vrste dozvoljenih uloga; četvrto, strogim pravilima se kontroliše ulazak novih članova u grupaciju, tj. prenos članskih prava nije slobodan, već ograničen.

PREPORUKE ZA BUDUĆI RAZVOJ

Imajući u vidu novodonete važeće srpske propise, od poslovnog udruženja se ne može očekivati da ostvari značajnije preduzetničke pomake. Štaviše, njegovo ponovno uvođenje, na način na koji je to učinjeno, je bilo potpuno nepotrebno, jer su privredni subjekti gotovo iste mogućnosti imali i na osnovu primene Zakona o udruženjima. Zakonodavac je kao osnovu uređenja poslovnog udruženja uzeo ranije propise koji su poznavali ovu pravnu formu, umesto da se upoznao sa korespondentnom formom koja egzistira u uporednim zakonodavstvima (grupacija ekonomskih interesa), a naročito Evropskom ekonomskom interesnom grupacijom.

Osnovni pravci budućeg razvoja poslovnih udruženja u Srbiji treba da se zasnivaju na sledećim postavkama:

- poslovna udruženja treba da promene naziv u ekonomske (privredne, poslovne) interesne grupacije;
- na poslovne grupacije treba shodno da se primenjuju odredbe zakona koje uređuju ortačka društva, što znači da ortačko društvo treba da bude njihova pravna priroda;
- kao članove poslovnog udruženja treba dozvoliti sva pravna i fizička lica koja obavljaju neku privrednu delatnost;

⁵⁸ Slično: Mirko S. Vasiljević, *Kompanijsko pravo – Pravo privrednih društava*, 6. izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2011, 598.

- predmet poslovanja poslovnog udruženja mora da bude povezan sa delatnostima članova, tako da ima pomoćni karakter i da služi razvijanju i olakšavanju obavljanju njihovih delatnosti, a sve u cilju ostvarivanja boljih rezultata, tj. poboljšanja i povećanja učinka;
- poslovno udruženje treba da bude uređeno kao lukrativno pravno lice, ali koje dobit ne stiže za sebe, već za svoje članove;
- treba dozvoliti transformaciju poslovnog udruženja u privredno društvo, odnosno privrednog društva u poslovno udruženje;
- članovi poslovnog udruženja treba da odgovaraju celokupnom svojom imovinom za njegove obaveze.

VUK RADOVIĆ, LL.M.,
Assistant Professor, Faculty of Law,
University of Belgrade

THE RETURN OF THE BUSINESS ASSOCIATION

Summary

Business association, as a separate legal entity, exists in Serbian law for many decades, but not in the same form and with uniform characteristics. Recent legislative history shows that three laws and changes of the last one have regulated this legal form in a completely different manner. It is clear that the essence of this type of business organization has not been properly understood. This lack of knowledge is the main reason for ongoing legislative dilemmas.

In order to propose the adequate regulation of business associations, it is important to determine the relationship between this legal entity and business organizations on the one side, and associations on the other. In this paper, the author is proposing a new way of determining the legal nature of business associations *de lege ferenda*. The conclusion is that business associations on a secondary level should be regulated by rules governing general partnerships.

The introduction of this article covers the last four legislative attempts to regulate business associations in Serbia. In the following part the focus is on the notion and general characteristics of business associations *de lege lata*. In the central part of this article the author criticizes the current Serbian regulation of business associations, primarily based on its comparison with the Regulation on the European economic interest grouping and national laws enacted as a consequence of its application. In conclusion the author recommends desirable ways of future regulatory improvement.

NEKI PROBLEMI ZAŠTITE INVESTITORA U EU

U V O D

U realizaciji ideje stvaranja jedinstvenog finansijskog tržišta EU, jedna od najvažnijih direktiva od koje je mnogo očekivano je Direktiva o tržištima finansijskih instrumenata (u daljem tekstu: MiFiD).¹ MiFiD je imao za cilj ubrzano stvaranje jedinstvenog prekograničnog tržišta hartija od vrednosti koje će biti konkurentnije, efikasnije i koje će obezbediti bolju zaštitu investitora. Međutim, rezultat primene je veća podeljenost finansijskog tržišta, što je suprotno postavljenom cilju, tj. višem nivou integracije. Nastali su i veći troškovi za investiciona društva. Budući da nije zadovoljio očekivanja, pristupilo se njegovoj izmeni. Izmena MiFiD-a samo je jedan korak u nizu drugih jer je Evropska komisija pristupila masovnoj izmeni finansijske regulative. Sve te izmene, kao i izmene MiFiD-a, imaju za cilj stvaranje “zdravijeg, transparentnijeg, odgovornijeg i efikasnijeg finansijskog sistema prema ekonomiji i društvu, naročito posle finansijske krize, ali

Dr Jasmina Labudović-Stanković, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

¹ 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/EC, *Official Journal of the European Union* L 145/1. *MiFiD* je zamenio Direktivu o investicionim uslugama.

i stvaranje integrisanijeg i konkurentnijeg finansijskog tržišta EU.”² Naravno, ovo me se može dodati i bolja zaštita investitora.

Izmene MiFiD-a idu u dva smjera. Jedan predstavlja MiFiR (*regulation* - pravilo) koji se odnosi na obelodanjivanje podatka o obavljenoj trgovini javnosti i nadležnom organima, tj. koji se odnosi na transparentnost pre i posle obavljene trgovine (transakcije). Intencija je da u pogledu transparentnosti ne bude više razlika u tumačenju na nivou država članica, već je ideja da se obezbedi jedinstvena primena pravila o transparentnosti širom EU, a osim toga da se transparentnost proširi i na druge finansijske instrumente, a ne samo na akcije. MiFiR omogućuje direktnu primenu u državama članicama bez ikakve intervencije zakonodavnih, odnosno izvršnih organa. MiFiD II predstavlja drugi smer kretanja koji obuhvata izmene MiFiD-a u pogledu: odredbi o investicionim uslugama, izuzetke od primene Direktive, poštovanja pravila poslovanja investicionih društava, sankcija, pravila primenljivih na treće države koje posluju preko svojih filijala.³ Kada MiFiD II bude usvojen, biće neophodna implementacija u nacionalna zakonodavstva.

Osim izmena MiFiD-a, nov regulatorni okvir odnosi se i na promene Direktive o zloupotrebama na tržištu, Direktive o transparentnosti i Direktive o prospektu. U ovom tekstu akcenat je stavljen na zaštitu investitora. Autor analizira postojeća rešenja MiFiD-a, ukazuje na neke njihove nedostatke i poredi ih s novim predloženim rešenjima (MiFiD II i MiFiR).

ZAŠTITA INVESTITORA

Zbog poslednje finansijske krize poverenje investitora je vrlo “uzdrmano”. Propast *The Lehmann Brother’s* jedan je od primera koji najbolje ilustruje kako je finansijska kriza “pokosila” male investitore (*retail*) i izazvala brojne probleme za one koji su kupovali certifikate pomenute banke, a što je, kod pojedinih, prouzokovalo propast.⁴ Da bi se investitori bolje zaštitili, regulativa širom sveta trpi izmene. Tako je i u EU. Predlog MiFiD-a II Evropska komisija je objavila u oktobru 2011. godine, dok je Savet EU prerađen predlog MiFiD-a II objavio 20. juna 2012. godine.

Zaštita investitora regulisana je u članu 19(3) MiFiD-a, kojim se predviđa da investiciona društva moraju da rade pošteno, korektno, profesionalno i u

² European Commission, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on markets in financial instruments repealing Directive 2004/34/EC of the European Parliament and of the Council*, Brussels, 20.10.2011, str. 2.

³ *Isto*, str. 3.

⁴ Gerald Spindler, “Behavioral Finance and Investor Protection Regulations”, *Journal of Consumer Policy*, Vol 34, Issue 3, 2011, str. 315.

najboljem interesu svojih klijenata. To, između ostalog, znači da se klijentima ili potencijalnim klijentima moraju pružiti informacije o investicionim društvima, finansijskim instrumentima i predloženim investicionim strategijama, uz upozorenje o rizicima koji prate investiranje u izabrane finansijske instrumente, mestu izvršenja i troškovima.⁵ Informacije se moraju dati na razumljiv način. Regulativa koja se odnosi na zaštitu investitora u EU često polazi od toga da informacije koje se saopštavaju investitoru budu razumljive “prosečnom investitoru”.⁶ Investitori treba da razumeju prirodu i rizik investicionih usluga koje im se pružaju, specifičnosti ponuđenih finansijskih instrumenata koji su im ponuđeni kako bi doneli odgovarajuću odluku. Prilikom davanja investicionih saveta o upravljanju portfoliom klijenta, investiciona društva moraju prikupiti određene podatke koji se odnose na potencijalno znanje klijenta i njegovo iskustvo u vezi sa investiranjem u specifične proizvode, zatim podatke o njegovom finansijskom stanju, ciljevima koje želi da ostvari, a sve s ciljem da mu se preporuči investiciona usluga, odnosno finansijski instrument koji mu najviše odgovara. Investiciona društva su dužna da preduzmu sve radnje kako bi se nalozi klijenta izvršili s najboljim rezultatima, odnosno na najbolji način. Najbolji rezultat ne znači samo najbolju cenu, već i najniže troškove, brzinu izvršenja naloga, efikasnost, verovatnoću izvršenja, mogućnost poravnanja i druge relevantne faktore (član 21 MiFiD-a).

Direktiva o prospektu iz 2010. godine⁷ kaže da skraćeni prospekt treba da bude ključni izvor informacija za malog investitora. On treba da bude kratak, jasan, lako razumljiv za investitora. U skraćenom prospektu treba da se nađu najvažnije informacije kako bi investitor mogao da donese odluku (osnovne karakteristike i rizike finansijskog instrumenta koji je ponuđen i kojim se trguje). Takođe, neophodno je da sadrži opšte uslove ponude, procenu troškova, prava koja hartije od vrednosti nose, kao i rizike povezane sa investicijom u hartiju od vrednosti. Forma skraćenog prospekta treba da bude takva da omogući poređenje

⁵ Slična pravila postojala su u članu 11 Direktive o investicionim uslugama (Council Directive 93/22/EEC of 10 May 1993 on investment services in the securities field, OJ L 141/27), formulisana kroz princip lojalnosti i princip “upoznaj svog klijenata”, s tim što je MiFiD to učinio detaljnije. Direktiva o investicionim uslugama je prethodila MiFiD-u.

⁶ Niamh Moloney, “Effective Policy Design for the Retail Investment Services Market: Challenges and Choices Post FSAP”, In: Guido Ferrarini and Eddy Wymeersch (eds), *Investor Protection in Europe – Corporate Law Making, the MiFiD and Beyond*, Oxford University Press, 2006, str. 400.

⁷ Directive 2010/73/EU of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 amending Directives 2003/71/EC on the prospectus to be published when securities are offered to the public or admitted to trading and 2004/109/EC on the harmonization of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market.

s drugim prospektima koji se odnose na slične proizvode.⁸ Naime, dužina i složenost prospekta razlog su zbog čega skraćeni prospekt predstavlja glavni izvor ključnih informacija za male investitore. Osim toga, često je skraćeni prospekt jedini dokument koji se prevodi na jezik države domaćina. U cilju bolje zaštite investitora, Regulativa o prospektu koja je stupila na snagu 1. jula 2012.⁹ detaljnije reguliše skraćeni prospekt u Aneksu XXII. Aneksom je predviđeno da svaki skraćeni prospekt mora da sadrži pet delova, i to: deo A (uvod i upozorenja), deo B (emitent i garant), deo C (hartije od vrednosti), deo D (rizici) i deo E (ponuda). Redosled navedenih delova skraćenog prospekta, takođe se mora poštovati. Razlog ovakve forme i sadržine skraćenog prospekta ogleda se u želji da se obezbedi uporedivost podataka, jasnoća i preciznost. Predviđeno je i da dužina skraćenog prospekta ne može da bude duža od 7% dužine prospekta, odnosno od 15 strana, u zavisnosti od toga šta je duže. Naročito je važno i to što će emitent biti odgovoran ne samo za pogrešne i nekompletne podatke u prospektu, već i ukoliko se u prospektu ne nalaze "ključne informacije" koje će investitoru pomoći da donese investicionu odluku.

Razlike i nekonzistentnost u pogledu obelodanjivanja podataka između država članica, problem uporedivosti skraćenih prospekata, doprineli su nedovoljnom stepenu razumljivosti, nejasnoći i teškoćama u poređenju obelodanjenih podataka, što je vodilo gubitku poverenja investitora i neefikasnoj zaštiti investitora. Istovremeno, to je dovelo do prepreka u pogledu prekogranične ponude i dalje integracije tržišta. Pomenuta Regulativa o prospektu, takođe, koja kao cilj ima bolju zaštitu investitora, jasnije propise i smanjenje administrativnih troškova, doprinosi da se otklone problemi koji su prethodno izneti.

Izveštaji o obavljenim transakcijama su ključni element za sprovođenje kontrole i nadzora za eventualno identifikovanje rizika na finansijskom tržištu. Mi-FiD zahteva da nadzorni organ države sedišta kompanije koja je emitovala hartije od vrednosti, bude obavešten o svim transakcijama u vezi s finansijskim instrumentima kojima se trguje na regulisanom tržištu. Sada Komisija zahteva da se ovo izveštavanje proširi, u skladu s Direktivom o zloupotrebama na tržištu, analizira se sadržina izveštaja, ko donosi odluke o investiranju i sl. Cilj Komisije je da eliminiše razlike između država u pogledu toga koje transakcije su predmet izveštavanja (razlike u pogledu sadržaja izveštaja) i smanji troškove. S tim u vezi, cilj je uvođenje jedinstvenog izveštaja o izvršenim transakcijama (u standardizovanoj formi) na nivou EU.

⁸ Tačka 15 preambule Direktive o prospektu.

⁹ Commission Delegated Regulation (EU), No 486/2012 of 30 March 2012 amending Regulation (EC) No 809/2004 as regards the format and the content of the prospectus, the base prospectus, the summary and the final terms and as regards the disclosure requirements.

Pretpostavka je da se investitori ponašaju racionalno, a tu pretpostavku potvrđuje činjenica što uzimaju u obzir sve raspoložive informacije kako bi doneli optimalnu odluku. Zapravo, njihova odluka reflektuje sve informacije koje su im bile dostupne. Polazeći od “*bitter lemon*” paradigme Džordža Akerlofa (*George Akerlof*), informaciona asimetrija dovodi do neefikasnosti na tržištu. Budući da im nedostaju sve neophodne informacije, kupci, tj. investitori nisu u stanju da procene kvalitet proizvoda, pa kupuju manje kvalitetne proizvode, a prodavci visokokvalitetnih proizvoda trpe štetu zbog informacione asimetrije.¹⁰ Posledica neracionalnog ponašanja investitora je da ih tržište može eliminisati.

Iz tog razloga, adekvatna regulativa finansijskog tržišta ima izuzetan značaj jer može doprineti eliminisanju informacione asimetrije i na taj način zaštititi investitore. Činjenica je da su profesionalni investitori ipak u boljoj poziciji budući da imaju znanje i iskustvo u vezi sa investiranjem, tj. prilikom analize dobijenih informacija i podataka. Takvo znanje i iskustvo nedostaje malim investitorima.¹¹ U članu 21 (6) MiFiD-a predviđeno je da će u cilju zaštite investitora i dobrog funkcionisanja tržišta, Komisija preduzeti određene mere i to: kriterijume za utvrđivanje važnosti različitih faktora koji mogu biti uzeti u obzir da bi se sprovelo “najbolje izvršenje”, polazeći od vrste i veličine naloga, kao i od toga da li je u pitanju mali ili profesionalni klijent; faktora koji mogu biti uzeti u obzir od strane investicionog društva kada se vrši ponovna analiza sporazuma o izvršenju kao i okolnosti koje mogu uticati na promenu sporazuma o izvršenju; mere koje se tiču obima i prirode informacija koje se pružaju klijentima radi izvršenja naloga.

Šta se podrazumeva pod pojmom “profesionalni klijent” i ko se može naći u toj ulozi, definisano je u Aneksu II MiFiD-a. Profesionalni su oni klijenti koji imaju potrebna znanja o investiranju u finansijske instrumente, donose sami odluke o investiranju i svesni su rizika koje nose njihove investicije.¹² Mali klijen-

¹⁰ G. Spindler, *nav. članak*, str. 317.

¹¹ Pažnja na male investitore usmerena je kako bi “otključali” svoje uštedevine i “izneli” ih na tržište. Privatna štednja, prema proceni Evropske komisije, iznosi čak oko 20% BDP (bruto domaćeg proizvoda) EU. Ideja je bila da se sredstvima malih investitora otvore nova radna mesta i stimuliše privredni rast (N. Moloney, *nav. članak*, str. 382). Kako bi se izgradilo poverenje malih investitora doneta je Direktiva o prospektu, kao i UCITS.

¹² To su: investiciona društva i druge ovlašćene finansijske institucije, kompanije za osiguranje, društva za kolektivno investiranje i društva koja njima upravljaju, penzijski fondovi i društva koja njima upravljaju, kao i drugi institucionalni investitori, velike kompanije koje dva od tri pokazatelja – da je u završnom računu iskazan poslovni rezultat od 20.000.000 evra, da je vrednost neto prometa 40.000.000 evra i da poseduju sopstvena sredstva u iznosu od 2.000.000 evra. Zatim, ulogu profesionalnih klijenata mogu imati i nacionalne i regionalne vlade, državni organi koji upravljaju javnim dugom, centralne banke, međunarodne finansijske institucije, kao što su Svetska banka, Međunarodni monetarni fond, Evropska centralna banka, Evropska investiciona banka i druge.

ti su oni koji nemaju takva znanja i kojima je potrebna veća zaštita. Dakle, oni su negativno definisani. Rečeno je šta oni nisu, a ne šta oni jesu, što upućuje na zaključak da u fokusu MiFiD-a nisu mali klijenti, već profesionalni.¹³ Generalno posmatrano, na nivou EU malim investitorima nije poklonjena dovoljna pažnja, što je za rezultat imalo manje integrisano finansijsko tržište za male investitore. Ipak, takva praksa se menja.¹⁴ Nesumnjivo, mali investitori zaslužuju isti nivo zaštite kao i profesionalni u svim državama članicama.

Pored profesionalnih i malih klijenata, MiFiD poznaje još jednu kategoriju klijenata. To je podvrsta kategorije profesionalnih klijenata (*eligible counterparty*). Ko se može naći u ulozi *eligible counterparty*, određeno je u članu 24 MiFiD-a (investiciona društva i kreditne institucije, kompanije za osiguranje, društva za kolektivno investiranje i društva koja njima upravljaju, penzijski fondovi i društva koja njima upravljaju, druge finansijske institucije koje imaju dozvolu za rad, nacionalne vlade, organi koji upravljaju javnim dugom, kao i centralne banke i nadnacionalne organizacije).

Ovakva klasifikacija klijenata postoji i u nemačkom zakonodavstvu, tačnije u Zakonu o trgovini hartijama od vrednosti.¹⁵ U tom smislu, investiciona društva su, slično kao i u MiFiD-u obvezna da prikupe relevantne informacije o klijentima, o njihovom znanju, iskustvu u transakcijama sa sličnim finansijskim investitorima (u skladu s principom “upoznaj svog klijenta”), ciljevima klijenta i finansijskim okolnostima. Ipak, zbog nepoštovanja obaveze da se klijentu saopšte sve relevantne informacije pre zaključenja ugovora, mogu nastati i sporovi. Nemačka sudska praksa prepuna je slučajeva koji se odnose na izvršavanje predugovornih obaveza u sektoru finansijskih usluga, posebno kada banka prodaje finansijske proizvode klijentima. U jednom od poznatijih slučajeva *Bond*, Vrhovni savezni sud je u presudi istakao da svaka banka mora da utvrdi investicione ciljeve svojih klijenata, da ustanovi njihovu spremnost da prihvate rizik, stručno znanje klijenta u vezi s finansijskim proizvodom koji prodaje. Sve to banka mora da utvrdi pre nego što dođe do prodaje. Sudska praksa govori da sudovi nastoje u svim spornim slučajevima dobro da razjasne uslove koji se odnose na klijenta i njegovu dobru informisanost. U jednom od slučajeva, sud je konstatovao da je obaveza investicionog društva da klijenta informiše o svim okolnostima koji mogu biti od uticaja na investiciju, pri čemu se misli ne samo na opštu ekonom-

¹³ Jasmina Labudović-Stanković, *Finansijska tržišta Evrope – pregled i analiza*, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2012, str. 35.

¹⁴ Olha Cherednychenko, “The Regulation of Retail Investment Services in the EU: Towards to Improvement Investors Rights?”, *Journal of Consumer Policy*, Vol 33, No 4, 2010, str. 404.

¹⁵ G. Spindler, *nav. članak*, str. 320.

sku situaciju, već i na posebne rizike koji se direktno odnose na investiciju.¹⁶ Posebno je zanimljivo i to što je Savezni sud u odluci iz 2009. godine naveo da su investiciona društva obavezna da informišu klijente i o provizijama koje dobijaju od treće strane, tj. od kompanije čije proizvode prodaju. Zapravo, pošlo se od pretpostavke da oštećeni investitor ne bi investirao da mu je pružalac investicione usluge saopštio prave informacije o isplaćenim provizijama. Ovakav stav suda se tretira kao pravilo u svim slučajevima kada pružalac investicione usluge (investicioni savetnik) propusti da informiše potencijalnog klijenta.¹⁷ U mnogim slučajevima sud je utvrdio nemarnost bankarskih agenata. Ukoliko nije ispunjena obaveza obelodanjivanja podataka o provizijama, finansijski posrednici su obavezni da isplate naknadu štete oštećenoj strani. Analiza sudskih presuda dovodi do zaključka da sudovi podržavaju tradicionalni pristup racionalnog ponašanja klijenata (investitora).¹⁸ Ipak, pitanje, koje se nameće s druge strane je: Da li bi se investitori uzdržali od ulaganja da su im saopštene sve informacije, nezavisno od rizika koji takvo ulaganje nosi?

Nezavisno od toga što regulativa nastoji da što bolje zaštiti investitore i u tom smislu može detaljno propisati obavezu informisanja potencijalnih investitora, činjenica je da u nekim slučajevima investitori neće moći da shvate, kvalitet, značenje i pravi smisao mnogih informacija. To, pre svega, važi za investitore koji nisu profesionalni. Oni nemaju dovoljno znanja i iskustva u pogledu investiranja i često zanemaruju informacije koje su složene jer ih ne razumeju. Posledica velike složenosti finansijskih proizvoda koji se nude i nemogućnosti investitora da ih razumeju manifestuje se kao pokušaj investicionih društava da veštački ublaže kompleksnost, kako bi ipak prodali finansijski proizvod klijentima.

Iz ugla bihejviorističke ekonomije, opasnost za investitore može biti prouzrokovana činjenicom da imaju previše samopouzdanja, tj. sasvim dovoljno znanja i iskustva i da im nije potrebna stručna pomoć u analizi informacija, posebno ako uz to postoje i optimistične prognoze rejting agencija. Nažalost, tokom protekle finansijske krize mnoge rejting agencije su davale isuviše optimistične (nerealne) prognoze, što je mnogim kompanijama prouzrokovalo velike gubitke, ali je dovelo i do propasti mnogih kompanija.¹⁹

¹⁶ *Isto*, str. 321.

¹⁷ O. Cherednychenko, *nav. članak*, str. 415.

¹⁸ G. Spindler, *nav. članak*, str. 331.

¹⁹ Zanimljivo je shvatanje koje polazi od činjenice da se većina proizvoda stavlja u promet nakon testiranja, dok to nije moguće sprovesti kada je reč o finansijskim proizvodima. Ipak, kod finansijskih proizvoda testiranje se može sprovesti u odnosu na sistemski rizik, što neki investitori, pa čak i profesionalni, teško mogu razumeti i proceniti rizik. Ovo "testiranje" može imati i oblik davanja

Kako bi vratila poverenje investitora, Evropska komisija nastoji da proširi primenu MiFiD-a na veći broj kompanija, finansijskih proizvoda i usluga. Fokus je na kvalitetu saveta, informacija i usluga koji se pružaju klijentu, zaštiti klijentove aktive, poštovanju principa “najboljeg izvršenja” naloga klijenta. Jedan od predloga MiFiD-a II odnosi se i na proširenje MiFiD-a na tzv. “zapakovane” male investicione proizvode (“*packaged*” *retail investment products – PRIPs*).

Dobra obaveštenost utiče na smanjenje rizika investitora. Zato je važno da postoji transparentnost o kojoj će biti više reči kasnije. Stvaranje jedinstvenog tržišta uticalo je na povećan rizik svih investitora, a posebno malih usled neprimenjivanja domaćih propisa o kontroli i zaštiti investitora, odnosno primenjivanja novih, nadnacionalnih.²⁰

NEDOSTACI MiFiD-a U POGLEDU PRAVNE ZAŠTITE INVESTITORA

Iako su pravila MiFiD-a o poslovanju koja se tiču obaveza pružalaca investicionih usluga u odnosu prema klijentu obavezujućeg karaktera, ipak ta pravila ne regulišu privatno-pravne odnose između ovih subjekata i nisu pisana iz ugla privatnog prava.²¹ U slučaju da ove obaveze budu prekršene, MiFiD ne sadrži odredbe o pravu malog investitora da preduzme određene mere protiv pružao- ca investicionih usluga. Jedini izuzetak predstavljaju članovi 52(2b) i 53 MiFiD-a. Članom 52(2b) predviđeno je pravo podnošenja tužbe sudu ili nadležnom uprav- nom organu od strane jednog ili više nacionalnih tela (državni organi ili njihovi predstavnici, organizacije potrošača i profesionalne organizacije) kako bi se za- šttila prava potrošača. Članom 53 Direktive predviđena je mogućnost rešavanja sporova u vezi s pružanjem investicionih usluga mimo suda.²²

nja saveta investitorima i instrukcija, posebno u pogledu jasnoće, razumljivosti, nivoa transparentnosti i sl. (G. Spindler, nav. članak, str. 329).

²⁰ Niamh Moloney, “Investor Protection and the Treaty: an Uneasy Relationship”, (in:) Guido Ferrarini, Klaus J. Hopt, Eddy Wymeersch (ed.), *Capital Markets in the Age of the Euro – cross border transactions, listed companies and regulation*, Kluwer Law International, The Hague, London, New York, 2002, стр. 19–20.

²¹ O. Cherednychenko, *nav. članak*, str. 408. Ipak, neke druge direktive kao što su Direktiva o pravima potrošača, Direktiva o potrošačkom kreditu, Direktiva o marketingu na daljinu potrošača finansijskih usluga i Direktiva o uslugama plaćanja, sadrže ugovorna pravila i regulišu privatno-pravni odnos potrošača i pružalaca usluga.

²² Vansudsko rešavanje sporova predviđeno je i u predlogu MiFiD-a II (čl. 80). Inače, rešavanje sporova mimo suda predstavlja uobičajen alternativni model rešavanja sporova u domenu zaštite potrošača, što proizilazi iz preporuka Saveta Evrope i direktiva Evropske Unije (Gordana

Prethodno pomenuto zaslužuje određeni komentar. MiFiD, kao i Direktiva o investicionim uslugama koja je prethodila MiFiD-u, počiva na pravilima javnog prava koja se tiču zaštite investitora, što je potvrda nastojanja da se obezbedi efikasan sistem nadzora i kontrole. Na pružaoca investicionih usluga koji ne bi ispunio obavezujuća pravila koja se odnose na poslovanje, bile bi primenjene administrativne sankcije predviđene članom 51 MiFiD-a. Dalji problem odnosi se na činjenicu da države članice takva pravila MiFiD-a nisu implementirale u građanski kodeks, odnosno u zakone o zaštiti potrošača, već u zakone koji se tiču nadzora nad finansijskim institucijama.²³ Naravno, suštinsko je pitanje da li ta pravila javnog prava daju mogućnost malim investitorima da se na njih direktno pozovu? Budući da nema jasnog odgovora na ovo pitanje u MiFiD-u, postoje razlike među državama članicama (različiti stavovi) u pogledu toga kako mali investitori da zaštite svoja prava. Postoje autori koji zastupaju stav da je moguće direktno pozivanje na pravila sadržana u MiFiD-u. Zapravo, iako su ta pravila javno-pravnog karaktera, investitori imaju mogućnost da se direktno na njih pozovu u zaštiti svojih prava.

Pravni sistemi država članica EU se razlikuju po tome da li pravila koja se tiču nadzora imaju direktan efekat na privatno pravo. Najjednostavniji odgovor daje pravni sistem Velike Britanije gde je moguće da oni koji su pretrpeli gubitke zbog investicionog društva ili kreditne institucije mogu direktno da se pozovu na odredbe MiFiD-a.²⁴ Međutim, u Nemačkoj i Holandiji nije moguće da se oštećena strana, tj. mali investitor direktno pozove na pravila MiFiD-a jer ona ne proizvode direktno dejstvo na odnose između pružaoca investicionih usluga i klijenta.²⁵ Praktično, to pitanje zavisi od države do države.

Jedno od glavnih obeležja regulative finansijskih tržišta EU je što je fokusirana na obaveze pružaoca finansijskih usluga i odsustvo sistema odgovornosti.²⁶ Kritika stručne javnosti u pogledu važećih propisa koji regulišu finansijsko tržište, tj. MiFiD-a ogleda se i u tome što Direktivom nije predviđena obaveza klijenta da analizira informacije koje je dobio od pružaoca investicionih usluga, tj. investicionog društva, budući da bi takva obaveza bila potpuno odgovarajuća obavezi pružaoca usluge da informiše klijenta. Upravo zbog činjenice da kršenje pravila po-

Stanković, "Pravna zaštita i ostvarivanje prava i interesa korisnika finansijskih usluga", U: Miodrag Mićović (ur.), *XXI vek – vek usluga i uslužnog prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Kragujevac, 2011, str. 868-869.

²³ O. Cherednychenko, *nav. članak*, str. 409.

²⁴ *Isto*, str. 410.

²⁵ *Isto* str. 410.

²⁶ *Isto*, str. 416.

slovanja od strane investicionih društava, odnosno kreditnih institucija ne dovodi automatski do odgovornosti u smislu privatnog prava, nije sasvim jasno kakvi će biti efekti proširenja MiFiD-a na “zapakovane” male investicione proizvode,²⁷ tj. kako će oštećeni mali investitor moći da ostvari pravo na naknadu štete. To govori o nedovoljnoj zaštiti koja se pruža investitorima. Praktično, ako se finansijska regulativa EU i dalje bude fokusirala samo na efikasniji nadzor, zaštita investitora ostaje u domenu i zavisi od privatnog prava država članica.

TRANSPARENTNOST

Kada je reč o transparentnosti, razlikuje se transparentnost pre i posle obavljene trgovine (*pre-trade and post-trade transparency*). Jedna bez druge nije dovoljna za efikasnu zaštitu investitora. Najjednostavnije rečeno, transparentnost pre trgovanja odnosi se na to ko želi da trguje, čime i po kojoj ceni, a transparentnost posle trgovanja podrazumeva podatke o tome ko je trgovao, čime i po kojoj ceni.²⁸ Shodno shvatanju Evropske komisije, transparentnost je osnovni element za adekvatno formiranje cena i realizaciju principa “najboljeg izvršenja”, naročito kada je reč o malim investitorima.²⁹ Transparentnost može biti potpuna i delimična. Potpuna obuhvata transparentnost pre i posle izvršene transakcije. Odnosi se na cene po kojima je izvršena transakcija, a koje su pristupačne svim ili jednom delu tržišnih učesnika. Delimična transparentnost se odnosi samo na transparentnost posle izvršenih transakcija. Konkretno, obuhvata cene izvršenih transakcija poznate samo određenom broju tržišnih učesnika.³⁰

U cilju ostvarivanja transparentnosti i očuvanja integriteta tržišta, član 25 MiFiD-a predviđa da investiciono društvo stavi na raspolaganje podatke o obav-

²⁷ Isto, str. 417.

²⁸ Obaveza informisanja klijenata nije karakteristična samo za MiFiD. Naprotiv, obaveza prethodnog informisanja klijenata predviđena je Direktivom o posredovanju u osiguranju (*Directive on Insurance Mediation*) koja predviđa da posrednici u osiguranju treba buduće klijente da upoznaju s mnogim informacijama pre zaključenja ugovora, kao što su: podaci o identitetu, adresi, sedištu i registraciji, učešću posrednika u kapitalu kompanije za osiguranje čije proizvode nudi, da li je u ugovornom odnosu s jednim ili više osiguravača (Član 12(1) Direktive o posrednicima u osiguranju (Directive 2002/92/EC of the European Parliament and of the Council of 9 December 2002 on insurance mediation, OJ EU L 009). Podaci se moraju dostaviti u pismenoj formi ili na nekom trajnom nosaču podataka, moraju biti jasni i razumljivi potrošačima i na službenom jeziku države članice u kojoj se nudi osiguranje, odnosno na drugom jeziku, ako su se tako sporazumele ugovorne strane.

²⁹ Paolo Paesani, Gustavo Piga, “Transparency in the European Bond Market”, *Transition Studies Review*, Vol 14, No 1, 2007, str. 4.

³⁰ P. Paesani, G. Piga, *nav. članak*, str. 5.

ljenim transakcijama s finansijskim instrumentima, nezavisno da li su transakcije izvršene za račun društva ili klijenta. Podaci o izvršenim transakcijama čuvaju se za poslednjih pet godina. Detalji o obavljenim transakcijama treba da se objave u što kraćem roku, a najkasnije do kraja narednog radnog dana. U izveštaju će biti navedeno koji su finansijski instrumenti u pitanju, broj kupljenih i prodanih finansijskih instrumenata, cene po kojima su obavljene sve transakcije, vreme i datum obavljene transakcije.

Obelodanjivanje podataka pre obavljene trgovine (transakcije) predviđeno je članovima 29, 44 i 47 MiFiD-a. Tako, regulisana tržišta i multilateralna trgovinska platforma (u daljem tekstu MTP) imaju obavezu da obelodane podatke o ponudi i tražnji na kontinuiranoj osnovi tokom radnih sati, uz određene izuzetke. Takođe, sistematski internalizatori, imaju obavezu obelodanjivanja podataka o ponudi i tražnji za akcijama na kontinuiranoj osnovi tokom normalnih radnih sati. Praktično, vreme obelodanjivanja podataka znači da podatke treba učiniti dostupnim javnosti što pre, tj. čim takvi budu dostupni, a osim toga bitno je da budu što bliži realnom vremenu.³¹ Obelodanjivanje podataka posle trgovanja predviđeno je članovima 30, 45 i 28 MiFiD-a. Tako, propisano je da će regulisana tržišta i MTP objaviti podatke o ceni, obimu trgovine i vremenu kada su izvršene transakcije. Takođe, propisana je obaveza investicionih društava koja trguju akcijama za sopstveni račun, kao i za račun klijenata van regulisanog tržišta i MTP-a, da objave podatke o obimu trgovine, ceni i vremenu izvršenih transakcija. I ovde je za obelodanjivanje podataka bitno vreme. Naime, praksa pokazuje da između država članica ima razlika u pogledu toga kada se smatra da je posao sklopljen, tj. kada je postignut dogovor o trgovini. Tako, u nekim državama smatra se da je to momenat kada je postignut dogovor o ceni i obimu trgovine između kupca i prodavca. Takođe, moguće je da se kao momenat postignutog dogovora o trgovini smatra momenta kada je došlo do uparivanja naloga, odnosno potvrđivanja dogovora o trgovini.³²

Praksa je pokazala da obaveza objavljivanja podataka o transakcijama često nije poštovana. Naime, MiFiD dozvoljava u određenim slučajevima i uz posebnu dozvolu, trgovanje velikim blokovima akcija bez otkrivanja cene transakcije do njenog izvršenja.³³ Razlog neobjavljivanja leži u izbegavanju uticaja na tržište, tj. cene. Nepostojanje podataka o trgovanju stvara i problem nemoguć-

³¹ Giulia Gobbo, "MiFiDs Systematic Internalisation: the Efficiency Debate and the Future of the European Financial Markets", *European Business Law Review*, Ol 20, Issue 1, February 2009, str. 78.

³² *Isto*, str. 79.

³³ Ivana Bajakić, "Revizija MiFiD-a: nova regulacija *Dark-pool* sustava", *Pravo u gospodarstvu*, Vol 49, br. 2, 2010, str. 541.

nosti ostvarivanja principa najpovoljnijeg izvršenja naloga klijenta, što dovodi u pitanje zaštitu interesa investitora. Osnovni preduslov za realizaciju principa najpovoljnijeg izvršenja je raspoloživost informacija, a neobjavlivanjem podataka otvara se i prostor za zloupotrebe na tržištu.³⁴ Brojni izuzeci od neobjavljivanja podataka ne samo da su doprineli niskom stepenu transparentnosti, nego su umanjili i likvidnost sistematskih internalizatora.³⁵ Uostalom, transparentnost je trebalo da bude "lek" za ukidanje principa koncentracije, tj. monopola berzama koju je doneo MiFiD.

U pogledu bolje zaštite investitora MiFiD II sadrži izvesne novine u pogledu informisanja klijenata. U tom smislu treba pomenuti član 24(3) Predloga MiFiD-a Saveta EU.³⁶ Tako, predviđeno je da će investiciono društvo morati određene informacije o investicionom društvu i njegovim uslugama da saopšti klijentu ili potencijalnom klijentu i to pre pružanja investicionog saveta. Tako, investiciono društvo će morati da obelodani: da li je savet dat nepristrasno ili nije; da li je savet pružen na osnovu detaljne ili površne analize tržišta; da li će investiciono društvo obezbediti klijentu periodične procene o tome da li predloženi finansijski instrument odgovara klijentu; predložene investicione strategije; rizike koje nosi investicija i sl. Novina je i to što cena i pripadajući troškovi uključuju i troškove davanja saveta, ali i kako će klijent sve to platiti, a obuhvataju i sva plaćanja od treće strane.

Investiciono društvo treba da izvrši procenu na osnovu dovoljno velikog broja finansijskih instrumenata dostupnih na tržištu. Takvi finansijski instrumenti treba da budu dovoljno diverzifikovani (različiti), imajući u vidu vrstu instrumenata i njihove emitente. S tim u vezi, investiciono društvo ne bi trebalo da bude ograničeno na finansijske instrumente emitovane od strane investicionog društva koje daje savet, odnosno od subjekata koji imaju bliske veze (koji su tesno povezani) sa investicionim društvom ili bilo kakve druge jače veze, kao npr. ugovorni odnosi sa investicionim društvom, što može potencijalno ugroziti nezavisnost (nepristrasnost) prilikom pružanja investicionih saveta. Važno je dodati i to da kada daje investicione savete, investiciono društvo neće prihvatiti niti zadržati provizije, naknadu ili druge novčane i nenovčane koristi plaćene od strane

³⁴ Jasmina Labudović-Stanković, "Neke dileme u vezi sa novim Zakonom o tržištu kapitala", *Pravo i privreda*, br. 4-6, 2012, str. 369.

³⁵ Guido Ferrarini, Fabio Recine, "The MiFiD and Intenalization", In: Guido Ferrarini and Eddy Wymeersch (eds), *Investor Protection in Europe – Corporate Law Making, the MiFiD and Beyond*, Oxford University Press, 2006, str. 239.

³⁶ Council of the European Union, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on markets in financial instruments repealing Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council (Recast)* – Presidency compromise, Brussels, 20 June 2012.

trećeg ili lica koje radi u ime treće strane čije usluge pruža klijentu. Ovo poslednje važi i kada je reč o uslugama upravljanja portfoliom. Predloženo je uvođenje posebne obaveze informisanja u odnosu na složene proizvode (paket proizvode – član 24(7) MiFiD-a II). Da bi klijentu (investitoru) bili pruženi najadekvatniji finansijski instrumenti, investiciono društvo se mora upoznati sa svojim klijentom, tj. njegovim znanjem i iskustvom u pogledu investiranja. Ukoliko klijent ne pruži uopšte ili ne pruži dovoljno podataka, investiciono društvo će ga upozoriti da neće biti u mogućnosti da ga uputi na odgovarajući investicioni proizvod. Upozorenje se izdaje u standardizovanoj pismenoj formi. Zanimljivo je da pre nego što bude izvršena transakcija, investiciono društvo će u pisanoj formi (izveštaju) navesti da dati investiciona savet odgovara ličnim karakteristikama malog klijenta (član 25 (5) predloga MiFiD-a II).

Poznato je da je jedan od osnovnih principa na kojima počiva MiFiD izvršavanje naloga na najbolji način za klijenta. Novina Predloga MiFiD-a II je uvođenje dodatnog informisanja u odnosu na izvršenje naloga (član 27(4) i (5) MiFiD-a II). Tako, moraju se saopštiti informacije o trgovinskoj platformi na kojoj će nalozi biti izvršeni i faktorima koji utiču na izbor platforme. Osim toga, klijentu se mora saopštiti kako je došlo do izvršenja naloga, ali na način koji je razumljiv klijentu. Pre nego što dođe do izvršenja, neophodno je da postoji pristanak klijenta. Zanimljivo je da će države članice zahtevati od investicionog društva koje radi u ime klijenta da objavi godišnji izveštaj o pet najboljih izvršenja naloga u protekloj godini.

Teorija je ispitivala uticaj transparentnosti na likvidnost, transakcione troškove, brzinu kojom cene reaguju na nove informacije, ali i podsticaj da veći broj učesnika učestvuje na tržištu. Dok u pogledu veće likvidnosti i smanjenja transakcionih troškova gotovo da nema sumnje, razlike u stavovima su prisutne u pogledu uticaja transparentnosti na podsticanje većeg broja investitora da učestvuju na tržištu.³⁷ Naime, postoje stavovi da transparentnost podstiče učešće većeg broja investitora jer na taj način mogu da ostvare najpovoljniju cenu, što naročito pogoduje malim investitorima. S druge strane, ima i stavova koji negiraju prethodno rečeno. Nezavisno od teorijskih stavova, činjenica je da transparentnost ima izuzetno važan značaj u zaštiti investitora i zato izmene MiFiD-a idu u smeru poboljšanja pravila koja regulišu ova pitanja.

Predlog izmene MiFiD-a predviđa da će se ista pravila u pogledu transparentnosti pre i posle obavljene trgovine, odnositi i na regulisano tržište, MTP i OTF (*organized trade facilities*).³⁸ Osim toga, vrlo je važno što se predlog odnosi

³⁷ P. Paesani, G. Piga, *nav. članak*, str. 12.

³⁸ Evropska komisija je predložila uvođenje još jedne trgovinske platforme – organizovane trgovinske platforma (OTP) na kojoj se uparuju nalozi za kupovinu i prodaju finansijskih instru-

na to da pravila o transparentnosti važe za različite vrste finansijskih instrumenata (akcije, obveznice, derivate), ali i različite vrste trgovine, tj. i na trgovinu nalozi- ma (aukcijsko trgovanje) i na trgovinu baziranu na sistemu kvota (posrednička ili dilerska trgovina). U pogledu transparentnosti, MiFiD je u svom fokusu imao pre svega, tržište akcija. Obelodanjivanje podataka pre trgovine nije se odnosilo na tržište obveznica, već isključivo na tržište akcija što je veliki nedostatak MiFiD-a.³⁹ Evropska centralna banka je zagovarala argument, i pre donošenja MiFiD-a, da odredbe u pogledu transparentnosti (pre i posle trgovanja) treba da se odnose i na tržište obveznica.⁴⁰ Treba podsetiti da je Evropska komisija članom 65 (1) MiFiD-a predvidela da će u svom izveštaju, i pre nego što prođe dve godine od primene MiFiD-a, sačiniti izveštaj i predlog o proširenju odredbi o transparentnosti pre i posle obavljene trgovine i na ostale finansijske instrumente. Komisija je to i učinila aprila 2008. Izveštaj je podnet Evropskom parlamentu i Savetu EU u kome je, između ostalog, apostrofirana važnost *post-trade* transparentnosti u odnosu na tržište obveznica.

Osnovni argumenti koji su korišćeni za obrazloženje stava da MiFiD nije predvideo zahtev u pogledu obelodanjivanja podataka nakon obavljene transakcije u odnosu na tržište obveznica su različiti nivoi likvidnosti i trgovine na tržištima (to je uzrok i različitog nivoa transparentnosti), ali i da na tržištu obveznica učestvuju mali broj malih investitora.⁴¹

ZAKLJUČAK

Nedostaci za MiFiD-a bili su povod za njegove izmene. Nedovoljna transparentnost jedno je od glavnih obeležja MiFiD-a. Budući da se nije odnosila na sve finansijske instrumente, već pre svega, na akcije, jedna od ključnih izmena MiFiD-a ide u smeru proširivanja dometa transparentnosti, kako bi se obezbedila efikasnija zaštita investitora. Uz to, tendencija je da se ujednači sadržina izveštaja o obavljenim transakcijama. U kontekstu novih predloga, treba pomenuti i proširenje MiFiD-a na tzv. "zapakovane" male investicione proizvode.

menata. OTP se odnosi i na bilateralne i multilateralne trgovinske sisteme. OTP obuhvata brokerski unakrsni sistem trgovanja i elektronske platforme za trgovinu OTC derivatima. Predviđeno je da OTP ima diskreciono pravo da odluči kako će biti izvršena transakcija i može ograničiti pristup klijentima s kojima ne želi da trguje.

³⁹ Praksa je pokazala da je transparentnost na tržištu obveznica EU vrlo neujednačena – negde je na vrlo visokom nivou, a negde na vrlo niskom.

⁴⁰ G. Ferrarini, F. Recine, *nav. članak*, str. 265.

⁴¹ P. Paesani, G. Piga, *nav. članak*, str. 5.

MiFiD II bi trebalo da se usvoji do kraja 2012. godine, a njegova primena se ne očekuje pre 2015. Dok se MiFiD II ne usvoji, odnosno dok se ne počne s njegovom primenom, primenjivaće se i dalje MiFiD. Od izmenjene Direktive, stručna javnost očekuje poboljšanja, s tim što će praksa najbolje pokazati kakvi su pravi efekti novih rešenja.

JASMINA LABUDOVIĆ STANKOVIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law, Kragujevac

THE PROBLEMS OF INVESTOR PROTECTION IN EU

Summary

Disadvantages of MiFID were the reason for its change. Lack of transparency is one of the main features of a MiFID. Since that transparency did not apply to all financial instruments, but mainly to the shares, one of the key changes MiFID goes in the direction of extending the range of transparency, to ensure the effective protection of investors. In addition, the tendency is to equalize the contents of the report on completed transactions. In the context of the new proposals, we should mention the extension of MiFID on the so-called „packaged“ retail investment products (PRIPs).

MiFID II should be adopted by the end of 2012., and its use is not expected before the 2015th. MiFiD will apply until is adopted MiFID II, or until it starts with its application. Experts expected improvements from MiFiD II, but the practice will show what the real effects of new solutions.

MIJAT JOCOVIĆ

NUŽNOST REFORME KOMPANIJSKOG ZAKONODAVSTVA KAO PRETPOSTAVKA UNAPREĐENJA KONKURENTNOSTI PRIVREDE CRNE GORE

U V O D

Smjenjivanje perioda ubrzanog ekonomskog rasta i velikih kriza na globalnom, regionalnom i nacionalnom nivou u posljednjoj deceniji, opet je otvorilo debatu o pitanju kvaliteta pravne regulative. Bez sumnje, aktuelna ekonomska kriza potvrdila je značaj kvaliteta prava i pokazala besmislenost procesa gomilanja pravnih propisa.¹ Navedena činjenica bila je posebno vidljiva u kompanijskom pravu, jer su posljedice krize značajno ugrozile interese akcionara, članova društava sa ograničenom odgovornošću, komplementara i ostalih pravnih subjekata koji se bave privrednom djelatnošću. Nažalost, u kompanijskim zakonima, ni u cijelom pravnom sistemu, nijesu u dovoljnoj mjeri pronalazeni mehanizmi za pravnu zaštitu njihovih interesa. Posljedice se i danas osjećaju – smanjenja privredna aktivnost, ekonomska recesija, gubitak radnih mjesta, pad životnog standarda i sl.

Crna Gora, kao i ostale zemlje u regionu, nalazi se u posebnom položaju. S jedne strane, postoji obaveza harmonizacije sa pravom Evropske unije (u dalje

Dr Mijat Jocić, docent Ekonomskog fakulteta u Podgorici, Univerzitet Crne Gore.

¹ O ovom pitanju vidjeti detaljnije: Mirko Vasiljević, "Zakoni i privreda", *Pravo i privreda*, br. 4-6/2012., str. 13–34.

tekstu: EU). Sa druge strane, postoji i jasna potreba da se posveti pažnja kapacitetu i stepenu razvoja sopstevnog pravnog sistema i privrednim subjektima koji posluju u njegovom okviru. Ovaj rad se zasniva na dvije polazne hipoteze.

Prva hipoteza rada je da i od kvaliteta kompanijskog zakonodavstva u značajnoj mjeri zavisi konkurentnost nacionalne privrede. Zbog toga bi u budućem periodu trebalo posvetiti pažnju kvalitetu prava, kako se ne bi ponovile greške iz bliske prošlosti.

Druga hipoteza je da je u Crnoj Gori pažnja više okrenuta prema usklađivanju sa pravom EU, a da su zanemareni specifičnosti i kapaciteti sopstvenog pravnog sistema. Jedna od posljedica ovakvog stanja je i smanjena konkurentnost privrede. Do kreatora zakona u Crnoj Gori još nije došao stav o promjeni karaktera kompanijske regulative, koju još od 2002. godine promovise Evropska komisija preko Visoke grupe eksperata za reformu kompanijskog prava EU.²

Najznačajnija poruka u komunikaciji sa EU u vezi kompanijskog prava u posljednjoj deceniji bila je pametna regulacija (engl. *smart regulation*) i posebno od 2008. godine razvijanje strateškog plana za eliminisanje administrativnih barijera. Glavni cilj bio je povećanje konkurentnosti ekonomije EU kroz reformu kompanijskog prava.

Sa Agendom bolje regulacije (engl. *Better regulation agenda*) očekuje se da zemlje članice započnu proces koji će se sastojati ne samo od stvaranja pravila, već i od njihove odgovarajuće primjene.³ Opravdanje za navedenu akciju nalazi se u činjenici složenosti i prenormiranosti regulatornog okvira koji predstavlja glavni nedostatak konkurentnosti EU – i to ne samo u odnosu na kompanije iz Sjedinjenih Američkih Država, već i u odnosu na zemlje u razvoju.⁴ U aprilu 2005. godine Evropska komisija je izdala saopštenje u kojem je objavljeno stvaranje nove radne grupe koja će savjetovati u jačanju akcionarskih prava i modernizaciji kompanijskog prava.⁵ Jedan od glavnih ciljeva plana Evropske komisije je da kroz modernizaciju kompanijskog prava *ojača efikasnost i konkurentnost biznisa*.

² Vidjeti detaljnije: Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, Brisel, 2002. Dokument je dostupan na internet adresi: <http://ec.europa.eu>.

³ O ovom procesu i dokumentima koji ga prate vidjeti detaljnije na internet adresi: <http://ec.europa.eu>.

⁴ O odnosu konkurentnosti i kompanijskog prava vidjeti detaljnije: Jan Cremers, Elmin Wolters, EU and national company law – fixation on attractiveness, ETUI aisibl, Brisel, 2011, dostupno na internet adresi: <http://www.uva-aias.net>

⁵ European Commission, Corporate Governance: new group to advise the Commission on strengthening shareholders right and modernizing company law, Brisel, 2005. Detaljnije vidjeti na internet adresi: <http://ec.europa.eu>.

POJAM KONKURENTNOSTI I VEZA
SA KOMPANIJSKIM ZAKONODAVSTVOM

Konkurentnost je jedan od pojmova koji se u posljednjim godinama često upotrebljava od strane ekonomista, političara koji govore o ekonomiji, pravnika i od ostalih članova društvene zajednice koji pokušavaju da razumiju društvenu stvarnost i ekonomiju kao njen značajan dio. I kao po pravilu - bez potpunog razumijevanja njegove sadržine. Za potrebe ovog rada neophodno je dati odgovor na najmanje četiri pitanja. Prvo, šta predstavlja konkurentnost? Drugo, na koga se termin konkurentnost odnosi – isključivo na oblike obavljanja privredne djelatnosti (konkurentnost biznisa) ili se može govoriti i o konkurentnosti države. Treće, da li su konkurentnost i konkurencija sinonimi? Na kraju, kako su povezani konkurentnost nacionalne ekonomije i kompanijsko zakonodavstvo?

U teorijskim i empirijskim analizama koriste se brojne definicije konkurentnosti koje daju institucije i organizacije koje se bave ovom problematikom. Posebno se u istraživanjima i stručnim raspravama respektuju definicije Evropske komisije, Organizacije za ekonomsku saradnju i razvoj, Svjetskog ekonomskog foruma, Instituta za menadžment i razvoj itd. Prema definiciji Organizacije za ekonomsku saradnju i razvoj, konkurentnost je mjera sposobnosti zemlje da u slobodnim i ravnopravnim tržišnim uslovima proizvede robe i usluge koje prolaze test međunarodnog tržišta, uz istovremeno zadržavanje i dugoročno povećanje realnog dohotka stanovništva. Evropske komisija objašnjava konkurentnost kao visok i rastući životni standard država sa niskim nivoima nezaposlenosti na održivoj osnovi. Od 2005. godine Svjetski ekonomski forum (engl. *World Economic Forum*), sprovodi respektabilno istraživanje konkurentnosti na Indeksu globalne konkurentnosti (engl. *Global Competitiveness Index – GCI*) – sveobuhvatnom indeksu koji mjeri mikroekonomske i makroekonomske temelje nacionalne konkurentnosti. Prema definiciji ove organizacije konkurentnost predstavlja skup institucija, politika i faktora koji određuju nivo produktivnosti jedne zemlje.⁶ Dakle, konkurentnost je višedimenzionalan fenomen – nužno prisutan na nivou preduzeća, sektora i države u cjelini. Za kompanije, konkurentnost je sposobnost da se proizvedu proizvodi i usluge efikasnije i efektivnije nego što to rade konkurenti.⁷ Za državu, konkurentnost znači sposobnost građana da dostignu visoke život-

⁶ Nivo produktivnosti, nasuprot tome, postavlja održiv nivo prosperiteta koji može biti stvoren od strane privrede. Drugim riječima, više konkurentna privreda ima tendenciju da može da proizvede viši nivo prihoda za svoje građane. Vidjeti detaljnije na internet adresi: <http://weforum.org>.

⁷ Michael J. Enright, Antonio Frances, "Venezuela: The Challenge of Competitiveness", u: Scott-Saavedra (editor), *The Challenge of Competitiveness in the Modern World Economy*, St. Martin's Press, 1996.

ne standarde.⁸ Na makronivou nacionalna konkurentnost ili konkurentnost zemalja definiše se kao sposobnost zemlje da ostvari privredni rast brži od ostalih zemalja i da poveća blagostanje tako da se njena privredna struktura mijenja i što efikasnije prilagođava kretanju međunarodne razmjene.⁹ Pojmovi konkurencija i konkurentnost nijesu sinonimi, jer konkurencija predstavlja nužan, ali nije dovoljan uslov za poboljšanje nacionalne konkurentnosti.¹⁰ Na kraju, nije teško pronaći vezu između pojma konkurentnosti i kompanijskog zakonodavstva, jer bez kvalitetnog kompanijskog zakonodavstva nema unapređenja konkurentnosti nacionalne privrede. Takođe, indeksi konkurentnosti, kojima se empirijski mjeri konkurentnost nacionalne privrede, u velikom broju elemenata ocjenjuju pitanja kompanijskog zakonodavstva (postojanje formi obavljanja privredne djelatnosti, registracija privrednih subjekata, prava akcionara, stečajno zakonodavstvo i sl.). Na primjer, prema statistikama Svjetskog ekonomskog foruma za 2007. godinu i izračunavanja indeksa globalne konkurentnosti Crna Gora se po prvi put našla na zvaničnoj rang listi sa još 131 zemljom u svijetu.

Prema Indeksu globalne konkurentnosti Svjetskog ekonomskog foruma, u dijelu kojem se mjeri institucionalno okruženje za 2011. godinu Crna Gora zauzima različita mjesta zavisno od kategorije koja je mjerena. U dijelu zaštite prava manjinskih akcionara nalazi se na 42. mjestu, u pogledu snage investicione zaštite zauzima 28. mjesto, dok je u odnosu na efikasnost pravnog okvira na 36. mjestu od 142 države. U oblasti privredne regulative u ovom dijelu najgore je ocijenjeno pitanje snage revizije i standarda izvještavanja gdje se Crna Gora nalazi na 82. mjestu. Prema izvještaju Svjetskog ekonomskog foruma za 2011. godinu Crna Gora se kada je u pitanju Globalni indeks konkurentnosti na 60. mjestu od 142 zemlje, a ukupan rezultat je 4,3 od ukupno 7. Rezultat je popravljen u odnosu na 2007. godinu za 22 pozicija. U najnovijem izvještaju iste organizacije Crna Gora se nalazi na 72. poziciji.¹¹ Takođe, prema Izvještaju o lakoći poslovanja Svjetske banke Crna Gora se nalazi na 71. mjestu od 183 ekonomije koje su predstavljene u istraživanju za 2010. godinu.¹² U kategoriji osnivanje preduzeća za 2010. godi-

⁸ O pojmu konkurentnosti u literaturi vidjeti detaljnije: Nikola Milović, "Konkurentnost i institucionalni okvir za primjenu politike konkurencije u Crnoj Gori", *Ekonomске teme 4 - 2010*, Ekonomski fakultet u Nišu, Niš, 2010, str. 641-645.

⁹ Željko Lovrinčević, Davor Mikulić, Edo Rajh, *Usporedba pokazatelja konkurentnosti hrvatskog gospodarstva - objektivni statistički pokazatelji i subjektivne percpcije*, Mate d.o.o., Zagreb, 2007, str. 83-129.

¹⁰ Detaljnije o definicijama konkurentnosti i vezi sa konkurencijom vidjeti: Mirjana Dragičević, *Konkurentnost - Projekt za Hrvatsku*, Školska knjiga, Zagreb, 2012, str. 12-23.

¹¹ Detaljnije vidjeti na internet adresi: <http://www.weforum.org>.

¹² Svjetska banka u istraživanju i izradi liste jednostavnosti vođenja poslovanja koristi 10 pokazatelja ili faza u ciklusu poslovanja preduzeća: upis ili osnivanje prduzeća, jednostavnost za-

nu Crna Gora se nalazila na 85. mjestu, obzirom da je za osnivanje preduzeća potrebno ispuniti 12 procedura, a ukupno vrijeme potrebno za pokretanje privredne djelatnosti traje 13 dana. Ovo je bio pomak u odnosu na 2009. godinu kada je Crna Gora bila na 107. mjestu. U izvještaju za 2012. godinu Crna Gora se nalazi na 65. mjestu.¹³

Kompanijska regulativa dobija na značaju od vremena ubrzanje industrijalizacije privrede sredinom 19. vijeka. Od tada su kompanijski zakoni postali detaljniji i kompleksniji, pa se u posljednjim decenijama javlja zahtjev da se učine jednostavnijim i tako unaprijede. Prema mišljenju nekih pravnih pisaca ovaj proces se naziva modernizacija.¹⁴ Zahtjevi za modernizaciju kompanijskog prava nalaze se u brojnim zemljama i obično se javljaju u vremenu ekonomskih i socijalnih promjena (ekonomske krize, finansijski skandali, političke promjene i sveobuhvatne reforme i sl.). Za razliku od nekih drugih grana prava, čiji se instituti ne mijenjaju godinama, kompanijsko pravo je podložno promjenama. One nastaju sa jednim krajnjim ciljem – jačanje konkurentnosti nacionalne privrede. Tako se u objašnjenjima razloga za reforme kompanijskog prava u uporednom pravu nalaze brojna obrazloženja koja potvrđuju navedeni stav. U predlogu za reformu kompanijskog prava u Velikoj Britaniji navodi se između ostalog i sljedeće: “Vlada je odlučna da državi treba obezbijediti pravni okvir kompanijskog prava koji promoviše konkurentnost nacionalnih kompanija i tako doprinosi razvoju konkurentnosti države i povećanju prosperiteta”¹⁵ Slično obrazloženje se nalazi i u pravu Australije.¹⁶

pošljavanja ili otpuštanja radnika, opis vlasništva, vrijeme i složenost procedura za dobijanje odobrenja i dozvola, zaštita investitora, plaćanje poreza, dobijanje kredita, složenost spoljnotrgovinskog poslovanja, poštovanje ugovora i zatvaranje preduzeća. Ovi pokazatelji se koriste za analizu poslovnog okruženja u kontekstu administrativnih propisa koji opterećuju poslovanje preduzeća i to prije svega kroz tri aspekta – vremensko trajanje, broj postupaka i neposredni materijalni trošak plaćanja dažbina za svaku od procedura.

¹³ Detaljnije vidjeti na internet adresi: <http://www.doingbusiness.org>.

¹⁴ O ulozi i značaju kompanijskog prava kroz istoriju i u modernom društvu vidjeti detaljnije: Roman Tomasić, “The Modernization of Corporations Law: Corporate Law Reform in Australia and Beyond”, *Australian Journal of Corporate Law*, Vol. 19, No. 1, str. 2–34, 2006. Rad je dostupan na internet adresi: <http://ssrn.com/abstract=143332>.

¹⁵ Vidjeti dokument: A Consultation Document from the Company Law Review Steering Group, *Modern Company Law for a Competitive Economy*, str. 1 i 2, dostupno na internet adresi: <http://www.bis.gov.uk>.

¹⁶ U zaključcima Vlade navodi se sljedeće: “Krajnji rezultat reforme kompanijskog prava će biti kompanijski zakon usklađen sa potrebama australijske trgovine. Ovo će uključiti poboljšanja učinjena sa ciljem smanjenja operativnih troškova velikog i malog biznisa i povećanje konkurentnosti australijske privrede na svjetskom tržištu”. Attorney General, The Hon Michael Lavarch, Press Release, “New Team for Corporate Law Simplification”, 1993.

Značajan broj zemalja u okviru EU i u regionu u posljednjem periodu reformiše svoje kompanijsko zakonodavstvo, a jedan od glavnih ciljeva, pored usklađivanja sa pravom EU, je jačanje konkurentnosti nacionalnih ekonomija i privlačenje stranih investicija.¹⁷ Vlada Crne Gore je još 2002. godine uočila vezu između kvaliteta kompanijske regulative i konkurentnosti nacionalne privrede. Naime, u "Agendi ekonomskih reformi u Crnoj Gori 2002–2007" jasno je iznijet stav da nedovoljno znanje o korporativnom upravljanju u akcionarskim društvima i neodgovarajuća tumačenja odredaba Zakona o privrednim društvima data od strane privrednih sudova, kao i nedovoljna edukacija opšte javnosti o konceptu ovog zakona, predstavljaju jedan od najvećih problema u stvaranju konkurentnog poslovnog okruženja.¹⁸ Ipak, osim deklaratornog priznanja u formi neobavezujućeg izvještaja, izostale su dodatne mjere kojima bi kroz reformu kompanijskog prava bila unaprijeđena konkurentnost privrede.

AKTUELNI PROBLEMI I NUŽNOST REFORME KOMPANIJSKOG ZAKONODAVSTVA U CRNOJ GORI

Zakonom o privrednim društvima ("Sl. list RCG" br. 06/02; "Sl. list CG", br. 17/07, 80/08, od sada u tekstu ZPD) formalno je u Crnoj Gori započeo proces stvaranja sopstvenog kompanijskog prava. Ovaj pravni akt je predstavljao diskontinuitet u odnosu na dotadašnje zakonodavstvo u oblasti regulative prava privrednih društava.¹⁹ Osnovni ciljevi prilikog donošenja kompanijskog zakona bili su: pojednostavljanje osnivanja i registracije preduzeća, uspostavljanje efikasnijeg i modernijeg upravljanja i veća usklađenost sa evropskim pravom i međunarodnom praksom. Iz ugla desetogodišnje primjene ovog zakona u praksi nameće se zaključak da su ovi ciljevi djelimično ostvareni. Jedan od razloga bilo je i kasno reagovanje na promjene u unutrašnjem privrednom sistemu, kao i na promjene u oblasti kompanijskog pravna nivou EU.

¹⁷ Na primjer, u Češkoj će doći do promjene cijelog sistema trgovinskog prava, jer će postojeći Trgovinski zakonik biti zamijenjen sa Zakonom o kompanijama. U Danskoj su tokom 2009/10. godine dva zakona spojena u jedan - Zakon o javnim kompanijama i Zakon o privatnim kompanijama su prestali da važe i kreiran je jedinstveni kompanijski zakon koji je stupio na snagu 01. marta 2011. godine. U Španiji je 2010. godine usvojen novi Zakon o kompanijama. Tokom 2006. godine u Velikoj Britaniji je usvojen novi Zakon o kompanijama. Na kraju, u okruženju u Srbiji je usvojen novi Zakon o privrednim društvima tokom 2011. godine.

¹⁸ Agenda ekonomskih reformi u Crnoj Gori 2002–2007, Vlada Republike Crne Gore, Podgorica, april, 2005. godine, str. 34.

¹⁹ O rješenjima navedenog pravnog akta i promjenama u odnosu na raniji zakon vidjeti detaljnije: Dragan Radonjić, *Komentar Zakona o privrednim društvima*, CID, Podgorica, 2003. godine.

Bez sumnje, kompanijsko zakonodavstvo u Crnoj Gori je stvarano pod jasno izraženim uticajem liberalne ideologije. Dokaz za navedeni stav nije isključivo u činjenici da je Zakon o privrednim društvima iz 2002. godine imao 98 članova, već je i u činjenici da mnoga pitanja nijesu detaljno regulisana i da je prepušteno tržištu da ih riješi.²⁰ Ovakva praksa je rezultirala postojanjem pravnih praznina koje su kasno unošene u osnovni tekst zakona.²¹ Praksa funkcionisanja privrednih društava i iskustvo u primjeni ovog zakona su potvrdili pogrešnost ovog koncepta. Pravna sigurnost, kao jedna od osnovnih pravnih vrijednosti, nije u dovoljnoj mjeri inkorporirana kroz norme ovog zakona što je povećalo broj sudskih sporova i smanjilo povjerenja u institucije sistema. Na kraju, sudska praksa za sada nije pružila odgovore na brojna otvorena pitanja i probleme kompanijskog zakonodavstva (najbolji primjer je praksa pravne zaštite manjinskih akcionara).

Za potrebe ovog rada biće navedeni samo neki od nedostataka kompanijske regulative u Crnoj Gori u proteklom periodu koji su uticali, i još utiču, na smanjenje konkurentnosti privrede. Prvo, rad Centralnog registra privrednih subjekata, jer i pored napora usmjerenih na povećanje efikasnosti u radu ovaj organ je zbog manjka administrativnih i profesionalnih kapaciteta smetnja za povećanje efikasnosti rada privrednih subjekata, što smanjuje i konkurentnost nacionalne privrede.²² Drugo, postojanje oblika obavljanja privredne djelatnosti u praksi i u privrednom registru koje ne poznaje postojeći ZPD (javne ustanove, nevladine organizacije, ustanove, zadruge), jer nije izvršena njihova transformacija u skladu sa ovim zakonom.²³ Tako se dešava da deset godina nakon usvajanja za-

²⁰ Kritika se ne odnosi na princip afirmisanja autonomije volje, već na neregulisanje pitanja koja se tiču zaštite interesa trećih lica (postupak registracije, restrukturiranja, način objavljivanja podataka, zaštita prava manjinskih akcionara i sl.).

²¹ Prve dopune teksta kompanijskog zakona bile su 2007. godine, kroz Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o privrednim društvima.

²² Jedna od tendencija razvoja kompanijskog prava u posljednjim godinama u uporednom pravu je i pojednostavljivanje registracije i svih registracionih promjena privrednih subjekata. Na primjer, u Poljskoj je od 2010. godine omogućena elektronska registracija društva sa ograničenom odgovornošću. Takođe, uvedena je zakonska obaveza za regulatora da u roku od jednog dana izda potvrdu o registraciji. U Portugalu je napravljen i korak više – putem sprovođenja programa kompanija za kratko vrijeme (port. *empresa na hora*). Naime, portugalski Zakon br. 111/2005 daje mogućnost osnivanja privrednog društva na jednom mjestu, za jedan dan. Izmjenama i dopunama iz 2008. godine data je mogućnost osnivanja privrednog društva i putem interneta. Na kraju, tokom 2012. godine donijeta je i posebna direktiva u ovoj oblasti – Direktiva 2012/17/EU Evropskog parlamenta i Savjeta od 13. juna 2012. o izmjenama i dopunama Direktive Savjeta 89/666/EEC i Direktive 2005/56/EC i 2009/101/EC Evropskog parlamenta i Savjeta u pogledu unutrašnje koherentnosti Centralnog registra privrednih subjekata (Službeni list L 156, 2012/06/16).

²³ Zakon o privrednim društvima Crne Gore (Sl. list RCG, br. 06/02, Sl. list CG, br. 17/07, 80/08) ne poznaje javnu ustanovu, nevladine organizacije, zadruge, ustanove kao oblike obavljanja

kona postoje oblici obavljanja privredne djelatnosti u praksi i u privrednom registru koji nijesu usaglasili svoju pravnu formu sa odredbama kompanijskog zakona. Treće, pitanje odgovornosti za istinitost podataka iz registracione prijave – nepostojanje slučajeva krivične odgovornosti podnosioca prijave u praksi (iako postoji opravdana sumnja na postojanje zloupotreba i prijavu netačnih podataka). Četvrto, nedorečenosti u Zakonu o klasifikaciji djelatnosti (“Sl. list Crne Gore”, br. 18/11) – nije usklađen sa potrebama lica koja žele da registruju obavljanje privredne djelatnosti. Takođe, u praksi postoji veliki broj društava koji ima registrovane sve djelatnosti predviđene Zakonom o klasifikaciji djelatnosti, tako da se ne može utvrditi kojim djelatnostima se društvo stvarno bavi.²⁴ Peto, neprimjena instituta zloupotrebe svojstva pravnog lica, bez obzira na činjenicu što je posebno postojala opravdana sumnja na slučajeve zloupotreba u vremenu posljednje ekonomske krize. Šesto, neriješeno pitanje registracije preduzetnika – da li se registruje isključivo za obavljanje jedne djelatnosti ili može obavljati više različitih djelatnosti?²⁵ Sedmo, nejasan koncept pravnog subjektiviteta ortačkog društva. Osmo, fleksibilnost prenosa svojinskog udjela kod društva sa ograničenom odgovornošću – na ugovor o prenosu udjela potrebna je samo pisana forma bez forme notarskog zapisa, što ne daje dovoljan stepen pravne sigurnosti.²⁶ Deveto, pitanje trenutka registracije prenosa udjela – da li je to momenat isplate cijene ili registracije u sudskom registru. Deseto, pitanje smanjenja kapitala i likvidacije privrednih društava. Odredbama članova koji se odnose na smanjenje kapitala i likvidaciju je određeno da ih mogu vršiti društva koja imaju dovoljno sredstava za pokriće obaveza, odnosno čija je imovina veća od obaveza, ali nije dato preciznije uputstvo na koji način ona dokazuju obaveze i imovinu što stvara probleme u praksi. Jedanaesto, zaobilaženje društva sa ograničenom odgovornošću u refor-

privredne djelatnosti (čl. 2). Ipak, u registru privrednih subjekata i u poslovnoj praksi ovi organizacioni oblici postoje i obavljaju djelatnost. U prelaznim i završnim odredbama ovog pravnog akta (čl. 96) navodi se da postojeća preduzeća i drugi organizacioni oblici koji obavljaju privrednu djelatnost, kao i preduzetnici, na dan stupanja na snagu zakona, nastavljaju sa radom na način i pod uslovima koji su važili u vrijeme njihove registracije. Takođe, u čl. 96. st. 5 navodi se da preduzeća i drugi oblici organizovanja, kao i preduzetnici iz stava 1 ovog člana, moraju da usaglase svoju registraciju sa odredbama zakona u roku od 180 dana od dana stupanja na snagu. Na kraju, ne postoji nijedna odluka kojim se sankcionišu subjekti koji nijesu uskladili svoju djelatnost sa odredbama zakona.

²⁴ Šifre djelatnosti u značajnom broju slučajeva ne obuhvataju osnovnu djelatnost društva, pa osnivači pravnih formi obavljanja privredne djelatnosti ne mogu da odaberu odgovarajuću šifru djelatnosti.

²⁵ ZPD ne daje odgovor na ovo pitanje. U praksi se preduzetnik registruje za obavljanje samo jedne djelatnosti.

²⁶ U praksi ovo predstavlja značajan problem, jer ugovorne stranke često nijesu dovoljno upućene u pitanje kupovine udjela (prenos samo prava, ili prenos prava i obaveza).

mi zakonodavstva. Važno pitanje koje pokazuje svu apsurdnost dosadašnjih reformi je zaobilaženje malog i srednjeg biznisa koje je tradicionalno u formi društva sa ograničenom odgovornošću. Naime, javna debata o reformi kompanijskog prava i korporativnog upravljanja odnosi se na akcionarska društva, a neopravdanost se u preporukama i aktivnostima izostavlja društvo sa ograničenom odgovornošću. Glavno pitanje je sljedeće – da li regulativa postojećeg kompanijskog zakona u odnosu na ovo društvo toliko savršena da joj ne treba promjena punih deset godina? Dvanaesto, neusklađenost kompanijskog zakona sa ostalim pravnim aktima koje regulišu pitanja akcionarskih društava (posebno u praksi primijetna sa Zakonom o hartijama od vrijednosti, a u posljednjem periodu i sa novim Zakonom o investicionim fondovima).

Posebno pitanje je pravna regulativa akcionarskih društava i ukupan sistem korporativnog upravljanja. I pored značajnih pozitivnih promjena u pravnom okviru i funkcionisanju akcionarskih društava u proteklom periodu, potrebno je unaprijediti određene oblasti, kako bi sistem korporativnog upravljanja u Crnoj Gori mogao da bude konkurentan odgovarajućim modelima u razvijenim zemljama. Najznačajniji nedostaci sistema korporativnog upravljanja u Crnoj Gori nalaze se u sljedećim oblastima: nizak nivo zaštite akcionarskih prava - posebno prava manjinskih akcionara; nedovoljno afirmisanje značaja uloge skupštine akcionarskog društva; nepotpuna regulativa u oblasti odbora direktora; kasno usvajanje nacionalnog kodeksa korporativnog upravljanja; protivrječnost između usvojenog modela korporativnog upravljanja i prakse u kojoj se razvija sistem korporativnog upravljanja u Crnoj Gori; nedovoljno finansiranje akcionarskih društava na tržištu kapitala; nerazvijen sistem revizije; postojanje zablude o načinu rješavanja korporativnog upravljanja; nedovoljna transparentnost u funkcionisanju akcionarskih društava kao i sporo reagovanje na tendencije u razvoju ove oblasti kompanijskog prava na nivou EU (što je i potvrđeno Izvještajem Evropske komisije o napretku Crne Gore ka članstvu u EU).²⁷

Navedene tvrdnje o nužnosti promjene kompanijske regulative potvrđuju i dokumenta Evropske komisije putem kojih se prati napredovanje Crne Gore ka članstvu u EU za 2010. i 2011. godinu. U redovnom Izvještaju Evropske komisije za 2010. godinu konkretno su identifikovane oblasti prava EU sa kojima nije usklađeno crnogorsko zakonodavstvo. Prema navedenom dokumentu Crna Gora kasni sa usvajanjem evropskog prava od 2003. godine. Ta neslaganja se posebno odnose na zahtjeve objavljivanja privrednih društava, osnove za poništenje privrednog društva, elektronsko vođenje poslovnih registara, kao i na održavanje

²⁷ O nedostacima sistema korporativnog upravljanja u Crnoj Gori vidjeti detaljnije: Mijat Jocić, "Sistem korporativnog upravljanja u Crnoj Gori", *Montenegrin Journal of Economics*, 2011, str. 63–73.

i promjenu kapitala.²⁸ U Izvještaju za 2011. godinu u dijelu koji prati oblast privrednog prava navodi se da je crnogorsko zakonodavstvo u velikoj mjeri usklađeno sa pravom EU, ali i da još uvijek postoje određene neusklađenosti koje treba riješiti. Nakon navedene početne konstatacije navedeni su konkretni predlozi za poboljšanje nedostataka privrednog zakonodavstva. Odnose se nasljeđea pitanja: rad Centralnog registra privrednog suda (nepostojanje administrativnih kapaciteta); unapređenje oblasti revizije - kroz osnivanje nezavisnog tijela za nadzor revizora kao i obezbjeđenje sistema kvaliteta.²⁹

ZAKLJUČAK

Stvaranje osnova za obavljanje privredne djelatnosti kroz jednostavnost u osnivanju privrednih subjekata i smanjivanju prepreka koje onemogućavaju njihov rast i pravna sigurnost ulagača su prioriteti koje privreda zahtijeva od države da obezbijedi kroz kompanijsko zakonodavstvo. Takođe, kompanijsko zakonodavstvo u značajnoj mjeri promovise državu kao (ne)atraktivno mjesto za poslovanje privrednih društava. Iskustvo u radu privrednih subjekata i konkretni problemi sa kojima se svakodnevno suočavaju pokazuju da je u oblasti kompanijske regulative neophodno stvoriti pravni okvir koji će biti razumljiv onima na koje se odnosi i koji štiti njihova prava. Istraživanjem stvarnih problema privrednih subjekata u dijelu kompanijske regulative i njihovim upoređivanjem sa stavom Evropske komisije o problemima kompanijskog zakonodavstva u Crnoj Gori postavlja se pitanje da li će konkurentnost privrede Crne Gore unaprijediti samo kroz usklađivanje sa pravom EU (što je dosadašnji put) ili treba voditi računa i o kapacitetima sopstvenog pravnog sistema. Bez sumnje, poboljšanje konkurentnosti nacionalne ekonomije kroz reformu kompanijskog prava ne može se izvršiti samo preuzimanjem tekstova direktiva kompanijskog prava EU, bez uvažavanja kapaciteta sopstvenog pravnog sistema i stvaranja sistema koji funkcioniše prema potrebama privrede. Na kraju, navedeni stav je i poruka u komunikaciji sa institucijama EU.

²⁸ Vidjeti detaljnije: Analitički izvještaj – Mišljenje Komisije o zahtjevu Crne Gore za članstvo u Evropskoj uniji, Brisel, 2010, str. 59–61, dostupno na internet adresi: <http://www.mip.gov.me>.

²⁹ Vidjeti detaljnije: Analitički izvještaj – Mišljenje Komisije o zahtjevu Crne Gore za članstvo u Evropskoj uniji, Brisel, 2011, str. 36, dostupno na internet adresi: <http://www.mip.gov.me>.

MIJAT JOCOVIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Economics,
Podgorica

THE REFORM OF COMPANY LAW AS A PREREQUISITE TO IMPROVE
THE COMPETITIVENESS OF THE MONTENEGRIN ECONOMY

Summary

In this paper author analyzes the relationship between the competitiveness of the national economy and the reform of company law. The main hypothesis is that the competitiveness of the national economy largely depends on the quality of companies' legislation. The author emphasizes the fact that the reform of company law in the European Union and at national level prompted policy makers to improve the overall competitiveness of the economy.

After explaining the concept of competitiveness, the author has outlined the specific problems in the field of Company Law in Montenegro, which influences reduce in the competitiveness of its economy. The main conclusion which the author made during the research and writing of this paper is that Montenegro has to improve the competitiveness through the reform of Company Law that cannot be done just by taking the texts of EU Company Law Directives, but that capacity of its own legal system and the needs of business entities which operate within it must be considered.

JELENA LEPETIĆ

O RAVNOPRAVNOSTI DRŽAVE KAO AKCIONARA U NEKIM FORMAMA KAPITAL UČEŠĆA

U V O D

Državu u poziciji akcionara trebalo bi tretirati na isti način kao i ostale akcionare. Ukoliko je država kao akcionar privilegovana, može se govoriti o državnom protekcionizmu koji je postao aktuelna tema u oblasti prava i ekonomije poslednjih godina, prvenstveno radi sve češćih, dugotrajnijih i bolnijih ekonomskih kriza, ali i osnivanja državnih fondova, kada se država javlja kao ulagač.¹ Protekcionizam, u najširem smislu, predstavlja različite oblike ponašanja države na osnovu kojih država ostvaruje zaštitu svojih interesa. Osim u svojstvu regulatora tržišta, država može postupati u svojstvu ulagača vođena principom maksimizacije profita ili bar očuvanjem postojeće vrednosti kapitala, ali i nelukrativnim

Jelena Lepetić, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

¹ Vid. Klaus J. Hopt, "European Company and Financial Law: Observation an European Politics, Protectionism, and the Financial Crises", u: Ulf Bernitz, Wolf-Georg Ringe (eds.), *Company Law and Economic Protectionism, New Challenges to European Integration*, Oxford-New York, 2010, str. 14; Crispin Waymouth, "Is 'Protectionism' a Useful Concept for Company Law and Foreign Investment Policy? An EU Perspective", u: Ulf Bernitz, Wolf-Georg Ringe (eds.), *Company Law and Economic Protectionism, New Challenges to European Integration*, Oxford-New York, 2010, str. 37; Wolf-Georg Ringe, "Deviations from Ownership-Control Proportionality – Economic Protectionism Revisited", u: Ulf Bernitz, Wolf-Georg Ringe (eds.), *Company Law and Economic Protectionism, New Challenges to European Integration*, Oxford-New York, 2010, str. 209.

motivima kada se teško može proceniti u kom svojstvu postupaju. Posebno osetljive po pitanju protekcionističkog ponašanja su države u procesu tranzicije, imajući u vidu prisustvo društvenog kapitala i nastojanje države da izvrši transformaciju društvenih preduzeća.

Privatizacija u Srbiji donela je sa sobom i neke posebne vrste akcije karakteristične za privredu u tranziciji, pa koncept države kao akcionara karakterišu brojne specifičnosti. Potrebno je utvrditi prirodu tih akcija, svrshodnost njihovog uvođenja, kao i ukomponovanost u celokupni pravni sistem, imajući u vidu opšta pravila kompanijskog prava. Pitanje koje se nameće kao prethodno je da li je u postojećem pravnom okviru primenjen princip ravnopravnosti akcionara kada je jedan od njih država. Prilikom traženja odgovora, treba imati u vidu da država može postupati *iure gestionis* ili *iure imperii*, kao i da je za očekivati da postupaju *iure gestionis* u svojstvu akcionara u okviru kompanijskog prava. Pravni izvori koji u formalnopravnom smislu daju odgovor na postavljeno pitanje su pre svega Ustav i zakoni koji se odnose na privatizaciju i regulisanje osnivanja i poslovanja privrednih društava.

Kada se govori o državi kao akcionaru prvo je potrebno analizirati državni kapital uopšte, da bi se utvrdio stepen ravnopravnosti države kao akcionara sa ostalim akcionarima. S obzirom na to da je postojanje različitih modaliteta prava koja daju akcije u vlasništvu države posledica privatizacije, neophodno je analizirati i sam društveni kapital u određenoj meri. U kontekstu ravnopravnosti, nameće se i potreba davanja odgovora na pitanje da li i u kojoj meri ima mesta konceptu društvene odgovornosti države kao akcionara.

DRZAVNI KAPITAL

Načelo ravnopravnosti svih oblika svojine proklamovano je u čl. 86 Ustava Republike Srbije iz 2006. god.² Državna svojina kao oblik javne svojine ima jednaku pravnu zaštitu kao privatna i zadružna svojina. S druge strane, ne jemči se ravnopravnost društvene sa ostalim oblicima svojine. Razlog za takvo postupanje ogleda se u nastojanju da se eliminiše kategorija društvene svojine u pravu Srbije. U stavu 2 istog člana Ustava navodi da se društvena svojina pretvara u privatnu pod uslovima, na način i u rokovima predviđenim zakonom. Upadljivo je da se u pomenutoj formulaciji ne pominje mogućnost pretvaranja društvene svojine u državnu, već samo u privatnu, što nije praktično rešenje imajući u vidu da upravo do toga i dolazi, te bi situacija u praksi bila daleko jednostavnija da je predviđena takva mogućnost i načelna procedura sprovođenja.

² Ustav Republike Srbije (*Službeni glasnik RS*, br. 98/2006).

Državni kapital u preduzećima i drugim pravnim licima je predmet privatizacije prema Zakonu o privatizaciji.³ Radi se o kapitalu u vlasništvu Republike Srbije, odnosno akcijama i udelima u njenom vlasništvu. Prema terminologiji kompanijskog prava, kao dela porodice građanskog prava, radi se o “svojini vlasnika nad privrednim društvom”⁴ tj. o akcijama ili udelima države kao dela imovine države, pa bi se moglo reći i o državnoj svojini u tom smislu. Državnu imovinu čine prirodna bogatstva, dobra od opšteg interesa, imovina koju koriste organi Republike Srbije, kao i druge stvari i prava u skladu sa zakonom, prema Ustavu Srbije.⁵ Državna svojina, svojina autonomne pokrajine i svojina jedinice lokalne samouprave predstavljaju javnu svojinu što znači da je državna svojina oblik javne svojine.⁶ Dakle, državna svojina je u ravnopravnom položaju sa privatnom svojinom.

Republika Srbija može ulagati u društva kapitala sredstva u javnoj svojini prema čl. 14 Zakona o javnoj svojini. Na taj način postaje akcionar akcionarskog društva ili član društva sa ograničenom odgovornošću. Posebna prava države, odnosno Vlade, kao jedinog ili jednog od akcionara pominju se u zakonu kojim se regulišu privredna društva u Srbiji samo u kontekstu privatizacije, odnosno svojinske transformacije, ali ne i u redovnim tokovima poslovanja, npr. nakon postupka privatizacije.

Osnivanjem javnih preduzeća ili ulaganjem u društva kapitala na osnovu čega postaje član, odnosno akcionar društva, država se javlja u ulozi privrednika.⁷ Država može postati akcionar ili član društva sa ograničenom odgovornošću na više načina i iz više razloga, ali bi se teško pronašao razlog zbog kojeg bi država bila član društva lica, u svojstvu ortaka, imajući u vidu pravila o neograničenoj odgovornosti.⁸ Usled specifičnosti uloge države, odnosno prisustva socijalne komponente koja svakako u toj meri ne postoji kod subjekata čisto privatnog prava, država može postati akcionar radi sticanja profita ili bar očuvanja vrednosti

³ Zakon o privatizaciji (*Službeni glasnik RS*, br. 38/2001, 18/2003, 45/2005, 123/2007), čl. 3 st. 1. Uopšte o privatizaciji i liberalizaciji u Srbiji vid. Mirko Vasiljević, “Privreda i privatizacija”, *Pravo i privreda*, br. 5-8/2004, str. 4-13.

⁴ Vid. Mirko Vasiljević, *Kompanijsko pravo*, Beograd, 2011, str. 78.

⁵ Ustav RS, čl. 87 st. 1.

⁶ Ustav RS, čl. 86 st. 1.

⁷ Vid. Nebojša Jovanović, “Država kao akcionar”, u: Mirko Vasiljević, Vuk Radović (ur.), *Korporativno upravljanje*, Beograd, 2008, str. 131-132. O javnim preduzećima vid. npr. Dijana Marković-Bajalović, “Načela liberalizacije javnog sektora privrede – U skladu sa pravnom regulativom Evropske unije”, *Pravo i privreda*, br. 5-8/2004, str. 192-193. Vid. Zakon o javnim preduzećima i obavljanju delatnosti od opšteg interesa (*Službeni glasnik RS*, br. 25/2000, 25/2002, 107/2005).

⁸ Vid. Nina Širola, Siniša Petrović, “Država i trgovačko društvo”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 3-4/2010, str. 659.

kapitala, ali i iz nelukrativnih razloga, npr. radi sprečavanja povišene nezaposlenosti ili u cilju omogućavanja funkcionisanja tržišta kao regulator, bilo u postupku privatizacije ili u okviru redovnog poslovanja.

Ulaganje države u društva kapitala

Zakon o javnoj svojini uređuje, između ostalog, mogućnost države da ulaže sredstva u javna preduzeća i društva kapitala koja obavljaju delatnost od opšteg interesa. Država može ulagati sredstva i u društva kapitala koja ne obavljaju delatnost od opšteg interesa prema čl. 43 istog Zakona. Pomenuta mogućnost stavlja državu u istu ravan sa ostalim investitorima na tržištu. Prethodno znači da država treba da se rukovodi principom maksimizacije profita kada se radi o ulaganju u društva kapitala koja ne obavljaju delatnost od opšteg interesa, tj. da ona postupa *iure gestionis*, a ne *iure imperii*, te s toga ne može biti ni povlašćena u odnosu na druge učesnike na tržištu.⁹

Kada se radi o državi u svojstvu regulatora, potrebno je ukazati na specifičnu prirodu Centralnog registra, depoa i kliringa hartija od vrednosti osnovanog u formi zatvorenog akcionarskog društva Zakonom o tržištu hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata iz 2006. god.¹⁰ Razlog osnivanja tog društva kapitala nije dakle maksimizacija profita, već omogućavanje funkcionisanja tržišta kapitala, te se prema njemu ne može sprovesti stečajni postupak prema Zakonu o stečaju.¹¹ Centralni registar se tako našao pored Narodne banke, ali i Republike Srbije, kao pravni subjekt koji ne može podleći opštim pravilima karakterističnim za subjekte kompanijskog prava, iako u formi društva kapitala. Sledeća specifičnost ogleda se u činjenici da je Centralni registar osnovan zakonom, što je izuzetak u kompanijskom pravu. Dakle, radi se formalno o društvu kapitala akcionarskog tipa, kome su zapravo poverena javna ovlašćena.

Drugi slučaj, koji oslikava specifične potrebe srpske privrede i prava može se pronaći u Zakonu o pravu na besplatne akcije i novčanu naknadu koju građani ostvaruju u postupku privatizacije kojim je osnovan Akcionarski fond u formi zatvorenog akcionarskog društva.¹² Agencija za privatizaciju obavlja poslove u

⁹ Vid. Mirko Vasiljević, *Kompanijsko pravo*, str. 24; Jakša Barbić, *Pravo društava*, Knjiga prva, *Opći dio*, Zagreb, 2008, str. 14; N. Širola, S. Petrović, *nav. članak*, str. 661.

¹⁰ Zakon o tržištu hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata (*Službeni glasnik RS*, br. 47/2006).

¹¹ Zakon o stečaju (*Službeni glasnik RS*, br. 104/09), čl. 14 st. 1.

¹² Zakon o pravu na besplatne akcije i novčanu naknadu koju građani ostvaruju u postupku privatizacije (*Službeni glasnik RS*, br. 123/2007 i 30/2010), čl. 1 st. 3, čl. 10a st.1.

ime i za račun Fonda.¹³ Ni u ovom slučaju osnivanje društva kapitala nije vođeno principom maksimizacije profita, iako nisu predviđena posebna pravila kojima bi se onemogućilo sprovođenje stečajnog postupka prema Akcionarskom fondu. Da zaključimo, posebna pravna pravila predviđaju se u slučaju kada je država osnivač nekog društva kapitala čija svrha nije sticanje profita.

S druge strane, država može ulagati kapital u već osnovane kompanije ili ih sama osnivati kao jedan od ili jedini osnivač radi sticanja profita ili makar očuvanja vrednosti kapitala. Pitanje koje se nameće u tom slučaju, je da li postoje ili trebaju postojati određena ograničenja u odabiru kompanije u koju se ulaže kada je ulagač država. Motiv i opravdanje za ograničenje u izboru kompanija prilikom ulaganja države moglo bi se naći u institutu društvene odgovornosti kompanija.

Društvena odgovornost

Društvena odgovornost kompanija može se posmatrati, između ostalog, kao vid ograničenja za kompanije u smislu mogućnosti ulaganja, iz razloga što bi ulagači trebali da izbegavaju ulaganje u društveno neodgovorne kompanije. U tom smislu može se povući paralela u slučaju kada je država ulagač, pa se društvena odgovornost države može analizirati s aspekta kompanijskog prava u pomenu-tom kontekstu. Prema tome, ako se postavi pitanje da li država može uložiti kapital, npr. kupiti akcije privrednog društva koje posluje u okruženju u kome radnici nemaju visok stepen zaštite prava, država ne bi mogla ili bar trebala ulagati u takvo društvo, isto kao što ni kompanija ne bi trebala ulagati u takvo društvo, makar u smislu moralne odgovornosti. Kada se radi o društvenoj odgovornosti kompanije, misli se na odgovornost kompanije prema državi i lokalnoj zajednici, gde javni i privatni interesi moraju biti posmatrani zajedno.¹⁴ Koncept društvene odgovornosti ne bi bio narušen u slučaju da država osnuje društvo kapitala ili uloži u društvo na sopstvenoj teritoriji, jer je država ulagač ujedno i regulator koji donosi propise i postavlja zakonske okvire poslovanja. S druge strane, u slučaju da država uloži u kompaniju koja posluje prema propisima druge države i da koncept društvene odgovornosti države bude prihvaćen analogno konceptu društvene odgovornosti kompanija, interes te druge države bi generalno trebalo uzeti u obzir. Ako država prema čijim pravilima posluje kompanija u koju se želi uložiti dopušta neprihvatljive standarde ponašanja u demokratskom društvu, neulaganjem bi se zapravo demonstrirala solidarnost prema građanima te države ali ne i prema samoj državi, iz razloga što su prema njenim propisima dozvoljeni neade-

¹³ Zakon o pravu na besplatne akcije i novčanu naknadu koju građani ostvaruju u postupku privatizacije, čl. 10d.

¹⁴ Vid. Mirko Vasiljević, "Korporativno upravljanje i agencijski problemi (II deo)", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 2/2009, str. 25, 28.

kvatni primeri ponašanja privrednih subjekata.¹⁵ Isto važi i za državne fondove i njihova ulaganja.¹⁶ S toga, postoji makar moralna obaveza za državu da vodi računa o svojim ulaganjima.

Koncept društvene odgovornosti države prilikom ulaganja je opravdan jer je validno zahtevati od države da poštuje propise koje sama donosi i koje donosi druga država, npr. propise o životnoj sredini, ali se postavlja pitanje koji nivo zaštite javnog interesa je potrebno zahtevati, kada se propisi razlikuju u državi koja ulaže i u propisima države prema kojima posluje kompanija u koju se ulaže. Formalnopravno i moralno posmatrano, dileme nema kada je ulagač država sa nižim ili istim stepenom pravne zaštite npr. životne sredine, jer je u obavezi da poštuje propise države prema kojima posluje kompanija u koju se ulaže. Formalnopravno posmatrano problem ne nastaje ni u slučaju kada propisi države ulagača garantuju viši stepen pravne zaštite, jer je ista u obavezi samo da postupa u skladu sa propisima druge države, ali bi se zamerke mogle staviti sa moralnog aspekta. S druge strane, postavlja se pitanje kako od stranog ulagača tražiti da poštuje stroža pravila odgovornosti od domaćeg pravnog subjekta, što bi ga u svakom slučaju odvratilo od investiranja. Postavljeno pitanje posebno dobija na težini kada je taj strani ulagač strana država. Prema Zakonu o stranim ulaganjima Repulike Srbije stranom ulagaču garantovan je nacionalni tretman, što znači da mu se mogu nametnuti samo obaveze koje se mogu nametnuti i domaćim licima, i povoljniji tretman ukoliko je predviđen bilateralnim ili međunadnim sporazumom.¹⁷ Kada se radi o zaštiti životne sredine, istim Zakonom je predviđeno da strani ulagač mora da postupa u skladu sa propisima koji regulišu životnu sredinu.¹⁸ Može se zaključiti da je opisani vid društvene odgovornosti države, koji prevazilazi poštovanje propisa države koja želi da privuče strana ulaganja ipak samo moralna kategorija. Promenu bi mogla doneti jedino harmonizacija propisa, jer bi na taj način ulagači bili prinuđeni da ispune iste standarde prilikom ulaganja kao i prema domaćem pravu. Da se zaključiti da su kratkoročni ciljevi i privlačenje investicija davanjem što povoljnijeg tretmana investitorima stavljeni u prvi plan prema srpskim pro-

¹⁵ Više o poštovanju nacionalnog pravnog poretka i standardima prava u kontekstu društvene odgovornosti kao etičke odgovornosti vid. u Mirko Vasiljević, *Korporativno upravljanje – pravni aspekti*, Beograd, 2007, str. 56.

¹⁶ Norveški državni penzioni fond ulaže u kompanije vodeći računa ne samo o tome da dobro posluju, već i o socijalnoj komponenti i zaštiti životne sredine, pa su tako isključene kompanije koje proizvode nuklearno oružje bez obzira na to da li posluju zakonito. Vid. Larry Cata Baker, "Private Law of Public Law: Public Authorities as Shareholders, Golden Shares, Sovereign Wealth Funds, and the Public Law Element in Private Choice of Law", *Tulane Law Review*, br. 5/2008, str. 1851–1855.

¹⁷ Zakon o stranim ulaganjima (Službeni list SRJ, br. 3/2002 i 5/2003), čl. 8 i 13.

¹⁸ Zakon o stranim ulaganjima, čl. 18.

pisima. Prethodno rečeno još više dobija na težini ako je investitor strana država. Društveno odgovorne države radije se odlučuju da ulažu ukoliko je u zemlji ulaganja predviđen visok stepen zaštite prava kao i u kompanije koje se ne bave delatnostima kao što je npr. proizvodnja oružja. Na taj način, iste žrtvuju profit radi ostvarenja nekih drugih ciljeva i sprovođenja drugačije “socijalnije” politike poslovanja, o čemu svedoči primer Norveškog državnog penzionog fonda.

NAČELO RAVNOPRAVNOSTI AKCIONARA

Ravnopravnost akcionara, odnosno prava na jednak tretman akcionara iste klase, kako je nazvano u Zakonu o privrednim društvima jeste zakonska prezumpcija, kojom se akcionarima garantuje pravo na jednak tretman u istim uslovima.¹⁹ Uopšteno govoreći, opšte pravilo kojim bi se dozvolilo odstupanje od načela ravnopravnosti akcionara ne može se zakonito predvideti ni podzakonskim aktima niti aktima društva, već samo posebnim zakonom.²⁰ Odstupanje od načela ravnopravnosti akcionara u Srbiji ogleda se u postojanju posebnih vrsta akcija, što je posledica privatizacije i nastojanja države da zadrži odlučujući uticaj u privatizovanim preduzećima i spreči padanje kapitala u “pogrešne” ruke.

Država i društveni kapital

Srbija se još uvek suočava sa posledicama postojanja društvenog kapitala. Društveni kapital je postojao/postoji u privrednim društvima u formi akcionarskih ili društava sa ograničenom odgovornošću koja su nastala privatizacijom društvenih preduzeća, a čiji kapital nije u celosti privatizovan. Društveni kapital u preduzećima i drugim pravnim licima je predmet privatizacije prema Zakonu o privatizaciji.²¹ Prema čl. 597. st. 1 novog Zakona o privrednim društvima iz 2011. god. prestaju da važe odredbe Zakona o privrednim društvima iz 2004. god, osim odredbe iz čl. 456, koja se odnosi na privatizaciju društvenih preduzeća i preduzeća koja posluju državnim ili društvenim kapitalom do okončanja procesa.²²

¹⁹ Zakon o privrednim društvima (*Službeni glasnik RS*, br. 36/2011 i 99/2011), čl. 318; Mirko Vasiljević, *Kompanijsko pravo*, str. 307.

²⁰ Vid. više u Jelena Lepetić, “Zlatne akcije u kompanijskom pravu Srbije”, *Pravo i privreda*, br. 4–6/2012, str. 169–170.

²¹ Zakon o privatizaciji, čl. 3 st. 1.

²² Zakon o privrednim društvima (*Službeni glasnik RS*, br. 125/2004). Radi se zapravo o preživelim odredbama Zakona o preduzećima (*Službeni list SRJ*, br. 29/96, 33/97 – ispr., 29/97, 59/98, 74/99, 9/2001 – odluka SUS i 36/2002), čl. 302–399, čl. 400a, 400b, 400v i čl. 421a, na koje upućuje čl. 456 Zakona o privrednim društvima iz 2004. god.

Prema čl. 398a Zakona o preduzećima, Agencija za privatizaciju mora prethodno dati svoju saglasnost da bi privredno društvo koje posluje većinskim društvenim kapitalom donelo odluke važne za poslovanje tog društva, kao npr. o povećanju ili smanjenju kapitala, restrukturiranju, prodaji dela imovine, dugoročnom zakupu itd. Ukoliko bi društvo pak donelo neku od navedenih odluka bez prethodne saglasnosti Agencije, ista bi takvu odluku poništila. Slična je situacija i sa odlukama koje donosi društvo koje posluje sa državnim ili društvenim kapitalom, koje se smatraju ništavim ukoliko sprečavaju ili otežavaju postupak privatizacije, pri čemu Vlada imenuje predstavnika kapitala u skupštini i upravnom odboru kada Agencija za privatizaciju ustanovi da je takva odluka doneta, ali i u slučaju da ne donese odluku, ne zaključi ugovor ili propusti da preduzme druge mere u postupku privatizacije. Na kraju, prethodna odluka Vlade potrebna je i da bi društvo koje posluje većinskim društvenim kapitalom donelo odluku o statusnim promenama i promenama oblika društva. Prava države na osnovu društvenog kapitala, dovode u pitanje suštinsku razliku između društvenog i državnog kapitala po pitanju vlasništva, a time i jednak tretman države kao akcionara i ostalih akcionara. Sledeća specifičnost, nastala kao posledica takvog stanja, je postojanje posebne vrste akcija – obračunskih akcija.

Obračunske akcije

Društveni kapital iskazuje se u akcijama ili udelima određene nominalne vrednosti koje nemaju status sopstvenih akcija, odnosno udela. Prema statističkim podacima Centralnog registra, depoa i kliringa hartija od vrednosti iz februara, udeo društvenog kapitala u vlasništvu privrednih društava u Srbiji je bio 1 %, dok je prema podacima od septembra 0%.²³

Imajući u vidu da je društveni kapital podeljen na akcije i udele, relevantnost istog s aspekta kompanijskog prava ne može biti dovedena u pitanje. U Republici Srbiji do skoro je postojao/postoji i društveni kapital koji nije podeljen na akcije tzv. nenominirani kapital, prema podacima dostupnim u Centralnom registru hartija od vrednosti.²⁴ U nekim slučajevima se može raditi i o grešci, jer su

²³ Podatak dostupan na adresi: <http://www.crhov.rs/?Opcija=2>, 9.02.2012 i 1.09.2012.

²⁴ Npr. u HIP Petrohemiji u restrukturiranju prema podacima iz februara postojalo je 2,16266% društvenog kapitala nepodeljenog na akcije, dok podataka o prikazu vlasništva u septembru nema. Podaci dostupni na adresi: <http://www.crhov.rs/?Opcija=1&odabraniemitentjmb=1BDED6AAAAEC6FAF&isin=79B5B6D4DB921AA7CB0BCB42>, 13.02.2012 i <http://www.crhov.rs/?Opcija=1>, 1.09.2012. Prema podacima iz septembra udeo društvenog kapitala u akcionarskom društvu C Marketa je 23,23250%, ali te akcije ne daju pravo glasa. Prethodno znači da je društveni kapital podeljen na akcije ili udele, ali te akcije ili udeli nisu u posedu Republike Srbije, Akcionarsk-

zapravo u pitanju akcije u otplati, otplaćivane prema starim propisima koji su uređivali privatizaciju.²⁵

Akcije na koje je podeljen društveni kapital nazivaju se obračunske akcije. Radi se o dogovornoj obračunskoj kategoriji, a ne o običnim akcijama ili drugim imenovanim hartijama od vrednosti koje su podobne registraciji u Centralnom registru hartija od vrednosti, pa se njima ne može trgovati na berzi.²⁶ Prema tome, može se zaključiti da se radi o akcijama u nastajanju, koje poprimaju osobine akcija kada dobiju titulara. Obračunske akcije su akcije stvorene za potrebe privatizacije, koje dobijaju status običnih akcija u trenutku kada postanu imovina privatnih vlasnika, ali i tada zadržavaju određene specifične osobine ukoliko nakon toga njihov titular postane država ili neko telo kojim država upravlja zbog neuspele privatizacije. Takav status mogu izgubiti ukoliko dođe do raskida ugo-

og fonda ili Fonda za razvoj Republike Srbije, pa ne daju pravo glasa, zbog nemogućnosti određenja titulara društvene svojine. Podaci dostupni na adresi: http://www.crhov.rs/?Opcija=1&odabranie_mitentjmb=0F00E9C6CD21AB0B&isin=6D649ABFBC45DC00D8ECD70E, 9.02.2012. Ovde nije reč o nenominiranom kapitalu, jer je podeljen na akcije. Jedino u slučaju da društveni kapital nije podeljen na akcije, radilo bi se o nenominiranom kapitalu, koji nema nominalnu vrednost, ali isto utiče na tržišnu vrednost akcija. O nominiranom i nenominiranom kapitalu vid. Nebojša Jovanović. "Kapital privrednog društva", u: Mirko Vasiljević, Nebojša Jovanović (ur.), *Korporativno upravljanje, drugi deo*, Beograd, 2009, str. 71. Može se zaključiti da društveni kapital ne štiti niko, i da o sudbini privrednog društva koje je delimično privatizovano odlučuju vlasnici u posedu kapitala manjeg obima (u odnosu na celokupni kapital društva), nego što je to slučaj sa u potpunosti privatizovanim društvima. Na taj način akcionari delimično privatizovanog privrednog društva imaju određenu prednost u odnosu na ostale akcionare.

²⁵ Takve akcije se u nekim slučajevima vode pogrešno kao rezervisani kapital ili društveni kapital. U slučaju kada je društveni kapital podeljen na obračunske akcije, radi se o pripremi za privatizaciju kada titular još nije određen, pa te akcije ne mogu biti predmet ponude za preuzimanje jer nemaju jasno definisanog vlasnika. Vid. Mišljenje Komisije za hartije od vrednosti u vezi sa ponudom za preuzimanje akcija ciljnog društva koje u strukturi kapitala ima 13,5% društvenog kapitala, br. 2/0-03-577/2-07 od 17.09.2007. godine. Mišljenje je dostupno na adresi: http://www.sec.gov.rs/index.php?option=com_content&task=view&id=602&Itemid=73, 22.02.2012. Društveni kapital bi se morao štiti i u ovoj situaciji, pa bi npr. u slučaju postojanja društvenog kapitala koji je podeljen na obračunske akcije bila značajna uloga Narodne banke Srbije i Agencije za osiguranje depozita, kojima bi pored Komisije za hartije od vrednosti trebalo podneti zahtev za mišljenje povodom sprovođenja postupka vlasničke strukture društva za osiguranje, prema Mišljenju Komisije za hartije od vrednosti, u vezi sa namerom manjinskog akcionara društva da proda svoju akciju nerezidentu koji je povezano lice sa većinskim vlasnikom, br. 2/0-03-473/1-11 od 5.09.2011. godine. Mišljenje je dostupno na adresi: http://www.sec.gov.rs/index.php?option=com_content&task=view&id=1155&Itemid=73, 22.02.2012.

²⁶ Vid. Mišljenje Komisije za hartije od vrednosti, u vezi sa evidentiranjem društvenog kapitala u Centralnom registru, br. 3/0-04-608/2-04 od 14.12.2004. godine. Mišljenje je dostupno na adresi: http://www.sec.gov.rs/index.php?option=com_content&task=view&id=467&Itemid=164, 22.02.2012.

vora o prodaji kapitala. Moglo bi se tvrditi da obračunske akcije i nisu akcije koje predstavljaju upravljačke hartije od vrednosti.²⁷ Ova vrsta akcija ne pominje se u Šifarniku vrsta hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata, donetog od strane Upravnog odbora Centralnog registra, depoa i kliringa hartija od vrednosti od 5.12.2006. godine.²⁸ Obračunske akcije imaju privremen karakter, pa se i zbog toga, ali i ostalih pomenutih specijalnih karakteristika, moraju smatrati *sui generis* akcijama za potrebe privatizacije. Zbog nemogućnosti određenja titulara ove akcije ne daju pravo glasa. S druge strane, to ih ne čini ni sopstvenim akcijama, iako imaju dve zajedničke osobine. Prva je da ne daju pravo glasa, a druga načelno privremen karakter, dok se razlika ogleda u tome što obračunske akcije ne mogu dati pravo glasa ni u jednom slučaju, dok izuzeci postoje kod sopstvenih akcija, pa one daju pravo glasa u zakonom predviđenim slučajevima. Imajući u vidu da država, koja nije titular obračunskih akcija koje uz to ne daju pravo glasa, ima posebna prava u društvima sa društvenim kapitalom, može se zaključiti da je u povlašćenom položaju u odnosu na ostale akcionara.

“Podržavljanje” društvenog kapitala

Ukoliko se ne izvrši privatizacija društvenog kapitala u skladu sa čl. 14, st. 1 Zakona o privatizaciji, pokreće se likvidacija društva. Sredstva koja preostanu nakon postupka likvidacije, a koja nisu u privatnoj svojini postaju prihod budžeta Srbije. U tom slučaju status društvenog kapitala je izjednačen sa državnim kapitalom. Do likvidacije ne dolazi ukoliko dođe do procesa restrukturiranja u procesu privatizacije, pa je to jedan od načina preživljavanja društvenog kapitala.²⁹ Problem u praksi nastaje zbog činjenice da rok za okončanje postupka restrukturiranja nije predviđen Zakonom o privatizaciji niti Uredbom o postupku i načinu restrukturiranja subjekta privatizacije.³⁰ Nakon sprovođenja restrukturiranja Agencija za privatizaciju prodaje kapital društva. Ukoliko ugovor o prodaji kasnije bude raskinut, kapital koji je bio predmet prodaje prenosi se Akcijskom fondu. Subjekt privatizacije će ipak podleći likvidaciji ukoliko društveni kapital ne bude

²⁷ Tako Ivica Jankovec, “Karakteristike akcija koje se koriste u postupku svojinske transformacije društvenog kapitala u preduzećima”, *Pravo i privreda*, br. 5–8/2000, str. 42. Za pojam akcija vid. Nebojša Jovanović, *Berzansko pravo*, Beograd, 2009, str. 441–442.

²⁸ Šifarnik je dostupan na adresi: http://www.crhov.rs/pravnaregulativa/sifarnik_hov.pdf, 22.02.2012.

²⁹ Zakon o privatizaciji, čl. 19 st. 1.

³⁰ Uredba o postupku i načinu restrukturiranja subjekta privatizacije (*Službeni glasnik RS*, br. 52/2005, 96/2008, 98/2009).

prodat ni posle trećeg sprovedenog javnog tendera ili aukcije. Nakon prodaje kapitala, sredstva od prodaje se na kraju uplaćuju na uplatni račun budžeta Republike Srbije, dok je namena tih sredstava posebno utvrđena Zakonom. Ista je situacija i u slučaju raskida ugovora, jer se akcije prenose Akcijskom fondu nakon čega se opet prodaju. Upravljanje društvenim kapitalom od strane države preko Agencije za privatizaciju i situacija u vezi sa sredstvima od prodaje, daje osnov za tvrdnju da je u Srbiji došlo do “podržavljanja” društvenog kapitala.³¹

Akcijskom fondu su prenete: akcije, odnosno udeli preostali do dana stupanja na snagu Zakona o privatizaciji društava koja su izvršila privatizaciju dela društvenog, odnosno državnog kapitala prema prethodno važećem Zakonu o svojinjskoj transformaciji³², zatim akcije akcionara koji su odustali od otplata upisanih akcija, akcije koje Fondu prenese Fond za razvoj Republike Srbije radi prodaje, akcije i udeli preostali nakon prodaje kapitala u postupku privatizacije u skladu sa Zakonom o privatizaciji i akcije nakon raskida ugovora o prodaji kapitala zaključenog između Agencije za privatizaciju i kupca, prema sada nevažećem Zakonu o Akcijskom fondu.³³ U tom smislu relevantan je i čl. 67 Zakona o privatizaciji prema kome se akcije društva čiji kapital nije u potpunosti privatizovan, a za koje nije objavljen poziv za upis i prodaju do dana stupanja na snagu Zakona o privatizaciji prenose Akcijskom fondu. Dakle, društva koja nisu bila subjekt privatizacije do tog trenutka mogu i dalje imati raniju vlasničku strukturu. Dalje, društvo koje je do stupanja na snagu Zakona o privatizaciji izvršilo privatizaciju više od 50% društvenog kapitala, 70% tog kapitala prenosi Akcijskom fondu, a 30% zaposlenima nakon prodaje kapitala Akcijskog fonda, ako do tada Agencija za privatizaciju nije donela odluku o metodu privatizacije preostalog društvenog kapitala, prema čl. 22[s1] Zakona o privatizaciji (izmene iz 2003). Eliminacija društvenog kapitala nastavljen je izmenama Zakona iz 2007, pa je tako čl. 27[s3] predviđeno da ukoliko subjekt privatizacije ima manjinski društveni kapital, 70% tog kapitala prenosi Akcijskom fondu, a nakon njegove prodaje 30% se prenosi zaposlenima.

Pravni sledbenik Akcijskog fonda je Agencija za privatizaciju, te se na nju prenose akcije Akcijskog fonda.³⁴ Danas, akcije i udeli Akcijskog fonda čine imo-

³¹ Tako N. Jovanović, “Država kao akcionar”, str. 136. Vid. Zakon o privatizaciji, čl. 14 st. 3 tač. 1, 41a, 60–61.

³² Zakon o svojinjskoj transformaciji (*Službeni glasnik RS*, br. 32/97 i 10/2001).

³³ Zakon o Akcijskom fondu (*Službeni glasnik RS*, br. 38/2001 i 45/2005), čl. 8.

³⁴ Zakon o Agenciji za privatizaciju (*Službeni glasnik RS*, br. 38/2001, 135/2004 i 30/2010), samostalni čl. 12.

vinu Akcionarskog fonda.³⁵ Na taj način eliminisana je društvena svojina društava koja su započela privatizaciju. Društva u kojima i dalje nije privatizovan društveni kapital podležu likvidaciji, osim ako ne dođe do restrukturiranja. Da zaključimo, društveni kapital može preživeti na dva načina: sprovođenjem procesa restrukturiranja subjekta privatizacije koji posluje društvenim kapitalom, i u toku prodaje kapitala Fonda, odnosno do trenutka kad kapital prenet Fondu ne bude prodat, kao prelaznoj fazi do prenošenja 30% društvenog kapitala društva zaposlenima.

Akcije sa posebnim pravom glasa

Prema Zakonu o Agenciji za privatizaciju, akcije i udeli u vlasništvu Republike Srbije, Akcionarskog fonda i Fonda za razvoj Republike Srbije, daju specifično pravo glasa. Prema čl. 11b tog Zakona Agencija koristi pravo glasa samo prilikom donošenja Zakonom nabrojanih odluka: smanjenje ili povećanje kapitala, reorganizaciji društva, opterećenju imovine, davanju ili uzimanju imovine u dugoročni zakup, poravnanju sa poveriocima i sticanju, odnosno raspolaganju nepokretnostima i imovinom velike vrednosti, kada je i samo društvo u obavezi da traži od Agencije da se izjasni o korišćenju prava glasa. Koristeći metod tumačenja *argumentum a contrario*, Agencija ne koristi pravo glasa u ostalim slučajevima. Može se zaključiti da postoji ograničenje prava glasa u tom smislu, i da se radi o posebnoj vrsti akcija, iako se u Zakonu navodi da se radi o običnim akcijama. Razlika u odnosu na obične akcije proizilazi iz činjenice da su akcije u vlasništvu države rezultat "podržavljavanja" društvene svojine. Paradoksalno je da je u ovom slučaju država u lošijem položaju od ostalih akcionara, jer ne glasa o velikom broju odluka koje je neophodno doneti tokom poslovanja društva.

Takođe je specifično i prisustvo posebne obaveza za društvo da se obrati Agenciji u cilju izjašnjenja u svojstvu akcionara povodom odluka ključnih za društvo, što je opet drugačiji režim od onog u Zakonu o privrednim društvima prema kome se akcionarima dostavlja poziv za sednicu na adrese akcionara ili se objavljuje na internet stranici društva i registra privrednih subjekata.³⁶ Ako se društvo ne obrati Agenciji, a odluka bude doneta, takva odluka je ništava, a u slučaju da se Agencija ne oglasi smatra se da je bila prisutna sednici i glasala protiv usvajanja odluke.³⁷ Zakonom o Agenciji za privatizaciju daju se posebna prava dr-

³⁵ Zakon o pravu na besplatne akcije i novčanu naknadu koju građani ostvaruju u postupku privatizacije, čl. 10v.

³⁶ Zakon o privrednim društvima, čl. 335 st. 3.

³⁷ Zakon o Agenciji za privatizaciju, čl. 11b st. 3 i 4. Zakon o Akcijskom fondu sadržao je ista rešenja u čl. 8a.

žavi, te se odstupa od načela ravnopravnosti akcionara kako po pitanju obaveštavanja akcionara, tako i po pitanju odlučivanjima o ključnim pitanjima za poslovanje društva. Odredba prema kojoj Agencija koristi pravo glasa samo u nekim odlukama nije komplementarna sa ostalim odredbama niti svrshodna, iz razloga što nema smisla predviđati takva ograničenja kada je prvenstveni cilj odredbe davanje posebnih prava državi.

Radi se o posebnoj vrsti akcija, čija je karakteristika da su u vlasništvu države, da imaju privremen karakter i da daju posebna prava, te bi se mogle uklopiti u pojam zlatnih akcija. Zlatne akcije su vrsta akcija koje predstavljaju mehanizam za očuvanje državne kontrole dajući jedno ili više specijalnih glasačkih prava državi dok su u njenom posedu.³⁸ Takođe, svrha predviđanja akcija sa posebnim pravom glasa je ista kao u slučaju zlatnih akcija, jer se, između ostalog, odnosi na sprečavanje padanja državnog kapitala u ruke neželjenih vlasnika u procesu privatizacije, pa se obe kategorije akcija mogu svrstati u oblike državnog protekcionizma. Razlika se ogleda u činjenici da se odluke ključne za društvo ne mogu doneti bez saglasnosti države kao manjinskog akcionara kada se radi o zlatnim akcijama, što nije slučaj kod akcija sa posebnim pravom glasa. Davanjem posebnih prava državi odstupa se od načela ravnopravnosti akcionara u svakom slučaju.³⁹ Možemo zaključiti da je stepen državnog protekcionizma niži u slučaju akcija sa posebnim pravom glasa nego u slučaju zlatnih akcija, jer će predlog odluke biti usvojen iako država kao manjinski akcionar u posedu akcija sa posebnim pravom glasa glasa protiv ili se ne izjasni na poziv društva.

ZAKLJUČAK

Pravna prezumcija o jednakom tretmanu akcionara iz Zakona o privrednim društvima može se posmatrati u nešto drugačijem svetlu kada je jedan od akcionara država, zbog mogućnosti korišćenja atributa vlasti od strane države. Drugi akcionari mogu imati različite prednosti u određenim situacijama, ali ne u meri i na način kao što je to slučaj sa zakonom predviđenim privilegijama za državu.

Državna svojina kao oblik javne svojine je ravnopravna sa privatnom i zajedničkom svojinom. Imajući u vidu da je državni kapital predmet privatizacije, te se kao takav nalazi u specifičnoj situaciji, može se tvrditi da je privatni kapital privilegovan i prepoznat kao poželjniji u tom smislu. Verovatno namerni propust pominjanja mogućnosti pretvaranja društvene svojine u državnu, a s druge strane

³⁸ J. Lepetić, *nav. članak*, str. 171.

³⁹ Vid. Nebojša Jovanović, "Povlašćenost države kao akcionara u delimično privatizovanim privrednim društvima", *Pravo i privreda*, br. 5–8/2007, str. 153.

faktičko "podržavljanje" društvene svojine doveli su do nastanka instituta hibridne prirode koji se teško mogu svrstati u kategorije poznate u kapitalističkim društvima. Državni kapital čine akcije ili udeli države u kompanijama, ali se država može odlučiti i za osnivanje ili ulaganje u javna preduzeća. Motivi državnog ulaganja mogu biti sticanje profita, očuvanje vrednosti kapitala, ali biti i nelukrativne prirode. Sama forma obavljanja delatnosti u vidu društva kapitala, kao što je to slučaj sa Centralnim registrom ili Akcionarskim fondom, ne znači da je motiv njihovog osnivanja sticanje dobiti. Uopšteno govoreći, kada država ulaže u kompanije koje ne vrše delatnosti od opšteg interesa u kom slučaju je maksimizacija profita osnovni cilj, trebala bi biti tretirana na isti način kao i ostali akcionari u skladu sa pravilom jednakog tretmana.

Koncept društvene odgovornosti mora se odnositi i na državu kao ulagača kao i na svakog drugog investitora u smislu poslovanja. Tako nastaje situacija u kojoj sama država, inače donosilac propisa koji potvrđuju postojanje društvene odgovornosti kao pravnog a ne samo moralnog koncepta, može biti društveno odgovorna prema drugoj državi kada ulaže u kompaniju koja posluje prema propisima druge države, odnosno prema građanima druge države kada ne uloži u kompaniju koja posluje prema propisima te druge države kojima nije obezbeđena adekvatna zaštita prava. U današnje vreme, mogu se naći primeri da društveno odgovorne države sa propisima koji garantuju visok stepen zaštite prava biraju objekat ulaganja prema kriterijumima stepena društvene odgovornosti kompanije i države ulaganja. S druge strane, pravna obaveza ne postoji u tom smislu, pa se napredak može postići jedino harmonizacijom propisa i odricanjem država koje žele da privuku strane investicije dela profita, podižući stepen zaštite prava na viši nivo, što dalje znači veće troškove za investitora i motiv za odustajanje od investiranja.

Posebna prava Agencije za privatizaciju iz preživelih odredbi Zakona o preduzećima koje se odnose na društveni i državni kapital dovode u pitanje odvojenost ovih pojmova i poštovanje načela ravnopravnosti akcionara. Akcije koje daju ta prava predstavljaju posebnu kategoriju akcija u nastanku privremenog karaktera. Radi se o obračunskim akcijama na koje je podeljen društveni kapital, bez prava glasa zbog nemogućnosti određenja titulara. Iako obračunske akcije ne daju pravo glasa, ključne odluke u poslovanju društva ne mogu biti donete bez saglasnosti države. Svrha predviđanja obračunskih akcija je prvenstveno omogućavanje potpune privatizacije društva pa tek onda zaštita državnog interesa prilikom njenog sprovođenja, o čemu svedoči činjenica da ne daju pravo glasa i nisu u vlasništvu države. Paradoksalno je da država ima privilegovan položaj prilikom donošenja odluka na osnovu akcija koje ne daju pravo glasa i čiji formalnopravno nije vlasnik. Prethodno znači da se obračunske akcije ne mogu u potpunosti izjednačiti sa zlatnim akcijama koje za cilj imaju upravo zaštitu državnih intere-

sa u privatizovanim kompanijama i daju specijalno pravo glasa državi u čijem su vlasništvu.

Nepredviđanje krajnjeg roka za restruktuiranje u procesu privatizacije omogućava preživljavanje društvenog kapitala. Država preko Agencije za privatizaciju faktički upravlja njime, što zajedno sa činjenicom da preostala sredstva nakon likvidacije društva postaju deo budžeta države, svedoči o činjenici da je u Srbiji došlo do "podržavaljavanja" društvenog kapitala. Za razliku od obračunskih akcija na koje je podeljen društveni kapital, u našem pravu postoji i druga specijalna kategorija akcija sa posebnim pravom glasa, a koje su u vlasništvu države. Iako nazvane običnim akcijama Zakonom o Agenciji za privatizaciju, tri karakteristike izuzimaju ovu vrstu akcija iz kategorije običnih. Prva se ogleda u činjenici da Agencija koristi pravo glasa samo prilikom donošenja ključnih odluka nabrojanih Zakonom, što znači da u drugim situacijama ne glasa. Druga predstavlja obavezu društva da se posebno obrati Agenciji u cilju izjašnjavanja, a treća da se smatra da je Agencija glasala protiv odluke ukoliko se ne oglasi. Prvo svojstvo stavlja državu u lošiji položaj u odnosu na ostale akcionare, drugo u privilegovani položaj, kao i treće koje se može okarakterisati kao specijalno glasačko pravo.

Treća karakteristika takođe podseća na institut upravnog prava – "ćutanje" uprave. "Ćutanje" Agencije za privatizaciju označava odbijanje, jer se smatra da je glasala protiv predložene odluke, što je načelno princip koji se primenjuje u upravnom pravu, pa se stiče utisak da država nije uspela da odvoji javnu od privatnopravne funkcije. Imajući u vidu sve tri karakteristike, može se zaključiti da se ne radi o običnim akcijama i da prava koja one daju narušavaju koncept jednakog tretmana akcionara. Ako se zanemari prva karakteristika, akcije sa posebnim pravom glasa se mogu uklopiti u pojam zlatnih akcija, jer predstavljaju oblik državnog protekcionizma. Ipak, poklapanje nije potpuno jer u slučaju akcija sa posebnim pravom glasa predlog odluke može biti usvojen bez saglasnosti države kao manjinskog akcionara, što nije slučaj kod zlatnih akcija. Predviđanje posebnih prava za državu putem specijalnog prava obaveštavanja je besmisleno, jer će država kao i ostali akcionari svakako biti obaveštena o sazivanju sednice, te joj privilegije i nisu potrebne u tom smislu. Pravilo kojim je predviđeno da su glasovi negativni ukoliko se Agencija ne oglasi, takođe nisu svrshodni, jer odluka svakako neće biti doneta ukoliko je država većinski akcionar, a s druge strane će biti usvojena ukoliko to nije, pa se redovni tok stvari neće izmeniti i pored takve zakonske odredbe.

Možemo zaključiti da je država kao akcionar često privilegovana u odnosu na druge akcionare na osnovu posebnih vrsta akcija koje su zapravo pratioci procesa privatizacije. Ključni pojam na polju ravnopravnosti države kao akcionara je upravo državni protekcionizam, pa se s obzirom na željeni stepen protekcionizma

sistemi trebaju doneti rešenja koja će adekvatno zaštititi državni interes. Postojeća rešenja samo na prvi pogled privileguju državu ali joj u većini slučajeva suštinski ne donose prednost.

JELENA LEPETIĆ

Assistant, Faculty of Law University of Belgrade

ABOUT THE EQUAL TREATMENT OF STATE AS A SHAREHOLDER
IN SOME FORMS OF CAPITAL INVESTMENT

Summary

When investing in companies State should be treated as any other shareholder. The very existence of State's monopoly of power makes it difficult to distinguish whether the state acts *iure gestionis* or *iure imperii*. In view of the fact that economic protectionism became an issue of great importance in the light of financial crisis and multiplication of sovereign wealth funds, State privileges and equal treatment of shareholders have to be reconsidered. Transformation of social companies and lack of formal possibility to transform social property into State property together with the State effort to protect its interests were some of the reasons that enabled the existence of specific kinds of shares. After analysing the role of the state as a shareholder in the light of corporate social responsibility, the author indicates the need for harmonisation of legal rules. Finally, the author concludes that some of the existing shares that provide special rights for the State are neither beneficial nor necessary.

MARKO MARJANOVIĆ

POVREDA PRAVA NA IMOVINU KAO POSLEDICA PRIMENE STEČAJNIH PROPISA

PRAVO NA IMOVINU

Pravo na imovinu je pravo garantovano najvišim međunarodnim i domaćim pravnim aktima. S obzirom na navedeno, zaštita prava na imovinu može se ostvarivati kako pred međunarodnim sudskim institucijama tako i pred domaćim sudovima.

Međunarodni izvori

Na međunarodnom planu, postoji više usvojenih akata koji garantuju pravo na imovinu. Pravo na imovinu garantovano je Univerzalnom deklaracijom o ljudskim pravima koja je usvojena i proglašena rezolucijom Generalne skupštine Ujedinjenih nacija od 10. decembra 1948. godine.¹ Navedenim aktom pravo na imovinu samo je načelno proklamovano bez obezbeđivanja sistema zaštite u slučaju povrede ovog prava.

Kako bi se obezbedio efikasan mehanizam zaštite osnovnih ljudskih prava i sloboda, kao i institucionalni okvir za njegovo funkcionisanje, usvojena je Evrop-

Marko Marjanović, pravni savetnik Agencije za privatizaciju, Beograd.

¹ Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima, čl. 17.

ska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, koja predstavlja najznačajniji međunarodni akt kojim je garantovano pravo na imovinu.²

Pravo na imovinu regulisano je odredbom iz člana 1 stav 1 Protokola br. 1 uz Konvenciju o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, kojom je propisano da svako fizičko i pravno lice ima pravo na neometano uživanje svoje imovine, da niko ne može biti lišen svoje imovine, osim u javnom interesu i pod uslovima predviđenim zakonom i opštim načelima međunarodnog prava. Međutim, odredbom iz stava 2 istog člana pravo na imovinu je ograničeno tako što je propisano da navedene garancije ni na koji način ne utiču na pravo države da primenjuje zakone koje smatra potrebnim da bi regulisala korišćenje imovine u skladu s opštim interesima ili da bi obezbedila naplatu poreza ili drugih dažbina ili kazni. Na taj način prihvaćen je koncept ograničenog prava na imovinu imajući u vidu da je državama dat širok stepen slobodne procene u primeni mera socijalne i ekonomske politike koje dovode do mešanja državnih vlasti u ostvarivanje prava na imovinu. Treba napomenuti da države nemaju apsolutnu slobodu prilikom izbora mera kojima se zadire u pravo na imovinu, s obzirom da Evropski sud za ljudska prava, u postupcima koji se pred njim vode zbog povrede prava na imovinu, može ispitivati opravdanost mera koje države preduzimaju a kojima se ograničava uživanje prava na imovinu.

Pojam imovine kreiran u sistemu Evropske konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i razvijan kroz praksu Evropskog suda za ljudska prava, ima autonomni karakter koji je u sadržinskom smislu nezavisan od definisanja imovine u nacionalnim pravnim sistemima. Dakle, koncept "imovine" ima autonomno značenje koje je nezavisno od formalne klasifikacije u domaćem pravu.³ Reč je o jednom od tzv. autonomnih koncepata razvijenih u jurisprudenciji Evropskog suda za ljudska prava. Autonomni koncepti su termini koje primenjuje Evropski sud za ljudska prava a koji postoje u nacionalnim pravnim sistemima država ugovornica Konvencije, ali kojima je dato posebno značenje u sudskoj praksi Suda.⁴

Pojam imovine ne ograničava se na vlasništvo nad materijalnim dobrima već se u konvencijskom sistemu dosta široko tumači čime se pokriva širok spektar

² Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda sačinjena je pod okriljem Saveta Evrope. Konvencija je otvorena za potpis u Rimu 4. novembra 1950. godine, a stupila je na snagu u septembru mesecu 1953. godine. Tvorci Konvencije su prilikom njene izrade pošli od Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima iz 1948. godine nastojeći da detaljnije razrade sistem zaštite ljudskih prava i sloboda.

³ Aida Grgić, Zvonimir Mataga, Matija Longar i Ana Vilfan, "Pravo na imovinu prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima", Priručnik iz oblasti ljudskih prava br. 10, Savet Evrope, 2007, str. 8.

⁴ Dragoljub Popović, "Autonomni koncepti evropskog prava ljudskih prava", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 4/2009, str. 123.

ekonomskih interesa (svojina na pokretnim i nepokretnim stvarima, materijalni i nematerijalni interesi – prava koja proističu iz akcija, patentni, naknade po arbitražnim odlukama, pravo na zakupninu, ustanovljeno pravo na penziju, nenamirena potraživanja, klijentela preduzeća i sl.).

Pri tome, štiti se samo pravo na imovinu u pogledu postojeće imovine a ne i pravo na sticanje imovine u budućnosti (npr. očekivano pravo na nasleđe imovine u budućnosti ne potpada pod režim zaštite u smislu čl. 1 st. 1 Protokola br. 1 uz Konvenciju).⁵ Ipak, u praksi Evropskog suda za ljudska prava se kao “imovina” kvalifikuju i zahtevi u pogledu kojih podnosilac može da tvrdi da ima barem legitimno očekivanje koje mora biti malo konkretnije prirode od same nade da će biti realizovani.

U pogledu kruga subjekata koji uživaju pravo na imovinu, pre svega mora se konstatovati da ovo pravo imaju kako fizička, tako i pravna lica. Dakle, i privredna društva mogu podnositi predstavke Evropskom sudu za ljudska prava zbog mešanja u pravo na imovinu. U sudskoj praksi Evropskog suda za ljudska prava pored pojma neposredne žrtve, pod kojim se podrazumeva lice čije pravo na imovinu je neposredno povređeno, razvijen je i pojam posredne žrtve. Posredna žrtva je lice koje može da dokaže da postoji specifična povezanost između njega i neposredne žrtve i da je povreda pravila Konvencije oštetila njegova prava ili da je imao opravdan lični interes da povreda prestane (npr. akcionari u akcionarskim društvima u slučaju mešanja u imovinu društva).⁶

U pogledu konkretne primene čl. 1 st. 1 Protokola br. 1 uz Konvenciju, prilikom utvrđivanja da li je došlo do povrede prava na imovinu, sud mora razmotriti tri relevantna pitanja – pitanje mirnog uživanja imovine, pitanje lišavanja imovine i pitanje kontrole upotrebe imovine. Ometanje miranog uživanja imovine razmatra se kroz prizmu ova tri pravila, pri čemu ometanje mora dolaziti od strane države odnosno njenih organa. Napred navedeno znači da kod razmatranja da li je bilo kršenja člana 1 Protokola br. 1 uz Konvenciju, prvo treba utvrditi da li je onaj koji se žali na povredu prava na imovinu uopšte imao pravo na imovinu. Drugi korak se ogleda u razmatranju da li je bilo mešanja od strane države u tu imovinu odnosno lišavanja imovine. Treći korak podrazumeva procenu kakva je bila priroda tog mešanja države odnosno da li je ono bilo opravdano i legitimno u cilju ostvarenja javnog interesa i da li je mešanje bilo proporcionalno tako da se postiže pravična ravnoteža između zahteva opšteg interesa zajednice i zahte-

⁵ Monica Carss-Frisk, “Pravo na imovinu - Vodič za implementaciju člana 1 Prvog protokola Evropske konvencije o ljudskim pravima”, Priručnici o ljudskim pravima br. 4, Savet Evrope, 2002, str. 12–14. Dostupno na: http://www.coe.ba/pdf/Pravo_na_imovinu.pdf, 17.8.2012.

⁶ Monica Carss-Frisk, nav. delo, str. 28.

va za zaštitom osnovnih prava pojedinaca (srazmera između cilja koji se želi postići i upotrebljenih sredstava).

Dakle, može se zaključiti da u praksi Evropskog suda za ljudska prava, pojam imovine obuhvata skup različitih ekonomskih zaštićeni interesa koji je razvojem sudske prakse proširivan, i da je stauts tzv. žrtve odnosno subjekta koji može pred sudom tražiti zaštitu prava na mirno uživanje imovine priznat relativno širokom krugu lica. S obzirom na ovakav konceptualni pristup u definisanju ključnih pojmova i funkcionisanju konvencijskog sistema zaštite prava, gde je evidentan uticaj precedentnog prava, postoje značajne mogućnosti da mere koje preduzima ju države a koje u određenoj meri zadiru u ostvarivanje prava na imovinu budu okvalifikovane kao nedozvoljeno mešanje u pravo na imovinu.

Domaći izvori

Pravo na imovinu pored međunarodne zaštite uživa i zaštitu na nacionalnom nivou. Ovo pravo ima karakter ustavnog zagaranovanog prava.

Ustavom Republike Srbije propisano je da se jemči mirno uživanje svojine i drugih imovinskih prava stečenih na osnovu zakona, da pravo svojine može biti oduzeto ili ograničeno samo u javnom interesu utvrđenom na osnovu zakona, uz naknadu koja ne može biti niža od tržišne, da se samo zakonom može ograničiti način korišćenja imovine i da je oduzimanje ili ograničenje imovine radi naplate poreza i drugih dažbina ili kazni, dozvoljeno samo u skladu sa zakonom.⁷

Zaštita prava na imovinu se između ostalog može ostvarivati i pred Ustavnim sudom Republike Srbije podnošenjem ustavne žalbe.⁸ Ustavna žalba može se izjaviti protiv pojedinačnog akta ili radnje državnog organa ili organizacije kojoj je povereno javno ovlašćenje, a kojima se povređuju ili uskraćuju ljudska ili manjinska prava i slobode zajemčene Ustavom, ako su iscrpljena ili nisu predviđena druga pravna sredstva ili je zakonom isključeno pravo na njihovu sudsku zaštitu.⁹ Dakle, ustavnom žalbom se, supsidijerno, uz ispunjenje određenih uslova, mogu štiti prava garantovana Ustavom, a među njima i pravo na imovinu.

U cilju povećanja efikasnosti postupka po ustavnoj žalbi, došlo je do izmena Zakona o Ustavnom sudu, tako što je uvedena mogućnost da Ustavni sud odlučuje o naknadi materijalne ili nematerijalne štete zbog povrede ljudskog ili manjinskog prava ili slobode zajemčenog Ustavom, ukoliko je podnosilac ustavne žal-

⁷ Ustav Republike Srbije (*Službeni glasnik RS*, br. 98/2006), čl. 58.

⁸ Ustavna žalba kao pravno sredstvo predviđena je čl. 170 Ustava Republike Srbije. Postupak po ustavnoj žalbi regulisan je Zakonom o ustavnom sudu.

⁹ Zakona o Ustavnom sudu (*Službeni glasnik RS*, br. 109/2007, 99/2011), čl. 82.

be to izričito zahtevao¹⁰. Na ovaj način stvorena je mogućnost da pitanje naknade štete zbog povrede prava koja su garantovana Ustavom, među kojima je i pravo na imovinu, bude raspravljeno i rešeno pred Ustavnim sudom, čime se utiče na smanjenje broja predmeta protiv Republike Srbije pred Evropskim sudom za ljudska prava.

ZADIRANJE U PRAVO NA IMOVINU U STEČAJNOM POSTUPKU

Početak primene Zakona o stečaju¹¹, stvorena je mogućnost da Republika Srbija, *ex lege*, potpuno besplatno, uz ispunjenje određenih uslova, stekne pravo svojine na imovini stečajnih dužnika. Ovo je moguće u dva slučaja – u slučaju stečaja sa imovinom nedovoljne vrednosti i u slučaju tzv. automatskog stečaja.

Stečaj sa imovinom nedovoljne vrednosti

Ukoliko se nakon izvršenog popisa imovine stečajnog dužnika i sačinjavanja izveštaja o ekonomsko-finansijskom položaju stečajnog dužnika utvrdi da je imovina stečajnog dužnika manja od visine troškova stečajnog postupka ili da je imovina stečajnog dužnika neznatne vrednosti, stečajni postupak se zaključuje bez odlaganja, a stečajnom upravniku se nalaže da unovči imovinu stečajno dužnika i ostvarenim sredstvima pokrije nastale troškove. Ukoliko po pokriću nastalih troškova preostanu sredstva, ista se uplaćuju u budžet Republike Srbije.¹²

U slučaju stečaja sa imovinom nedovoljne vrednosti, jasno je da ne postoji ekonomsko opravdanje za sprovođenje stečajnog postupka, s obzirom na malu vrednost imovine koja čini stečajnu masu, koja nije dovoljna za pokriće troškova stečajnog postupka. U tom smislu dalje vođenje postupka bilo bi suprotno načelu ekonomičnosti postupka.¹³

U ovakvim situacijama, uobičajeno rešenje koje se sreće u uporednom pravu sastoji se u tome da stečajni sud obustavlja stečajni postupak, čime se stvara mogućnost da poverioci pokušaju namirenje potraživanja u izvršnom postup-

¹⁰ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o Ustavnom sudu (*Službeni glasnik RS*, br. 99/2011), čl. 32 i 33.

¹¹ Zakon o stečaju (*Službeni glasnik RS*, br. 104/2009), stupio je na snagu 24. decembra 2009. godine a u primeni je od 23. januara 2010. godine.

¹² Zakon o stečaju, čl. 13, st. 2, 3 i 4.

¹³ Zakon o stečaju, čl. 5.

ku.¹⁴ Obustavom stečajnog postupka ne dolazi do gašenja pravnog subjektiviteta stečajnog dužnika, pa kako isti zadržava status pravnog lica, postoji mogućnost za poverioce, da nakon obustave stečajnog postupka vode izvršne postupke protiv dužnika. Takvo rešenje bilo je predviđeno ranijim Zakonom o stečajnom postupku.¹⁵

Novi Zakon o stečaju predvideo je drugačije rešenje. U opisanoj situaciji, stečajni postupak se ne obustavlja, već se zaključuje. Rešenje o zaključenju stečajnog postupka predstavlja pravni osnov za brisanje stečajnog dužnika iz registra privrednih subjekata, čime prestaje njegov pravni subjektivitet.

Posebnu pažnju izaziva zakonska naredba da se višak sredstava nakon unovčenja imovine stečajnog dužnika i namirenja troškova postupka uplate u budžet Republike Srbije. Postavlja se pitanje koji pravno-politički razlozi opravdavaju ovakvo zakonsko rešenje. Zbog čega država treba da bude privilegovana u odnosu na sva ostala lica koja imaju određene interese u pogledu imovine stečajnog dužnika (npr u odnosu na vlasnike privrednog društva ili njegove poverioce). Nameće se zaključak da je ovakvo rešenje inspirisano isključivo potrebom finansiranja budžetskog deficita.

Pojedini autori osnovano ukazuju da se ovakvim rešenjem država neosnovano bogati, i da je navedeno rešenje provitustavno jer se njime zapravo sprovodi nacionalizacija imovine stečajnih dužnika bez naknade, čime se imovina ovih pravnih lica oduzima od samih stečajnih dužnika, od njihovih vlasnika i od poverilaca.¹⁶

Stečaj u slučaju dugotrajne nesposobnosti za plaćanje

Stečajni postupak u slučaju dugotrajne nesposobnosti za plaćanje (tzv. automatski stečaj) sprovodi se nad pravnim licima koja su obustavila sva plaćanja u neprekidnom trajanju od najmanje godinu dana. Postupak se ogleda u tome što organizacija koja sprovodi prinudnu naplatu jednom mesečno dostavlja svim privrednim sudovima obaveštenje o pravnim licima sa njihove teritorije koja su u neprekidnoj blokadi od najmanje godinu dana. Po prijemu ovog obaveštenja stečajni sudija po službenoj dužnosti donosi rešenje o pokretanju prethodnog stečajnog postupka, kojim ostavlja rok od 60 dana od dana objave rešenja u kome poverioci ili stečajni dužnik mogu da uplate predujam na ime troškova stečajnog postupka, čime dokazuju postojanje pravnog interesa za sprovođenje stečaj-

¹⁴ Nebojša Jovanović, "Stečajna nacionalizacija (konfiskacija) u Srbiji", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1/2010, str. 132.

¹⁵ Zakon o stečajnom postupku (*Službeni glasnik RS*, br. 84/2004, 85/2005), čl. 4 st. 2.

¹⁶ N. Jovanović, *nav. članak*, str. 132, 133 i 134.

nog postupka. Ako predujam ne bude uplaćen u roku smatraće se da ne postoji pravni interes poverilaca i stečajnog dužnika za sprovođenje stečajnog postupka. U tom slučaju, stečajni sudija donosi rešenje kojim otvara stečajni postupak nad dužnikom, utvrđuje ispunjenost stečajnog razloga trajnije nesposobnosti plaćanja, utvrđuje da ne postoji interes poverilaca i stečajnog dužnika za sprovođenje stečajnog postupka i zaključuje stečajni postupak. Stečajni dužnik se briše iz registra privrednih subjekata a njegova imovina prelazi u svojinu Republike Srbije. Država stiće samo aktivu stečajnog dužnika, ali ne odgovara za obaveze stečajnog dužnika. Stečena prava obezbeđenja i prioritnog namirenja poverilaca na predmetnoj imovini ostaju nepromenjena iako imovina prelazi u državnu svojinu. Eventualno naknadno pronađena imovina stečajnog dužnika takođe prelazi u svojinu Republike Srbije.¹⁷

Kao što se vidi, odredbama o posebnom postupku u slučaju dugotrajne insolventnosti, predviđene su veoma značajne pravne posledice, koje imaju nepovoljan efekat po interese neobezbeđenih, stečajnih poverilaca, uprkos tome što je najpovoljnije kolektivno namirenje stečajnih poverilaca, zakonom proklamovano kao cilj stečaja, zatim, po interese samih stečajnih dužnika koji gube pravni subjektivitet i imovinu, i najzad, po interese vlasnika stečajnih dužnika koji ostaju bez stečenih prava na osnovu ulaganja.¹⁸

Protokom roka za uplatu predujma, poverioci (osim obezbeđenih poverilaca) se potpuno lišavaju mogućnosti da naplate svoja potraživanja jer dolazi do gašenja stečajnog dužnika uz prenos njegove imovine na državu bez prenosa obaveza. Ovo važi i u slučaju kada su potraživanja poverilaca utvrđena pravnosnažnim odlukama državnih organa. Kao što je u prethodnom izlaganju navedeno, u praksi Evropskog suda za ljudska prava, potraživanja, a posebno ona utvrđena odlukama nadležnih organa, se smatraju imovinom i uživaju zaštitu u okviru garantovanog prava na imovinu. Onemogućavanjem namirenja potraživanja od strane države, predstavlja nedozvoljeno mešanje države u pravo na imovinu, odnosno povredu ovog prava, što povlači odgovornost države. Isto važi i u pogledu prava koje vlasnici privrednih društava stiču na osnovu ulaganja, a koja proističu iz stečenih udela odnosno akcija.

Država je na ovaj način izvršila besteretno prisvajanje imovine stečajnih dužnika, odnosno njenu konfiskaciju¹⁹, slično kao i u slučaju stečaja sa imovinom nedovoljne vrednosti, ali sa daleko izraženijim ekonomskim učincima, imajući u vidu broj blokiranih pravnih lica i vrednost njihove imovine. Treba napomenuti

¹⁷ Zakon o stečaju, čl. 150–154.

¹⁸ Zakon o stečaju, čl. 2.

¹⁹ N. Jovanović, nav. članak, str. 130–149.

da se odredbe Zakona o stečaju koje regulišu tzv. automatski stečaj primenjuju na sva pravna lica koja su u dugotrajnoj blokadi bez obzira na svojinski oblik kapitala sa kojim posluju (dakle i na privatna privredna društva i na društvena preduzeća), kao i na zadruge, udruženja konstituisana na osnovu Zakona o udruženjima, ali ne i na sportske organizacije i udruženja.²⁰ Od ovog režima izuzeta su samo društvena preduzeća koja su u postupku restrukturiranja u smislu privatizacionih propisa. Država je sama sebi dala ekskluzivno pravo da bez naknade oduzima imovinu privrednih subjekata koja su dugotrajno insolventna, samo na osnovu okolnosti što poverioci takvih subjekata, odnosno sami privredni subjekti kao stečajni dužnici, nisu uplatili predujam na ime troškova za sprovođenje stečajnog postupka. Neuplata predujma, po zakonu se tretira kao nepostojanje pravnog interesa poverilaca odnosno stečajnog dužnika za sprovođenje stečajnog postupka.²¹

Neustavnost odredaba Zakona o stečaju

Ustavni sud je na sednici održanoj dana 12.jula 2012. godine doneo odluku kojom je utvrđeno da odredba čl. 13 st. 3 Zakona o stečaju, u delu koji glasi "Ako po pokriću nastalih troškova preostanu sredstva, ta sredstva se uplaćuju u budžet Republike Srbije", kao i odredbe čl. 150 do 154 Zakona o stečaju, nisu u saglasnosti sa Ustavom. Istom odlukom odbačen je zahtev za obustavu izvršenja pojedinačnog akta, odnosno radnje preduzete na osnovu navedenih odredaba.²² U navedenoj odluci, Ustavni sud je utvrdio da je osporenim odredbama Zakona o stečaju povređeno više ustavom garantovanih prava i ustavnih principa.

Ustavni sud je utvrdio da i u slučaju odredaba koje regulišu stečaj sa imovinom nedovoljne vrednosti, kao i u slučaju odredaba kojima je regulisan stečaj zbog dugotrajne insolventnosti, postoji povreda prava na imovinu stečajnih dužnika i njihovih poverilaca, koje je zajemčeno Ustavom.²³ Prema Ustavu, pravo svojine može biti oduzeto ili ograničeno samo u javnom interesu utvrđenom

²⁰ Dragiša Slijepčević, "Stečaj zbog dugotrajne nesposobnosti za plaćanje", *Pravo i privreda*, br. 7-9/2010, str. 225-228.

²¹ Zakon o stečaju, čl. 152 st. 3.

²² Odluka Ustavnog suda IUz-850/2010 od 12.7.2012. godine objavljena je u "Službenom glasniku RS" br. 71 od 25.7.2012. godine. Od tog dana prestale su da važe odredbe čl. 13 st. 3 druga rečenica i odredbe iz čl. 150 do 154 Zakona o stečaju, saglasno čl. 168 st. 3 Ustava Republike Srbije i čl. 58 st. 1 Zakona o Ustavnom sudu.

²³ Članom 58 Ustava jemči se mirno uživanje svojine i drugih imovinskih prava stečenih na osnovu zakona, garantuje se da pravo svojine može biti oduzeto ili ograničeno samo u javnom interesu utvrđenom na osnovu zakona, uz naknadu koja ne može biti niža od tržišne, zakonom se može ograničiti način korišćenja imovine, a oduzimanje ili ograničenje imovine radi naplate poreza i drugih dažbina ili kazni, dozvoljeno je samo u skladu sa zakonom.

na osnovu zakona, uz naknadu koja ne može biti niža od tržišne. Sud je ocenio da u slučaju osporenih odredaba Zakona o stečaju, “ne postoji valjani ustavnopravni osnov za oduzimanje imovine stečajnog dužnika u korist države, u smislu ispunjenosti određenog ustavnog uslova za oduzimanje imovine (npr. postojanje javnog interesa, namirenje poreskih obaveza i sl.)” Sud dalje konstatuje da iako se pojam javnog interesa može široko tumačiti, država ne može na osnovu slobodne procene donositi zakone koji podrazumevaju proizvoljnu konfiskaciju ili nacionalizaciju, odnosno oduzimanje imovine vlasnika bez bilo kakve naknade. U slučaju prelaženja imovine stečajnog dužnika u svojinu države mora biti ispunjen zahtev o postojanju pravične ravnoteže i proporcionalnosti između zahteva opšteg interesa države i zahteva zaštite osnovnih prava pojedinaca, što znači da mere koje država preduzima moraju biti nužne, tj. da ne postoji povoljniji način za ostvarenje određenog cilja.²⁴

Ustavni sud je utvrdio da su osporenim odredbama Zakona o stečaju povređeni ustavni principi jednakosti položaja svih učesnika na tržištu²⁵ i ravnopravnosti svih oblika svojine²⁶, imajući u vidu da se državna svojina povlašćuje u odnosu na ostale oblike svojine, na taj način što kod stečaja nedovoljne vrednosti država prisvaja višak imovine stečajnih dužnika (tačnije sredstava preostalih nakon unovčenja imovine i podmirenja troškova postupka), dok kod automatskog stečaja država po sili zakona, bez naknade, stiče imovinu stečajnih dužnika.

U postupku pred Ustavnim sudom utvrđeno je da je osporenim odredbama Zakona o stečaju potvrđeno pravo na pravično suđenje²⁷ i pravo na jednaku zaštitu prava i na pravno sredstvo²⁸. Ovo se posebno odnosi na postupak u slučaju dugotrajne nesposobnosti za plaćanje, gde su poverioci ugašenih stečajnih dužnika dovedeni u položaj da svoja potraživanja uopšte ne mogu da namire. Država nije obezbedila sudsku zaštitu imovinskih prava poverilaca (potraživanja), što se opravdava pravnom nezainteresovanošću poverilaca za sprovođenje stečajnog postupka. Pored toga, Ustavni sud je utvrdio da određena procesna rešenja Zakona o stečaju nisu u skladu sa napred navedenim ustavnim pravima, jer zainteresovanim licima o čijim pravima se odlučuje (stečajni dužnik i njegovi poverioci) nije pružena adekvatna mogućnost da učestvuju u postupku, da se upoznaju sa odlukama stečajnog sudije i da protiv tih odluka upotrebe delotvorno pravno sredstvo.

²⁴ Odluka Ustavnog suda od 12.7.2012. godine, deo IV, prvi pasus.

²⁵ Ustav Republike Srbije, čl. 84 st. 1.

²⁶ Ustav Republike Srbije, čl. 86 st. 1.

²⁷ Ustav Republike Srbije, čl. 32 st. 1.

²⁸ Ustav Republike Srbije, čl. 36.

*Pravne posledice neustavnosti odredaba Zakona o stečaju
i zaštita prava na imovinu*

Opšte pravilo je da u slučaju kada Ustavni sud utvrdi da određeni pravni akt nije u saglasnosti s Ustavom, taj akt prestaje da važi danom objavljivanja odluke Ustavnog suda u "Službenom glasniku Republike Srbije".²⁹ U konkretnom slučaju odluka Ustavnog suda kojom je utvrđena neustavnost odredbe čl. 13 st. 3 druga rečenica i odredaba iz čl. 150 do 154 Zakona o stečaju, objavljena je u "Službenom glasniku Republike Srbije" dana 25. jula 2012. godine.

Postavlja se pitanje kakve će konkretne pravne posledice proizvesti ova odluka u praksi, posebno kada je reč o automatskom stečaju s obzirom na broj ugašenih pravnih lica i vrednost imovine koja je prenetu u svojinu Republike Srbije.³⁰

Ustavni sud je ovlašćen da odlukom odredi način otklanjanja posledica koje su nastale usled primene opšteg akta koji nije u saglasnosti s Ustavom ili zakonom.³¹ U odluci od 12. jula 2012. godine, Ustavni sud nije odredio na koji način će biti otklonjenje imovinske i statusne posledice nastale tokom skoro trogodišnje primene odredaba Zakona o stečaju za koje je utvrđeno da nisu u saglasnosti sa Ustavom. Na osnovu odluke Ustavnog suda, Narodna banka Srbije obustavila je dalje obaveštavanje privrednih sudova o blokiranim računima pravnih lica, ali ostaje otvoreno pitanje šta će se desiti sa postupcima koji su u toku, kao i sa postupcima koji su okončani.

Moguće je razlikovati nekoliko situacija polazeći od stadijuma u kome se nalazi postupak stečaja zbog dugotrajne insolventnosti. Svi postupci automatskog stečaja mogu se podeliti u dve grupe – na postupke koji su u toku i postupke koji su okončani.

Stečajni postupci koji nisu pravnosnažno okončani. – Kada se radi o postupcima stečaja usled dugotrajne nesposobnosti za plaćanje koji nisu pravnosnažno okončani, moguće je razlikovati nekoliko procesnih situacija.

U situaciji kada je Narodna banka Srbije dostavila nadležnom privrednom sudu obaveštenje o pravnim licima sa njegove teritorije koja su obustavila plaćanja u neprekidnom trajanju od najmanje godinu dana, ali stečajni sudija u mo-

²⁹ Ustav Republike Srbije, čl. 168 st. 3; Zakon o Ustavnom sudu, čl. 58 st. 1.

³⁰ Do sada je, kroz automatski stečaj, ugašeno oko 16.500 preduzeća. Za prve dve godine primene zakona uslov za ovakav stečaj steklo je 24.465 firmi. U istom periodu iz registra privrednih društava izbrisano je njih 15.607. Situacija u 2012. godini nimalo nije bolja: račune blokirane godinu dana u kontinuitetu ima tačno 11.231 pravnih lica. Iz registra je izbrisano još blizu 900 preduzeća. Podaci dostupni na <http://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/020812/020812-stampa3.html>, 21.8.2012.

³¹ Zakon o Ustavnom sudu, čl. 45 st. 1 tač. 6.

mentu objavljuju odluke Ustavnog suda od 12. jula 2012. godine, još uvek nije doneo rešenje o pokretanju prethodnog stečajnog postupka, stečajni sudija bi imao mogućnost da odbaci obaveštenje Narodne banke Srbije, imajući u vidu da su sve odredbe koje regulišu automatski stečaj proglašene neustavnim, te on više nije ovlašćen da po službenoj dužnosti donese rešenje o pokretanju prethodnog stečajnog postupka. U tom smislu, kako obaveštenje Narodne banke Srbije nema karakter predloga za pokretanje stečajnog postupka jer, s jedne strane, ne sadrži sve zakonom propisane elemente koje predlog mora imati, a s druge strane, Narodna banka Srbije nema status ovlašćenog predlagача³², to proističe da postupak stečaja dostavljanjem ovog obaveštenja nadležnom sudu nije formalno pokrenut, pa sudija ne može obustaviti postupak, već postoji razlog za odbačaj obaveštenja Narodne banke Srbije.

U slučaju da je po prijemu obaveštenja Narodne banke Srbije, nadležni sud doneo rešenje o pokretanju prethodnog stečajnog postupka kojim je određio iznos predujma na ime troškova postupka i rok od 60 dana od dana objave rešenja u kom roku poverioci ili stečajni dužnik mogu tražiti sprovođenje stečajnog postupka i položiti predujam, stečajni sudija bi trebalo da donese rešenje kojim se obustavlja postupak, s obzirom da je postupak odlukom suda pokrenut, i da se mora odlukom suda i okončati. S obzirom na prirodu razloga zbog kojih se postupak okončava (a razlozi su takvi da trajno sprečavaju dalje vođenje postupka), jedino moguće rešenje je obustava postupka.

Ukoliko je stečajni dužnik ili poverilac, do dana objave odluke Ustavnog suda, uplatio predujam i podneo zahtev za sprovođenje stečajnog postupka, postojala bi mogućnost primene odredaba o opštem stečajnom postupku, pod uslovom da zahtev za sprovođenje stečajnog postupka sadrži sve elemente koje mora imati predlog za pokretanje stečajnog postupka. Sud bi trebalo da pozove lice koje je uplatilo predujam i podnelo zahtev za sprovođenje stečajnog postupka da se izjasni da li ostaje pri podnetom zahtevu i da zahtev dopuni podacima koje mora sadržati predlog za pokretanje stečajnog postupka.

Stečajni postupci koji su okončani. – U slučaju kada je postupak u slučaju dugotrajne insolventnosti okončan donošenjem rešenja o otvaranju i zaključenju stečajnog postupka, treba razlikovati dve situacije – situaciju kada navedeno rešenje nije postalo pravnosnažno i situaciju kada je rešenje o otvaranju i zaključenju stečajnog postupka postalo pravnosnažno.

U situaciji kada rešenje o otvaranju i zaključenju stečajnog postupka nije postalo pravnosnažno u momentu objavljivanja odluke Ustavnog suda, treba imati u vidu da je Zakonom o Ustavnom sudu propisano da se zakoni i drugi op-

³² Zakon o stečaju, čl. 55 i 56.

šti akti za koje je odlukom Ustavnog suda utvrđeno da nisu u saglasnosti s Ustavom, ne mogu primenjivati na odnose koji su nastali pre dana objavljivanja odluke Ustavnog suda, ako do tog dana nisu pravnosnažno rešeni.³³ U tom smislu ako žalba na navedeno rešenje nije izjavljena a rok za izjavljivanje žalbe nije istekao do momenta objavljivanja odluke Ustavnog suda, stečajni sud bi trebalo da stavi van snage rešenje o otvaranju i zaključenju stečajnog postupka i da obustavi stečajni postupak. Ako je pak žalba na rešenje o otvaranju i zaključenju stečajnog postupka podneta, treba voditi računa da prvostepeni sud, prema pravilima opšteg stečajnog postupka, nije ovlašćen da sam odlučuje o osnovanosti žalbe ukoliko je ista izjavljena protiv rešenja o otvaranju stečajnog postupka i rešenja o zaključenju stečajnog postupka.³⁴ U tom smislu prvostepeni sud bi morao da žalbu sa spisima predmeta dostavi drugostepenom sudu, koji bi trebalo da donese odluku o obustavi postupka.

Najsloženija situacija nastaje ukoliko je u momentu objave odluke Ustavnog suda, rešenje o otvaranju i zaključenju stečajnog postupka postalo pravnosnažno. S obzirom da u postupku stečaja nisu dozvoljeni povraćaj u pređašnje stanje, revizija i predlog za ponavljanje postupka, postavlja se pitanje koje pravno sredstvo mogu koristiti lica čija su prava povređena osporenim odredbama Zakona o stečaju.

Jedno od pravnih sredstava za zaštitu prava napred navedenih lica predviđeno je Zakonom o Ustavnom sudu. Naime, ovim zakonom je propisano da svako kome je povređeno pravo konačnim ili pravnosnažnim pojedinačnim aktom, donetim na osnovu zakona ili drugog opšteg akta, za koji je odlukom Ustavnog suda utvrđeno da nije u saglasnosti s Ustavom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima ili zakonom, ima pravo da traži od nadležnog organa izmenu tog pojedinačnog akta, u skladu sa pravilima postupka u kome je pojedinačni akt donet. Predlog za izmenu konačnog ili pravnosnažnog pojedinačnog akta, koji je donet na osnovu neustavnog opšteg akta, može se podneti u roku od šest meseci od dana objavljivanja odluke u "Službenom glasniku Republike Srbije", ako od dostavljanja pojedinačnog akta do podnošenja predloga ili inicijative za pokretanje postupka nije proteklo više od dve godine.³⁵ Konkretno, svako lice koje smatra da mu je pravnosnažnim rešenjem o otvaranju i zaključenju stečajnog postupka povređeno neko pravo, a pre svega pravo na imovinu, ima mogućnost da do 25.1.2013. godine podnese predlog prvostepenom privrednom sudu koji je doneo navedeno rešenje, za izmenu ovog rešenja. Ukoliko je predlog blagovremen i ukoliko podnosilac dokaže da je povređeno neko njegovo pravo, nadležni sud bi trebalo da stavi van snage pravno-

³³ Zakon o Ustavnom sudu, čl. 60 st. 1.

³⁴ Zakon o stečaju, čl. 47 st. 2 i 4.

³⁵ Zakon o Ustavnom sudu, čl. 61.

snažno rešenje o otvaranju i zaključenju stečajnog postupka i da potom postupak obustavi.

Na osnovu rešenja o izmeni rešenja o otvaranju i zaključenju stečajnog postupka i obustavi postupka, u registru privrednih sbujekata moglo bi se zahtevati donošenje odluke o izmeni odluke o brisanju stečajnog dužnika iz registra i vraćanje pravne sposobnosti brisanom privrednom društvu.

Kada je u pitanju sprovođenje promena u registru nepokretnosti radi ponovnog upisa prava svojine u korist ranijeg vlasnika – ugašenog stečajnog dužnika umesto Republike Srbije, potrebno je da se najpre izdjestvuje izmena rešenja o otvaranju i zaključenju stečajnog postupka koje je bilo osnov za upis državne svojine, kao i da se izdjestvuje izmena odluke o brisanju stečajnog dužnika iz registra privrednih subjekata kako bi se ponovo uspostavio pravni subjektivitet brisanog pravnog lica. Tek tad nadležni registar nepokretnosti imao bi mogućnost da izvrši upis prava svojine na nepokretnostima u korist pravnog lica nad kojim je sproveden automatski stečaj.

Druga mogućnost koju zainteresovana lica mogu koristiti radi zaštite povređenih prava, takođe proističe iz primene Zakona o Ustavnom sudu. Naime, ako se utvrdi da se izmenom pojedinačnog akta ne mogu otkloniti posledice nastale usled primene opšteg akta za koji je odlukom Ustavnog suda utvrđeno da nije u saglasnosti sa Ustavom, opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima ili zakonom, Ustavni sud može odrediti da se ove posledice otklone povraćajem u pređašnje stanje, naknadom štete ili na drugi način.³⁶ Dakle, ova mogućnost je supsidijarnog karaktera u odnosu na pravo na podnošenje predloga za izmenu konačnog ili pravnosnažnog pojedinačnog akta, koji je donet na osnovu neustavnog opšteg akta.

ZAKLJUČAK

Pravo na imovinu uživa pravnu zaštitu kako na međunarodnom planu tako i u nacionalnim okvirima. Radi se o jednom od prava o čijim povredama se najčešće raspravljalo u praksi Evropskog suda za ljudska prava.

Odredbama Zakona o stečaju iz 2009. godine bili su regulisani slučajevi besplatne nacionalizacije imovine stečajnih dužnika u slučaju stečaja sa imovinom nedovoljne vrednosti i u slučaju stečaja usled dugotrajne insolventnosti. Odlukom Ustavnog suda iz jula meseca 2012. godine utvrđeno je da ove odredbe nisu u saglasnosti sa Ustavom, između ostalog i zbog toga što je usled njihove primene došlo do povrede prava na imovinu zainteresovanih lica (stečajnih dužnika, njihovih vlasnika i poverilaca).

³⁶ Zakon o Ustavnom sudu, čl. 62.

Za vreme skoro trogodišnje primene, sada nevažećih odredaba Zakona o stečaju, iste su proizvele niz veoma značajnih statusnih i imovinskih posledica, kao što su gubitak pravnog subjektiviteta stečajnih dužnika nad kojima je vođen tzv. automatski stečaj, prenos njihove imovine u svojinu Republike Srbije, kao i nemogućnost poverilaca stečajnih dužnika da namire svoja potraživanja.

Imajući u vidu da je odlukom Ustavnog suda o neustavnosti navedenih odredaba, izričito utvrđeno da je osporenim odredbama Zakona o stečaju došlo do povrede prava na imovinu, u budućnosti se može očekivati postavljanje pitanja odgovornosti države za učinjene povrede i nastalu štetu. Do povrede prava na imovinu, u konkretnom slučaju dosta širokog kruga lica, došlo je primenom propisa koji je donela država i radom sudova kao državnih organa. U tom smislu, otvaraju se značajne mogućnosti za subjekte čije pravo na imovinu je povređeno, za isticanje odštetnih zahteva prema Republici Srbiji. Procesni položaj zainteresovanih lica bi trebalo da bude povoljan imajući u vidu odluku Ustavnog suda.

Još jednom se pokazalo da originalna pravna rešenja kojima naši kreatori prava neprestano teže, često doživljavaju potpuni krah. Postavlja se pitanje ko će snositi cenu svega toga. Zasigurno ne oni koji su za to i odgovorni.

MARKO MARJANOVIĆ
Legal Advisor, Privatization Agency

VIOLATION OF THE RIGHT TO PROPERTY AS A RESULT OF THE APPLICATION OF BANKRUPTCY REGULATIONS

Summary

In this article the author will try to point out certain aspects of violation of the right to property which may arise from the application of bankruptcy regulations. In the first part, the author will give a presentation of the relevant international and domestic legal resources which guarantee the right to property. In the second part, the author will analyze provisions of The Law on Bankruptcy adopted in 2009, regulating the transfer of property ownership in favor of Republic of Serbia, without any compensation. This occurs in two cases – when the assets of the bankruptcy debtors have insufficient value, or in special proceedings due to long-term insolvency (the automatic bankruptcy). The author will indicate the shortcomings of legal regulations and the problems that have occurred in bankruptcy practice. This situation has resulted in the recent decision taken by the Constitutional Court of the Republic of Serbia, which determined that the provisions of The Law on Bankruptcy governing the nationalization of bankruptcy debtors' assets, are inconsistent with the Constitution. The author will point out the legal consequences that may arise due to the effects of the above mentioned decision of the Constitutional Court.

DIJANA MARKOVIĆ-BAJALOVIĆ

VREMENSKI SUKOB ZAKONA U PRAVU KONKURENCIJE

U V O D

Stupanjem na snagu novog Zakona o zaštiti konkurencije¹ otvoreno je pitanje vremenskog važenja Zakona o zaštiti konkurencije iz 2005.² Ono nije izgubilo na aktuelnosti ni posle više od tri godine od donošenja novog zakona. Naprotiv, čini se da je dobilo na težini nakon nekoliko odluka Komisije za zaštitu konkurencije RS (u daljem tekstu: Komisija) kojima je učesnicima na tržištu za povrede konkurencije učinjene u vreme važenja Zakona iz 2005. izrečena sankcija – upravna mera obaveze novčanog plaćanja primenom Zakona iz 2009.

Pravni režim za povrede konkurencije prema Zakonu iz 2005. i Zakonu iz 2009.

Najveće razlike između dva zakona postoje u pogledu načina uređivanja postupka za utvrđivanje povrede konkurencije i sankcija i mera koje se mogu izreći počinocima tih povreda. Za našu analizu najvažnija razlika ogleda se u tome što su u Zakonu iz 2005. povrede konkurencije kvalifikovane kao prekršaji. U skla-

Dr Dijana Marković-Bajalović, profesor Pravnog fakulteta u Srpskom Sarajevu, Pale.

¹ “Sl. glasnik RS”, br. 51/2009, u daljem tekstu: Zakon iz 2009.

² “Sl. glasnik RS”, br. 79/2005, u daljem tekstu: Zakon iz 2005.

du sa tim, nakon što bi Komisija konačnim rešenjem koje donosi u upravnom postupku utvrdila postojanje povrede konkurencije, pokretala bi postupak pred prekršajnim sudom u svojstvu ovlašćenog podnosioca zahteva.³ Prekršajni sud mogao je izreći sankciju u vidu novčane kazne u rasponu od 1 do 10% od ukupnog godišnjeg prihoda učesnika na tržištu.⁴ Komisija je Zakonom iz 2005. bila ovlašćena da rešenjem kojim utvrdi povredu konkurencije izrekne restitutivne upravne mere, čiji je cilj uspostavljanje konkurencije na tržištu i otklanjanje štetnih posledica učinjene povrede konkurencije.⁵ Ako učesnik na tržištu kome su rešenjem Komisije izrečene mere ne bi postupio po rešenju u utvrđenom roku, Komisija je u skladu sa čl. 68 Zakona iz 2005. bila ovlašćena da donese posebno rešenje o određivanju mere privremene zabrane vršenja prometa određene robe ili usluga. Nadalje, ako učesnik na tržištu ne bi postupio po rešenju o zabrani vršenja prometa, Komisija je imala pravo da donese rešenje o određivanju mere privremene zabrane vršenja delatnosti. Mere iz čl. 68 Zakona iz 2005. bile su po svojoj prirodi represivne i cilj im je bio obezbeđenje sprovođenja mera za uspostavljanje konkurencije i otklanjanje štetnih posledica učinjene povrede.

Zakonom iz 2009. učinjen je radikalnan preokret u pravcu postizanja veće efikasnosti postupka koji se vodi radi zaštite konkurencije, time što je Komisiji dato ovlašćenje da samostalno izriče sankcije učenicima na tržištu u okviru postupka kojim se utvrđuje povreda konkurencije. U cilju prevazilaženja ustavnog problema poveravanja ovlašćenja za izricanje sankcija telu koje nije sud, a nije ni klasičan organ uprave,⁶ sankcije su Zakonom iz 2009. odenute u ruho upravne mere. U skladu sa čl. 68 Zakona iz 2009. Komisija može učesniku na tržištu koji učini povredu konkurencije izreći meru zaštite konkurencije. Mera se sastoji u obavezi plaćanja novčanog iznosa koji može iznositi do 10% od ukupnog godišnjeg prihoda učesnika na tržištu. Donji iznos obaveze nije propisan, što znači da Komisija može učesnika na tržištu i osloboditi od obaveze. Naziv "upravna mera" ne može da prikrije njen represivni karakter, niti je ta njena priroda u raspravi vo-

³ Čl. 70 st. 2 Zakona iz 2005. u vezi sa čl. 154 st. 2 i 3 Zakona o prekršajima ("Sl. glasnik RS", br. 101/2005, 116/2008 i 111/2009).

⁴ Čl. 71 Zakona iz 2005.

⁵ Čl. 8 st. 2 i čl. 19 st. 2 Zakona iz 2005.

⁶ Članom 137 st. 3 Ustava RS posebni organi preko kojih se ostvaruje regulatorna funkcija u pojedinim oblastima ili delatnostima svrstani su u državnu upravu. U teoriji se vodi rasprava oko pravnog statusa regulatornih tela, pa se čak iznose mišljenja da se radi o četvrtoj grani vlasti, odnosno u najmanju ruku o organima koje je teško svrstati u postojeću kategorizaciju državne vlasti. S. Dujić, *Javne službe i nezavisna regulatorna tijela*, Moderna uprava, novembar 2010. s. 15-40; B. Smerdel, *Čudnovati kljunaš ponovo u fokusu: mogu li se neovisni regulatori uklopiti u hrvatski pravni poredak*, International Jean Monnet Chair Conference, "Regulatorne agencije", Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 1-2.10.2010.; B. Smerdel, *Neovisni regulatori: o potrebi racionalizacije sustava*, Informator, 51/2012, s. 1-3.

đenoj povodom donošenja novog zakona negirana od strane predlagača zakonskog teksta. Podvođenjem sankcija za povrede konkurencije pod režim upravnih mera zakonodavac je (ne)svesno izbegao detaljno uređivanje niza klasičnih instituta kaznenog prava, koji predstavljaju civilizacijsku tekovinu i služe ostvarenju ideala pravičnosti u kaznenom postupku, kao što su subjekti i uslovi kaznene odgovornosti i kažnjivosti, ostvarivanje načela o pravu na odbranu i raspravnog načela, način dokazivanja (istražno ili optužno načelo), dokazna sredstva, položaj oštećenog u postupku, vrste kazni i način odmeravanja kazne, vrste zaštitnih mera, pravne posledice odluke o kažnjavanju i dr.⁷ S druge strane, odmah na početku primene Zakona iz 2009. pokazalo se da pozivanje na institute kaznenog prava nije moguće izbeći, zbog čega se postavlja pitanje da li je uopšte moguće koristiti se tim institutima u oblasti upravnog prava, što se u krajnjoj konsekvenci svodi na pitanje da li je iskorak načinjen regulisanjem sankcija za povrede konkurencije u oblasti upravnog prava bio pravno-politički opravdan?

Postupak pred Komisijom uređen je kao poseban upravni postupak, sa odredbama koje predstavljaju odstupanje od Zakona o opštem upravnom postupku.⁸ U postupku se primenjuju pravila opšteg upravnog postupka, ako zakonom iz oblasti zaštite konkurencije nije drugačije propisano.⁹ Za ovaj rad od značaja je najpre način uređivanja pitanja pokretanja postupka. Zakonom iz 2005. bila je data ravnopravna mogućnost Komisiji, oštećenim učesnicima na tržištu i drugim licima koja za to imaju pravni interes da pokreću postupak za utvrđivanje povrede konkurencije.¹⁰ Zakonom iz 2009. postupak za utvrđivanje povrede konkurencije uređen je u skladu sa načelom oficijelnosti. Komisija pokreće postupak za utvrđivanje povrede konkurencije isključivo po službenoj dužnosti. Opravdanje za uvođenje načela oficijelnosti takođe je nađeno u većoj efikasnosti postupka. Isključenjem prava trećih lica da pokreću postupak Komisija je oslobođena balasta postupaka koji bi se vodili isključivo u cilju zaštite privatnih interesa oštećenih učesnika u postupku, što nije zadatak tela koje prevashodno štiti javni interes. Uprkos dobrim namerama zakonodavca, na taj način je u postupku pred Komisijom eliminisano raspravno načelo, koje je Zakonom iz 2005. makar u naznakama bilo uređeno.

Članom 35 Zakona iz 2009. propisani su uslovi i način pokretanja postupka po službenoj dužnosti. Komisija pokreće postupak ispitivanja povrede konkurencije po službenoj dužnosti, kada na osnovu dostavljenih inicijativa, infor-

⁷ Posebno je pitanje ustavnosti ovakvog zakonskog rešenja, koje još uvek nije otvoreno niti u teoriji, ni u praksi. Davanje ovlašćenja telu sa regulatornom funkcijom da izriče sankcije upitno je pre svega sa stanovišta načela o podeli vlasti na zakonodavnu, izvršnu i sudsku iz čl. 4 Ustava RS.

⁸ "Sl. glasnik SRJ", br. 33/97 i 31/2001 i "Sl. glasnik RS", br. 30/2010, u daljem tekstu: ZOUP.

⁹ Čl. 52 t. 1 Zakona iz 2005 i čl. 34 Zakona iz 2009.

¹⁰ Čl. 56 i 57 Zakona iz 2005.

macija i drugih raspoloživih podataka osnovano pretpostavi postojanje povrede konkurencije. Postupak se pokreće zaključkom koji donosi predsednik Komisije. Zaključak o pokretanju postupka naročito sadrži opis radnji ili akata koji mogu predstavljati povredu konkurencije, pravni osnov i razloge za pokretanje postupka.

Druga bitna novina u uređivanju postupka za utvrđivanje povrede konkurencije u Zakonu iz 2009. ogleda se u tome što se u jednom postupku, jednim aktom odlučuje i o postojanju povrede konkurencije i o merama koje se određuju učesniku na tržištu, uključujući i meru zaštite konkurencije, odnosno novčanu kaznu. Time je otklonjena nepotrebna dvojnost postupaka za utvrđivanje povrede konkurencije i određivanje sankcije, koja je postojala prema Zakonu iz 2005. U Zakonu iz 2009. ta novina je izražena šturom, ali ipak potpuno jasnom odredbom: "Sastavni deo rešenja kojim je utvrđena povreda konkurencije je odluka o meri zaštite konkurencije, odnosno druga upravna mera koju određuje Komisija u skladu sa ovim zakonom."¹¹ Navedena norma ne traži tumača. Mera zaštite konkurencije se može izreći samo aktom kojim se utvrđuje postojanje povrede konkurencije, a ne samostalnim rešenjem kojim se okončava zaseban postupak za određivanje upravne mere. Takvo zakonsko rešenje je odstupanje od pravila opšteg upravnog postupka da se tereti stranci mogu nametati i posebnim, naknadnim upravnim aktom,¹² čime je isključena primena pravila opšteg upravnog postupka u tom pogledu.

*Vremensko važenje Zakona iz 2005.
i Zakona iz 2009.*

Imajući u vidu da se Zakonom iz 2009. uvodi potpuno novi pravni režim zaštite konkurencije, neophodno je bilo Zakonom iz 2009. jasno odrediti trenutak u vremenu do koga važi Zakon iz 2005., odnosno od kojeg počinje da se primenjuje Zakon iz 2009. U Zakonu iz 2009. tom pitanju posvećene su tri odredbe: odredba o prestanku važenja Zakona iz 2005., odredba o stupanju Zakona iz 2009. na snagu i o početku njegove primene i odredba o pravnom režimu za neokončane postupke. Zakon iz 2009. stupio je na snagu 22.7.2009, a počeo je da se primenjuje 1.11.2009.¹³ Danom početka njegove primene prestao je da važi Zakon iz 2005.¹⁴ U pogledu postupaka koji su u toku, Zakon iz 2009. sadrži određnje da će se "na postupke koji su započeti do dana primene ovog zakona primeniti

¹¹ Čl. 38 st. 3 Zakona iz 2009.

¹² Z. Tomić, *Opšte upravno pravo*, Beograd 2011. s. 210

¹³ Čl. 81 Zakona iz 2009.

¹⁴ Čl. 78 Zakona iz 2009.

propisi po kojima su započeti”,¹⁵ to jest Zakon iz 2005. i podzakonska akta done-
ta na osnovu njega.

U kritici Zakona iz 2009. ukazano je na opasnost da se čl. 74 usko tumači, tako što bi se na postupke u toku primenjivale samo procesnopravne odredbe Zakona iz 2005, dok bi se u materijalnopravnom delu postupak okončao po odredbama Zakona iz 2009.¹⁶ Kako tada, tako i danas, smatramo da jezička omaška zakonodavca (umesto reči “u postupcima” upotrebljene su reči “na postupke”) ne daje prostor za tumačenje da Komisija može voditi postupak po Zakonu iz 2005. a primenjivati materijalnopravne odredbe Zakona iz 2009., iz više razloga.

Prvi je da je zakonodavac prećutno iskazao svoju volju da se u neokončanim pravnim situacijama primenjuje Zakon iz 2005. time što je odložio primenu Zakona iz 2009. za više od tri meseca. Neuobičajeno dug period odložene primene¹⁷ govori nam o tome da je zakonodavac hteo da učesnicima na tržištu ostavi dovoljno vremena da se pripreme za novi pravni režim zaštite konkurencije. Uoliko pre se ne može tumačiti da je njegova namera bila da se u neokončanim postupcima primenjuju isključivo procesne odredbe Zakona iz 2005.

Drugo, sistematika Zakona iz 2009. je takva da je teško jasno razgraničiti materijalnopravne od procesnopravnih normi. Ovo stoga što Deo 5. Zakona, koji nosi naziv “Postupak pred Komisijom”, sadrži i odredbe materijalnopravnog karaktera, kao što su odredbe o upravnim merama koje određuje Komisija,¹⁸ o obavezi prijave koncentracije i ispitivanju koncentracije po službenoj dužnosti,¹⁹ meri zaštite konkurencije²⁰ i dr. Štaviše, u nekim članovima Zakona iz 2009. pomešane su norme materijalnopravnog i procesnopravnog karaktera. Primer za to su odredbe o uslovnom odobrenju koncentracije i meri dekoncentracije, u kojima su propisane materijalnopravne pretpostavke za izricanje uslovnog odobrenja ili mere dekoncentracije, ali i sadržina rešenja o uslovnom odobrenju, odnosno određivanju mere dekoncentracije, što spada u oblast procesnog prava.²¹ Ako bi se prihvatio stav da se u postupcima koje se vode po Zakonu iz 2005. primenjuju materijalnopravne norme Zakona iz 2009. to bi značilo da se Komisiji daje zada-

¹⁵ Čl. 74 Zakona iz 2009.

¹⁶ Begović, Pavić, *Jasna i neporedna opasnost: Prikaz novog Zakona o zaštiti konkurencije*. Anali Pravnog fakulteta, br. 2/2009, s. 80–81.

¹⁷ Smatramo da odlaganje primene čitavog zakona na određeno vreme od njegovog stupanja na snagu, kako je učinjeno u slučaju Zakona iz 2009., suštinski ne predstavlja ništa drugo već određivanje dužeg roka njegovog stupanja na snagu. U tom smislu rok za početak primene Zakona iz 2009. predstavljao bi *vacatio legis*, iako se formalnopravno ne radi o tom institutu.

¹⁸ Čl. 56, 57 i 59 Zakona iz 2009.

¹⁹ Čl. 61–63 Zakona iz 2009.

²⁰ Čl. 67.

²¹ Čl. 66 i 67 Zakona iz 2009.

tak (ili, još bolje, ostavlja sloboda) da za svaku pojedinu normu vaga da li je procesnopravni ili materijalnopravni karakter, što bi izazvalo sporove u praksi i stvorilo veliku pravnu nesigurnost.

Treće, primena materijalnopravnih odredaba Zakona iz 2009. u postupcima započetim i koji se vode po odredbama Zakona iz 2005, iako bi se hronološki odvijala nakon početka primene novog zakona, suštinski bi značila njegovu retroaktivnu primenu na radnje učenika na tržištu učinjene u vreme važenja starog zakona, budući da postupci započeti po odredbama Zakona iz 2005. jedino mogu imati za predmet povrede učinjene do donošenja Zakona iz 2009. Primera radi, ako bi Komisija u postupku za utvrđivanje zloupotrebe dominantnog položaja pokrenutom u vreme važenja Zakona iz 2005, koji nije okončan do 1.11.2009, donosila odluku primenom materijalnopravnih odredaba Zakona iz 2009. ona bi mogla da utvrdi postojanje povrede konkurencije iako nije izvodila dokaze u cilju utvrđivanja da li je nastala štetna posledica – sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje konkurencije. Time bi se otvorila mogućnost da se učesnik na tržištu sankcioniše za radnju koja nije bilo propisana u vreme kada je izvršena, odnosno da se Zakon iz 2009. primeni retroaktivno. U teoriji o vremenskom sukobu zakona pravne situacije koje su nastale u vreme važenja starog zakona, a još nisu okončane u momentu kada novi zakon počinje da se primenjuje nazivaju se situacijama u toku i jedan broj teoretičara se zalagao za to da se na takve pravne situacije stari zakon produženo primenjuje (teorija produženog dejstva starog zakona ili organska teorija). Po njima, primena starog zakona može biti isključena, ali samo izričitom zakonskom odredbom.²² Naš zakonodavac je postupio upravno obrnuto, propisujući produženu primenu Zakona iz 2005. “na postupke koji u započeti do dana početka primene ovog zakona”, pokazujući time da prihvata organsku teoriju.

Podsetimo na ovom mestu da Ustav RS zabranjuje povratno dejstvo zakona i drugih opštih akata. Izuzetno je dozvoljeno povratno dejstvo samo pojedinih odredaba zakona, ako to nalaže opšti interes utvrđen pri donošenju zakona.²³ U skladu sa tim, materijalnopravne odredbe zakona se ne mogu u svojoj ukupnosti retroaktivno primenjivati, već bi se zakonom moralo propisati koje se njegove odredbe mogu retroaktivno primenjivati, a u postupku donošenja zakona morao bi se utvrditi opšti interes koji opravdava njihovu retroaktivnu primenu.

Zakon iz 2009. ne sadrži posebne odredbe kojima bi se uredila mogućnost njegove retroaktivne primene, niti je to pitanje bilo predmet rasprave u procesu njegovog donošenja. Naprotiv, u članu 74 Zakona iz 2009. primenjen je koncept produžene primene starog zakona na neokončane pravne situacije.²⁴ Prema tome,

²² S. Perović, *Retroaktivnost zakona i drugih opštih akata*, Beograd 1987. s. 132–135.

²³ Čl. 197 Ustava RS.

²⁴ *Ibidem*, s. 132–135.

materijalnopravne odredbe novog zakona ne smeju se primenjivati na pravne odnose nastale u vreme važenja Zakona iz 2005. u postupcima koji su pokrenuti na osnovu Zakona iz 2005. a nisu okončani do početka primene Zakona iz 2009, jer bi takvo postupanje bilo suprotno Ustavu RS. Ovome treba dodati da su i predstavnici Komisije javno izneli mišljenje da se na postupke koji su započeti po Zakonu iz 2005. primenjuju procesnopravne i materijalnopravne odredbe tog zakona.²⁵ Ispravnost tog mišljenja potvrdio je i Upravni sud svojom odlukom u slučaju Kartel farmaceuta.²⁶

Praksa Komisije u primeni Zakona iz 2009.

Čak ni preterano maštovit i zlonameran kritičar Zakona iz 2009. u vreme kada je taj zakon donet nije mogao zamisliti mogućnost njegove primene na pravnosnažno okončane postupke za utvrđivanje povrede konkurencije. Ovo stoga što se pravnosnažno okončani postupci kvalifikuju kao svršene činjenice, u pogledu kojih u pravnoj teoriji o retroaktivnosti zakona ne postoji dilema da bez izuzetka ostaju izvan domašaja primene novog zakona.²⁷

Upravo tako postupila je Komisija u slučajevima Imlek i Kartel farmaceuta. Oba slučaja, iako su sa aspekta sadržine povrede konkurencije veoma različita, počivaju na istim pravnim činjenicama relevantnim za raspravu o vremenskom sukobu Zakona iz 2005. i Zakona iz 2009: 1) Komisija je konačno rešenje u upravnom postupku donela u vreme važenja Zakona iz 2005; 2) Upravni sud, postupajući po tužbama stranaka protiv kojih se vodio postupak u upravnom sporu, doneo je odluku kojom potvrđuje rešenje Komisije nakon početka primene Zakona iz 2009, čime je to rešenje postalo pravnosnažno; 3) Komisija pokreće novi upravni postupak za određivanje upravne mere zaštite konkurencije na osnovu Zakona iz 2009. učesnicima na tržištu nakon pravnosnažnosti rešenja kojim je utvrđena povreda konkurencije i u tom postupku izriče sankciju koja je veća od donjeg minimuma prekršajne kazne prema Zakonu iz 2005, iako Zakon iz 2009. daje mogućnost oslobađanja od sankcije; 4) Komisija obrazlaže primenu Zakona iz 2009. argumentom blažeg zakona, koji je generalno prihvaćen u krivičnom zakonodavstvu, ali ne nalazi da je reč o retroaktivnoj primeni Zakona iz 2009, već da je u pitanju "primena jedinog skupa raspoloživih pravnih normi".

²⁵ S. Danković-Stepanović, *Izricanje mere zaštite konkurencije (konsekventno) prethodno utvrđenoj povredi*, Pravo i privreda, 7-9/2012, s. 592.

²⁶ U 2553/12 od 10.05.2012.

²⁷ To je princip postavljen još teorijom statuta u srednjem veku, a prihvataju ga sve kasnije teorije o retroaktivnosti zakona. Vidi Perović, *op. cit.*, s. 89–90, 127–132; D. Čorić, *Princip stečenih prava i retroaktivno dejstvo zakona*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Niš, 2011, s. 59–60.

Ovde je (naizgled) sporno nekoliko pravnih pitanja: 1) Da li je Komisija mogla da pokrene poseban upravni postupak za određivanje upravne mere za pravnosnažno utvrđenu povredu konkurencije? 2) Da li je Komisija bila ovlašćena da vodi postupak za određivanje upravne mere zaštite konkurencije na osnovu Zakona iz 2009. za povredu konkurencije učinjenu u vreme važenja Zakona iz 2005? 3) Da li se Komisija mogla koristiti argumentom blažeg zakona prilikom određivanja mere zaštite konkurencije?

Napred je istaknuto da je Zakonom iz 2009. posebno uređen način pokretanja postupka pred Komisijom, tako što su propisane dve situacije kada Komisija može pokrenuti postupak po službenoj dužnosti: radi utvrđivanja povrede konkurencije i radi ispitivanja koncentracije koja nije prijavljena Komisiji. Postavlja se pitanje da li Komisija može pokrenuti postupak po službenoj dužnosti nezavisno od odredaba Zakona iz 2009, pozivajući se na pravila opšteg upravnog postupka, što je ona učinila pokrećući postupke za određivanje upravne mere zaštite konkurencije? Članom 114 st. 1 ZOUP propisano je da nadležni organ pokreće postupak po službenoj dužnosti kad to određuje zakon ili drugi propis i kad utvrdi ili sazna da, s obzirom na postojeće činjenično stanje, treba pokrenuti postupak radi zaštite javnog interesa. Navedena odredba može se dvojako tumačiti: tako da oba uslova moraju kumulativno biti ispunjena, ili tako da su uslovi alternativno postavljeni, odnosno da je postupak po službenoj dužnosti moguće pokrenuti i kada je ispunjen samo jedan od uslova. Jezičko značenje norme govori u prilog prvom tumačenju. Pravna teorija se ne izjašnjava eksplicitno po ovom pitanju, ali se nama čini da stoji na istom stanovištu.²⁸ Nadležni organ pokreće postupak po službenoj dužnosti kada je na vođenje postupka ovlašćen zakonom ili drugim propisom i kada činjenično stanje o kome je stekao saznanje ukazuje da je opravdano voditi postupak u konkretnom slučaju radi zaštite javnog interesa. Takvo tumačenje u skladu je sa načelima zakonitosti, efikasnosti i ekonomičnosti upravnog postupka.²⁹ Sadržina javnog interesa, način i sredstva njegovog ostvarenja u pojedinim oblastima rada uprave definisani su posebnim zakonima. U tom smislu i Zakonom iz 2009. definisan je javni interes koji ostvaruje Komisija kao zaštita konkurencije na tržištu u cilju ekonomskog napretka i dobrobiti društva, a naročito koristi potrošača. Slučajevi kada Komisija pokreće postupak po službenoj dužnosti radi ostvarivanja javnog interesa predviđeni su u čl. 35 Zakona iz 2009. Prema tome, Komisija ne može tražiti, niti joj je potreban, drugi zakonski osnov za pokretanje postupka po službenoj dužnosti, osim onog određenog u čl. 35 Zakona iz 2009.

Čak i ako bi se prihvatila sporna teza da je moguće vođenje postupka po službenoj dužnosti samo na osnovu razloga zaštite javnog interesa, mimo zakon-

²⁸ Tomić, *op.cit.* s. 285.

²⁹ Čl. 5, 7. i 14. ZOUP.

skih osnova propisanih Zakonom iz 2009, taj javni interes morao bi biti posebno obrazložen u aktu kojim se pokreće postupak. Komisija u rešenju o određivanju upravne mere³⁰ samo kratko obrazlaže da je upravni postupak pokrenut shodno čl. 114 st. 1 ZOUP. Na drugom mestu u rešenju Komisija se poziva na svoju obavezu da štiti javni interes, koji se u konkretnom slučaju sastoji u “zadovoljavanju vitalne potrebe društva, da se propisi dosledno sprovode i da nadležni državni organi, odnosno organizacije kakva je i Komisija, primene sva na zakonu zasnovana pravna sredstva, kako bi se ispunio cilj Zakona o zaštiti konkurencije, odnosno obezbedila zaštita konkurencije.”³¹ Navedenim se ne obrazlaže zašto Komisija nije pokrenula postupak na osnovu odredaba Zakona iz 2009. već je morala da pribegne ekstenzivnom tumačenju čl. 114 st. 1 ZOUP.³² Obaveza doslednog sprovođenja propisa i ispunjavanje cilja zakona je obaveza svakog organa državne vlasti ustanovljena ustavom i zakonom. To nije neki poseban javni interes koji je definisan Zakonom iz 2009. a za koji, propustom zakonodavca, nisu predviđeni postupci za njegovo ostvarivanje, pa je Komisija primorana da pribegne članu 114 st. 1 ZOUP.

Problem nedostatka pravnog osnova za pokretanje posebnog postupka za određivanje upravne mere Komisija je prevazišla tako što je akt kojim pokreće postupak nasloвила “Obaveštenje s pozivom na izjašnjenje”, oslanjajući se na čl. 115 st. 1 ZOUP, koji kaže da je postupak pokrenut čim organ izvrši ma koju radnju vođenja postupka. Ne ulazeći ovde u pitanje osnovanosti primene navedene odredbe ZOUP na situacije kada Komisija pokreće postupak po službenoj dužnosti,³³ stiče se utisak da je Komisija htela da izbegne sporno pitanje postojanja osnova za pokretanje postupka, te je dostavljanjem strankama obaveštenja o svojoj nameri da izrekne meru zaštite konkurencije pokušala da stvori privid da postupak koji je vođen radi utvrđivanja povrede konkurencije i postupak za određivanje upravne mere zaštite konkurencije čine jednu celinu, jedan jedinstven postupak. Argument da se radi o nastavku ranije započetog postupka iznosi se u javnosti od strane članova Komisije.³⁴

Kalemljenje postupka za izricanje upravne mere na ranije vođen postupak za utvrđivanje povrede konkurencije nije moguće iz dva razloga. Prvi je da bi se

³⁰ Rešenje o određivanju mere zaštite konkurencije Akcionarskom društvu “Mlekara” Subotica i Akcionarskom društvu “IMLEK” Beograd od 5/0-02-43/2011 od 24.01.2011.

³¹ *Ibidem*, s. 6.

³² I članovi Komisije priznaju da odredbe zakona o zaštiti konkurencije o pokretanju postupka imaju primat nad odgovarajućim odredbama ZOUP shodno načelu *lex specialis derogat legi generali*. S. Danković-Stepanović, *op. cit.*, s. 583.

³³ Naše je mišljenje da se ta odredba može primeniti samo u situacijama kada stranka podnese zahtev za pokretanje postupka, pa organ učini neku od radnju vođenja postupka, čime se postupak smatra pokrenutim, ili organ odbacuje zahtev u skladu sa čl. 115 st. 2 ZOUP.

³⁴ S. Danković-Stepanović, *op. cit.*, s. 583.

u takvom slučaju rešenje o određivanju upravne mere moralo doneti u vidu dopunskog rešenja u smislu čl. 206 ZOUP. Međutim, dopunsko rešenje moglo bi se doneti jedino na osnovu Zakona iz 2005, u kom slučaju Komisija ne bi bila ovlašćena da izrekne meru zaštite konkurencije.³⁵ Drugo, rešenje u vezi sa kojim bi Komisija donosila dopunsko rešenje je postalo pravnosnažno njegovim potvrđivanjem od strane Upravnog suda. Pravnosnažni upravni akti ne mogu se menjati a donošenje dopunskog rešenja se može podvesti pod menjanje, jer bi se dopunskim rešenjem u konkretnom slučaju stranci nametale obaveze koje nisu utvrđene pravosnažnim rešenjem. Rešenjima Komisije kojima se utvrđuje povreda konkurencije u slučajevima Imlek i Kartel farmaceuta stranke su stekle obaveze, u prvom slučaju da izvrše radnje koje u ima naložene u cilju sprečavanja dalje povrede konkurencije, a u drugom slučaju da prestanu da izvršavaju sporazume koji su suprotni zakonu. Izricanjem obaveze plaćanja novčanog iznosa iz mere zaštite konkurencije dopunskim rešenjem izmenile bi se (uvećale) obaveze stranaka koje su im ustanovljene pravosnažnim rešenjem, što je suprotno čl. 13 ZOUP.

Zbog toga se Komisija ipak opredelila da vodi postupak primenjujući Zakon iz 2009. Komisija se u uvodu rešenja poziva na članove Zakona iz 2009. U obrazloženju rešenja ističe da je u skladu sa odredbama Zakona iz 2005. konstatovana povreda konkurencije, ali da utvrđivanje prekršajne odgovornosti nije bilo moguće provesti usled nepostojanja regulatornih i institucionalnih prepreka.³⁶ Na koje regulatorne i institucionalne prepreke se misli? Stupanjem na snagu Zakona iz 2009. prestale su da važe i odredbe Zakona iz 2005. kojima se propisuju prekršaji za učinjene radnje povrede konkurencije. U skladu s tim, u prekršajnim postupcima koje je Komisija pokretala protiv učesnika na tržištu za izvršene povrede konkurencije, prekršajni sudovi su nakon stupanja na snagu Zakona iz 2009. godine donosili odluke kojima se okrivljeni oslobodaju odgovornosti, jer delo koje im se stavlja na teret više ne predstavlja prekršaj. Odluke prekršajnih sudova u svim pokrenutim prekršajnim postupcima postale su pravnosnažne, bilo tako što je postupak obustavljen odustankom Komisije od redovnog pravnog sredstva, bilo tako što je Viši prekršajni sud potvrdio odluku prvostepenog suda o oslobađanju od odgovornosti.³⁷

Donošenjem Zakona iz 2009. počinioci povreda konkurencije amnestirani su od prekršajne odgovornosti, jer taj zakon u odnosu na Zakon o prekršajima predstavlja blaži zakon. Institut blažeg zakona uređen je čl. 6. st. 2 Zakona o pre-

³⁵ Komisija i sama ističe na jednom mestu u Rešenju o određivanju upravne mere "Mlekari" Subotica a.d. i "Imlek" a.d. da je primena Zakona iz 2005. nesporna. O mogućnosti donošenja upravne mere iz Zakona iz 2009. u postupku koji se vodi na osnovu Zakona iz 2005. raspravljamo niže.

³⁶ Rešenje o određivanju upravne mere zaštite konkurencije "Mlekara" Subotica a.d. i "Imlek" a.d., s. 3; S.Danković-Stepanović, op. cit., s. 583.

³⁷ Presuda Višeg prekršajnog suda u Beogradu 15-PRŽ-br. 7115/10.

kršajima: “Ako je posle učinjenog prekršaja jednom ili više puta izmenjen propis, primenjuje se propis koji je najblaži za počinioca”.

S obzirom da Zakon iz 2009. više ne inkriminiše radnje povree konkurencije kao prekršaje, nesporno je da Zakon iz 2009. predstavlja blaži zakon u odnosu na Zakon o prekršajima i da su prekršajni sudovi ispravno postupali kada su u zahtevima podnetim od strane Komisije protiv počinioca prekršaja iz Zakona iz 2005. donosili odluke o njihovom oslobađanju. Oni nisu mogli da primene Zakon iz 2009. kao blaži za počinioca i izreknu upravnu meru zaštite konkurencije, jer su apsolutno nenadležni da vode upravni postupak. Netačno je, prema tome, mišljenje članova Saveta Komisije da prekršajni sudovi nisu mogli da donose oslobađajuće presude, već da je trebalo da donose odluke o obustavljanju postupka zbog stvarne nenadležnosti.³⁸ Prekršajni sudovi nisu donosili presude o oslobađanju od krivice počinioca prekršaja, već o oslobađanju od jedne vrste (prekršajne) odgovornosti.

Suvišno je sada trošiti reči na to da li je zakonodavac hteo formulišući rešenje u Zakonu iz 2009. kojim Komisiji daje ovlašćenja da izriče upravne mere kaznenog karaktera da istovremeno amnestira počinioca povreda konkurencije iz vremena važenja Zakona iz 2005. Smatramo da nije, ali za prolivenim mlekom ne vredi plakati! Stvarni efekat Zakona, kako se nažalost pokazalo, nije veća efikasnost u zaštiti konkurencije, već naprotiv, produžavanje postojeće situacije da izostaje primena sankcija prema počiniocima povreda konkurencije.

Ostavlajući taj problem po strani, za nas ostaje bitno samo sledeće: počinioci povreda konkurencije utvrđenih primenom Zakona iz 2005. oslobođeni su odgovornosti za prekršaj, jer u skladu sa Zakonom iz 2009. povrede konkurencije više nisu inkriminisane kao prekršaji. Uvidevši to, Komisija je uzela stvar u svoje ruke i započela praksu izricanja upravne mere zaštite konkurencije za povrede konkurencije utvrđene u pravnosnažno okončanim postupcima vođenim po Zakonu iz 2005., zamenjujući tom merom prekršajnu kaznu koju više nije moguće izreći. Ona smatra da je njena dužnost da postupak zaštite konkurencije realizuje do kraja. Svrha i cilj Zakona nisu samo u utvrđivanju radnje povrede konkurencije, već i u primeni prekršajnih mera, odnosno upravnih mera zaštite konkurencije. Primenjujući Zakon iz 2009. Komisija zapravo primenjuje “jedini mogući skup pravnih normi na konkretan slučaj, zbog objektivne i, od volje Komisije nezavisno nastupele okolnosti, da je usled regulatornih izmena primena prekršajne odgovornosti isključena.”³⁹

³⁸ S. Danković-Stepanović, *op. cit.*, s. 591. Ne pravi se razlika između apsolutne i stvarne nenadležnosti. Apsolutna nenadležnost suda postoji kada je za postupanje nadležan neki drugi državni organ, a ne sud. Stvarna nenadležnost postoji kada je sud nadležan za rešavanje spornog odnosa, ali ne postoji nadležnost određene vrste suda zbog prirode predmeta spora, svojstva subjekata spora, vrednosti spora i sl.

³⁹ Rešenje o određivanju mere zaštite konkurencije “Mlekara” Subotica ad. i “IMLEK” a.d., s. 4.

Čini se, naizgled, da Komisija primenjuje koncept neposredne primene novog zakona na pravne situacije u toku, koji je formulisala francuska pravna teorija.⁴⁰ Pravna situacija po mišljenju Komisije još uvek nije okončana, jer je izostalo sankcionisanje počinioaca. Ne vidi se, pri tom, da je konkretna pravna situacija ipak okončana u sadejstvu primene Zakona iz 2009. i Zakona o prekršajima, te da nema osnova za primenu koncepta o neposrednoj primeni novog zakona. Komisija i sama uviđa da takvo postupanje nalikuje retroaktivnoj primeni zakona, što treba da bude izuzetak, a ne pravilo, pa pribegava pravilu primene po stranku, odnosno počinioaca, povoljnijeg propisa, kao korektivnu primenu Zakona iz 2005., na koji je upućuje zakonodavac!⁴¹ Na taj način je u naše pravo uvedeno novo pravilo blažeg zakona. Ono glasi: Kada počinilac dela ne može biti kažnjen zbog toga što ga je novi zakon oslobodio odgovornosti po starom zakonu, pravda će se zadovoljiti tako što će se na počinioaca primeniti novi zakon kao blaži, izricanjem sankcije blaže po imenu, ali po težini iste kao i sankcija koja bi mogla biti izrečena da se primenjuje stari zakon.⁴²

Argument Komisije da je Zakon iz 2009. blaži zakon u odnosu na Zakon o prekršajima je potpuno ispravan. Previd koju čini sastoji se u tome da je institut blažeg zakona ovlašćen da primenjuje samo organ koji je nadležan da primenjuje strožiji zakon, u ovom slučaju prekršajni sud, koji je to inače već učinio, oslobađajući počinioce povreda konkurencije odgovornosti. Komisija nalazi pravno uporište za primenu blažeg zakona u čl. 6 st. 3 ZOUJ, podvodeći svoje postupanje pod primenu povoljnijeg zakona za stranku. Tom odredbom propisana je obaveza organa koji vodi postupak, kada na osnovu zakona strankama nalaže obaveze, da primenjuje mere koje su za njih povoljnije, uz uslov da se takvim merama postiže cilj zakona. Tu nije reč o normi koja uređuje sukob zakona u vremenu, već o normi kojim se sužava diskrecija organa u izricanju i primeni upravnih mera predviđenih *jednim* zakonom. Pri tom Komisija ne obrazlaže kako može da upravnu meru zaštite konkurencije upoređuje sa prekršajnom kaznom, koja nije mera. To konstatuje i sud u presudi kojom poništava rešenje Komisije o određivanju upravne mere u slučaju Kartel farmaceuta: "Tužiocima osnovano u tužbama navode da propisane sankcije kojima je određena mera zaštite konkurencije, u obliku obaveze plaćanja utvrđenog novčanog iznosa u osporenom rešenju, i po starom i po no-

⁴⁰ O neposrednoj primeni novog zakona na pravne situacije u toku dejstva pisali su francuski teoretičari Obri i Ro, kao i Rubije. Perović, *op.cit.* s. 142–146.

⁴¹ S. Danković-Stepanović, *op. cit.*, s. 591.

⁴² Komisija se čak nije ni potrudila da očuva privid primene blažeg zakona tako što bi izrekla meru u iznosu koji je ispod donjeg minimuma zaprećene prekršajne kazne prema Zakonu iz 2005. U slučaju Imlek izrečena je upravna mera u visini od 1,9% od ukupnog godišnjeg prihoda počinioaca, a u slučaju Kartel farmaceuta 1,8%.

vom zakonu, nisu istovrsne, niti imaju isti naziv, niti je identičan postupak kojim se one izriču, niti je, pak, zakonski osnov za njihovo izricanje isti.”⁴³

Sud dalje konstatuje da se izricanje upravne mere zaštite konkurencije suprotstavlja načelu *ne bis in idem*, jer se radi o pravnosnažno presuđenoj prekršajnoj stvari. Ovo načelo sadržano je u čl. 24 st. 3 Ustava RS: “Niko ne može biti gonjen ni kažnjen za krivično delo za koje je pravnosnažnom presudom oslobođen ili osuđen ili za koje je optužba pravnosnažno odbijena, ili postupak pravnosnažno obustavljen, niti sudska odluka može biti izmenjena na štetu okrivljenog u postupku po vanrednom pravnom leku. Istim zabranama podleže vođenje postupka za neko drugo kažnjivo delo.” U slučaju Kartela farmaceuta pravnosnažnost je nastupila zbog odustanka Komisije od daljeg prekršajnog gonjenja.

U slučaju Imlek stvar stoji drugačije, jer Komisija nikada nije podnela zahtev za pokretanje prekršajnog postupka. Međutim, primenjujući shvatanje suda izraženo u slučaju Kartel farmaceuta, ona ni u ovom slučaju ne bi mogla da izrekne upravnu meru zaštite konkurencije, jer prelazne odredbe Zakona iz 2009. upućuju na primenu propisa na osnovu koji je postupak i započeo, što znači Zakona iz 2005. i Zakona o prekršajima.⁴⁴ Komisija, prema tome, u ovom slučaju bi i dalje mogla da pokrene prekršajni postupak, što je izlišno činiti zbog već zauzetih stavova prekršajnih sudova po ovom pitanju.

ZAKLJUČAK

Princip zabrane retroaktivne primene zakona predstavlja osnovni postulat teorije o važenju prava u vremenu. Retroaktivnost se suprotstavlja zakonima logi-

⁴³ Preuda Upravnog suda U 2553/12 od 10.5.2012.

⁴⁴ U slučaju Imlek sud se nije izjašnjavao o ovom pitanju. Upravni sud je potvrdio rešenje Komisije o određivanju upravne mere “Mlekari” Subotica a.d. i “IMLEK” a.d. Odluka Upravnog suda ukinuta je odlukom Vrhovnog kasacionog suda UZP 342/11 povodom zahteva za vanredno preispitivanje pravnosnažne sudske presude. Vrhovni kasacioni sud se nije upuštao u raspravljanje dopuštenosti određivanja upravne mere zaštite konkurencije, već je presuda Upravnog suda ukinuta zbog toga što je u međuvremenu poništeno rešenje Komisije o utvrđivanju zloupotrebe dominantnog položaja u istom slučaju. Stavljanjem van snage rešenja Komisije o utvrđivanju zloupotrebe dominantnog položaja, po mišljenju Suda, otpao je i činjenični i pravni osnov na kome je zasnovano rešenje o određivanju upravne mere zaštite konkurencije. U tom slučaju praktično je pokazana sva besmislenost određivanja upravne mere zaštite konkurencije posebnim rešenjem, koje živi svoj nezavisan pravni život. Poništavanjem rešenja kojim se utvrđuje povreda konkurencije ostalo je na snazi rešenje o određivanju upravne mere. U tom momentu prestala je da postoji pravnosnažno utvrđena povreda konkurencije, ali je nastavila da pravno egzistira sankcija izrečena za tu povredu, što je pravni nonsens.

ke, jer je apsurdno da se pravnom normom uređuje ponašanje subjekta u prošlosti, kada norma nije ni postojala, pa ga, shodno tome, nije mogla obavezivati, niti je svoje ponašanje mogao njoj prilagoditi. Osim toga, retroaktivnost se sukobljava sa zahtevom pravne sigurnosti, koji se štiti principom legaliteta. Stoga su dopuštene izuzeci od zabrane retroaktivnosti pozitivnopravno određeni, kao plod hiljadugodišnjih teorijskih rasprava i prakse stvaranja i primene prava. Dva su pravila u vezi sa tim izuzecima naročito značajna. Prvo je da se izuzeci od retroaktivnosti mogu propisivati samo zakonom i to izričito. Naš ustavotvorac ovo pravilo još više sužava određujući da retroaktivno dejstvo mogu imati samo pojedine norme zakona. Drugo pravilo glasi da retroaktivnost mora biti opravdana razlogom javnog interesa, koji utvrđuje zakonodavac u postupku donošenja zakona.

Iznenaduje odvažnost organa nadležnog za primenu zakona u oblasti zaštite konkurencije da preuzima na sebe zadatak da pravdu ostvaruje rastežući zakonske norme preko granica njihovog pucanja, kako bi u njima iznašao osnov za retroaktivno sankcionisanje počinioca povreda konkurencije. Nikakvi razlozi pravičnosti i političke opravdanosti ne mogu biti opravdanje za one koji primenjuju pravo da izađu van okvira ustavom postavljenih garancija legaliteta, jer tada više ne može ni biti reči o primeni prava, već o stupanju u svet neprava. Takvim postupanjem državni organ potire civilizacijsku nužnost postojanja prava uopšte i vraća državu unazad u vreme kada prava nije bilo, pa time nije bilo ni države.

DIJANA MARKOVIĆ-BAJALOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, Srpsko Sarajevo, Pale

TEMPORAL CONFLICT OF COMPETITION LAWS

Summary

The new legal regime constituted by the Law on Protection of Competition 2009 is distinguished by the authority of the regulatory body, i.e. Commission for protection of Competition, to impose fines to market participants. That created a problem of temporal conflict of that law with the Law on Protection of Competition 2005. The problem gave rise to academic debate, which was additionally intensified after the Commission have issued several decision on the basis of the Law from 2009, imposing to parties fines for infringements of competition which were executed during the validity of the Law from 2005.

In this article theoretical views and positive legal rules relating to the implementation of the principle of prohibition of retroactive validity of law, as well as its important exception in penal law – the rule of application of less strict law, are viewed through the prism of transitory provisions

of the Law from 2009. The actual Commission's practice in legally binding cases is also analyzed from the aspect of application of rules of temporal conflicts of laws. The author is questioning the Commission's authority to conduct separate proceeding for issuing fines to parties who infringed competition rules, the possibility of issuing sanctions under the Law from 2009 in proceeding conducted under the Law from 2005 and the possibility for application of the principle of less strict rule in the area of administrative law. He concludes that there is no legal basis for retroactive application of the Law from 2009. Although he admits that there exists a political need for sanctioning persons who infringe of competition rules, he finds that the Commission's practice of imposing fines under the new law for infringements executed during the validity of the old law is absolutely contrary to the principle of legality and that it undermines the very basis of legal state.

MILJA MARIĆ

TRANSPARENTNOST ODNOSA KONTROLE KAO SREDSTVO ZAŠTITE PODREĐENOG DRUŠTVA

POJMOVNO ODREĐENJE PODREĐENOG I KONTROLNOG DRUŠTVA

Podređeno i kontrolno društvo se mogu definisati kao pravno samostalni subjekti koji su međusobno povezani, kapitalom ili ugovorom, tako da se jedno društvo nalazi pod uticajem drugog.

Iz napred navedene definicije se najpre uočava da su podređeno i kontrolno društvo pravno samostalni subjekti. To znači da svako od tih društava ima svoj pravni subjektivitet i samostalno preduzima prava i obaveze u pravnom prometu.¹ Dalje, to su društva koja su međusobno povezana, pri čemu veza između njih može biti kapital učešće (društva povezana kapitalom), ugovor (društva povezana ugovorom) ili kapital i ugovor (mešovito povezana društva).²

Milja Marić, advokat u Beogradu.

¹ Pravni subjektivitet privrednog društva ima svoja imovinska i neimovinska dejstva. Imovinska dejstva pravnog subjektiviteta su da privredno društvo samostalno preduzima prava i obaveze u pravnom prometu, ima svoju imovinu sa kojom odovara za svoje obaveze, subjekt je imovinske i kaznene odgovornosti. U neimovinska dejstva pravnog subjektiviteta spadaju elementi individualizacije privrednog društva, a to su poslovno ime, sedište, delatnost, matični broj, poreski identifikacioni broj (PIB), račun. Za detaljnije vidi: Mirko Vasiljević, *Kompanijsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009, str. 70–73, Mirko Vasiljević, *Korporativno upravljanje pravni aspekti*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Profinvest, d.o.o., Beograd, Beograd, 2007, str. 36–37.

² Vidi: Zakon o privrednim društvima (objavljen u "Službenom glasniku RS", broj 36/2011, dalje: ZOPD), član 549.

Društva su povezana kapitalom ukoliko jedno društvo ima učešće u kapitalu drugog društva i na osnovu tog učešća vrši upravljačka prava. Društvo može steći kapital učešće u drugom društvu po nekoliko osnova. Ono to može postići tako što će osnovati to drugo društvo (putem osnivanja), što će otkupiti vlasnička prava (akcije ili udele, u zavisnosti od pravne forme društva) od postojećih vlasnika, ili će ta prava otkupiti u postupku povećanja osnovnog kapitala.³ S druge strane, društvo može steći kapital učešće u drugom društvu neposredno ili posredno. Društvo ima neposredno kapital učešće kada društvo A ima direktno učešće u kapitalu društva B. Posredno učešće društvo ima ukoliko neko drugo lice drži kapital učešće u svoje ime a za njegov račun ili na taj način što društvo A ima kapital učešće u društvu B, a društvo B u društvu C, pa je društvo A posredni vlasnik društva C.⁴ Takođe, struktura kapital učešća može biti različita u zavisnosti od toga kako su raspoređena i u kojem pravcu su izvršena učešća. Tako, možemo razlikovati radijalna, piramidalna, triangularna i uzajamna kapital učešća.⁵

Društva mogu biti povezana i putem ugovora, gde možemo razlikovati ugovore obligacionog i statusnog karaktera, pri čemu samo ugovori statusnog karaktera dovode do podređenosti jednog društva u odnosu na drugo. Naše pravo poznaje samo jednu vrstu ugovora na osnovu koga može nastati subordinacija jednog društva u odnosu na drugo, a to je ugovor o kontroli i upravljanju, kao jedini statusni ugovor koji je zakonom regulisan. Ugovor o kontroli i upravljanju je ugovor zaključen između privrednih društava kojim jedno privredno društvo potvrđava upravljanje i vođenje poslova drugom društvu.⁶

Na kraju, pored toga da postoje dva samostalna pravna subjekta povezana kapitalom ili ugovorom, da bi postajao odnos podređenog i kontrolnog društva, potrebno je i da se jedno društvo nalazi pod uticajem drugog. Društvo se nalazi pod uticajem drugog društva ukoliko to društvo samostalno ili zajedno sa licima koja sa njim deluju⁷ ima više od 50% glasačkih prava u tom društvu (većinski

³ Vidi: M. Vasiljević, *Kompanijsko pravo*, str. 502.

⁴ Vidi: M. Vasiljević, *Ibid.*, str. 504.

⁵ Vidi: M. Vasiljević, *Kompanijsko pravo*, str. 504–505, Vrleta Krulj, *Pravni režim i oblici koncentracija u privredi*, Savremena administracija, Beograd 1978, str. 81–84, Dijana Marković Bajalović, *Privredne organizacije*, Pravni fakultet Istočno Sarajevo, Istočno Sarajevo, 2005, str. 402.

⁶ ZOPD, član 554. Više o ovom ugovoru Vidi: Jakša Barbić, *Pravo društava*, opći dio, Organizator, Zagreb 2008, str. 694–720.

⁷ Povezana lica sa pravnim licem smatraju se: 1) pravno lice u kojem to pravno lice poseduje značajno učešće u kapitalu, ili pravo da takvo učešće stekne iz konvertibilnih obveznica, varanata, opcija i slično; 2) pravno lice u kojem je to pravno lice kontrolni član društva (kontrolisano društvo); 3) pravno lice koje je zajedno sa tim pravnim licem pod kontrolom trećeg lica; 4) lice koje u tom pravnom licu poseduje značajno učešće u kapitalu, ili pravo da takvo učešće stekne iz konverti-

član)⁸, ili na drugi način vrši kontrolni uticaj nad upravljanjem i vođenjem poslova privrednog društva, a na osnovu ugovora ili prava na imenovanje većine direktora, odnosno članova nadzornog odbora.⁹ Dakle, da bi postojao uticaj jednog društva nad drugim, potrebno je da to društvo ima više od 50% glasačkih prava u drugom društvu ili, ukoliko nema taj procenat glasačkih prava, da ima pravo na imenovanje većine direktora, odnosno članova nadzornog odbora, a na osnovu učešća u osnovnom kapitalu ili na osnovu ugovora o upravljanju.¹⁰ Tako-

bilnih obezbnica, varanata, opcija i slično; 5) lice koje je kontrolni član tog pravnog lica; 6) lice koje je direktor, odnosno član organa upravljanja ili nadzora tog pravnog lica. Vidi: ZOPD, član 62. stav 2. Takođe, zajedničko delovanje postoji kada dva ili više lica, na osnovu međusobnog izričitog ili prećutnog sporazuma, koriste glasačka prava u određenom licu ili preduzimaju druge radnje u cilju vršenja zajedničkog uticaja na upravljanje ili poslovanje tog lica. Vidi: ZOPD, član 62. stav 7.

⁸ Da bi neko lice posedovalo 50% prava glasa u društvu, nije nužno da poseduje i 50% osnovnog kapitala.. Tako, npr. ukoliko društvo poseduje sopstvene udele, oni se ne računavaju prilikom određivanja broja glasova, jer isti ne daju pravo glasa. To znači da u određenim slučajevima većinsko kapital učešće može postojati i kada kontrolno društvo nema 50% osnovnog kapitala u podređenom.

⁹ Vidi: ZOPD, član 62. stav 5, Slično: Nacrt Devete Direktive (Draft Ninth Company Law Directive on the Conduct of Groups Containing a Public Limited Company as a Subsidiary), član 2., u Klaus Bohlhoff, Julius Budde, *Company Groups - The EEC Proposal for a Ninth Directive in the Light of the Legal Situation in the Federal Republic of Germany*, dostupno na <http://www.law.upenn.edu/journals/jil/articles/volume6/issue2/BohlhoffBudde6J.Comp.Bus.&Cap.MarketL.163%281984%29.pdf>, Zakon o trgovačkim društvima Republike Hrvatske (objavljen u "Narodne novine" broj 111/93,4/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, dalje: ZTD RH), član 475, Zakon o gospodarskih družbah Slovenije (objavljen u "Uradni list Republike Slovenije", broj 65/2009, dalje: ZGD Slovenije), član 529., Zakon o privrednim društvima Federacije BiH (objavljen u "Službene novine Federacije BiH", broj 23/99, 45/00, 2/02, 6/02, 29/03, 68/05, 91/07, 84/08, dalje: ZPD Federacije BiH), član 46., Zakonot za trgovskite društva (objavljen u "Službenom glasniku Republike Makedonije", broj 28/2004, dalje: ZTD RM), član 496. Takođe, pojam podređenog društva slično određuju i pojedini strani autori, vidi: Douglas Smith, *Company Law*, Butterworths, Oxford, 1999, str. 17., Robert Pennington, *Company Law*, Butterworths, London, 1995, str. 971., Janet Dine, *Company Law*, Palgrave, New York, 2001, str. 15.

¹⁰ Zakon o tržištu kapitala (objavljen u "Službenom glasniku RS", broj 31/2011, dalje: ZTK), nešto šire određuje odnos kontrole, i to: Kontrola predstavlja odnos u kome: 1) kontrolno društvo ima većinu prava glasa akcionara ili članova u podređenom društvu, ima pravo da postavi ili razreši većinu članova upravnog ili nadzornog odbora podređenog društva, a u isto vreme je akcionar ili član tog društva, ima pravo da vrši dominantan uticaj na podrđeno društvo u skladu sa ugovorom koji je zaključilo sa tim društvom ili odredbom iz ugovora o osnivanju ili osnivačkim aktom, kada zakon koji se primenjuje na to društvo dozvoljava primenu takvih ugovora, odnosno njegovih odredaba; 2) kontrolno društvo je akcionar ili član podređenog društva i direktno postavlja većinu članova upravnog ili nadzornog odbora podređenog društva kao rezultat ostvarivanja svog prava glasa, ili samo kontroliše većinu prava glasa akcionara ili članova u podređenom društvu na osnovu ugovora sa drugim akcionarima ili članovima tog društva; 3) kontrolno društvo ima vlasničko učešće u podređenom društvu i faktički ostvaruje dominantni uticaj nad tim društvom ili na jedinstvenoj os-

đe, postoji neoboriva pretpostavka da je neko lice kontrolni član ukoliko poseduje većinsko učešće u osnovnom kapitalu.¹¹ Dakle, društvo koje ima odlučujući uticaj na neko drugo društvo je u odnosu na to društvo kontrolno društvo (matično, društvo-majka), dok je to drugo društvo podređeno društvo (zavisno, društvo – kćer).

ZAŠTITA PODREĐENOG DRUŠTVA PUTEM TRANSPARENTNOSTI

Imajući u vidu činjenicu da se podređeno društvo nalazi pod uticajem kontrolnog društva, veoma je bitno obezbediti njegovu zaštitu u odnosu na kontrolno društvo, kako ovo društvo ne bi zloupotrebilo svoj položaj i koristilo podređeno društvo isključivo za zadovoljenje svojih ciljeva. Zaštita podređenog društva ostvaruje se pomoću nekoliko mehanizama, a to su odgovornost kontrolnog društva (u okviru nje možemo razlikovati unutrašnju, odgovornost prema podređenom društvu, i spoljnu, odgovornost direktno poveriocima podređenog društva), odgovornost direktora kontrolnog društva, kao i putem transparentnosti odnosa kontrole. Dakle, zakonodavstva predviđaju više različitih mehanizama zaštite, ale se može reći da transparentnost odnosa kontrole predstavlja preduslov za ostvarenje nekog od predviđenih oblika zaštite podređenog društva u odnosu na kontrolno društvo. Naime, putem nje se obezbeđuje da podređeno društvo u svakom momentu bude upoznato sa nastankom ili prestankom odnosa kontrole, sa jedne strane, odnosno sa uočavanjem zloupotrebe ovog odnosa kao preduslova za pokretanje odgovarajućih mehanizama zaštite, sa druge strane.

Transparentnost odnosa kontrole se može ostvarivati direktno, kroz obavezu informisanja samog podređenog društva o podatku od značaj za uspostavljanje ili prestanak odnosa kontrole, kao i posredno, kroz informisanost vlasnika podređenog društva o odnosima sa ostalim članicama povezanih društava. Interesantno je da trenutno važeći kompanijski zakon, za razliku od uporednopravnih zakona i našeg ranije važećeg zakona, ne sadrži nikakve odredbe o transparentnosti odnosa povezanih društava, tako da je transparentnost ovog odnosa u našem pravu trenutno uređena samo posredno, posebnim zakonima. To su zakon

novi upravlja kontrolnim i podređenim društvom; 4) kontrolno društvo može drugim sredstvima da upravlja ili određuje pravac upravljanja i politiku podređenog društva, Vidi: ZTK, član 2. stav 1. tačka 29.

¹¹ ZOPD, član 62. stav 6.

kojim se uređuje tržište kapitala, preuzimanje akcionarskih društava i zakon kojim se uređuje revizija finansijskih izveštaja.¹²

Autor ovog članka je mišljenja da je zakonodavac u kompanijskom zakonu trebalo da na opšti način reguliše transparentnost povezanih odnosa privrednih društava, posebno iz razloga što je transparentnost regulisana u posebnim zakonima vezana samo za određeno svojstvo društva (javno društvo)¹³, odnosno određeno pitanje (reviziju finansijskih izveštaja)¹⁴. Osim toga, na nivou Evropske unije je uočena potreba za poboljšanjem transparentnosti odnosa povezanih društava i celokupnog objavljivanja strukture povezanih društava i njihovih međusobnih odnosa, pa je tako doneta preporuka za poboljšanje ove transparentnosti.¹⁵

Iz napred navedenog razloga, dalje u ovom članku biće razmatrani oblici transparentnosti po pozitivnom pravu, kao i mogući oblici koje je zakonodavac propustio da reguliše.

Obaveštavanje o sticanju kapital učešća

Imajući u vidu činjenicu da se odnos podređenosti najčešće zasniva na osnovu kapital učešća kontrolnog društva u podređenom, veoma je važno da društvo u svakom momentu bude upoznato sa svojom vlasničkom strukturom. U tu svrhu zakoni propisuju obavezu svakog lica koje stekne kvalifikovano učeće u nekom društvu da o tome obavesti to društvo.

Obaveza obaveštavanja o kapital učešću u našem pravu trenutno je regulisana samo posebnim zakonima. Tako, u skladu sa zakonom koji uređuje tržište kapitala fizičko ili pravno lice koje neposredno ili posredno dostigne, pređe ili padne ispod 5%, 10%, 15%, 20%, 25%, 30% prava glasa akcionarskog društva čijim se akcijama trguje na regulisanom tržištu, odnosno multilateralnoj trgovačkoj platformi, dužno je da o tome obavesti to društvo, Komisiju za hartije od vrednosti,

¹² ZTK, Zakon o preuzimanju akcionarskih društava (objavljen u "Službenom glasniku RS", broj 46/2006), Zakon o računovodstvu i reviziji (objavljen u "Službenom glasniku RS", broj 46/06 i 111/09).

¹³ Javno društvo je izdavalac hartija od vrednosti koje je uspešno izvršilo javnu ponudu hartija od vrednosti u skladu sa prospektom čije objavljivanje je odobrila Komisija za hartije od vrednosti ili čije su hartije uključene u trgovanja na regulisanom tržištu, odnosno multilateralnoj trgovačkoj platformi u Republici Srbiji (ZTK, član 2. stav 1. tačka 43).

¹⁴ Revizija finansijskih izveštaja se može definisati kao kontrola finansijskih izveštaja od strane za to stručnih i ovlašćenih lica. O obavazi revizije finansijskih izveštaja vidi: Zakon o računovodstvu i reviziji, član 37.

¹⁵ Report of The High Level Group of Company Law Experts on A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, Brussels, 4 November, (Winter Report), dostupno na http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf, str. 95–96

regulisano tržište, odnosno multilateralnu trgovačku platformu na kome su akcije tog društva uključene u trgovanje.¹⁶ Istu obavezu propisuje i zakon koji uređuje preuzimanje akcionarskih društava za lice koje stekne 25% glasova u akcionarskom društvu, uz dodatnu obavezu objavljivanja ponude za preuzimanje u tom slučaju.¹⁷ Ukoliko neko lice ne postupi u skladu sa obavezom obaveštavanja o sticanju određenog kapital učešća, kao sankcija predviđeno je privremeno oduzimanje prava glasa po osnovu svih akcija tog lica, i to sve dok u potpunosti ne ispuni svoju obavezu obaveštavanja.¹⁸

Dakle, obaveza obaveštavanja o kapital učešću propisana je samo za javna društva, što znači da lica koja steknu odgovarajuća kapital učešća u drugim društvima nemaju obavezu obaveštavanja. Iako je transparentnost kapital učešća nesumnjivo najznačajnija kod javnih društava, zbog prirode ulaganja u ova društva i zaštite potencijalnih investitora i samog društva, autor ovog članka je mišljenja da bi i ostala društva, zbog posledica po društvo do kojih mogu dovesti određena kapital učešća, trebalo da budu zaštićena obavezom obaveštavanja o sticanju kapital učešća nekog lica, i to bar u slučaju sticanja kontrolnog kapital učešća.¹⁹

Izveštaj o podređenosti

Članovi ili akcionari podređenog društava moraju imati celovitu informaciju o strukturi grupe, sistemu upravljanja, licima koja upravljaju grupom, kao i po-

¹⁶ ZTK, član 57. stav 1. Obaveza obaveštavanja o sticanju određenih pragova kapital učešća na sličan način regulisana je i u zemljama u reionu i na nivou Evropske unije, sa tim što tu obavezu poznaju i kopnanijski zakoni i zakoni kojim se uređuje tržište kapitala. Vidi: ZTD Hrvatske, član 478, Zakon o tržištu kapitala Republike Hrvatske (objavljen u "Narodne novine RH", broj 88/08, 146/08 i 74/09), član 44, ZGD Slovenije, član 532, Zakon o prevzemih (objavljen u "Uradni list Republike Slovenije", broj 79/06), član 64, Directive 2004/109/EC of the European Parliament of the Council of 15 December 2004 on the harmonisation of transparency requirements in relation about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market and amending Directive 2001/34/EC (Direktiva o transparentnosti), dostupno na <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:390:0038:0038:EN:PDF>, član 3.

¹⁷ Zakon o preuzimanju, član 6. Ponuda za preuzimanje je javna ponuda upućena svim akcionarima ciljnog društva za kupovinu svih akcija s pravom glasa, uz uslove i na način određen zakonom (Zakon o preuzimanju, član 2, stav 1. tačka 2).

¹⁸ ZTK, član 62, Zakon o preuzimanju, član 37. Pojedina zakonodavstva pored oduzimanja prava glasa po osnovu akcija tog lica predviđaju i oduzimanje i imovinskih prava, te tako tom licu ne bi mogla ni da se isplati dividenda sve dok ne ispuni obavezu obaveštavanja. Vidi: ZTD Hrvatske, član 478. stav 6.

¹⁹ Upravo ovakvu odredbu sadržao je ranije važeći kompanijski zakon (vidi: Zakon o privrednim društvima, objavljen u "Službenom glasniku RS", broj 125/2004, dalje ZOPD 2004, član 369), čime je transparentnost sticanja ili prestanka kontrolnog odnosa bila regulisana na opšti način, za sva društva, a ne samo javna.

slovima koji se obavljaju unutar grupe, kako bi bili u mogućnosti da uoče nezakonitosti učinjene od strane kontrolnog društva, te u tom slučaju da od podređenog društva traže da pokrenu odgovornost kontrolnog društva ili da tu odgovornost sami pokrenu podnošenjem derivativne tužbe.

U tu svrhu kompanijski zakoni propisuju obavezu uprave podređenog društva da za godišnju skupštinu pripremi izveštaj o odnosima sa ostalim članicama društva poveznih kapitalom, a koji je sastavni deo izveštaja o poslovanju.²⁰ Ukoliko je za podređeno društvo obavezna revizija finansijskih izveštaja i ovaj izveštaj podleže obavezi revizije.²¹ Cilj revizije ovog izveštaja jeste da se osigura objektivnost u proceni tačnosti i potpunosti sadržaja izveštaja, kao još jedan vid garancije informisanosti članova i akcionara.

Međutim, naš trenutno važeći kompanijski zakon ne sadrži odredbu da je uprava podređenog društva dužna da članovima ili akcionarima dostavi ovakav izveštaj, čime su manjinski članovi ili akcionari značajno ograničeni u mogućnosti informisanja o odnosima sa poveznim društvima, a što posredno dovodi do veće mogućnosti da kontrolno društvo zloupotrebi svoj položaj.

Konsolidovani finansijski izveštaji

U području računovodstvenog prava, kao oblik transparentnosti povezanih odnosa, propisuje se obaveza kontrolnog društva za objedinjavanjem (konsolidovanjem) godišnjih finansijskih izveštaja²² svih povezanih društava.²³

Imajući u vidu činjenicu da su podređeno i kontrolno društvo pravno samostalna lica, svako od njih sastavlja svoje posebne finansijske izveštaje koje podležu reviziji. Kako se u posebnim finansijskim izveštajima ne mogu prikazati

²⁰ ZOPD 2004, član 372, Nacrt Devete Direktive, član 8, u K. Bohlhoff, J. Budde, nav. delo, str. 177, ZTD Hrvatske, član 497, ZGD Slovenije, član 545. Više o ovom izveštaju vidi: J. Barbić, nav. delo, str. 662–669, Dionis Jurić, Transparentnost statusnih i finansijskih odnosa povezanih društva, *Zbornik Pravnog fakulteta sveučilišta u Rijeci*, 2/2006, str. 964–968.

²¹ ZOPD 2004, član 372. stav. 2, ZTD Hrvatske, član 498, ZGD Slovenije, član 546.

²² Finansijski izveštaji su izveštaji o poslovanju društva za poslovnu godinu sa stanjem na poslednji dan tekuće godine, a čine ih bilan stanja, bilans uspeha, izveštaj o tokovima gotovine, izveštaj o promenama na kapitalu, napomene uz finansijske izveštaje i statistički aneks. Vidi: Zakon o računovodstvu i reviziji, član 25.

²³ Konsolidovani finansijski izveštaji predstavljaju finansijske izveštaje jedne ekonomske celine. Vidi: Zakon o računovodstvu i reviziji, član 27.

rezutati poslovanja povezanih društava kao jedne celine, javila se potreba za objedinjavanjem tih finasijskih izveštaja, u koju svrhu su doneti i posebni propisi.²⁴

Prilikom konsolidovanja finasijskih izveštaja sabiraju se stavke posebnih finansijskih izveštaja kontrolnog društva i njemu podređenih društava, pri čemu se mora voditi računa da su posebni finasijski izveštaji sastavljeni na isti dan i primenom istih računovodstvenih standarda.²⁵ Prilikom sabiranja stavki finasijskih izveštaja u potpunosti se eliminišu salda i transakcije nastale između povezanih društava, kao i gubitci nastali po tom osnovu.²⁶ Dakle, za konsolidovane finansijske izveštaje relevante su samo one transakcije i pravni poslovi koji su se odvijali između povezanih društava i rećih lica, a ne i između samih povezanih društava.²⁷

Na ovaj način dobiju se podaci o poslovanju na nivou grupe, na osnovu kojih se društva, njihovi vlasnici, poverioci i potencijalni investitori mogu upoznati sa poslovanjem svih povezanih društava, pa tako transparentnost ovih podataka predstavlja i posredno sredstvo zaštite podređenog društva.

ZAKLJUČAK

Na osnovu izloženih i u članku analiziranih zakonskih odredbi može se izvesti zaključak da je transparentnost povezanih odnosa u našem pravu na nezadovoljavajućem nivou. Na to posebno ukazuje činjenica što kompanijski zakon ne sadrži nikakve odredbe o transparentnosti, dok se transparentnost regulisana u posebnim zakonima odnosi samo na određeno svojstvo društva (javno društvo), odnosno određeno pitanje (reviziju finasijskih izveštaja). U skladu sa iznetim, potrebno je da se transparentnost reguliše i u kompanijskom zakonu, kao i da se propišu izostavljeni obilici transparentnosti, prve svega izveštaj o podređenosti.

²⁴ Seventh Council Directive 83/349/EEC of 13 June 1983 based on the Article 54 (3) (g) of the Treaty on consolidated accounts dostupno na <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31983L0349:en:NOT>, International Accounting Standards – IAS, (Međunarodni računovodstveni standardi), IAS 27-Consolidated and Separate Financial Statements, dostupno na <http://www.iasplus.com/en/standards/standard24>, International Financial Reporting Standards – IFRS (Međunarodni standardi finasijskog izveštavanja), IFRS 10- Consolidated Financial Statements dostupno na <http://www.iasplus.com/en/standards/standard50>.

²⁵ IAS 27.28

²⁶ IAS 27.24-25.

²⁷ Više o konsolidovanim finasijskim izveštajima vidi: J. Dine, nav. delo, str. 152–153; R. Pennington, nav. delo, str. 981–992; D. Jurić, nav. delo, str. 968–979.

MILJA MARIĆ
Lawyer, Belgrade

TRANSPARENCY OF CONTROLLING RELATIONS
AS A MEANS OF PROTECTION OF A SUBSIDIARY

Summary

Based on the provisions of the law described and analyzed in the article it can be concluded that the transparency of related relationships in our law is unsatisfactory. This is especially reflected in the fact that the company law contains no provisions on transparency, while transparency regulated by special laws applies only to certain property of the company (listed company) and to a particular issue (audit of financial statements). Accordingly, the transparency should be regulated in the company law as well, and the omitted forms of transparency should be prescribed, first of all the report on submission.

BORISLAV GRAHOVAC

JAVNO-PRIVATNO PARTNERSTVO

– Kanadski prilaz –

U V O D

Cena investicionog kapitala je u značajnom porastu, a i drugi kreditni uslovi su primetno zahtevniji. Međutim, apetiti za rast javno-privatnog partnerstva su fenomen, koji već duže vreme ima momentum rasta. Glavni trend je povezivanje raznih i/ili mnogih nivoa vlasti sa privatnim sektorom. Kanada je postala jedna od najaktivnijih i najatraktivnijih tržišta javno-privatnog partnerstva baziranog na društvenim, kulturnim, moralnim, ekonomskim i pravnim vrednostima razvijenog društva i privlači mnogo pažnje i deluje inspirativno za mnoge nacionalno odgovorne vlade.

Kanadska ekonomija je bila u recesiji početkom poslednje decenije prošlog veka i sa budžetskim deficitom od 10 milijardi dolara. Kanada je federacija deset provincija i tri teritorije i svaki od ovih entiteta tražio je ekonomsku soluciju za ozbiljnu ekonomsku krizu. Ekonomski kompleksni paketi atlanskih provincija sa državali su i izgradnju infrastrukturnih objekata, auto-puteva, javnog transporta i komunikacija, i industrije voda, uz snažno učešće privatnog kapitala. Smatra se da je javno-privatno partnerstvo u ovom investicionom periodu kreiralo 100.000 novih radnih mesta samo u provinciji Ontario.¹

Dr Borislav Grahovac, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Istočnom Sarajevu.

¹ S. M. Levy, Build, Operate, Transfer, Frank Mercede & Sons, Inc., Stanford, 1996, 178.

Ekonomске reforme u kriznim godinama koje su dozvolile i omogućile privatnom sektoru učešće u funkcionisanju i izgradnji infrastrukture koja zadovoljava najrazličitije potrebe ljudi – od neophodnih biološko-fizioloških – do kulturoloških i ostalih potreba dostignutog civilizacijskog nivoa življenja, što je rezultiralo transformacijom javnog sektora iz vladinih forma organizovanja u privatne kompanije i sa evidentnim uspehom a bez velikog opterećenja poreskih obveznika. Danas je evidentno da javno-privatno partnerstvo diljem Kanade omogućava uspešno pružanje usluga u više od 25 sektora i na različitim administrativnim nivoima organizovanja društva. Ono se smatra jedno od najrazvijenih i najuglednijih u svetu i sa iskustvom u realizaciji 160 projekata. Najpoznatiji projekti su: 12.9 km dugi most (the Confederation Bridge), auto-put (Highway 407), naplatni elektronski sistem (Electronic Toll Route), industrija voda (Moncton Water Treatment Plant), 44 km dug vodeni sistem prevodnica (St. Lawrence Seaway Commercialization), kulturno-sportski centar (Prospera Place), i nuklearna elektrana (Bruce Nuclear Power Plant).² Prosečan rok od objave poziva za neki projekat kanadskog javno-privatnog partnerstva do obezbeđenja finansijske konstrukcije je 16 meseci.

Javno-privatno partnerstvo doprinosi progresivnom ekonomskom rastu i razvoju u Kanadi. Ovaj prilaz je omogućio mnogo bržu modernizaciju infrastrukture sa manjim rizicima. Razvoj javno-privatnog partnerstva je refleksija socijalnih, kulturnih, moralnih i političkih vrednosti kanadskog društva. Opšte mišljenje je da su lideri praktikovanja javno-privatnog partnerstva pored Kanade Velika Britanija, Australija i Sjedinjene Američke Države. Karakteristično je da vlade Velike Britanije i Australije imaju jedan obuhvatan širok sektorski prilaz u realizaciji javno-privatnog partnerstva, dok administracija SAD i Kanade praktikuje uvođenje javno-privatnog partnerstva u javnom sektoru od projekta do projekta. Postoji terminološka razlika u shvatanju javno-privatnog partnerstva (PPP³) i privatizacije u Kanadi i SAD. Amerikanci smatraju da su to zamenjivi eufemizmi istog značenja, a Kanađani smatraju da je privatizacija nivo iznad javno-privatnog partnerstva.

Kanadski prilaz javno-privatnog partnerstva može se definisati kao oblik saradnje na projektima od javnog interesa između javnog i privatnog sektora uspostavljenom na ekspertizi i sposobnosti obe strane u ugovornom odnosu da obezbede javne usluge, robe ili dobra kroz pravednu raspodelu izvora, rizika i dobiti.

Kanadska Vlada u budžetu za 2008. iskazala je veliku pažnju javno-privatnom partnerstvu osnivanjem Crown Corporation, (forma vladine organizacije

² Vid. J. Loxley, S. Loxley, Public service, private profits: the political economy of public-private partnerships in Canada. Femwood Pub., Black Point, 2010, 41–56.

³ Public-private partnerships.

preduzeća ili delatnosti od javnog ili opšteg interesa), PPP Canada Inc. i planiranom finansijskom podrškom novoj instituciji koja treba da radi sa javnim i privatnim sektorom na promociji tržišta javno-privatnog partnerstva.

U skladu sa ekspanzijom javno-privatnog partnerstva poslovi i dokumentacija je postala više standardizovana i uobličio se jedan prepoznatljiv sistem koji ima kanadsku metodologiju ili prilaz. Provincije u Kanadi su počele da honorarišu odnosno obezbeđuju naknadu za određene troškove kompletiranja ponuda ponuđača u procesu izbora najpovoljnijeg ugovarača javno-privatnog partnerstva na konkretnom projektu od opšteg ili javnog interesa i značaja.

Strani investitori zbog svih ovih okolnosti osećaju da je Kanada veoma atraktivna destinacija za direktne strane investicije.⁴ Ali ne tako davno postojao je određeni skepticizam kako među građanima tako i u određenim političkim krugovima o karakteru javno-privatnog partnerstva, zamerke su se kretale od apostrofiranja korumpiranosti političara uključenih u procese realizacije javno-privatnog partnerstva do etiketiranja privatnog sektora atributom pohlepe ili nemoralnih metoda. Ali sada se može govoriti o novom vremenu ili vremenu široke afirmacije javno-privatnog partnerstva ili kao modelima moralnih preduzeća u Kanadi.

MODELI JAVNO-PRIVATNOG PARTNERSTVA

Javno-privatno partnerstvo je spektar modela koji ima svrhu da progresivno uposli ekspertske kapacitete i finansijske sposobnosti privatnog sektora na projektima od javnog interesa. Naravno, to podrazumeva jedan ugovorni odnos privatnog sektora i administracije (vlasti) konkretnog nivoa organizovanja gde se zadovoljavaju određene javne potrebe, ali uz uvažavanje etičkih i moralnih vrednosti partikularne sredine.

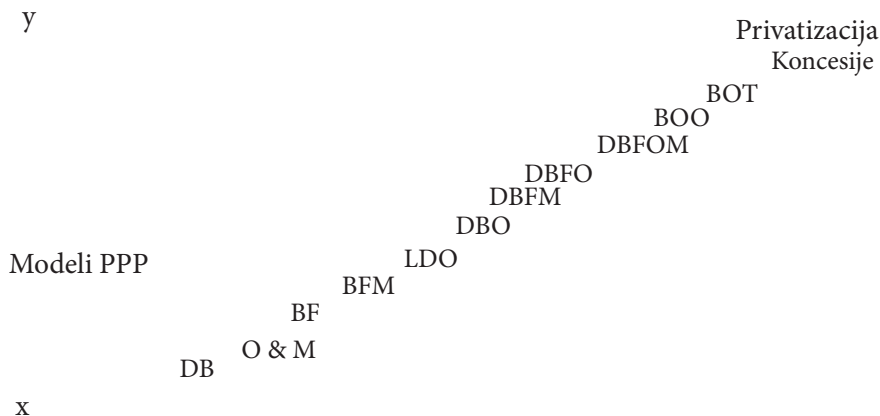
U Shemi 1 je prikaz kanadskih modela javno-privatnog partnerstva u odnosu skale rizika privatnog sektora (na osi y) i stepena involviranosti privatnog sektora (na osi x).

Prikazani su modeli sa uobičajenim skraćenicama engleskog jezika koje jasno opisuju funkcije i poslove partikularnih ugovora koje pokrivaju, a one se koriste i jasno su prepoznate u poslovnom svetu: DB (Design-Build, Projektovati-Izgraditi); O&M (Operation & Maintenance, Koristiti i Održavati); BF (Build-Finance, Izgraditi i Finansirati); BFM (Build-Finance-Maintenance, Izgraditi-Finansirati-Održavati); LDO (Lease-Develop-Operate, Lizing-Razviti-Koristiti); DBO (Design-Build-Operate, Projektovati-Izgraditi-Koristiti); DBFM

⁴ Vid. Building Canada Plan: Modern Infrastructure for a Strong Canada, <http://www.buildingcanada-chantierscanada.gc.ca/plandocs/booklet-livret/booklet-livret-eng.html>, 11. Jul 2008.

(Design-Build-Finance- Maintenance, Projektovati-Izgraditi-Finansirati-Održavati); DBFO (Design-Build-Finance-Operate, Projektovati-Izgraditi-Finansirati-Koristiti); DBFOM (Projektovati-Izgraditi-Finansirati-Koristiti-Održavati); BOO (Build-Own-Operate, Izgraditi-Imati-Koristiti); BOT (Build-Operate-Transfer, Izgraditi-Koristiti-Predati); Koncesije.

Shema 1. Skala PPP: Stepeni rizika i involviranosti privatnog sektora



Ugovornim aranžmanom se uređuje obim privatnog finansiranja, projektovanje, izgradnja, obavljanje poverene delatnosti pa čak i oblik vlasništva na određeno vreme.

Navedeni prikaz modela javno-privatnog partnerstva nije konačan ili zatvoren spisak mogućih ugovornih odnosa, jer je to živa materija koju determinišu svakodnevni izazovi koji moraju da ostvare poboljšanje usluga u infrastrukturi, održavanju razvoja, u civilizacijskom i ekonomskom prosperitetu pojedinaca i zajednice, ali i moralne ekologije ili zaštite životne sredine prosperitetne Kanade.

Moralna ekologija je kompleksan pojam odnosa moralnih normi, društvenih institucija i prava koja u njihovoj interakciji uobličavaju ili proizvode određene društvene vrednosti.⁵ Ovaj novi naučni fenomen promoviše etičke i moralne vrednosti i pomaže ljudima u propulzivnom razvoju društva.

Koncesija je pravni odnos između države-koncedenta i pravnog ili fizičkog lica koncesionara, u kome koncedent ustupa koncesionaru pravo korišćenja javnog dobra ili obavljanje javne službe uz određenu naknadu. Javne privredne

⁵ R. Cooley, A. Arbor, Free Society and Moral Crisis, University of Michigan, Michigan, 1965, 16–45.

grane su takva dobra ili usluge od opšteg ili javnog značaja za celokupno stanovništvo da se bez njih ne može ostvarivati savremeni život, u svim gradovima, regionalnim ili državnim zajednicama na početku novog milenijuma⁶.

Koncesije su (kvazi) prirodni monopol koji ima niz beneficija i nedostataka. Prvo, one omogućavaju privatno učešće u delatnostima i sektorima gde privatno učešće nije omogućeno ni ustavno, ni zakonski ili politički. Drugo, iako je dodeljena koncesija u nadmetanju ona onemogućuje tržišnu konkurenciju koncesionaru. Treće, koncesija može ohrabriti cenovnu efikasnost kroz različite modele propisivanja cene, specificiranjem maksimalne cene ili tarife cena, kvantiteta i kvaliteta roba, dobara ili usluga koje su ugovorene. Koncesionar može dobiti optimalnu cenu za robe ili usluge koje bude pružao, pa i u slučaju kada su pre ugovora te cene definisane na tržištu.⁷

Nedostatke koncesije određuje neophodnost kompleksnog dizajna i monitoring sistema kada je više ciljeva involvirano u obiman projekat. Potrebno je da se definiše svaka predvidljiva i nepredvidljiva okolnost ili potencijalna teškoća u ugovoru. Zbog definisanog perioda koncesije i utvrđenih cena, ne postoji mogućnost podešavanja cena roba i usluga iz koncesionog ugovora.⁸ Ponovno dobijanje koncesije je po pravilu veoma atraktivno i za koncesionara, pa ta okolnost može biti posebno motivirajuća da u ugovornom odnosu iskaže efektivnost i efikasnost dobrog domaćina.

Mada su mnogi aspekti koncesija transakcije ili sektor-specifičnosti, ali nekoliko ključnih principa koji su relevantni za dodelu, dizajn i monitoring koncesije su suštinski identični kroz sve sektore. Definisanje rizika među ugovornim stranama koncesionog ugovora je srž koncesionog dizajna. Teoretski principi su dobro znani, ali stvarni i potencijalni rizici su na ramenima ugovornih strana ili partija.⁹ Ovi rizici imaju i kompleksne moralne aspekte za ugovorne strane ili partije koncesije.

Definisanje optimalnog balansa između sigurnosti i fleksibilnosti predmeta koncesije je drugi glavni izazov koncesionog dizajna. Performanse i ciljevi mogu biti ugovorene tako da omogućе ponovne pregovore unutar specifično dogovorenih uslova i procedura. Smisao treba da bude da se ostvari krajnji cilj koncesionog ugovora.

⁶ Vid. A. Gams, *Svojina*, Naučna Knjiga, Beograd, 1991, 122–123.

⁷ L. Guasch, *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing it Right*, The World Bank, Washington, 2004, 31.

⁸ *Ibid.*

⁹ Vid. M. Kerf, D. Gray, T. Irwin, C. Lévesque, R. Taylor, M. Klein, *Koncessions for Infrastructure: A Guide to Their Design and Award*, The World Bank, Washington, 1998, 21.

Veoma važno i moralno pitanje je zaštita najsiromašnijih korisnika odnosno potrošača usluga i roba obezbeđenih koncesionim ugovorom. Ta pitanja se obično uređuju kroz razne tarifne režime cena u kojima su planirane određene povlastice za najsiromašnije. Zatim tu su razni oblici subvencija koje može obezbediti vlada direktno ili indirektno kroz razne vrste poreskih olakšica za koncesionara itd.¹⁰

Obezbeđivanje infrastrukturnih usluga je uvek kompleksna koncesija koja otvara nizove novih pitanja i na koje treba adekvatno odgovoriti, ako nije opak onda je zasigurno veliki izazov za svaku odgovornu vladu ili administraciju provincijskog ili lokalnog nivoa. Njihovi moralni i etički imperativi su da omoguće građanima unapređenje života u svakom pogledu,

Privatno učešće u javnom sektoru postoji u nizu forma koje prouzrokuju privatizacija, koncesije i derivati koncesija i/ili novi finansijski metodi. Koncesije i varijacija koncesije je finansijski metod *BOT (Build-Operate-Transfer, Izgradi-Koristi-Predaj)* ili *BOOT (Build-Own-Operate-Transfer – Izgradi-Koristi- Imaj-Predaj)*, koje služe za finansiranje izgradnje infrastrukturnih objekata, a koriste se za izgradnju kapitalnih objekata. U ovom ugovornom odnosu organizatori projekta odnosno investitori preuzimaju sve rizike od pripreme projekta, projektovanja, izgradnje i eksploatacije objekta na određeno vreme, zatim ga vraća partikularnoj administraciji u javno vlasništvo. Ovaj model je pogodan za javnu upravu jer ona ne preuzima rizike, a na kraju ugovorenog koncesionog razdoblja objekat vraća u vlasništvo i priliku za novi koncesioni ciklus i naravno značajan prihod u budžetu.

Ugovorni modeli koriste se kao jedan prelazni vid privatizacije kada vlade nisu spremne da idu u privatizaciju određenih infrastrukturnih objekata koje smatraju strateškim sa privrednog ili vojnog aspekta. U nekim slučajevima vlade promene mišljenje o značaju, ekonomskom ili strateškom, nekog objekta koji je bio finansiran po *BOT* metodu, pa više nemaju interes da im se prenese vlasništvo, u tom slučaju nastaje novi finansijski metod *BOO, (Build-Own-Operate, Izgradi-Imaj-Koristi)*¹¹.

Modeli, *BOT* i /ili *BOOT*, moraju imati potrebnu pravnu strukturu i regulisane interne relacije između učesnika ugovorenog projekta, vlade i privatnog sektora, kako bi se postigao balans raspodele rizika, obaveza i beneficija iz ovog kompleksnog pravno-finansijskog posla. Funkcionalni ugovorni okvir sadrži:

- definisanje celog koncepta i strukture projekta uključujući finansijska i poreska pitanja;

¹⁰ Ibid. 38.

¹¹ J. L Upper, G. B. Baldwin, eds., *Public Enterprises Restructuring and Privatization*, International Law Institute, Washington, DC:1996, 134-135.

- poštovanje zakonodavne regulative o očuvanju čovekove okoline;
- uvažavanje propisa o konkurenciji;
- definisanje procedure pregovora i respektovanje prava i obaveza, što uključuje pridruživanje potrebne pravne, finansijske i tehničke dokumentacija, raspodele rizika i uslova osiguranja ovog složenog projekta, i
- ugovaranje procedure za rešavanje eventualnih sporova, (arbitražna klauzula).

Ovaj ugovorni odnos je slojevit pravni posao i ima nekoliko nivoa: međunarodni ugovor; koncesioni ugovor; ugovor o internim odnosima u koncesiji, i ugovor o spoljnim relacijama vezanim za kompanije u projektu.¹²

Kompleksni projekti zahtevaju individualan pristup, detaljnu analizu, koristeći se poznatim iskustvima u svetu, projektovanje preciznih ciljeva javnog interesa, dakle vladina perspektiva, a na drugoj strani privatni sektor treba precizno izmeriti objektivne, pa i hipotetičke rizike projekta.

Aerodrom u Torontu Terminal 3 (Toronto Airport Terminal 3) pokazuje da ovi projekti ne nose rizike samo u zemljama u razvoju nego da su prisutni i u industrijski razvijenim zemljama. Ovaj objekat je otvoren u februaru 1991. i u prvim godinama nije ostvarivao očekivani promet putnika, a analogno tome ni planirani povrat uloženi sredstava jer je kanadska ekonomija upravo u tom periodu bila u recesiji, a i Zaljevski rat doprineo je smanjenju putovanja. Posle se situacija popravila i povrat sredstava je postao izdašniji.

Međutim, most Konfederacije (The Confederation Bridge) u Kanadi povezo je Princ Edvard ostrvo sa kontinentalnom Kanadom i sagrađen je u aranžmanu kanadske vlade i privatnih investitora prema pravno-finansijskom modelu BOO na ugovoreni period od 35 godina, a po isteku ugovorenog perioda privatni sektor treba da vrati ovaj objekat javnom sektoru odnosno vladi. Ovaj objekat od samog početka eksploatacije izdašno je vraćao kapital investitorima iako je u tom vremenu Atlanska obala bila još u recesiji.¹³

Kod DBFO (Design-Build-Finance-Operate, Projektovati-Izgraditi-Finansirati-Koristiti) i DBFOM (Projektovati-Izgraditi-Finansirati-Koristiti-Održavati) privatni sektor osmišljava, finansira, gradi, eksploatiše i održava partikularni objekt, a nakon najma predaje ga administraciji konkretnog nivoa organizovanja.

¹² C. Walker & A. J. Smith, eds., *Privatized infrastructure: the Build Operate Transfer approach*, Thomas Telford, London, 1995, 173, Vid, J. Delmon, *Public-private partnership Projects in Infrastructure, An Essential Guide for Policy Makers*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, 116–156.

¹³ M. Trottier, J. Maguire, *Case Studies*, The Saskatchewan Institute of Public Policy, Regina, 2004, 79.

Sledeći derivativni pravno-finansijski metod gde vlada zadržava vlasništvo poslovnog kompleksa je AOO (*Add-Own-Operate, Dodaj-Vlasništvo-Koristi*). U slučaju AOO privatni sektor finansira ekspanziju postojećeg objekta odnosno opreme i investitor je vlasnik samo proširenja objekta. Privatni investitor eksploatiše dodatnu vrednost i naplaćuje pružane usluge i na taj način vraća uloženi kapital i pravi profit. Primer ovog aranžmana se sreće na proširenju kapaciteta pumpnih stanica na aerodromima, što doprinosi povećanju efikasnosti i kvaliteta usluga.

BOO (*Build-Own-Operate*) je metod finansiranja, izgradnje i eksploatacije novih infrastrukturnih objekata koji ne predviđa transfer vlasništva, jer to ugovorom i nije predviđeno.

BTO (*Build-Transfer-Operate, Izgradi-Predaj-Koristi*) je jedan ugovorni aranžman koji ne karakteriše privatno vlasništvo, već ima više karakteristike franšize nego BOT-a. Dakle, privatni poduzetnik projektuje, finansira i izgradi objekat/postrojenje, koje kada kompletira prenese u javno vlasništvo odnosno preda vladi sa kojom je ugovorio model BTO. Vlada potom iznajmi taj objekat/postrojenje na eksploataciju tom privatnom poduzetniku i on naplaćuje usluge ili proizvode koje obezbeđuje na tom objektu/postrojenju i vrši povrat uloženog kapitala i pravi profit. U ovom finansijskom aranžmanu povoljniji je položaj ugovorne strane, Vlade ili administraciju provincijskog ili lokalnog nivoa.

BBO ili BBC (*Buy-Build-Operate, Kupi-Izgradi-Koristi*) je finansijski metod privatizacije kada vlada proda, privatizuje infrastrukturni objekat sa željom da novi vlasnik poveća kapacitet postojećeg objekta. Primeri aplikacije ovog modela je "Nav Canada", vazdušni navigacioni sistem u Kanadi. "Nav Canada" je kreirana kao neprofitna nezavisna korporacija koja je preuzela postojeći navigacioni sistem, "ANS, The Air Navigation System", koji je bio pod okriljem federalne vlasti. Vlada Kanade je dve godine posle predaje ovog sistema u 1998. god. pomagala novu korporaciju, a posle ovog perioda ova neprofitna korporacija samostalno posluje ostvarujući prihod naplatom vazdušne takse od korisnika kanadskog vazdušnog prostora.

LDO (*Lease-Develop-Operate, Lizing-Razvij-Koristi*) je finansijski metod ugovora o lizingu, koji je derivat BBC. Osnovna karakteristika ovog ugovornog odnosa je da vlada zadržava vlasnička prava i da dobija prihod od partnera sa kojim je zaključila ugovor o LDO. Primeri ove vrste poslovnog odnosa se koriste za Aerodromski Terminal u Torontu i naplatu putarine.

O&M (*Operation & Maintenance, Koristiti i Održavati*) je ugovor o eksploataciji i održavanju. Ovaj model javno-privatnog partnerstva je slučaj kada jedan privatni operator unutar ugovora, posluje u objektu javnog vlasništva za određeni period vremena. Komunalno (lokalno) sakupljanje smeća često je urađeno na

taj način. Ilustrativni primeri ovog modela su nekoliko sistema industrija voda u provinciji Ontario u Kanadi koji su organizovani 1980-ih god. Lokalna vlast, javni sektor, je odgovoran za proširenje sistema koje ima dimenzije kapitalne investicije. Ovaj model ima karakteristiku kratkoročnosti i srednjoročnosti, dakle zaključuju se na period od 5 do 10 godina.¹⁴

Modeli javno-privatnog partnerstva moraju se uobličavati vodeći računa o socijalnoj pravdi, sigurnosti i moralnim aspektima. Moral je jedna nevidljiva ruka koja participira u životu zajednice koja podrazumeva velike izazove i mora da ostvari poboljšanje usluga u infrastrukturi, održivom razvoju, u civilizacijskom i ekonomskom prosperitetu pojedinca i zajednice, ali i u zaštiti sredine u kojoj živimo i stvaramo.

Činjenica je da se najvećim delom moral inspirisao na verskim izvorištima. Međutim, postoje razlike među kulturama i religijama oko sadržaja, naglasaka i prioritetima moralnih vrednosti. Islam na primer stavlja na prvo mesto socijalnu pravdu dok je za hrišćanstvo najvažnija ljubav i razumevanje. Judizam privredno poslovanje smatra dužnošću i tradicijom koja je posvećena odgovornosti prema Bogu i porodici.¹⁵ Dakle, sve su to vrednosti veoma inspirativne za svaku sredinu u uobličavanju modaliteta javno-privatnog partnerstva na početku trećeg milenijuma.

Kanadska metodologija

U poslednjih nekoliko godina su osnovane agencije ili departmani javno-privatnog partnerstva u četiri kanadske provincije i veoma su zaposlene u provincijama: Alberta, British Columbia, Quebec i Ontario. Osnivanje ovih agencija se smatra veoma celishodnim i značajnim za sazrevanje javno-privatnog partnerstva u Kanadi odnosno o rastu ove vrste tržišta u ovoj visoko razvijenoj zemlji u poslednjih par godina.

Ovu ocenu snažno ilustruje podatak da je 27 projekata javno-privatnog partnerstva kompletirano između 2004 i 2007. godine, to je skoro duplog obima nego za period 1997 do 2003. godine. Kanada se kretala u praktikovanju javno-privatnog partnerstva od jednog sektora ka pluralitetu, koji uključuje transport, komunikacije, zdravstvo, energiju itd. Sve je ovo uticalo da predstavnici respektivnog svetskog privatnog sektora prepoznaju jedan momentum u samo desetak projekata javno-privatnog partnerstva, pa su otvorili svoje "office" i posvetili dužnu pažnju kako bi bili što bolje pozicionirani na ovom obećavajućem tržištu.¹⁶

¹⁴ Ibid. 47.

¹⁵ John H. Dunning, *Is Global Capitalism Morally Defensible*, Contribution To Political Economy, London. 24, 2005, 138–145.

¹⁶ J. Melenitzer, "Infrastructure Faces Dire Need", FP Legal Post, Toronto, 14.5.2008, LP2.

U Provinciji British Columbia je izgrađeno niz velikih projekata na talasima javno-privatnog partnerstva, to uključuje objekte neophodne infrastrukture, auto-puteve i druge komunikacione veze za uspešno organizovanih Zimskih Olimpijskih Igara u Vankuveru 2010. godine, zatim zdravstvene ustanove, bolnice, itd. Zaista ova Provincija sada ima impresivan broj projekata javno-privatnog partnerstva, a ovo je omogućio i jedan konzorcijum javno-privatnog partnerstva, Plenary Group, u koju je uključena i Deutsche Bank. Pozitivno ozračje javno-privatnog partnerstva je uticalo da se utiša skepticizam o privatnom angažmanu na projektima od javnog interesa.

Takođe i druge kanadske provincije su snažno angažovane na praktikovanju javno-privatnog partnerstva. Provincija Alberta gradi prsten puteva oko Kalgarija (Calgary) i Edmontona (Edmontona), kao i 18 školskih centara. Provincija Ontario je u poslednje vreme prihvatila model javno-privatnog partnerstva za izgradnju velikog broja zdravstvenih ustanova, sada je u različitim fazama izgradnje 40 zdravstvenih ustanova. Provincija Quebec je izgradila dve velike moderno opremljene bolnice sa kapacitetom od po 1000 kreveta i dva glavna auto-puta. Zanimljivo je pomenuti da se grade zgrade sudova u aranžmanu javno-privatnog partnerstva, na primer Provincija New Brunswick, ili zasigurno je interesantno da se i u državnim/provincijskim univerzitetima uključuje privatni sektor u izgradnju i održavanje određenih objekata kao što je to objekat studentskog smeštaja i sportski, atletski kompleks u slučaju University of British Columbia.¹⁷

Investitori javno-privatnog partnerstva obezbeđuju dugoročnu i stabilnu dobit, a za vladu i javnu perspektivu, jer je obezbeđena poznata cena koštanja usluge ili proizvoda od javnog interesa i sa opšte poznatim finansijskim i operativnim veličinama. Obnavljanje infrastrukture je dugo u zaostatku i ono će zasigurno imati značajan uticaj na spiralu rasta ekonomije i kvaliteta života građana. Sledeće generacije trebaju naslediti ekološki zdravu čovekovu sredinu i sa dostatnim penzionim fondovima. Javno-privatno partnerstvo se čini da poseduje celishodne modele za ostvarenje ovih ciljeva.

Kanada je postala globalni lider u praktikovanju javno-privatnog partnerstva u infrastrukturi u 2007 godini, kada je *Euromoney* magazin proglasio projekat *Quebec Autoroute -25*, auto-put, kao top model javno-privatnog partnerstva u Severnoj Americi.¹⁸ Ta okolnost je pomogla promovisanju kanadskog prilaza i kanadskih ekspertskih pravno-finansijskih konsalting kompanija, kao inspirativnih primera i metoda na globalnom nivou.

Uspešna privatizacija/prodaja donosi nesporan prihod u budžet države odnosno lokalne zajednice. Derivati koncesija i/ili novi finansijski metodi doprinose ekspanziji infrastrukture, ovladavanjem novim znanjima i opštem ekonomskom

¹⁷ Ibid.,

¹⁸ Polls and Awards, Euromoney, www.Euromoney.com/PollsAndAwards, 12. jul 2012.

razvoju društva i imaju odraz moralnijih privrednih modela. U poslovanju javnih preduzeća odgovornost prelazi na menadžment. Naravno ovo vodi ka efikasnosti koja obično prati privatno poduzetništvo, ali se zahteva i jedan moralni kodeks u poslovanju.

U slučaju kada privatni kapital obezbeđuje robe ili usluge opšteg značaja, uobičajeno je da privatnik posluje na komercijalnoj osnovi i nastoji da troškove poslovanja pokriva iz zarade na proizvodima i uslugama koje plasira na tržištu. Iz ovog razloga potrošačke cene ovih roba i usluga obično rastu sa ulaskom privatnog kapitala u javni sektor. Takođe, često cene rastu jer se koncesionari ili novi ugovarači obavezuju sa preuzetom koncesijom, lizingom ili upravljačkim ugovorom na ekspanziju infrastrukture ili poboljšanje kvaliteta roba ili usluga, koje trebaju ponuditi građanima.

Niko nije iznenađen postojanjem oponenta projektima javno-privatnog partnerstva širom sveta. Ove grupe postoje i konsekvetno tome u Kanadi.¹⁹ Oponenti se regrutuju na pitanju problematizovanja javnog interesa, predimenzioniranju i emocijama, a najčešće su podržavani od sindikata radnika javnog sektora. Prisutna su mišljenja da oponenti javno-privatnog partnerstva iznose neuverljive argumente i da ne primećuju pozitivne strane projekata i objekata koji su rezultati javno-privatnih aranžmana. Čak oni ne primećuju da neki od tih objekata imaju niže troškove poslovanja nego neki drugi objekti istog sektora ili delatnosti koji su u vladinoj formi organizovanja.

Potrebno je izložiti šta je javno-privatno partnerstvo u zdravstvu u posmatranim velikim kliničkim centrima. Pre svega privatni sektor je uključen u poslove i odgovornosti projektovanja i finansiranja zgrada i opreme, zatim održavanja objekata i opreme u dobrom stanju za ugovoreni period. Zatim tu su poslovi obezbeđenja klimatizacije, grejanja, obezbeđenja sigurnosti objekata, održavanja parkinga i zelenih površina oko zdravstvenih centara, linija usluga ishrane i kafiterija. U ovim bolnicama privatni sektor nije uključen u kliničke usluge, ne određuje broj kreveta ili brojnost bolničkog osoblja (tehničara i lekara). Oni ne obezbeđuju dijagnostičke usluge, ne kreiraju liste čekanja ili upravljanje farmaceutskom službom.²⁰

Potrebno je prezentirati da su mnoge vlade provincija u Kanadi imale hrabrosti da omoguće javno-privatno partnerstvo u mnogim sektorima od javnog ili opšteg interesa. Mnoge bolnice, mostovi, putevi, administrativne zgrade, zgrade sudova i drugi objekti su već izgrađeni i stavljeni u funkciju u aranžmanu javno-privatnog partnerstva. Može se sad već reći da je javno-privatno partnerstvo omogućilo impresivne uspehe u izgradnji infrastrukturnih objekata u Kanadi. Vla-

¹⁹ Vid. D, Richmond, "We should face down opponents of PPPs", National Post, Toronto, 20. 02. 2008, F3.

²⁰ Ibid.

de kanadskih provincija trebaju biti apostrofirane da su se uspešno nosile sa opo-
nentima uvođenja javno-privatnog partnerstva u sektorima od javnog ili opšteg
interesa. Moguće je prepoznati da profitne investicije mogu biti moralno legiti-
mne i ekonomski efikasan put susretanja velikih društvenih izazova i odgovornog
odnosa prema čovekovoj okolini.

ZAKLJUČAK

Javno-privatno partnerstvo je spektar modela koji ima svrhu da progresivno
uposli ekspertske kapacitete i finansijske sposobnosti privatnog sektora na projek-
tima od javnog interesa. Naravno to podrazumeva jedan ugovorni odnos privat-
nog sektora i administracije (vlasti) konkretnog nivoa organizovanja gde se zado-
voljavaju određene javne potrebe, ali uz uvažavanje etičkih i moralnih vrednosti
partikularne sredine.

Javno-privatno partnerstvo doprinosi progresivnom ekonomskom rastu i
razvoju u Kanadi. Ovaj prilaz je omogućio mnogo bržu modernizaciju infrastruk-
ture sa manjim rizicima. Razvoj javno-privatnog partnerstva je refleksija socijal-
nih, kulturnih, moralnih i političkih vrednosti kanadskog društva.

Privatno učešće u javnom sektoru postoji u nizu forma koje prouzrokuju
privatizacija, koncesije i derivati koncesija i/ili novi finansijski metodi. Postoji či-
tav niz modela i sistematizacija javno-privatnog partnerstva. Istraživanja i isku-
stva pokazuju da ne postoji univerzalan odgovor kako kombinovati javni i privat-
ni interes na višestruko kompleksnim projektima kao što su auto-putevi, rečna
i morska pristaništa, aerodromi itd. Ovakvi projekti zahtevaju individualan pri-
stup, detaljnu analizu, koristeći se poznatim iskustvima u svetu, projektovanje
preciznih ciljeva javnog interesa, dakle vladina perspektiva, a na drugoj strani
privatni sektor treba precizno izmeriti objektivne, pa i hipotetičke rizike projekta.

Investitori javno-privatnog partnerstva obezbeđuju dugoročnu i stabil-
nu dobit, a za vladu i javnu perspektivu, jer je obezbeđena poznata cena koštanja
usluge ili proizvoda od javnog interesa i sa opšte poznatim finansijskim i opera-
tivnim veličinama. Obnavljanje infrastrukture je dugo u zaostatku i ono će zasi-
gurno imati značajan uticaj na spiralu rasta ekonomije i kvaliteta života građana.
Sledeće generacije trebaju naslediti ekološki zdravu čovekovu sredinu i sa dostat-
nim penzionim fondovima. Javno-privatno partnerstvo se čini da poseduje celis-
hodne modele za ostvarenje ovih ciljeva.

Potrebno je prezentirati da su mnoge vlade provincija u Kanadi imale hra-
brosti da omoguće javno-privatno partnerstvo u mnogim sektorima od javnog ili
opšteg interesa. Mnoge bolnice, mostovi, putevi, administrativne zgrade, zgrade
sudova i drugi objekti su već izgrađeni i stavljeni u funkciju u aranžmanu javno-

privatnog partnerstva. Vlade kanadskih provincija trebaju biti apostrofirane da su se uspješno nosile sa oponentima uvođenja javno-privatnog partnerstva u sektorima od javnog ili opšteg interesa. Moguće je prepoznati da profitne investicije mogu biti moralno legitimne i ekonomski efikasan put susretanja velikih društvenih izazova i odgovornog odnosa prema čoveku i čovekovojoj okolini.

Mi smo savremenici globalizacije ekonomije i analogno tome i konkurencije, što može rezultirati neizvesnim ekonomskim rastom i razvojem, ako ne bude razumeli trendove u svetu odnosno implementirali dobra iskustva, a izbegli loša. Mi moramo uobličiti i implementirati uslove poslovanja koji će omogućiti poboljšanje uslova kvaliteta života za vredan i predan rad.

BORISLAV GRAHOVAC, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law,
Istočno Sarajevo

PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS: CANADIAN APPROACH

Summary

The theme of this paper is Canadian public-private partnerships which is a spectrum of models that progressively engage the expertise or capital of the private sector on projects of public interests. These models should provide the appropriate allocation of resources, risks and rewards. Of course, this considers one moral, economic and legal cooperative venture between the public and private sectors of one level of government provides public goods and services. The author's intention is to present derivatives of legal contract between the granting government and the legal aspects of public-private partnerships in which the grantor transfers the right to use a public property or service to the private holder in return for payment. The public-private partnership is a modern financial method of investment in building or managing infrastructure that brings in money to pay for the deficit investment. Canada became one of the most prominent and attractive markets for those models based on social, cultural, moral, economic and legal values of developed society as well as inspiration for many governments in the World.

IVANA LJUTIĆ

PRIMENA INSTITUTA “PROBIJANJA PRAVNE LIČNOSTI” KOD TRANSNACIONALNIH KOMPANIJA

U V O D

Uloga i značaj transnacionalnih kompanija (u daljem tekstu: TNK), kao učesnika u međunarodnoj trgovini i investicijama, znatno se povećala poslednjih godina. Takav rast je prouzrokovao, ali i podstakao sve veću svest da tradicionalni principi nacionalne jurisdikcije treba da obezbede efikasna pravna i politička sredstva kako bi se zaštitili legitimni nacionalni interesi. U tom smislu, neophodno je, u pojedinim situacijama i složenim međukompanijskim transakcijama, pogledati iza korporativne strukture TNK kao povezanih društava, gde je svako povezano društvo “pravno samostalno”. Takav način posmatranja dovodi do preispitivanja pravne odvojenosti društava članica TNK, odnosno dovodi do primene instituta “probijanja pravne ličnosti” i otkrivanja “prave” i neograničene odgovornosti za preduzete akcije ili transakcije u svetskoj trgovini. U slučaju TNK reč je o kontroli kompanije-majke, kroz primenu metode “probijanja pravne ličnosti”, kada su akcionari (misli se na kompaniju-majku TNK) odgovorni za postupke korporativnog entiteta kao celine.

Pravni subjektivitet matičnog i zavisnog društva, odnosno kompanije-majke i filijale TNK je odvojen, te zato ne postoji uzajamna odgovornost za obaveze

Mr Ivana B. Ljutić, asistent, stručni saradnik Beogradske Bankarske Akademije, Univerzitet Union, Beograd.

prema trećim licima. Takođe, iz istog razloga, ne postoji ni odgovornost matičnog društva za obaveze zavisnih društava.¹ Međutim, u takvoj situaciji postavlja se pitanje, kako zaštititi poverioce od različitih zloupotreba vlasnika ove korporativne forme, integrisane globalne kompanije, kada dolazi do mešanja imovine, organa i procesa odlučivanja na nivou matično-zavisnog društva.

Naime, korišćenjem ove subordinirane strukture i formiranjem niza među-kompanijskih transakcija između članica TNK, teško je identifikovati “stvarno” odgovorno lice za preduzetu poslovnu aktivnost ili transakciju. Zato i prethodno pravilo odvojenog pravnog subjektiviteta, trpi određena ograničenja, upravo, na osnovu primene ustanove “probijanja pravne ličnosti” (eng. *lifting/piercing the corporate veil*).² Primenom ove ustanove ostvaruje se kontrola TNK sudskim putem, posebno u zemljama koje imaju bogatu sudsku praksu i brojne presude u kontekstu utvrđivanja odgovornosti na relaciji matično-zavisno društvo.³

“Podizanje korporativnog vela” i ostali izuzeci od principa odvojenih pravnih subjektiviteta matične kompanije i filijale

Još od slučaja *Salomon v. Salomon*, u kompanijskoj regulativi afirmisan je pravni princip odvojenosti kompanije kao pravnog entiteta od svojih vlasnika/akcionara. Isto važi i za povezana društva, odnosno TNK. Ovde se u ulozi akcionara javlja matično društvo, a filijalno društvo koje se osniva predstavlja samostalan pravni entitet. Ovaj princip razvijao se u kompanijskom pravu više od sto godina, a TNK nisu nastale kako bi ga opovrgle. Kada filijala posluje i deluje, ono to čini u svoje ime, a ne u ime svojih kontrolora – kompanije-majke. Tako kompanija-majka nije odgovorna za dugove filijale, iznad svog početnog ulaganja, i nema vlasnički interes u imovini filijale.⁴ Izuzeci su posledica ekonomske realnosti i vr-

¹ A. James Barnes-Terry Morehead Dworkin-Eric L. Richard, *Law for Business*, Ninth Edition, McGraw-Hill Irwin, New York, 2006, p. 509.

² “Lifting the veil” je termin koji se upotrebljava u britanskom pravu, dok je termin “piercing the corporate veil” uobičajen za američki pravni sistem. *Ramsey* i *Noakes* prave razliku između ova dva termina “piercing” (probijanje) i “lifting” (podizanje) u odnosu na različite efekte koje oni mogu proizvesti. Podići korporativni veo znači pogledati iza i izvan korporacije, odnosno analizirati njene operativne mehanizme. U svom radu opredeljuju se za “piercing”, u cilju ukazivanja različitog značenja u odnosu na “lifting”. Videti o tome: Ian M Ramsey-David B Noakes, *Piercing the Corporate Veil in Australia*, (2001) 19 *Company and Securities Law Journal* 250–271, http://cclsr.law.unimelb.edu.au/files/Piercing_the_Corporate_Veil.pdf, p. 3–4.

³ S obzirom na slabo razvijenu praksu naših sudova i primenu ustanove “probijanja pravne ličnosti” kod grupa društava, osvrnućemo se na izabrane slučajeve strane sudske prakse.

⁴ Ian M Ramsey-David B Noakes, *op. cit.*, p. 2.

ste odnosa između članica TNK, koji nisu "tržišni" u potpunosti, i koji se formiraju između nepovezanih i samostalnih kompanija.

Institut "probijanja pravne ličnosti" jeste sudski, po svom poreklu i prirodi. Na kombinovani način ga je kreirala i nametnula sama sudska praksa, uvodeći izuzetak odvojenog pravnog subjektiviteta matičnog i zavisnog društva - članica TNK. U slučaju primene ovog instituta sud će zanemariti ovaj princip, i držati da je akcionar kao matično društvo odgovorno za postupke filijale. Inicijativa za ovakve izuzetke može poteći i od akcionara, ali i od korporacije. Na taj način, u različitim oblastima pravne regulative (poresko pravo, računovodstveno pravo, kompanijsko pravo i dr.) kreira se pravni lek (primenjivo pravo, lekcija, ili kazna), koji bi u suprotnom bio uskraćen. Za TNK važno je utvrditi, upravo kroz ove izuzetke, ko stvarno kontroliše kompaniju unutar grupe, kao i njenu efektivnu organizacionu strukturu, kako bi je kontrolisala nacionalna jurisdikcija u okviru koje one posluje.

Osnovni argument za ove izuzetke, koji se navodi u literaturi je, da u određenim okolnostima kod grupe društava nema razlike između pojedinačnih pravnih entiteta (članica), te je ispravno prihvatiti ekonomsku realnost, kao i odgovornost matičnog društva za postupke filijala.⁵ Ovi izuzeci obezbeđuju da TNK prihvati odgovarajuće obaveze, s obzirom da koristi niz prednosti ograničene odgovornosti.

U anglosaksonskom pravu navode se sledeći izuzeci od doktrine odvojenog pravnog subjektiviteta: jedna ekonomska jedinica (eng. *single economic unit*), fasada ili lažna (prividna, tajna) kompanija, agentura, nacionalni identitet, poreska evazija, *alter ego* za krivičnu odgovornost, odgovornost za prouzrokovanu štetu, garancije po osnovu ugovora i dr.⁶

U oblasti poreskog prava odnos povezanosti matičnog društva i filijale značajan je za sledeće fenomene: isplata međukompanijskih dividendi, poresko konsolidovanje, transferne cene, utanjena kapitalizacija i dr.⁷ Tako je jedan od izuzetaka principa nepostojanja subjektiviteta celine povezanih društava, otklanjanje dvostrukog oporezivanja dividendi na nivou matične kompanije (dividende akcionara matične kompanije) i filijale (kontrolisane kompanije – dividende matične

⁵ Videti: Mirko Vasiljević, *Kompanijsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu - Centar za publikacije, Beograd, 2005, str. 433.

⁶ Videti: LE Talbot, *Critical Company Law*, Routledge-Cavendish, Oxon, 2008, p. 29; John H Farrar-Nigel E Firey-Brenda M Hanningan, *Farrar's Company Law*, Third edition, Butterworths, London, 1991, p. 74.

⁷ Korporativna forma grupe društava se često koristi kako bi se izbeglo plaćanje poreza. Videti: LE Talbot, *op. cit.*, p. 36.

kompanije kao akcionara).⁸ Pored međukompanijske isplate dividendi, u oblasti poreskog i računovodstvenog prava javlja se fenomen "konsolidovanih subjekata". Poresko konsolidovanje predstavlja posebnu poresku privilegiju koja se vezuje za holding strukturu, odnosno grupu kompanija. Ovo je još jedan izuzetak od principa odvojenih pravnih subjektiviteta matične kompanije i filijale, jer se grupa društava tretira kao jedan poreski obveznik, i na taj način oporezuje.⁹ Sudija *Mason* prethodni izuzetak odredio je na sledeći način: "Doktrina slučaja *Salomon v Salomon* ublažena je savremenim zahtevima, kao što su konsolidovanje i konsolidovani bilans. Smisao ovih zahteva je da se pripadnicima holding kompanije pruže tačne informacije o dobiti ili gubitku i stanju matičnog društva, kao i njenih filijala u okviru grupe. Međutim, za odredbe o konsolidovanju teško se može tvrditi da idu u prilog poricanju odvojenog pravnog subjektiviteta svake kompanije u grupi."¹⁰

U kontekstu radnog prava (zasnivanja radnog odnosa, prelaska iz jedne članice u drugu, otpuštanja zaposlenih) grupe kompanija tretiraju se kao jedan pravni subjekt.¹¹

U analizi izuzetaka od odvojenog pravnog subjektiviteta matičnog i zavisnog društva dolazimo do oblasti imovinskog prava. Odvojeni pravni subjektivitet određuje odvojenost imovine matičnog društva i zavisnog društva.¹² No, smatra se da se često, i u imovinskom pravu uvažava princip ekonomskog jedinstva i ekonomske relanosti, posebno u sudskoj praksi, u slučaju prevare poverilaca zavisnog društva, mešanja imovina, zajedničke krivice, fiktivne filijale kao agenta matičnog društva¹³ i dr.¹⁴ Filijala, kao korporativna forma, može poslužiti samo kao

⁸ Videti: Dejan Popović, *Nauka o porezima i poresko pravo*, COLPI, Budimpešta i Savremena administracija, Beograd, 1997, str. 669–671.

⁹ Videti ovaj izuzetak prema Kompanijskom zakoniku Velike Britanije u: David Kelly-Ann Holmes-Ruth Hayward, *Business Law*, Fourth Edition, Cavendish Publishing Limited, 2002, p. 350.

¹⁰ Ian M Ramsey-David B Noakes, *op. cit.*, p. 15.

¹¹ O radnom pravu u kontekstu međunarodnog trgovinskog prava i njegovog okruženja, videti više: Richard Schaffer-Beverley Earle-Filiberto Agusti, *International Business Law and Its Environment*, Fifth Edition, West Thomson Learning, Mason, Ohio, 2002, p. 594-609.

¹² Imovinu TNK čine sredstva matičnog društva i sredstva svih zavisnih društava. Videti više: Miodrag Sukijasović *Multinacionalno preduzeće – Pravni aspekti*, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 1981, str. 70-72.

¹³ Videti slučaj: *Smith, Stone and Knight v Birmingham Corporation* i koncept agenta u okviru povezanih društava kao izuzetak od principa odvojenog pravnog subjektiviteta: Mark Gillen, *Liability for Corporate Acts: Piercing the Corporate Veil (Or Disregarding the Corporate Entity and Related Concepts)*, <http://law2.uvic.ca/mgillen/315/documents/Ch16-CorpVeil.pdf>, p. 205.

¹⁴ Videti: Mirko Vasiljević, *op. cit.*, str. 433.

fasada, kako bi se izbegle obaveze propisane zakonom, ili premostila određena zakonska ograničenja. Najčešće, u pitanju su prevarne radnje i zloupotreba pravnog subjektiviteta.¹⁵

Odstupanje od odvojenog pravnog subjektiviteta matičnog i zavisnog društva, u slučaju grupe društava (TNK), u ovoj situaciji donosi pobedu korporativnog realizma, odnosno ekonomske realnosti u odnosu na korporativni nominalizam.¹⁶

*Zakonodavno određivanje ustanove "probijanja pravne ličnosti"
kod transnacionalnih kompanija*

Osnovna i najznačajnija, odnosno suštinska karakteristika korporacije je njena ograničena i odvojena odgovornost od odgovornosti vlasnika korporacije. Kod TNK često se može postaviti pitanje transparentnosti odnosa povezane matične kompanije i filijale. Kompanija filijala jeste veo/ograda koja štiti akcionare (vlasnike), odnosno matičnu kompaniju od odgovornosti za obaveze i dugove kompanije filijale, putem činjenice postajanja samostalnog pravnog subjektiviteta filijale. Međutim, ta ograda se može srušiti u pojedinim slučajevima oštećenja poverilaca ili postojanja prevarnih radnji, kada je pravna ličnost zloupotrebljena i kada se prednosti poslovanja grupa društava (TNK) koriste za nedozvoljene ciljeve.

Ustanova "probijanja pravne ličnosti" vezuje se za sudsku praksu engleskog i američkog pravosuđa, kao tehnika koja se tradicionalno koristi za sprečavanje i suprotstavljanje različitim prevarama i drugim načinima zloupotreba bogatstva pravnih korporativnih formi privrednih društava. Koristi se i u drugim zemljama, ali s obzirom da je nastala u sudskoj praksi, njeno zakonsko uobličavanje nije uvek najspretnije. U engleskoj pravnoj teoriji sledeće pravne kategorije određene su kao opravdane u slučaju probijanja pravne ličnosti: zastupanje (agentura), prevara, grupe preduzeća, trustovi, zloupotreba pravne ličnosti u slučaju zaštite prevare ili odbrane prestupa (kriminala) i dr.¹⁷

¹⁵ Tako je u slučaju *FG Films Ltd.* sud, ovu englesku kompaniju, okarakterisao kao kompaniju fasadu druge američke kompanije *Film Group Incorporated*, jer nije imala ni kapital, ni imovinu (zgrade fabrike). Videti o tome: LE Talbot, *op. cit.*, p. 33.

¹⁶ O zajedničkoj pobedi korporativnog nominalizma i korporativnog realizma, vidi: Katsuhito Iwai, *What is Corporations?-The Corporate Personality Controversy and Comparative Corporate Governance*, ed. by: F. Caffagi-A. Nicita-U. Pagano, Legal Orderings and Economic Institutions, 97-F-24, London, January 2001, p. 1-5.

¹⁷ Videti o tome: Cynthia Day Wallace, *The Multinational Enterprise and Legal Control: Host State Sovereignty in an Era of Economic Globalization*, Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Law International, Hague, 2002, p. 631.

Poreklo ove ustanove vezuje se za englesku sudsku praksu - sudski precedent *Salomon v. Salomon* iz 1897. godine.¹⁸ Odluku, povodom ovog slučaja, doneo je engleski Dom Lordova, kojom je utvrđena teorija "pravne razdvojenosti" u engleskom pravu. Posmatrano kroz aspekt TNK, to je odvojeni pravni subjektivitet matičnog i zavisnog društva i pretpostavka pravne razdvojenosti povezanih društava. To znači da su matično i zavisno društvo inkorporisani nezavisno, čak, i u slučaju apsolutnog (potpunog) vlasništva zavisnog društva od strane kompanije-majke. Tako, sudovi ne treba da posmatraju TNK kao jedan entitet, što dalje implicira nepostojanje odgovornosti matične kompanije za obaveze zavisnih društava. Takav stav naišao je na velike kritike i od strane sudova i drugih institucija. Zloupotrebe pravnog subjektiviteta su moguće, a sudovi su dužni da uklone masku očiglednog ekonomskog jedinstva i manje očigledne pravne razdvojenosti.¹⁹ U nekim pravnim sistemima, poput američkog i slovenačkog, ustanova "probijanja pravne ličnosti" analizira se u svetlu primene načela pravičnosti i poštenosti.²⁰ Smatramo da je takva argumentacija opravdana, jer posledice restrukturiranja legalnih poslovnih transakcija povezanih društava (TNK), ne mogu biti predmet arbitražne vežbe, već čvrsto ustanovljenih pravila odgovornosti matičnog društva za filijalno društvo, kao vlasnika.

Ukoliko bi potražili odredbu našeg zakona, koja bi se mogla primeniti u slučaju zloupotrebe korporativne forme grupe društava, svakako bi primenili član 18. ZOPD (*Probijanje pravne ličnosti*), u kome se kaže da: "...članovi društva sa ograničenom odgovornošću i akcionari akcionarskog društva, koji zloupotrebe pravilo o ograničenoj odgovornosti odgovaraju za obaveze društva".²¹ Tada su lica koja su zloupotrebila korporativnu formu, npr. povezanih društava i samostalnost pravnog subjektiviteta filijale, odgovorna solidarno za obaveze društva, te se princip ograničene odgovornosti ne primenjuje, što utvrđuje nadležni sud.

Ovaj institut, koji je nastao kao tvorevina engleskog pravnog sistema, prihvaćen je široko u drugim evropskim zemljama, kao i u Australiji, Novom Zelandu i dr.²² U praksi se, neretko, dešava da je primena ovog instituta ograničena samo na slučajeve prevare i flagrantne zloupotrebe korporativne forme, mada se određeni trendovi liberalizacije uočavaju u američkom pravu, posebno od slučaja-

¹⁸ Više o pravnoj analizi ovog sudskog precedenta, videti: Mirko Vasiljević, *op. cit.*, str. 51.

¹⁹ Cynthia Day Wallace, *op. cit.*, p. 632.

²⁰ Šime Ivanjko-Marijan Kocbek, *Korporacijsko pravo: Pravni položaj gospodarskih subjektov*, GV Založba, Ljubljana, 2003, str. 141-142.

²¹ Videti: član 18. ZOPD ("Sl. glasnik RS", br. 36/2011 i 99/2011).

²² John H Farrar-Nigel E Firey-Brenda M Hanningan, *op. cit.*, p. 77-78. Kritiku ustanove "probijanja pravne ličnosti", videti: Douglas G. Smith, *Piercing the Corporate Veil in Regulated Industries*, *Brigham Young University Law Review*, 2008, http://ssrn.com/abstract_id=1090027, p. 1181-1185.

ja *Bhopal*, gde je postavljeno pitanje odgovornosti kompanije-majke za ekološku štetu i troškove njenog saniranja, primenom principa "zagađivač plaća".²³

Iako su pravila kompanijskog prava u pogledu ograničene odgovornosti ista za sve akcionare kao investitore, bilo oni fizička ili pravna lica, odnosno kompanije, neophodno je primeniti drugačiju analizu ograničene odgovornosti kada je akcionar kompanija-majka. Ekonomska uloga, funkcije upravljanja i pitanja poslovne politike kompanije-majke, kao akcionara filijale, potpuno su drugačija, i upravo zahvaljujući integraciji i centralizaciji poprimaju nova obeležja.²⁴ Takođe, analizira se odgovornost matičnog društva kroz njegove različite varijacije, u zavisnosti od nacionalne jurisdikcije zemlje domaćina i domicilne zemlje, i njegovog kompanijskog pravnog sistema, kao i prakse. Brojni faktori, poput pozicioniranja kontrolnog menadžmenta, organizacione forme (joint venture, potpuno ili delimično vlasništvo nad filijalom i dr.), državne ili privatne kompanije, odgovornosti filijale, iskustva, snage lokalnih institucija, stepena autonomije filijale, diktiraju divergenciju nacionalnih kompanijskih zakona i stepena odgovornosti kompanije-majke.²⁵

Sva ova pravila i odredbe zakonodavstva o obavezama i odgovornostima matičnog i zavisnih društava, doprinose većoj otvorenosti povezanih društava i transparentnosti njihovog odnosa, a ne ukidanju doktrine o pravnom subjektivitetu članica i afirmisanju postojanja pravnog subjektiviteta povezanih društava. Takođe, značajna su u cilju ostvarivanja efektivne pravne kontrole TNK.

Trendovi u primeni ustanove "probijanja pravne ličnosti"

Prethodno smo zaključili sledeće: postojanje odvojenog pravnog subjektiviteta matičnog i zavisnog društva je pravilo, a njegov izuzetak primena ustanove "probijanja pravne ličnosti" kod grupa društava i usklađivanje sa ekonomskim faktom jedinstva TNK. Tako se grupa društava u sudskoj praksi tretira kao jedan entitet, ne samo u ekonomskom, već i u pravnom smislu. Možemo postaviti pitanje u kojim slučajevima dolazi do primene ove ustanove kod TNK, i da li je to u korelaciji sa strukturom vlasništva i upravljanja u TNK, ili je reč o zloupotrebi ove korporativne forme. Tako zaključujemo da se najčešće, radi o povredi prava ili

²³ Videti: Cynthia Day Wallace, *op. cit.*, p. 648.

²⁴ Kurt A. Strasser-Phillip I. Blumberg, *Replacing Misused Limited Liability With Enterprise Analysis In Corporate Groups*, Conference on Corporate Accountability, Limited Liability, and the Future of Globalization, School of Oriental and African Studies, London, UK, July 20–21, 2007, 7/10/2007, <http://www.cisd.soas.ac.uk/Editor/assets/kurtstrasser.pdf>, p. 3.

²⁵ Cynthia Day Wallace, *op. cit.*, p. 171.

ugovorne obaveze, postojanju prevarne radnje, krivičnog dela, ili narušavanja načela adekvatnosti kapitala u okviru neke od članica TNK.

U okviru TNK, važno je sagledati kada će se primeniti ova ustanova, i kakvi su trendovi u primeni vezano za odvojeni pravni subjektivitet matičnog i zavisnog društva TNK. Smatra se da se pravilo "pravne razdvojenosti" neće primeniti u sledećim slučajevima: 1. kada je kontrolisana (zavisna) kompanija zastupnik kompanije-majke (matično društvo) i 2. kada postoji zloupotreba korporativne forme, dok činjenica 100% vlasništva kompanije-majke nad filijalom, ne ukazuje nužno na zloupotrebe ove korporativne forme.²⁶ Kod primene ove ustanove kod TNK, važna je zloupotreba pravne forme povezanih društava i postojanje namere preduzimanja određene transakcije i njeno stvarno strukturiranje, a ne kvalitet upravljanja i 100% vlasništvo.

Ova ustanova se, u okviru TNK, može objasniti putem ustanove "agency" (zastupanje), pri čemu se kod grupa kompanija koncept agenture, od strane sudova, određuje na sledeći način. Filijala je agent holding kompanije, čak, i u situaciji kada ne postoji ugovor o zastupanju sa centralom (matično društvo), ali postoje transakcije (preovladava ekonomska realnost nad pravnom formom – priznavanje preduzimanja stvarne transakcije). Tako se postiže efekat da su transakcije filijale, u stvari transakcije koje je realizovala holding kompanija.²⁷ Zloupotreba pravnog lica (kompanije) sigurno postoji u situaciji kada akcionari ostvaruju svoje pravo na štetu društva, i samim tim na štetu poverilaca. Pravo upravljanja akcionara matičnog društva kao vlasnika u filijali (kompanija-kćer), ne pruža osnov da se zanemari pravna ustanova zabrane zloupotrebe pravnog lica u nedozvoljene svrhe. Tako položaj matičnog društva u sistemu povezanih društava, nije osnov za odricanje od pravnog subjektiviteta, a zloupotreba upravljanja u holding kompaniji je u sukobu sa načelom racionalnosti i dobrog korporativnog upravljanja (eng. *good corporate governance*).²⁸ U određenim situacijama položaj kompanije-kćeri može biti toliko otežan da se pokreće stečajni postupak, a poverioci mogu tražiti naknadu štete od holdinga, što je sve posledica faktičkog upravljanja.²⁹ Takođe, ova doktrina primenjuje se i u poreske svrhe kod utvrđivanja poreske oba-

²⁶ Cynthia Day Wallace, *op. cit.*, p. 632.

²⁷ Videti: Denis Keenan-Josephine Biscres, *Company Law*, Thirteenth Edition, Pearson Longman, Edinburgh, 2005, p. 27.

²⁸ Šime Ivanjko-Marijan Kocbek, *op. cit.*, str. 144–145.

²⁹ Vassya Prokopieva, *Parent Company Liability in Case of Subsidiary Insolvency-Time to Re-think Liability of Corporate Shareholders?*, Thesis presented for the Degree of Master of European Studies, College of Europe Bruges Campus Law Department, http://www.eu-bg.com/files/downloads/files/8aee5165a0615fcb1a2181c621b74118/parent_company_liability_for%20sub_s%20_insolvency.pdf, p. 16–20.

veze povezanih društava u skladu sa načelom “na dohvata ruke” – načelo nezavisnosti.³⁰

Institut “probijanja pravne ličnosti” u kontekstu grupa kompanija, često se vezuje za koncept agencije.³¹ Koncept agencije koriste sudovi, gde se filijala tretira kao agent svoje holding kompanije u okviru TNK, iako nema ugovora o agenturi između njih u pogledu predmetnih transakcija. Efekat je taj da su transakcije u koje je ušla filijala, smatrane za one za koje je odgovorna holding kompanija. Ova doktrina je implementirana u svrhe utvrđivanja poreske obaveze.³²

Utvrđivanje nacionalnosti kompanije, u određenim slučajevima, može biti osnov za primenu instituta “probijanja pravne ličnosti”. Tako, primena ovog instituta predstavlja aspekt sudske kontrole TNK, jer pravna ličnost može biti probijena u cilju utvrđivanja nacionalnosti vlasnika i kontrolora kompanije, kako bi se utvrdila nacionalnost kompanije.³³ Probijanje pravne ličnosti, u takvim situacijama, imalo je za cilj da pokaže kako je registracija kompanija u određenom mestu imala za motiv zaobilaženje suda zemlje domaćina.³⁴

³⁰ Ivana B. Ljutić, *Poreski i poslovni aspekti transfernih cena*, magistarski rad, Pravni fakultet, Beograd, 2009, str. 38.

³¹ O međunarodnom kontekstu “probijanja pravne ličnosti” i otkrivanja “pravog” subjekta koji stoji iza transakcije kod multinacionalnih kompanija, videti više: Douglas M. Branson, *Holding Multinational Corporations Accountable? Achilles Heels in Alien Torts Claims Act Litigation*, *Legal Studies Research Paper Series*, Working Paper No. 2010-30, 2010, <http://ssrn.com/abstract=1671620>, p. 16–18.

³² Videti: Slučaj *Firestone Tyre & Rubber Co. Ltd v Lewellin* [1957] 1 All ER 561, kao i slučaj *Smith, Stone & Knight Ltd v Birmingham Corporation* [1939] 4 All ER 116. Ovi prethodni slučajevi se razlikuju od slučaja *DHN Food Distributors*, jer ovde nije smatrano da je potrebno primeniti princip agenture. Videti o tome: John H Farrar-Nigel E Firey-Brenda M Hanningan, *op. cit.*, p. 74–75; Denis Keenan-Josephine Bisacre, *op. cit.*, p. 29; LE Talbot, *op. cit.*, p. 34.

³³ Pored toga, nacionalnost korporacije, s obzirom da ima svojstvo pravnog lica, odvojena je od nacionalnosti njenih vlasnika. Međutim, i ovo pravilo trpi određene izuzetke. U tom smislu, zanimljiv je slučaj engleske sudske prakse *Daimler Co. Ltd. v Continental Tyre and Rubber Co. (Great Britain) Ltd.*, koji je najčešće razmatran u okviru primene instituta “probijanja pravne ličnosti”, u cilju utvrđivanja da li je kompanija bila “neprijatelj” tokom Prvog svetskog rata, ali i koncepta pravnog tumačenja zakonskog propisa. O ovom slučaju, videti više: Thomas K. Cheng, *The Corporate Veil Doctrine Revisited: A Comparative Study of the English and the U.S. Corporate Veil Doctrine*, *Boston College International & Comparative Law Review*, Vol. 34:1, 2011, p. 15–16, 20.

³⁴ Takav slučaj je *TSA Spectrum de Argentina S.A. (TSA) v. Argentina*. Videti o ovome više: International Centre for Settlement of Investment Disputes, In the Matter of the Arbitration between TSA Spectrum de Argentina S.A. Claimant v. Argentina Republic Respondent, ICSID Case No. ARB/05/5, <http://www.arbitration.fr/resources/ICSID-ARB-05-5-Award-English.pdf>. Pored ovog slučaja, važan je i slučaj *Pioneer Concrete Services v. Yelnah Pty Ltd.*, kao primer primene instituta “probijanja pravne ličnosti” kod matičnog i zavisnog društva, u pogledu ugovornog prava i neispunjenja ugovornih obaveza.

Takođe, kako bi se primenio ovaj institut veoma je značajno analizirati šta se krije iza pravne ličnosti, odnosno ko su “pravi kontrolori”, relevantni za određeni pravni odnos.³⁵ Dalje se naglašava, da institut “probijanje pravne ličnosti” treba primeniti samo kada se sa sigurnošću može utvrditi odnos povezanosti, bilo kao ugovorni ili faktički između kompanija, ili u slučaju zloupotreba pravnog subjektiviteta, kada je kompanija “čista fasada”.³⁶

U međunarodnoj trgovini, koja se u velikoj meri odvija kroz poslovanje TNK, sporovi se najčešće rešavaju putem arbitraža, te je važno ukazati na vezu između arbitraže, kao načina rešavanja sporova iz međunarodnih trgovinskih odnosa, i TNK, koje se javljaju kao ugovorne strane. Na ovom mestu, neophodno je još jednom ukratko analizirati institut “probijanja pravne ličnosti”, ali u drugačijem svetlu. Naime, koncept “probijanja pravne ličnosti” značajan je kod međunarodnih arbitraža. Videli smo prethodno, da čak i prema jednom nacionalnom pravnom sistemu uslovi njegove primene nisu uvek najjasniji, odnosno sporna je njegova kvalifikacija. U situaciji kada privredni subjekti (misli se prvenstveno na TNK) izraze zajedničku nameru i saglasnost da spor reše arbitri, primena ovog instituta postaje dodatno složena, jer se uključuje nekoliko pravnih sistema.

U praksi arbitražnih sudova, posebno je značajno utvrditi “pravog” kontrolora, odnosno kompaniju-majku koja stoji iza svega. Pored toga, važno je pitanje da li će arbitri podeliti prava i odgovornosti između matičnog i zavisnih društava, ili će tretirati grupu kompanija kao jedan poslovan (ekonomski) entitet. TNK uključuju niz ugovora, pri čemu jedna od odredbi može biti planiranje načina rešavanja spora unapred, ukoliko do njega dođe. U ugovornim odnosima, čije je rezultat povezana transakcija kao kod TNK, pored već inicijalne složenosti, može se javiti još jedna od poteškoća, a to je probijanje pravne ličnosti. Ovakve neizvesnosti za ugovorne strane kreiraju dodatne rizike, a posebno se vezuju za dejstvo arbitražne odluke, njeno izvršenje, kada se ne zna ko je “prava” ugovorna strana arbitražnog ugovora. Opravdano se postavlja pitanje da li je u takvim situacijama “filijalno društvo neophodno tretirati samo kao *alter ego* kompanije-majke”.³⁷ Primena instituta “probijanja pravne ličnosti” može pomoći u rasvetljavanju arbitražnog sporazuma ili bilateralnog investicionog sporazuma. Prema pojedinim autorima, nijedan arbitražni sistem ne može razviti pravila za ovako složene su-

³⁵ <http://www.llrx.com/features/veildoctrine.htm>.

³⁶ John H Farrar-Nigel E Firey-Brenda M Hanningan, *op. cit.*, p. 77.

³⁷ Videti slučaj *First Nat'l City Bank v. Banco Para El Comercio Exterior*, 462 U.S. 611, 623 (1983) u: Beth Stephens, *The Law of Our Land: Customary International Law as Federal Law After Erie*, *Fordham Law Review*, Volume 66, Issue 2, Article 6, 1997, p. 447.

bjekte, kakve su TNK, već to mogu samo nacionalni sudovi razvijenih zemalja orijentisanih ka spoljnoj trgovini.³⁸

U kontekstu “probijanja pravne ličnosti” kod TNK, u međunarodnim mehanizmima arbitražnog rešavanja investicionih sporova je otkrivanje “pravih” stranaka, tj. ugovornih strana koje nisu potpisnice arbitražnog sporazuma u formalnom smislu, poput kompanije-majke ili filijalnih društava. U pojedinim slučajevima “prave” stranke ne žele da se otkrije njihov identitet, dok ima i suprotnih primera, kao u slučaju *Dow Chemical v. Isover St. Gobain* pred arbitražnim sudom Međunarodne privredne komore u Parizu.³⁹ Arbitražni sud je tada dozvolio kompaniji-majci da bude tužilac, iako se zaključeni arbitražni sporazum, odnosno arbitražna klauzula koja je pridodata nizu osnovnih ugovora o distribuciji, odnosila na njeno filijalno društvo i drugu stranu (optuženog).⁴⁰

Primena instituta “probijanja pravne ličnosti” u međunarodnim arbitražama, zavisi od priznanja i izvršenja arbitražne odluke od strane domaćeg suda.⁴¹ Zahvaljujući ICSID (Međunarodni centar za rešavanje investicionih sporova (eng. *International Center for Settlement of Investment Disputes-ICSID*)) Konvenciji, sudovi pokazuju veću spremnost da primene institut “probijanja pravne ličnosti”, jer odluke Centra imaju dejstvo domaćih sudskih odluka. Zato je prema pravilima procedure ICSID⁴², dozvoljeno podnošenje zahteva od strane lica koja ne učestvuju formalno, što su najčešće akcionari ili filijale investitori (slučaj *S. Pac. Prop. (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*).⁴³

U razmatranju trendova u primeni instituta “probijanja pravne ličnosti” kod TNK važno je pomenuti i situaciju stvaranje zablude oko *de facto* i *de jure* direk-

³⁸ Videti više: William Fox, *International Commercial agreements: a primer on drafting, negotiating, and resolving disputes*, Kluwer Law International, 2009, p. 300.

³⁹ William W. Park, *Non-Signatories and International Contracts: An Arbitrator's Dilemma*, Multiple Parties in International Arbitration, Oxford, 2009, http://www.arbitration-icca.org/media/0/12571271340940/park_joining_non-signatories.pdf, p. 17.

⁴⁰ Blaise Stucki-Schellenberg Wittmer, *Extention of Arbitration Agreements to Non-Signatories*, ASA Below 40-Conference of September 29, 2006, Geneva, <http://www.arbitration-ch.org/below40/pdf/extensionbs.pdf>, p. 5.

⁴¹ Yaroslau Kryvoi, *Piercing the Corporate Veil in Interantional Arbitration*, *Global Business Law Review*, Vol. 1:169, 2011, p. 174.

⁴² Videti: Član 25(2)(b) Konvencije ICSID (*ICSID Convention, Regulations and Rules, International Centre for Settlement of Investment Disputes*, Washington, D.C., USA, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>).

⁴³ Videti o ovom slučaju više: *S. Pac. Prop. (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/84/3 (Apr. 14, 1988) Decision on Jurisdiction and Dissenting Opinion (Apr. 14, 1988), http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC671_En&caseId=C135; Yaroslau Kryvoi, *op. cit.*, p. 178.

tora od stane matičnog društva TNK. To, takođe, može biti i jedan od razloga primene instituta "probijanja pravne ličnosti". Matično društvo je, u toj situaciji, direktor "u senci", ukoliko je uobičajeno da direktori filijala postupaju u skladu sa njenim uputstvima, što se mora dokazati. Tada se skriveni direktori imaju tretirati kao direktori filijale, te imaju sve dužnosti, odnosno odgovornosti kao standardni direktori filijale. U pravnoj teoriji se navodi da je jedan od regulatornih pristupa korporativnim grupama nametanje dužnosti imenovanih direktora direktorima "u senci", kao i zabrana instituta multifunkcionalnih direktorskih pozicija, kako bi se ostvarila kontrola korporativnih grupa, i samim tim TNK.⁴⁴

Teško je biti precizan u pogledu okolnosti pod kojima će sud podići korporativni veo.⁴⁵ No, ipak, bi se moglo reći da ovlašćenje da to uradi, sudstvo taktički koristi na fleksibilan način, kako bi parirali proneveri, preoštroj praksi (grubo ponašanje), opresiji i nelegalnim radnjama grupa kompanija. Kroz različite primere strane sudske prakse može se sagledati kada je sud dozvolio da se grupa kompanija tretira kao celina, čime je "podigao korporativni veo".⁴⁶ Takođe, može se zaključiti da mnogo zavisi od okolnosti slučaja⁴⁷, kao i da praksa sudova u primeni instituta "probijanja pravne ličnosti" nije ujednačena.⁴⁸

⁴⁴ Ian Ramsay-Geof Stapledon, *Corporate Groups in Australia*, Research Report, Centre for Corporate Law and Securities, Melbourne, 1998, p. 17.

⁴⁵ Farrar kritikuje spremnost sudova da primene ovaj institut, karakterišući sistem kao nekoherentan i neprincipijelan. Videti: J. Farrar, *Fraud, Fairness and Piercing the Corporate Veil*, 1990, 16 *Canadian Business Law Journal*, p. 474, 478.

⁴⁶ *Re Hellenic and General Trust Ltd* [1975] 3 All ER 382; Slučaj *DHN Food Distributors v Tower Hamlets London Borough Council* [1976] All ER 462. Videti: Denis Keenan-Josephine Bisacre, *op. cit.*, p. 27–28.

⁴⁷ Denis Keenan-Josephine Bisacre, *op. cit.*, p. 28. Kako navode autori u britanskoj praksi, u slučaju *Woolfson v Sraithclyde Regional Council* (1978) 38 P & CR 521, Dom Lordova britanskog parlamenta nije sledio slučaj *DHN Foods*, iako je situacija bila slična. U slučaju *Woolfson*, filijale su, suštinski, bile aktivne kompanije koje su trgovale, a ne kao u *DHN Foods*, samo jednostavne kompanije školjke. Takođe, u *Multinational Gas and Petrochemical Co. v Multinational Gas and Petrochemical Services Ltd.* [1983] 2 All ER 453 Apelacioni sud je, posle slučaja *Salomon* bio na stanovištu da su filijale u potpunom vlasništvu grupe izdvojeni entiteti, a ne agenti holding kompanije ili jedna drugoj, u odsustvu specifičnog ugovora o agenturi. Šta više, u slučaju *Dimbledaz & Sons Ltd. v NUJ* [1984] All ER 751, grupa kompanija je tretirana kao serija izdvojenih entiteta, tako da je pozivanje na štrajk jedne kompanije unutar grupe, od strane radnika zaposlenih u drugoj kompaniji unutar grupe, smatrano nezakonitim (sekundarno pozivanje na štrajk na osnovu člana 17. Zakona o zapošljavanju iz 1980. godine, član 224. prečišćenog zakona o Sindikatima i odnosima na radu iz 1992. godine).

⁴⁸ U slučaju *Re H and others* [1996] 2 All ER 391 Apelacioni sud je odbio da tretira kompanije kao odvojene entitete na osnovu pravila *Salomon*, dok je u slučaju *Re PollyPeck International plc. (in administration)* [1996] 2 All ER 433., Viši sud primenio pravilo *Salomon* kod korporativne insolven-

Sudija *Atkinson*, analizirajući agencijski problem u kontekstu grupa kompanija, naglašava da je pitanje, da li filijala sprovodi sopstveno poslovanje ili poslovanje svoje kompanije-majke, faktičko pitanje. U tom smislu identifikuje šest pitanja, koje smatra određujućim i ključnim: 1. da li su profiti filijale, profiti kompanije-majke, 2. da li su osobe koje poslovođe filijalom angažovane od strane kompanije-majke, 3. da li je kompanija-majka "glava i mozak" poduhvata, 4. da li je kompanija-majka upravljala poduhvatom, 5. da li su profiti koje je ostvarila filijala, ostvareni na osnovu veština i upravljanja kompanije-majke i 6. da li je kompanija-majka imala efektivnu i konstantnu kontrolu nad filijalom.⁴⁹ Ukoliko se na ova pitanja, odnosno na neka od njih, može dati pozitivan odgovor, grupa društava može se tretirati kao jedan entitet. Smatramo da su ova pitanja univerzalna u analizi raznovrsnih aspekata odnosa povezanosti matičnog i zavisnog društva, ne samo u kontekstu primene instituta "probijanja pravne ličnosti", već i drugih vidova kontrole TNK (npr. kontrola kroz poresko zakonodavstvo).

*Vlasništvo nasuprot kontrole – uloga preokreta
u praksi "probijanja pravne ličnosti"*

Jednoobrazna pravila, na osnovu kojih bi se moglo predvideti kada će se podići "korporativni veo", ne postoje. Tako se naglašava da: "Izuzetne okolnosti pod kojima se zanemaruje odvojenost pravnog subjektiviteta matičnog i zavisnog društva, utvrđuju se od slučaja do slučaja, doprinoseći tako stvaranju na stotine nepromenljivih odluka, što sa druge strane, konstituiše mnogo više kritikovanu pravnu jurisprudenciju "probijanja pravne ličnosti."⁵⁰ Čak, ni praksa američkih sudova nije konzistentna. No, sudovi bi generalno trebalo da uzmu u obzir ekonomsku realnost funkcionisanja TNK, i napuste rigidnu, formalnu i tradicional-

tnosti. Objašnjenje su našli u činjenici, da je postojanje odvojenog pravnog subjektiviteta članica grupe kompanija, bilo značajno kada su kompanije bile poverioci holding kompanije. Tada je svaka želela da uspostavi izdvojeno potraživanje u procesu sudskog utvrđivanja insolventnosti holding kompanije, te da joj se isplati ono što je nazivala dividendom, po osnovu tog sudskog zahteva, odnosno tog potraživanja. Videti: David Hayton, *Shams. Piercing Veils. Remedial Constructive Trusts and Tracing*, *The Jersey Law Review*, 2004, http://www.jerseylaw.je/Publications/jerseylawreview/feb04/JLR0402_Hayton.aspx, fusnota 31 i 32. Denis Keenan-Josephine Bisacre, *op. cit.*, p. 28; Janet Dine, *The Governance of Corporate Groups*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 47.

⁴⁹ Dov Orhenstein-Radcliffe Chambers, *Lifting the Corporate Veil*, <http://www.radcliffechambers.com/articleDocs/374.pdf>, p. 11; Janet Dine, *op. cit.*, p. 45–46.

⁵⁰ Phillip Blumberg, *Law of Corporate Groups*, supra note 225, p. xxxvi, navedeno prema: Cynthia Day Wallace, *op. cit.*, p. 647.

nu praksu “probijanja pravne ličnosti”.⁵¹ Naša praksa je, takođe, prema mišljenju pojedinih autora, “kolebljiva” prema primeni ovog instituta, tako da za Srbiju zadatak postaje još veći.⁵² Potrebno je odlučno rešiti niz slučajeva, kako bi se steklo bogato iskustvo sudske prakse u primeni ovog instituta, i tako ostvario jedan od aspekata kontrole TNK, i u našoj zemlji.

S obzirom da nadnacionalno pravo koje reguliše TNK ne postoji kao takvo, kontrola članica TNK, prepuštena je nacionalnim kompanijskim zakonodavstvima. Ukoliko prihvatimo u čistom obliku pravilo kompanijskog prava, gde kod korporativnih grupa postoji odvojeno vlasništvo od upravljanja i prateće kontrole, perspektiva primene instituta “probijanja pravne ličnosti”, neće biti zadovoljavajuća.⁵³ U tom smislu, u pravnoj nauci se predlaže, da države domaćini i njihovi sudovi sklone ovu fasadu, i promene način posmatranja grupa društava, isključivo kroz koncept procenta vlasništva matične kompanije u filijali. Takođe, trebalo bi da uzmu u obzir efektivnu kontrolu matične kompanije nad filijalom, te nedvosmisleno i jasno ustanove princip odgovornosti matične kompanije za obaveze zavisnog društva.⁵⁴

U literaturi se naglašava da sistemska reforma regulative povezanih društava posebno treba da obuhvati, između ostalog, i primenu instituta “probijanja pravne ličnosti” od strane sudova.⁵⁵

Na Devetu direktivu o grupama društava EU se još uvek čeka. U slučaju njenog usvajanja ova pitanja bila bi suvišna. U tom smislu, Srbija bi trebalo u potpunosti da se uskladi sa njenim nacrtom. Ovde uvek možemo postaviti pitanje opravdanosti pozajmljivanja rešenja iz drugih pravnih sistema, jer se često stvaraju problemi uporedivosti i tumačenja. Zato sudovi mogu pružiti značajna razjaš-

⁵¹ U američkom pravu navode se četiri okolnosti-uslova pod kojima se može primeniti ustanova “probijanja pravne ličnosti”: 1. kontrolisana kompanija, 2. *alter ego* kompanija, 3. društva sa nedovoljno kapitala i 4. pretpostavka lične odgovornosti, videti o tome: Ray August, *International Business Law* (Text, Cases and Readings, Fourth Edition), Prentice Hall – Pearson, New Jersey, 2004., p. 238–241.

⁵² Mirko Vasiljević, *op. cit.*, str. 53–54.

⁵³ Robert R Pennington, *Company Law*, seventh edition, Butterworths, London, 1995, p. 45–46. O primeni principa “zagađivač plaća” kod ekološkog poreza, videti više: Gordana Ilić-Popov, *Princip “zagađivač plaća” kod ekološkog poreza: podsticaj ili kazna?*, *Pravni život*, br. 10/2001, str. 304–307.

⁵⁴ Cynthia Day Wallace, *op. cit.*, p. 660. U pravnoj literaturi se, često, postavlja pitanje mogućnosti postojanja obrnute situacije: da li zavisno društvo može da odgovara za obaveze matičnog društva i kada, videti o ovome više: Ivica Jankovec, *Može li zavisno preduzeće odgovarati za obaveze matičnog preduzeća*, *Pravni život*, Broj 11/98, str. 297–304.

⁵⁵ Ian Ramsay-Geof Stapledon, *op. cit.*, p. 17.

njenja, kao i da pokažu veću spremnost prema primeni instituta "probijanja pravne ličnosti".

Transnacionalne i multinacionalne korporativne grupe su hibridne, ali i fleksibilne strukture. Sa pravnog aspekta, grupe kompanija, mogu se analizirati kroz model odvojene funkcije upravljanja od vlasništva, gde kompanija-majka za država samo najznačajnije upravljačke funkcije, kao većinski akcionar kompanije-ćerke. Nameće se pitanje, da li se i u kompanijskom pravu, u određenim situacijama, može prihvatiti teza koja karakteriše sociološki pristup u oblasti upravljanja grupama kompanija: jedinstvo vlasničke i kontrolne funkcije, odnosno funkcije upravljanja. Kompanija-majka može zloupotrebiti svoju poziciju dominacije, kontrole i subjektiviteta, i koristiti širok spektar prerogativa *vis a vis* kompanija-ćerki (jedinstvena uprava i rukovođenje, davanje obaveznih uputstava i obaveza njihovog izvršavanja). Da li je odvojeni pravni subjektivitet pojedinačnih filijala, u okviru grupe kompanija, samo pravna fikcija, dok je u ekonomskom i sociološkom smislu reč o jedinstvu - jedinstven ekonomski cilj i konvergencija moći odlučivanja. U praksi postoje jasni dokazi tenzije i suprotstavljenosti ekonomskog jedinstva i pravne različitosti, odnosno odvojenosti pravnog subjektiviteta matičnog od zavisnog društva (paralelno postojanje subjektiviteta) i autonomije ili potpune kontrole zavisnog društva – kontinuum pravnog subjektiviteta.

ZAKLJUČAK

Cilj ovog rada je uvodna analiza instituta "probijanja pravne ličnosti" u slučaju transnacionalnih kompanija, kao i pregled pojedinih trendova u njegovoj primeni. Ukoliko prihvatimo tezu da su kompanije veštačke tvorevine, te da njihovo postojanje nije vidljivo, odnosno ne može se materijalizovati, onda u kontekstu analize TNK stvar postaje još složenija, jer TNK kao celina nema svojstvo pravnog lica. TNK kao celina nije ni fiktivno pravni subjekt (osim u predviđenim izuzecima – primena instituta "probijanja pravne ličnosti"), ali svakako predstavlja društvenu realnost – jedan ekonomski entitet.

Zato TNK uvek treba posmatrati dvojako, u zavisnosti od kontrole koju je potrebno ostvariti nad njima u okviru nacionalnih jurisdikcija. Sa jedne strane, članice TNK jesu samostalna pravna lica i odvojeni pravni entiteti, dok, sa druge strane, TNK zahvaljujući ekonomskom jedinstvu, postaju jedan, uslovno rečeno, "pravni" entitet, u tačno određenim situacijama, kada dolazi do zloupotrebe prethodne pravne razdvojenosti. Iz prethodnog razloga teško je i komplikovano pri državati se kruto principa odvojenosti pravnih subjektiviteta matičnog i zavisnih društava. Tako su u različitim oblastima prava predviđeni izuzeci od ovog principa, čime se obuhvataju različiti aspekti pravne kontrole TNK. Konačno, na taj na-

čin kreira se suprotan princip: *postojanje subjektiviteta celine povezanih društava*. Prethodno omogućava pravnu sigurnost, zaštitu i podsticanje poslovanja i investicija.

Pokazali smo trenutnu pravnu situaciju vezano za primenu instituta “probijanja pravne ličnosti” u slučaju TNK, i pokušali da istaknemo prednosti primene ovog instituta u cilju efektivne kontrole TNK i zaštite nacionalnih interesa. Lista zloupotreba koje bi mogle da budu sprečene ili rešene primenom instituta “probijanja pravne ličnosti” u poslovanju TNK, sa aplikacijama u različitim pravnim oblastima, veoma je dug. Iz tog razloga, snažnog smo uverenja da su koristi od primene ovog instituta velike, iako postoje razlike između nacionalnih jurisdikcija, posebno u sudskoj praksi. Upravo zbog toga, što je institut “probijanja pravne ličnosti” nastao kao tvorevina sudske prakse, pojedine slobode u odlučivanju treba da budu dodeljene sudovima, uz njegovo adekvatno zakonsko uobličavanje i pružanje podsticaja sudovima u primeni istog.

Tradicionalna pravila o ograničenoj odgovornosti članica grupe društava treba u određenom smislu da budu redukovana i izmenjena, te na osnovu prethodnog, očekujemo da će kao osnovni princip, i u pravnom pogledu, prevladati realno ekonomsko jedinstvo grupe. U ovoj situaciji, odstupanje od odvojenog pravnog subjektiviteta matičnog i zavisnog društva, u slučaju grupe društava (TNK), donosi pobedu korporativnog realizma, odnosno ekonomske realnosti u odnosu na korporativni nominalizam. U slučaju zloupotreba odvojenog pravnog subjektiviteta članica TNK, primeniće se doktrina “probijanja pravne ličnosti”, samo i jedino kao izuzetak od prethodnog. Primena ovog instituta je, posebno kod TNK, i dalje ograničena. Zato se nameće potreba za kontinuiranim unapređivanjem zakonske regulative, i posebno sudske prakse u toj oblasti. Za Srbiju je još značajnije unapređenje sudske prakse u cilju izgradnje odgovarajućih i jasnih standarda, usavršavanje postojećih, kao i njeno kontinuirano razvijanje.

IVANA B. LJUTIĆ, LL.M.,
Asociate Belgrade Banking Academy,
Univerzitet Union, Beograd

APPLICATION OF THE DOCTRINE “LIFTING THE CORPORATE VAIL” AT TRANSNATIONAL CORPORATIONS

Summary

This paper is analysing the legal doctrine and its application of the institute of “piercing the corporate veil” of multinational corporations (MNC). The legal position of the MNCs is determined

by the fact that MNC *prima facie* is not a legal subject or a form itself. The legal subjectivity is possessed by each individual member company. Taking into account the fact that in the different fields of law are created exceptions from the principle of the separated legal subjectivity of the holding corporation, application of the legal institute of "piercing the corporate veil", represents clear victory of corporate realism over corporate nominalism. Application of the institute of piercing the corporate veil, is the form of court control over MNCs, especially in the countries which have developed judicial and court practice.

The subject of the analysis is also the trends in the application of this institute which in turn could be related to a various aspects of doing business and control mechanisms of MNCs through a national legislation. In concluding remarks the authoress is in favour of improvement and development of the court practice and of a creation of clear and understandable standards in this area, as well as a higher readiness of the local courts in Serbia to apply this legal institute.

JELENA PEROVIĆ

FORMULISANJE KLAUZULE O ARBITRAŽI U MEĐUNARODNIM PRIVREDNIM UGOVORIMA

U V O D

Za rešavanje sporova koji proističu iz ugovora međunarodnog poslovnog prometa, najčešće se ugovara arbitraža zbog njene prilagođenosti potrebama poslovnog sveta i prednosti kojima se odlikuje u odnosu na državni sud.¹ Ugovor kojim ugovorne strane arbitraži poveravaju rešavanje spora ili sporova iz njihovog pravnog odnosa naziva se ugovor o arbitraži. Ovaj ugovor predstavlja konstitutivni temelj arbitražnog suđenja i istovremeno, osnov derogacije nadležnosti državnog suda. Ugovor o arbitraži se javlja u dva vida, u zavisnosti od toga da li se arbitraža predviđa za sve sporove koji u budućnosti mogu nastati iz pravnog odnosa između strana ili za spor koji je već nastao. U uporednom pravu uobičajeno je da se prvi slučaj označava kao arbitražna ili kompromisorna klauzula (*arbitra-*

Dr Jelena Perović, profesor Ekonomskog fakulteta Univerzitet u Beogradu. Ovaj rad je, uz manje izmene, izveden iz knjige autora pod naslovom "Standardne klauzule u međunarodnim privrednim ugovorima", Beograd, 2012.

¹ U osnovne prednosti arbitraže ulaze: mogućnost izbora arbitara od strane ugovornih strana, mogućnost izbora merodavnog materijalnog prava, mesta arbitraže, pravila postupka i jezika postupka, neutralnost i stručnost arbitara, efikasniji, brži i manje formalan postupak u odnosu na postupak pred državnim sudom, nejavnost postupka, činjenica da arbitražna odluka ima snagu pravosnažne presude državnog suda, olakšano i ubrzano izvršenje inostranih arbitražnih odluka.

tion clause, clause compromissoire), a drugi kao arbitražni kompromis (*submission agreement, compromis d'arbitrage*).

Arbitražna klauzula predstavlja uobičajenu klauzulu ugovora međunarodnog poslovnog prometa. Ovom klauzulom ugovorne strane predviđaju arbitražu koja će biti nadležna za rešavanje svih sporova koji iz njihovog pravnog odnosa eventualno proisteknu. Obično je sadržana na samom kraju ugovora i najčešće se kombinuje sa klauzulom o merodavnom pravu. Za razliku od arbitražne klauzule koja se odnosi na *buduće* sporove, arbitražni kompromis se odnosi na spor koji je *već nastao*. Do toga najčešće dolazi u slučaju kad ugovor koji su strane zaključile ne sadrži arbitražnu klauzulu, pa se strane, po nastanku spora, sporazumeju da spor reši arbitraža, a ne državni sud koji bi po opštim pravilima bio nadležan. Ipak, arbitražni kompromis se u praksi međunarodnog poslovnog prometa ne zaključuje tako često kao arbitražna klauzula. Razlikovanje arbitražne klauzule od arbitražnog kompromisa nema većeg praktičnog značaja s obzirom da savremeni izvori arbitražnog prava na jednak način tretiraju oba oblika ugovora o arbitraži.²

Da bi arbitražna klauzula proizvodila pravna dejstva, ugovorne strane moraju postići saglasnost o njenim bitnim elementima. Bitnim elementima arbitražne klauzule smatraju se konstituisanje nadležnosti arbitraže i označenje spora ili sporova za koja je arbitraža nadležna. Pored bitnih elemenata, arbitražne klauzule najčešće sadrže i druge elemente koji, iako nisu neophodni, značajno doprinose potpunosti i preciznosti arbitražne klauzule. Oni se mogu odnositi na mesto arbitraže, broj arbitara, merodavno pravo, jezik postupka, svojstva i kvalifikacije arbitara i ovlašćenika za imenovanje.

BITNI ELEMENTI ARBITRAŽNE KLAUZULE

Konstituisanje nadležnosti arbitraže. – Ugovorne strane moraju u arbitražnoj klauzuli jasno izraziti svoju saglasnu volju da spor bude konačno presuđen od strane arbitraže. Volja za zasnivanjem arbitražne nadležnosti treba da bude formulisana nedvosmisleno, tako da ne ostavlja mesta sumnji u pogledu namere

² U pojedinim starijim pravnim sistemima u domenu unutrašnje arbitraže pravila se razlikovala između arbitražne klauzule i arbitražnog kompromisa, pri čemu je prvobitno samo arbitražni kompromis bio valjan i neposredni pravni osnov za konstituisanje nadležnosti arbitraže. V. Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, Paris, 1996, str. 209–211; M. de Boissésou, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, GLN Joly, Paris, 1990, str. 19.

strana da sporni odnos povere arbitraži na meritorno odlučivanje i da arbitražnu odluku prihvate kao konačnu i obavezujuću.

U slučaju kad se strane opredele za određenu institucionalnu arbitražu, za zasnivanje arbitražne nadležnosti u načelu je dovoljno ugovaranje pravila te arbitraže. Svaka institucionalna arbitraža ima svoja stalna arbitražna pravila³ i smatra se da su strane, ugovoranjem određene institucionalne arbitraže, prihvatile i pravila te arbitraže koja se primenjuju na arbitražni postupak.⁴ Takva bi, na primer bila klauzula “Svi sporovi koji proisteknu iz ovog ugovora ili u vezi sa njim biće rešeni prema Pravilima Arbitraže Međunarodne trgovinske komore u Parizu”, “Svi sprovi iz ovog ugovora biće rešeni prema Međunarodnim arbitražnim Pravilima Privredne komore Milana”, i sl.

Za razliku od institucionalnih arbitraža, *ad hoc* arbitraže nemaju svoja pravila postupka, kao ni stalnu organizacionu strukturu, prostorije, administraciju i listu arbitara. Iz tih razloga, potrebno je da strane koje se opredele za *ad hoc* arbitražu, u arbitražnoj klauzuli predvide sva pitanja relevantna za konstituisanje nadležnosti arbitraže i vođenje postupka pred njom. Potpuna klauzula o *ad hoc* arbitraži treba da odredi pravila postupka (najčešće UNCITRAL Arbitražna pravila), broj arbitara (najčešće arbitar pojedinac ili veće od tri arbitra) i način njihovog imenovanja, mesto arbitraže, jezik arbitražnog postupka, kao i ovlašćenika za imenovanje. Pri tome, za samo konstituisanje nadležnosti *ad hoc* arbitraže nije neophodno da klauzula sadrži sve navedene elemente, već samo one koji nedvosmisleno ukazuju na nameru strana da spor povere *ad hoc* arbitraži. Kao primer klauzule koja jasno upućuje na *ad hoc* arbitražu i određuje sastav arbitražnog veća, dok ostala pitanja ostavlja otvorenim, može se navesti sledeća klauzula: “Svi sporovi koji proisteknu iz ovog ugovora biće konačno rešeni od strane *ad hoc* arbitraže sa mestom u Cirihu, sastavljane od tri arbitra, pri čemu svaka strana imenuje jednog arbitra, a imenovani arbitri biraju predsednika Arbitražnog veća”.⁵

Označenje spora ili sporova za koja je arbitraža nadležna. – Arbitraža može odlučivati samo u granicama ugovora o arbitraži. Odlučivanje izvan granica postavljenih ugovorom o arbitraži znači prekoračenje ovlašćenja arbitara i predstav-

³ Ova pravila odnose se na organizaciju i nadležnost arbitraže, konstituisanje arbitražnog tribunala, arbitražni postupak, arbitražnu odluku, troškove arbitraže, i sl.

⁴ Tako Evropska konvencija o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži iz 1961. godine u članu IV-1a izričito predviđa: „Strane u arbitražnom sporazumu su slobodne da predvide da njihovi sporovi budu podvrgnuti nekoj stalnoj arbitražnoj instituciji; u tom slučaju arbitraža se odvija saglasno pravilima institucije koja je određena“.

⁵ Primer klauzule iz ugovora zaključenog u međunarodnom poslovnom prometu.

lja razlog za poništaj arbitražne odluke i odbijanje njenog priznanja i izvršenja.⁶ Iz tih razloga, potrebno je da ugovorne strane u arbitražnoj klauzuli pažljivo preciziraju sporove koje žele da podvrgnu arbitraži. U praksi međunarodnog poslovnog prometa prisutni su različiti modaliteti u tom pogledu. Često se se koriste uopštene formulacije da je arbitraža nadležna “za sve sporove koji proisteknu iz ovog ugovora ili u vezi sa njim”. Razlikovanje sporova koji “proisteknu iz ugovora” od sporova koji “proisteknu u vezi sa ugovorom” čini se potpuno opravdanim s obzirom da se tim putem precizira da je arbitraža nadležna kako za pitanja koja proisteknu neposredno iz ugovora tako i za ostala pitanja koja se mogu javiti povodom ugovora ili u vezi sa njim. Kad je formulacija arbitražne klauzule ograničena na “sporove koji proisteknu iz ugovora”, otvara se mogućnost osporavanja nadležnosti arbitraže u sporovima koji nisu direktno vezani za prava i obaveze iz ugovora. U cilju izbegavanja opstrukcije arbitražnog postupka po ovom osnovu, arbitražne klauzule se često formulišu vrlo detaljno, metodom *exempli causa* enumeracije sporova koji ulaze u nadležnost arbitraže. Takva bi, na primer, bila klauzula: “Svaki spor koji eventualno proistekne iz ovog ugovora ili u vezi sa njim, uključujući naročito spor u pogledu postojanja, punovažnosti, zaključenja, tumačenja, izvršenja, izmena, povrede, raskida ili drugog načina prestanka ugovora, biće konačno rešen od strane... arbitraže”.⁷ Putem ovakvih klauzula precizno se utvrđuju granice u kojima arbitraža odlučuje, čime se limitira prostor za osporavanje njene nadležnosti po ovom osnovu. Istovremeno, ovakve klauzule omogućavaju da jedan isti forum rešava sva sporna pitanja koja između strana nastanu povodom ugovora, što se pokazuje kao optimalno rešenje pre svega sa stanovišta potreba efikasnosti i ekonomičnosti u međunarodnom poslovnom prometu.

MESTO ARBITRAŽE

Mesto arbitraže ima višestruki značaj u sporovima pred međunarodnom trgovinskom arbitražom. Procesno pravo zemlje mesta arbitraže po pravilu se primenjuje na arbitražni postupak supsidijarno, u odsustvu izbora procesnog prava

⁶ V. na primer član V stav 1 (c) Konvencije o priznanju i izvršenju inostranih arbitražnih odluka iz 1958. godine (Njujorška konvencija), član 34. stav 2 (iii) UNCITRAL Model-zakona i član 66. stav 1. tačka 3. srpskog Zakona o arbitraži koji predviđa da se priznanje i izvršenje strane arbitražne odluke može odbiti ako se odluka odnosi na spor koji nije bio obuhvaćen arbitražnim sporazumom ili su odlukom prekoračene granice tog sporazuma.

⁷ U tom smislu je i arbitražna klauzula preporučena u ITC Model ugovorima. V. Model Contracts for Small Firms – Legal Guidance for Doing International Business, International Trade Centre, Geneva, 2010.

od strane stranaka (kad je reč o institucionalnoj arbitraži, ovo pravo se primenjuje na pitanja koja nisu predviđena pravilima arbitraže, ukoliko strane nisu predvidele drugo procesno pravo). Mesto arbitraže je od posebnog značaja za kontrolu arbitražne odluke s obzirom da je za odlučivanje o tužbi za poništaj arbitražne odluke nadležan sud mesta arbitraže. Mesto arbitraže je od značaja za određene pripadnosti arbitražne odluke i pitanje njenog priznanja i izvršenja. Tako, prema srpskom Zakonu o arbitraži, stranom arbitražnom odlukom smatra se odluka koju je doneo arbitražni sud čije je mesto izvan Srbije, kao i odluka koju je doneo arbitražni sud u Srbiji, ako je na arbitražni postupak primenjeno strano pravo.⁸ Prema Zakonu, jedan od razloga za odbijanje priznanja i izvršenja strane arbitražne odluke odnosi se na slučaj kad arbitražni sud ili arbitražni postupak nisu bili u skladu sa sporazumom o arbitraži ili ako takvog sporazuma nema, u skladu sa pravom države u kojoj je *mesto* arbitraže.⁹ Značaj mesta arbitraže upućuje na zaključak da je potrebno da ugovorne strane ovo mesto predvide arbitražnom klauzulom. U odsustvu sporazuma ugovornih strana, mesto arbitraže određuje institucionalna arbitraža,¹⁰ odnosno arbitražno veće ili arbitar pojedinac u *ad hoc* arbitraži.

Prilikom izbora mesta arbitraže, ugovorne strane treba da uzmu u obzir sve pomenute posledice koje mesto arbitraže proizvodi na arbitražni postupak i arbitražnu odluku. Pored toga, potrebno je imati u vidu i ekonomski aspekt ovog pitanja. Naime, gradovi koji se tradicionalno smatraju "centrima arbitražnih aktivnosti", kao što su na primer Pariz, Ciri, Ženeva ili London su izuzetno skupi, što se odražava kako na samu organizaciju arbitražnog postupka tako i na troškove hotelskog smeštaja i putovanja lica koja učestvuju u arbitražnom postupku. To posebno dolazi do izražaja kad se pred arbitražom saslušava više svedoka koji putuju iz svoje zemlje u zemlju arbitraže i tamo provode izvesno vreme, nekad i po više dana. U tom pogledu, čini se da ugovornici iz Srbije, prilikom zaključenja arbitražne klauzule u međunarodnim privrednim ugovorima, ne vode dovoljno računa o izboru mestu arbitraže, ni sa pravnog ni sa ekonomskog aspekta; oni najčešće po inerciji predviđaju Pariz, Ciri ili London, pri čemu nisu svesni konkretnih prednosti odnosno nedostataka učinjenog izbora.

⁸ Član 64. stav 3.

⁹ Jedan od razloga za odbijanje priznanja i izvršenja strane arbitražne odluke odnosi se i na slučaj u kome je odluku poništio ili obustavio od izvršenja sud države *u kojoj* ili na osnovu čijeg prava je odluka doneta (član 66 stav 1. tačke 4. i 5. Zakona). U istom smislu član V. stav 1 (d) i (e) Njujorške konvencije.

¹⁰ V. član 14. Pravila Arbitražnog suda ICC.

BROJ ARBITARA

Ugovorne strane u arbitražnim klauzulama najčešće predviđaju broj arbitara koji će rešiti njihov spor. U tom pogledu, u uporednom pravu se po pravilu zahteva neparan broj arbitara, pre svega zbog sprečavanja zastoja prilikom donošenja odluke.¹¹ Ovaj zahtev predviđa i srpski Zakon o arbitraži putem pravila imperativnog karaktera.¹² Izvan pomenutog ograničenja, strane su slobodne da broj arbitara sporazumno odrede. Rešenja izvora arbitražnog prava se razlikuju prema tome da li je prva predviđena mogućnost arbitar pojedinac ili veće. Tako na primer, Pravilima Arbitražnog suda ICC, predviđeno je da sporove rešava arbitar pojedinac ili veće od tri arbitra. Kad se strane nisu sporazumele o broju arbitara, Arbitražni sud imenuje arbitra pojedinca, osim ako zaključi da je reč o takvom sporu koji opravdava imenovanje tri arbitra.¹³ S druge strane, prema Pravilniku Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privrednoj komori Srbije, spor rešava arbitar pojedinac samo u slučaju kad strane tako predvide i kad se radi o sporovima do određene vrednosti; u svim ostalim slučajevima, a posebno kad su strane tako predvidele, spor rešava arbitražno veće koje se sastoji od tri člana.¹⁴

Kao osnovni argument u prilog opredeljenja za arbitra pojedinca, u doktrini se ističe da se postupak u ovom slučaju rešava brže i uz manje troškova. S druge strane, u prilog arbitražnog veća navodi se da u slučaju težih sporova, arbitar pojedinac nosi osećaj velike odgovornosti. Arbitri se po pravilu osećaju "konfornije" kad čine deo kolegijalnog tela u kome mogu razmeniti mišljenja o slučaju i diskutovati o pitanjima relevantnim za donošenje odluke. Poseban razlog opredeljenja za arbitražno veće ogleda se u jednostavnosti postupka njegovog formiranja. Najzad, moguće je pretpostaviti i da će strane u stranoj zemlji imati više poverenja u kolegijalni forum nego u arbitra pojedinca.¹⁵ Kad se strane opredele za arbitražno veće, najčešće predviđaju tri arbitra. U načelu je moguće predvideti i veći broj arbitara (na primer pet) ali to po pravilu podrazumeva visoke troškove, kao i mogućnost usporavanja postupka. Iz tih razloga, čini se da je veće od tri arbitra optimalno rešenje.

¹¹ Ipak, pojedini pravni sistemi dozvoljavaju paran broj arbitara. Komparativno-pravni pregled rešenja, N. Blackaby and C. Partasides with A. Redfern and M. Hunter, Redfern and Hunter on International Arbitration, Fifth edition, Oxford University Press, 2009, str. 247–251.

¹² Član 16. stav 2. Zakona.

¹³ Pravila, član 8.

¹⁴ Pravilnik, član 20.

¹⁵ Više o ovim argumentima, R. David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris, 1982, str. 309–311.

Ukoliko strane ne odrede broj arbitara, taj broj određuju pravila institucionalne arbitraže ili odgovarajući ovlašćenik za imenovanje ili sud.¹⁶

KVALIFIKACIJE ARBITARA

U pojedinim slučajevima, ugovorne strane arbitražnom klauzulom predviđaju određene kvalifikacije ili svojstva koja arbitri moraju posedovati. Tako, nekad se predviđa da arbitri (ili samo predsednik veća) moraju biti “profesionalni pravnici” ili “pravnici visoko stručni u oblasti međunarodne trgovine” ili pak, da predsednik veća “ne sme biti iz države kojoj pripada neka od ugovornih strana” odnosno da mora biti iz “treće države”.¹⁷ S druge strane, u određenim složenim sporovima koji se odnose na specifične oblasti, ugovorne strane u okviru arbitražne klauzule mogu sačiniti čitave liste kvalifikacija koje arbitri moraju posedovati. U pojedinim klauzulama se pak, predviđaju različite kvalifikacije za svakog od članova veća. Tako na primer, u arbitražnoj klauzuli ugovora iz oblasti međunarodnog transfera tehnologije, može se predvideti da jedan arbitar mora biti stručnjak sa međunarodnim iskustvom u domenu računovodstva, da drugi mora biti advokat specijalizovan za pravo intelektualne svojine, dok treći mora biti bivši sudija ili profesor iz odgovarajuće oblasti prava, i sl.¹⁸

MERODAVNO PRAVO

Arbitražna klauzula se često kombinuje sa klauzulom o merodavnom materijalnom pravu. Pri tome, nekad je reč o dve posebne klauzule (u ugovoru one najčešće stoje jedna ispod druge), a nekad je merodavno pravo predviđeno u okviru same arbitražne klauzule. U tim okvirima, ugovorne strane, na osnovu i u granicama autonomije volje, predviđaju materijalno pravo koje će se primeniti na njihov ugovorni odnos. Kad je reč o merodavnom procesnom pravu, u sporu pred insitucionalnom arbitražom primenjuju se pravila te arbitraže, a pravo merodavno za pitanja koja nisu obuhvaćena tim pravilima retko se ugovara arbitražnom klauzulom.¹⁹ U takvom slučaju može se, kao što je rečeno, supsidijarno primeniti procesno pravo zemlje mesta arbitraže. S druge strane, u klauzulama

¹⁶ V. na primer član 16 stav 3. srpskog Zakona o arbitraži.

¹⁷ Primeri klauzula preuzeti iz ugovora zaključenih u međunarodnom poslovnom prometu.

¹⁸ Primer prema L.A. DiMatteo, nav. delo, str. 61–62.

¹⁹ V. G.Knežević, V.Pavić, Arbitraža i ADR, Beograd, 2010, str. 63.

kojima je predviđena *ad hoc* arbitraža, najčešće se ugovaraju UNCITRAL Arbitražna pravila.

JEZIK ARBITRAŽNOG POSTUPKA

U arbitražnim klauzulama međunarodnih privrednih ugovora često se predviđa jezik na kome će se voditi arbitražni postupak.²⁰ U najvećem broju slučajeva predviđa se engleski jezik ili pak, drugi jezik koji poznaju obe ugovorne strane (na primer francuski u ugovoru koji zaključuju strane iz različitih zemalja francuskog govornog područja). Ako strane ne odrede jezik postupka, taj jezik određuju arbitri, pri čemu po pravilu uzimaju u obzir sve relevantne okolnosti slučaja, uključujući i jezik koji su strane koristile u svom pravnom odnosu.²¹

Prilikom izbora jezika arbitražnog postupka, ugovorne strane, između ostalog, treba da imaju u vidu da postupak na stranom jeziku podrazumeva troškove prevođenja, kao i da prevod u izvesnim slučajevima može dovesti do usporavanja postupka. Takva mogućnost naročito dolazi do izražaja u slučaju kad se pred arbitražom saslušava više svedoka koji ne poznaju jezik arbitraže, te je neophodno angažovati prevodioca. Tako, u jednom sporu pred *ad hoc* arbitražom, na samom ročištu se ispostavilo da prevodilac nije kvalifikovan za prevođenje izjava svedoka sa mađarskog jezika (jezik jedne od strana u sporu i jezik kojim su govorili svedoci) na engleski jezik (ugovoreni jezik arbitraže). Kako u vremenu predviđenom za održavanje rasprave nije bilo moguće obezbediti drugog prevodioca sa potrebnim kvalifikacijama, rasprava je morala biti odložena za dva meseca.²²

Prilikom izbora jezika arbitražnog postupka potrebno je imati u vidu i potrebu prevođenja arbitražne odluke, a posebno u slučaju pokretanja postupka za njen poništaj, ako jezik odluke i jezik suda koji odlučuje o poništaju nisu isti, što prouzrokuje dodatno vreme i troškove, kao i rizik nestručnog prevođenja.

U kontekstu jezika arbitražnog postupka, treba imati u vidu i potrebu da imenovani arbitri, a posebno predsednik arbitražnog veća koji po pravilu ne pripada nijednoj od zemalja ugovornih strana, poznaju jezik na kome se odvija arbitraža. U suprotnom, može doći do apsurdnih situacija. Iz prakse domaćih

²⁰ Jezik arbitraže primenjuje se na sve pismene izjave stranaka, na usmenu raspravu, na arbitražnu odluku i druge akte preduzete u arbitražnom postupku, ako se strane drukčije ne sporazumeju. V. na primer član 35. stav 3. srpskog Zakona o arbitraži i član 38. Pravilnika Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privrednoj komori Srbije.

²¹ V. na primer član 16. Pravila Arbitražnog suda ICC, kao i član 35. stav 1. srpskog Zakona o arbitraži.

²² Spor vođen 2010. i 2011. godine pred *ad hoc* arbitražom u Cirihu.

subjekata koji zaključuju ugovore međunarodnog poslovnog prometa može se zaključiti da se o ovoj potrebi ne vodi dovoljno računa. U tom smislu, sreću se klauzule u kojima je ugovorena primena srpskog Zakona o obligacionim odnosima i srpski jezik kao jezik arbitraže, pri čemu je predviđena nadležnost neke od međunarodnih institucionalnih arbitraža kao što je Arbitražni sud ICC, Londonski međunarodni arbitražni sud, Američka arbitražna asocijacija, i sl. U takvom slučaju, izbor predsednika arbitražnog veća *de facto* je ograničen na arbitre iz regiona koji poznaju srpski jezik i pravila srpskog ugovornog prava. Ako strane nisu predvidele postupak za izbor predsednika arbitražnog veća, predsednika po pravilu određuje ugovoreni arbitražni sud,²³ koji, u međunarodnom okruženju, mora “pronaći” arbitra sa poznavanjem srpskog jezika. U takvom slučaju, postoji rizik da za predsednika veća bude postavljen arbitar koji poznaje srpski jezik ali ne poznaje srpsko pravo.

OVLAŠĆENIK ZA IMENOVANJE

U klauzulama kojima se ugovara *ad hoc* arbitraža često se predviđa ovlašćenik za imenovanje. Reč je o pojedincu ili instituciji koji će biti nadležni za izbor arbitara ako se strane o tome ne sporazumeju. Ovlašćenik za imenovanje određuje arbitra pojedinca kad se strane o tome ne mogu dogovoriti, kao i predsednika arbitražnog veća kad se arbitri koje su strane imenovala ne sporazumeju o izboru predsednika veća. U praksi međunarodnog poslovnog prometa, kao ovlašćenik za imenovanje određuje se na primer predsednik trgovinskog ili drugog državnog suda nadležnog za rešavanje trgovinskih sporova u mestu u kome se održava arbitraža, predsednik odgovarajuće privredne komore, i sl. Prema UNCITRAL Arbitražnim pravilima, ako se strane nisu sporazumele o ovlašćeniku za imenovanje ili ako sporazumno određeni ovlašćenik za imenovanje odbije da imenuje ili propusti da imenuje arbitra u određenom roku, strane mogu zatražiti od Generalnog sekretara Stalnog arbitražnog suda u Hagu da odredi ovlašćenika za imenovanje.²⁴ Stranama koje ugovaraju *ad hoc* arbitražu je u interesu da sporazumno odrede ovlašćenika za imenovanje ili da predvide način na koji će on biti određen, kako bi sprečile opstrukciju postupka putem odbijanja jedne strane da imenuje arbitra ili odlaganje postupka u slučaju kad imenovani arbitri ne izaberu predsednika veća. Jednostavan način za rešenje ovog pitanja može biti ugovaranje

²³ V. član 8. stav 4. Pravila Arbitražnog suda ICC.

²⁴ UNCITRAL Arbitražna pravila, član 6.

primene UNCITRAL Arbitražnih pravila ili pak, samo onih odredaba ovog dokumenta koje se odnose na pitanje ovlašćenika za imenovanje.

STANDARDNE ARBITRAŽNE KLAUZULE

Prilikom formulisanja arbitražne klauzule, potrebno je imati u vidu da institucionalne arbitraže predviđaju standardne arbitražne klauzule koje se stranama preporučuju za unošenje u ugovor u slučaju kad žele da ugovore njihovu nadležnost.

Tako na primer, u Pravilima Arbitražnog suda ICC, stranama koje žele da ugovore nadležnost ovog Suda preporučuje se da imaju u vidu sledeću standardnu klauzulu: "Svi sporovi koji proističu iz ovog ugovora ili u vezi sa njim biće konačno rešeni prema Pravilima Arbitraže Međunarodne privredne komore od strane jednog ili više arbitara imenovanih u skladu sa navedenim Pravilima". U kontekstu ove klauzule, Pravila "podsećaju strane da za njih može biti poželjno da arbitražnom klauzulom predvide pravo koje se primenjuje na ugovor, broj arbitara, mesto i jezik arbitraže. Sloboda strana u izboru prava koje se primenjuje na ugovor, mesta i jezika arbitraže nije limitirana ovim Pravilima".

Pravilnik Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privrednoj komori Srbije preporučuje stranama da u ugovor unesu sledeću klauzulu: "Stranke su saglasne da svaki spor u vezi ovog ugovora bude konačno rešen od strane Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privrednoj komori Srbije uz primenu njenog Pravilnika".²⁵

S druge strane, kad je reč o *ad hoc* arbitraži, UNCITRAL Arbitražna pravila preporučuju sledeću model klauzulu: "Svaki spor, sporno pitanje ili zahtev koji proističe iz ovog ugovora ili se odnosi na ovaj ugovor, ili na povredu, prestanak ili nevaljanost ugovora, rešava se arbitražom u skladu s Arbitražnim pravilima UNCITRAL-a koja su sada na snazi". Strane u klauzulu mogu uneti i sledeće elemente: "(a) Ovlašćenik za imenovanje će biti... (ime institucije ili lica). (b) Broj arbitara će biti... (jedan ili tri). (c) Mesto arbitraže će biti u... (grad ili zemlja). (d) Jezik (ili jezici) koji se koristi u arbitražnom postupku će biti..."²⁶

Model klauzula za ugovaranje *ad hoc* arbitraže sadržana u ITC Model ugovorima čini se posebno korisnom sa stanovišta prakse međunarodnog poslovnog

²⁵ Slične standardne klauzule predviđene su i u drugim institucionalnim arbitražama. V. standardnu arbitražnu klauzulu Američke arbitražne asocijacija (AAA) koja se odlikuje izvesnim specifičnostima. V. i pregled različitih standardnih i model arbitražnih klauzula u A. Goldštajn, S. Triva, Međunarodna trgovačka arbitraža, Zagreb, 1987, str. 100–107.

²⁶ UNCITRAL Arbitražna pravila, primedba ispod teksta uz član 1.

prometa: “Svaki spor koji proistekne iz ovog ugovora ili u vezi sa njim, uključujući njegovo zaključenje tumačenje, izvršenje, povredu, prestanak ili ništavost, biće konačno rešen prema Pravilima UNCITRAL-a (*strane mogu odrediti druga pravila*) od strane (*odrediti broj arbitara, npr. arbitar pojedinac ili tri arbitra*) imenovanih (*odrediti postupak imenovanja i lice ili instituciju u svojstvu ovlašćenika za imenovanje*). Mesto arbitraže biće (*odrediti*). Jezik arbitraže biće (*odrediti*)”.²⁷

ZAKLJUČAK

Elementi arbitražne klauzule koji se odnose na određenje arbitraže, broj arbitara i način njihovog imenovanja, izbor mesta arbitraže, merodavnog prava i jezika postupka su uzajamno povezani, zbog čega ih je, u svakom konkretnom slučaju, potrebno pažljivo formulisati, kombinovati i uklopiti tako da predstavljaju jednu logičnu celinu “kreiranu” po meri ugovornih strana. Standardne arbitražne klauzule međunarodnih institucionalnih arbitraža i model klauzule o ugovaranju *ad hoc* arbitraže izrađene od strane međunarodnih organizacija, izraz su onoga što se na međunarodnom nivou smatra rešenjem koje treba preporučiti. Iz tih razloga, standardne i model klauzule o arbitraži pokazuju se optimalnim rešenjem koje treba imati u vidu prilikom formulisanja arbitražne klauzule u međunarodnim privrednim ugovorima.

JELENA PEROVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Economics,
University of Belgrade

DRAFTING OF AN ARBITRATION CLAUSE IN INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS

Summary

Parties usually agree on international commercial arbitration by using a standard form arbitration clause, recommended either by the arbitral institution to which they refer or, in case of an

²⁷ Model Contracts for Small Firms – Legal Guidance for Doing International Business, International Trade Centre, Geneva, 2010.

ad hoc arbitration, by UNCITRAL. Arbitration clauses are often drawn in wide terms, in order to submit to arbitration all disputes which arise out of or in connection with a particular contract or contractual relationship in international commerce. However, in case of a dispute, the arbitration clause, if not drafted properly, may become a source of many problems and unclear situations, particularly relating to the mandate given to an arbitration to decide the concrete matter, the place of arbitration, the number of arbitrators, the qualifications of arbitrators, the governing law, the language of the proceedings, the appointing authority, etc. The article examines these elements both from the perspective of the rules and principles of the main sources of arbitration law and of the practice of international arbitrations in order to offer the practical recommendations with respect to drafting of an arbitration clause which precisely reflects the parties' intention on the international level.

THOMAS MEYER

THE COMMON EUROPEAN SALES LAW AND THE CISG

The European Commission issued on October 11th 2011 the draft regulation on the introduction of a Common European Sales Law (CESL)¹. With that the first real legal measure is undertaken on the road to a European Civil Code, which was already suggested by the European Parliament in 1989². Since with the UN Convention on International Sales of Goods (CISG) an international base for cross border sales already exists, with this contribution it will be surveyed, in which relation both acts are to be seen.

Finally it will be checked, which impact the Draft Regulation does have on the legal reforms in South East Europe.

Dr. Thomas Meyer, Sektor Fund Manager, Open Regional Fund for South East Europe – Legal Reform. The Author is Sector Fund Manager of the Open Regional Fund for South East Europe – Legal Reform, which is implemented by the Deutsche Gesellschaft für International Zusammenarbeit (GIZ) by order of the German Federal Ministry on Economic Cooperation and Development (BMZ).

¹ COM(2011) 635; see as well the Communication COM(2011) 636; See Wulf-Henning Roth, LL. M. (Harvard): Prijedlog Uredbe Evropskog parlamenta i Vijeća o Zajedničkom evropskom pravu prodaje (KOM (2011) 635 final).

² See Marco Buschmann, *Europäisches Vertragsrecht: Vollharmonisierung nur aufgehoben statt aufgehoben?* (European Contract Law: Full harmonisation only postponed instead of being repealed?), Speech at the Ruhr-Universität Bochum at 16.11.2011, Page 9, Schultke-Nölke, *Arbeiten an einem europäischen Vertragsrecht – Fakten und populäre Irrtümer* (The work on an European Sales Law – facts and popular mistakes), NJW 2009, 2161, 2161, with reference to the resolution by 26.5.1989 (ABIEG, Nr. C 158 v. 26.6.1989, S. 400).

THE COMMON EUROPEAN SALES LAW

Development of the optional instrument

Even in 2009 it was explained, that no one at the European Commission does work on the optional instrument³. The Draft Common Frame of Reference was presented in that year, but the reaction – at least in Germany⁴ - where not very enthusiastic. The expression that no one does work on the optional instrument was made by an insider, since the author of the contribution cited was one of the main actors within the Draft Common European Sales Law project⁵.

Despite this the introduction of an optional instrument was already considered with the Action Plan of the EU Commission from 2003⁶ but only as an option where it is necessary should be discussed in a frame of consultations. With the Green Paper of the EU Commission from 2010, the regulation of an optional instrument of a European Sales Law was listed within seven options for further developments for consumers and the private business⁷. Finally the optional instrument was approved by the EU Commission⁸ after several versions where disseminated before⁹.

*The optional instrument and the new
consumer protection directive*

The efforts for the introduction of an optional instrument are to be seen in connection with the failing activities to replace the old consumer protection directives by one comprehensive directive. There it was originally planned

³ Schulte-Nölke, FN 2, NJW 2009, 2161, 2163.

⁴ See the references at Nils Jansen / Reinhard Zimmermann, Was ist und wozu der DCFR (What is and for is needed the DCFR), NJW 2009, 3401, FN 7, 79.

⁵ See now in a total other direction Schulte-Nölke, Vor- und Entstehungsgeschichte des Vorschlages für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (History of the proposal for a Common European Sales Law), Page 1ff at Schulte-Nölke (Ed.), Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht (The draft for a optional European Sales Law), Sellier 2012 where the development is described as long term planned as well as Schulte-Nölke, Der Blue Button kommt – Konturen einer neuen rechtlichen Infrastruktur für den Binnenmarkt (The Blue button will come – Outline of a new legal infrastructure for the internal market), ZEuP 2011, 749.

⁶ COM(2003)68.

⁷ COM(2010)348.

⁸ Vgl. FN Error! Bookmark not defined.

⁹ See e.g. the version of 19. August 2011, http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf.

to follow a new approach of full harmonisation, what was explicitly mentioned with the Communication on the Draft Common European Sales Law Regulation¹⁰. Up to then, the concept of minimum harmonisation was followed, where the Member States had the opportunity to introduce higher consumer protection standards as foreseen with the directives, what was not accepted during the legislative procedure. The clear connection to the rearrangement of consumer protection directives is visible by the fact that next to the Draft Regulation on CESL the Draft Consumer Protection Directive was enforced by the European Council on 10.10.2011¹¹. With regard to the content, here I would like to refer only to the published materials on that¹². In the result, the directives on unfair contract terms¹³ and on sales of consumer goods¹⁴ were amended and those on doorstep selling¹⁵ and on long distance selling were repealed¹⁶. The full harmonisation approach was partly given up. Instead a mixed approach was introduced. While with doorstep selling and long distance selling full harmonisation was introduced¹⁷ the minimum harmonisation approach remained with unfair contract terms and sales of consumer goods¹⁸.

Relation to the CISG¹⁹

The UN Convention on International Sales of Goods regulate in Art. 2 a) that it is not applicable on sales for personal, family or household use. Since the main goal of CESL is to cover consumer contracts²⁰, relevance for CISG seems to be not given.

¹⁰ See. FN Error! Bookmark not defined., Communication Page 5.

¹¹ Vgl. <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/11/675&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en> The text can be found at <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2011-0293&language=DE#BKMD-21>.

¹² See Norbert Reich, Variationen des Verbraucherkaufrechts in der EU (Variations of consumer sales law in the EU), EUZW 2011, 736.

¹³ 93/13/EEC.

¹⁴ 99/44/EC.

¹⁵ 85/577/EEC.

¹⁶ 97/7/EC.

¹⁷ Proposal, FN 1, Page 6.

¹⁸ See Reich, FN 12, Page 737.

¹⁹ See as well Nicole Kornet, "The Common European Sales Law and the CISG – Complicating or Symplifying the legal environment", Maastricht European Private Law Institute, Working Paper No. 2012/4.

²⁰ See Point 1 of the Proposal as well as Point 1 of the Communication, FN 1.

Nevertheless it is needed to survey the relationship to CISG, since Art. 7 Par. 1 of the Proposal²¹ regulates, that CESL can be agreed, if one of the parties is a small or medium enterprise as defined with Art. 7 Par. 2 CESL. According to Art. 7 Par. 2 CESL a small or medium enterprise is given if less than 250 persons are employed and the annual turnover is less than 50 Million Euro²². The importance of the CESL for business relations is reflected as well with Art. 1 of the Proposal since there consumers are named only with Art. 1 Par. 3 CESL, while the purpose of the regulation is defined in Art. 1 Par. 1 to provide “a uniform set of contract rules”. Finally Member States do have in accordance with Art. 13 Point b) the options to allow the application of the CESL for all enterprises.

With regard to CISG the proposal mentioned, that it doesn't cover defects in consent, unfair terms as well as prescription²³. Additionally it is mentioned that UK, Ireland, Portugal and Malta aren't members of CISG and that parties often opt out the application of CISG²⁴.

Finally it should be mentioned, that the Draft Regulation does not restrict its application to “Inner”-EU Contracts, but that it is planned to be applicable in accordance with Art. 4 Par. 2 CESL, when one of the parties has its seat in an EU Member State.

Application of the CESL

In accordance with Art. 8 CESL parties have to agree explicitly the application of CESL. In contrast to that, CISG have to agree in accordance with Art. 6 CISG explicitly, that CISG is not applicable. From that with CESL the parties can opt in, while they have to opt out with CISG. If the parties opt in Art. 11 CESL regulates, that “only the Common European Sales Law shall govern the matters addressed in its rules”. In its rules no regulation refers to CISG, while in the introductory notes it is stated, that the choice of CESL implies an agreement of the parties to opt out the CISG²⁵.

It goes without saying, that it wouldn't be possible, that the question, if the parties do opt out the CISG can't be answered by the applicable law. In contrary,

²¹ As far as Articles of CESL are mentioned furthermore, this refers to the regulation itself. The substantial rules are contained in Annex I of the Proposal for an regulation.

²² Or the balance sheet total is less than 43 Million Euro.

²³ See Point 1 “Existing provisions in the area of the proposal”.

²⁴ See Robert Koch, *Wider den formularmäßigen Ausschluss des CISG* (against the exclusion of the CISG by contract terms), NJW 2000, 910.

²⁵ See point 25 of the introductory notes.

Art. 6 CISG asks for an agreement of the parties to opt out, which has to be interpreted in accordance with CISG itself and not with the law chosen by the parties²⁶. By that the regulation in Art. 11 CESL that only itself is applicable if CESL was agreed cannot be interpreted in the way, that it exclude the application of CISG. This is in particular true since it is possible for non-consumer to agree on parts of the CESL, because Art. 8 Par. 3 CESL which states that the CESL can be agreed upon only in full is only applicable for consumer contracts. By this it would be possible to agree on CESL only to that extend, where it does regulate issues otherwise than the CISG. From that it is simply not clear, if the agreement to include CESL as applicable law will be an opt out of CISG²⁷. By this a legal uncertainty is given which has to be handled by the court practice and the danger arise, that this will be seen differently with the court practice of different member states²⁸.

Legislative Competence

The European Commission sees its competence for issuing the Regulation on a Common European Sales Law with Art. 114 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)²⁹. The application of Art. 114 TFEU³⁰ has the advantage that for regulations decisions of majorities are possible, while with Art. 352 TFEU – as the fall back option if no explicit competence is regulated in the EU treaties – full consent of all member state is needed. Art. 114 TFEU as the base for CESL was discussed in the German Legal Community as an insufficient one³¹. With Art. 114 TFEU the EU Commission is entitled for measures to harmonise national law. As described CESL doesn't touch national law at all but give the option to agree on CESL without effect to the national law as such. From that, it was doubted³², that Art. 114 TFEU can be seen as a measure “for the approximation of the provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States which have as their object the establishment and functioning of

²⁶ See Saenger in Bamberger/Roth, CISG Art. 6, marginal number 2.

²⁷ In this sense Kornet, FN. 19, Page 7.

²⁸ See Kornet, FN 19, Page 7 f.

²⁹ OJ 2010/C 83/01, Page 47 ff.

³⁰ Former Art. 95 TEC.

³¹ See Carsten Herresthal, Ein europäisches Vertragsrecht als Optionales Instrument (A European Sales Law as an optional instrument), EUZW 2011, Page 9.

³² See Basedow, Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage eines optionalen EU-Kaufrechts (Art. 114 TFEU as legal base for a optional EU Sales Law), EuZW 2012, S. 1, 2.

the internal market³³. Since it is without doubt that the EU doesn't have the competence for contract law in general it is with respect to the principle of proportionality and the one on subsidiarity to ask, if such a wide use, like it is planned with CESL can refer to Art. 114 TFEU³⁴.

Taking into account the relation to CISG this is even more doubtful. Art. 4 Par. 2 CESL does regulate, that the parties can agree upon CESL, when one of the parties has its seat in a Member State of the European Union. By that it doesn't target the internal market of the European Union but the contractual relations of private enterprises, when they contract with some from outside the European Union. By that, the competences of the European Union would boost the internal market itself and covering the business activities of companies, seated within the European Market, making business all over the world.

From that, the approach given with Art. 4 Par. 2 CESL is even not in line with the characterisation of CESL as first legislative action on the road towards a European Civil Code. This has to be seen with ongoing tendencies towards a European Nation or "United States of Europe". For that it would be enough, to make it applicable for "inner" EU sales contract as it is done so far with the civil codes of EU Member States. The application on contracts, where private enterprise with a seat in the European Union is involved does overshoot the vision of a United Europe.

REFLECTIONS ON RECENT DEVELOPMENTS WITHIN SOUTH EAST EUROPE

Within the further legal reforms in South East Europe the reform of civil law is ongoing. This reforms are two folded, since they are part of the state building after the downfall of Yugoslavia and the approximation of law as a duty from the Stabilisation and Association Agreements with the European Union. As well known, in Serbia and Macedonia commissions where formed to draft comprehensive civil codes, covering next to contract law, so far regulated by the Law on Obligation, a General Part, Family Law, Inheritance as well as Property Law. These developments are to be seen as an approach to guarantee coherency within civil law, partly not observed within the legal reforms so far but as well as efforts to stabilize the national identity of these states. In other countries like Bosnia and Hercegovina, Montenegro and Croatia reformed Laws on Obligations are in the proceeding or already in place. Within the Stabilisation and Association Proce-

³³ Literal citing of Art. 114 Par. 1 TFEU.

³⁴ See Hans Micklitz, A 'Certain' Future for the Optional Instrument, S. 181 ff., 183 (under publication).

ss of all countries of Former Yugoslavia next to the approximation to the existing EU acquis the legal communities within South East Europe has to take notice of recent developments in the EU, even when the outcome of these developments are unclear at this stage³⁵.

If the CESL will be enacted it has to clarified what does this means for the further approximation of the legislation to the EU acquis. In Serbia this duty is formulated with Art. 72 of the SAA and covers in particular, in accordance with Art. 72 Par. 3 SAA, fundamental elements of the Internal Market acquis.

The CESL is designed as a regulation. This means, that it would become applicable in all EU Member States without the need being enforced as a part of the national legal system³⁶. Despite that, Member States do have the duty to guarantee the applicability of regulations, in the result to remove possible barriers for their application in the national legal system.

This suits with the practice to name regulations explicitly in the Stabilisation and Association Agreements if these are subject for approximation of national laws. It seems to be somehow paradox that the stronger measures of the EU, the regulation as direct applicable law in contract to directives, where the national legal system has to be “only” approximated, create a stronger impact on the applicable law of candidate states of South East Europe. With respect to the impact of regulations in Member States this paradox is resolved, since otherwise the countries of South East Europe should have been treated like Member States already in the Stabilisation and Association Process. In detail this isn’t intended, since example given, no one in the EU or its member states intend to enforce executive titles from candidate countries like it is possible with the Brussels I Regulation³⁷.

CONCLUSION

The Proposal of a regulation of a Common European Sales law is a milestone within the very dynamic legal development of the European Union since it touches with contract law a key element of national (civil) law. Even when the discussion is ongoing it is not to estimate, in which form this new element will be enforced. The doubts, expressed not only with the German legal community but also example given, by international organisations like the International Cham-

³⁵ At the German Notary day, which took place from August 29th to September 1st in Cologne it was estimated, that the CESL will not come into force but a “small solution” is more likely to happen like a regulation on sales with digital contents.

³⁶ See Ruffert in Callies/Ruffert, TFEU Art. 288, Marginal Number 20

³⁷ Regulation Nr. 44/2001

ber of Commerce³⁸ and international publications³⁹ give reasons to further discussion on its approach. Next to irritations with regard to the competence of the EU in particular with cross border sales the UN Convention on International Sales of Goods already is a proper legal regime and no need for an additional instrument is given. This is in particular true since the CESL follows a totally new concept, trying to catch the legal concepts of all member states where also the Common Draft of Reference wasn't very successful.

Nevertheless is the Proposal one element of the ongoing "Europeanisation" of Law and in particular civil law, which has to be observed by the legal communities and science in South East Europe to follow recent developments and to prepare the countries of South East Europe on its way towards Membership to the European Union. Even when within the Stabilisation and Association Process no duty exist to approximate their legal systems to regulations at this stage⁴⁰, the observance of these Developments is a must for the candidate and potential candidate states in South East Europe.

Dr THOMAS MEYER
Rukovodilac Projekta
Otvoreni Regionalni Fond za Jugoistočnu Evropu
– Pravna reforma

ZAJEDNIČKO EVROPSKO PRAVO PRODAJE I BEČKA KONVENCIJA O MEĐUNARODNOJ PRODAJI ROBE

Rezime

Evropska komisija izdala je 11. oktobra 2011. godine nacrt Uredbe o uvodu u Zajedničko evropsko pravo prodaje – Common European Sales Law (CESL). Tim putem, učinjen je prvi korak u pravcu izrade Evropskog Građanskog zakonika, u skladu sa preporukom Evropskog Parlamenta iz 1989. godine. Polazeći od činjenice da je međunarodna prodaja robe već uređena na međunarodnom nivou putem Konvencije UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe iz 1980. godine (Bečka konvencija), autor se u radu bavi pitanjem odnosa između ova dva dokumenta i njihovom uzajamnom komparacijom. Posebna pažnja u radu posvećena je pitanju uticaja nacrta pomenute Uredbe na pravnu reformu u Jugoistočnoj Evropi.

³⁸ See the Position Paper „ICC Position on the European Commission proposal for a regulation on a Common European Sales Law”, Document Number 460/662 from July 12, 2012

³⁹ See e.g. Simon Whittaker, The Proposed 'Common European Sales Law': Legal Framework and the Agreement of the Parties, *The Modern Law Review*, Volume 75, Issue 4, pages 578 – 605; Response by the Law Society, see <http://international.lawsociety.org.uk/node/10660>

⁴⁰ Except they are explicitly named in the SAA's.

VITOMIR POPOVIĆ

NEKI ASPEKTI SPORAZUMA O SUKCESIJI IMOVINE BIVŠE SFRJ

U V O D

Kraj dvadesetog vijeka će ostati obilježen u istoriji kao period u kome je došlo do raspada velikog broja država. Prije svega radi se o složenim državama uglavnom federalnog tipa koje ni poslije desetina godina svog postojanja nisu uspjele opstati. Ovde prije svega mislimo na raspad bivšeg Sovjetskog Saveza, Čehoslovačke, Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, ali i nekih drugih koje će u međuvremenu biti priznate od strane Ujedinjenih nacija. Svaki raspad države bez obzira na osnov njegovog postojanja sa sobom povlači i čitav niz pravnih pitanja koja imaju svoje reperkusije.

Sukcesija se javlja kao proizvod posledice raspada država i potrebe za pravnim regulisanjem njihovih međusobnih prava i obaveza i to kako između novonastalih država tako i u odnosu na regulisanje obaveza koje je imala država prethodnica sa drugim državama i međunarodnim organizacijama. Ovdje se, prije svega, misli na dugove i druge preuzete međunarodne obaveze države prethodnice ali i potrebu za podjelu imovine državama sukcesorima, tj. slednicama. To se prije svega tiče raznih oblika pokretne i nepokretne imovine, diplomatske i konzularne imovine, finansijske aktive i pasive, arhiva, penzija, privatne imovine i stečenih prava, itd.

Dr Vitomir Popović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci.

Riječ sukcesija potiče od latinske riječi *successio* kojom se označava dolazak na čije mjesto, zamjena koga; od *succedere* – doći na čije mjesto, zamijeniti koga, stupanje u pravni položaj neke druge osobe, i to bilo u pogledu samo jednog prava (*successio in singulas res*), bilo u pogledu svih prava koja je imao prethodnik (*successio in universum ius*). U prvom slučaju, kod singularne sukcesije, pojedinac, obično na osnovi pravnog posla među živima (kao što je, npr., kupoprodaja, darovanje, davanje miraza i sl.), preuzima derivativnim putem pravo koje je imao prethodnik (*auctor*).¹

U pravnoj teoriji postoji čitav niz različitih pristupa u definisanju pojma “sukcesija”. Međutim, ne ulazeći ovom prilikom u analizu ovih pravno-teoretskih pristupa osvrnućemo se samo na definisanje ovog pojma u Bečkoj konvenciji o sukcesiji država u odnosu na ugovore iz 1978. godine. Prema ovoj Konvenciji, pod sukcesijom se podrazumijeva zamjena jedne države drugom u pogledu odgovornosti za međunarodne odnose nekog područja. Ovdje je prije svega riječ o problemu preuzimanja prava i obaveza države prednice na državu slednicu u pogledu niza pitanja vezanih za to područje, a posledica su osnivanja ili proširenja vlasti, odnosno uspostavljanja suverenosti te države, koje je do tada pripadalo drugoj državi.²

Države laički rečeno “umiru” i “nastaju”. Iako postoji čitav niz teorija o njihovom nastanku pomenućemo samo neke: prisilom, društvenim ugovorom i putem klasne prevlasti.

Do prisile dolazi kada vlast u državi, koja je samovoljno prihvaćena, počinje vršiti moć nad stanovništvom i teritorijem, bez obzira na njihovu privolu, a zato je potreban aparat prisile koji će držati pod kontrolom stanovništvo i teritorije.

Do društvenog ugovora se dolazi saglasnom izjavom volja ugovornih strana.

Kada govorimo o klasnoj prevlasti ovdje državu vidimo samo kao sredstvo vladanja u vladajućoj klasi (to je ona klasa koja drži moć nad resursima i sredstvima za proizvodnju) te ona izražava volju i interese te klase, a ne volju naroda ili “opštu volju”.³

Postoji čitav niz slučajeva i u pravnoj teoriji različitih pristupa na osnovu kojih dolazi do sukcesije. U suštini preovladava stanovište da kod sukcesije država dolazi do promjena u državnom području. Ovdje ćemo navesti, mada se ovom prilikom ovim pojmovima nećemo baviti, samo neke od primjera u kojima dolazi do sukcesije: pripajanje, aneksija, ujedinjenje, ustup ili cesija, podjela, secesija

¹ Poblize vidjeti: Ante Romac, Rječnik Rimskog prava, Informator, Zagreb, 1975, str. 545.

² Poblize o tome vidjeti: Član 2. Bečke konvencije o sukcesiji država u odnosu na međunarodne ugovore iz 1978. godine.

³ Poblize o tome vidjeti: http://hr.wikipedia.org/wiki/Sukcesija_dr%C5%BEava.

ili odvajanje, raspad ili disolucija, itd.⁴ Kategorizacija sukcesije država ima na kraju koliko ima i teorijskih pristupa u sukcesionoj materiji.⁵

Prema Komisiji za međunarodno pravo Ujedinjenih nacija do koje je ona došla prilikom izrade Konvencije o sukcesiji država u odnosu na državnu imovinu, arhive i dugove⁶ postoje sledeći oblici sukcesije: 1) Sukcesija država bez nastanka nove države i prestanka prethodne države; 2) Sukcesija država nastankom nove države, bez prestanka prethodne države; 3) Sukcesija država stvaranjem nove države i prestankom prethodne države; 4) Sukcesija bez stvaranja nove države, uz nestanak prethodne države, i 5) Sukcesija specijalnim odvajanjem dijela državne teritorije.

PRAVNA PRIRODA SPORAZUMA O PITANJIMA SUKESIJE SFRJ

I sporazum o pitanjima sukcesije SFRJ, kao i čitav niz drugih sporazuma nastalih na ovoj osnovi predstavlja u suštini i *de facto* i *de iure* međunarodni ugovor javno-pravnog karaktera kojim se reguliše čitav niz pitanja ne samo javno-pravnog, nego i privatno-pravnog karaktera. Do ovakve vrste sporazuma, odnosno međunarodnih ugovora se u pravilu ne dolazi postizanjem potpunog stepena autonomije volje potpisnika, nego je često puta neophodna intervencija nadležnih organa UN. On je javno-pravnog karaktera radi toga što su njegovi potpisnici države kao subjekti Međunarodnog javnog prava. One jedna prema drugoj, prema trećim državama i međunarodnim organizacijama (Međunarodni monetarni fond, Svjetska trgovinska organizacija, Međunarodna banka za obnovu i razvoj, itd.), preuzimaju prava i obaveze i garantuju njihovo izvršenje. Ovaj ugovor nije samo javno-pravnog nego i privatno-pravnog karaktera kojim se regulišu i neka druga pitanja od značaja za građane, kao na primjer: pitanja vezana za njihovu pokretnu i nepokretnu imovinu, drugu privatnu svojinu i stečena prava, penzije, stanarska prava, itd. Radi svoje složene strukture i pitanja kojima se on bavi u pravilu ga prate dugi pregovori i nakon njegovog prihvatanja problemi i nesporazumi u primjeni.

U ovom kontekstu treba posmatrati i Sporazum o pitanjima sukcesije SFRJ. Početku pregovora i njegovom potpisivanju prethodila je rezolucija Savjeta be-

⁴ Poblje vidjeti: Andrassy – Bakotić – Vukas, Međunarodno pravo 1, Zagreb, str. 261.

⁵ Poblje o tome vidjeti: Duško Dimitrijević, Međunarodno pravo sukcesije država, Beograd, 2007, Institut za međunarodnu politiku i privredu, str. 61.

⁶ Yearbook of International Law Commission, 1971, vol. II, p. 162; po Dušku Dimitrijeviću, Međunarodno pravo sukcesije država, Beograd, 2007, str. 61.

zbjednosti Ujedinjenih nacija broj 1022 iz 1995. godine. Njegovim zaključenjem završen je pregovarački proces započet 27. avgusta 1991. godine, pod pokroviteljstvom Mirovne konferencije Evropske zajednice (danas Evropske unije). Poslije skoro 10 godina pregovora, bivše jugoslovenske republike, Bosna i Hercegovina, Republika Hrvatska, Republika Makedonija, Republika Slovenija i Savezna Republika Jugoslavija, su 29. juna 2001. godine u Beču, potpisale ovaj Sporazum. Među državama naslednicama bivše SFRJ su se javile određene dileme oko njegove primjene, odnosno da li je Sporazum moguće primjenjivati direktno ili je uslov za njegovu primjenu da države slednice bivše SFRJ prije toga potpišu bilateralne sporazume i njima regulišu međusobna prava i obaveze. Čini se da preovladava ovo drugo stanovište koje proizilazi iz Preporuke broj 5 o efikasnom sprovođenju Aneksa "G" koji je dana 18.9.2009. godine donio "Stalni mješoviti komitet" formiran na osnovu člana 4. Sporazuma o pitanjima sukcesije u kojoj se između ostalog konstatuje da "primjena Aneksa "G" Sporazuma o pitanjima sukcesije nije dovoljno efikasna i da seporučuje vladama zainteresovanih država sukcesora da zaključe bilateralne sporazume kojima bi se omogućila njegova efikasna primjena", te da se one uzdrže od donošenja bilo kojih akata i preduzimanja koraka koji su suprotni sa odredbama Aneksa "G" i koji bi omogućili efikasno ostvarivanje standarda predviđenih u ovom Aneksu.⁷

Ovu tezu potvrđuje i činjenica da su najviše sudske instance u Republici Sloveniji, Republici Hrvatskoj i Republici Srbiji zauzele stavove o prekidu svih postupaka koji za predmet imaju pitanja iz Sporazuma o sukcesiji imovine SFRJ dok se ne potpišu bilateralni sporazumi. Republika Srpska je u tom kontekstu donijela Zakon o sprovođenju Aneksa "G" Sporazuma o pitanjima sukcesije na teritoriji Republike Srpske.⁸ Drugim riječima, iako je od momenta potpisivanja ovog Sporazuma, tj. 29. juna 2001. godine, odnosno marta mjeseca 2004. godine, kao posljednje ratifikacije od strane Republike Hrvatske, kao osnova za početak njegove primjene pa sve do danas, tj. 2012. godine protekao relativno veliki vremenski period, do implementacije ovog Sporazuma nije došlo ili je došlo do njegove minimalne primjene. Čini se da će neke od nesporazuma biti teško prevazići u narednom vremenskom periodu, naročito u odnosu na pitanja obuhvaćena Aneksom "G" Sporazuma koji garantuje stečena prava građana i pravnih lica u pogledu privatne svojine, s obavezom državama sukcesorima da pravo svojine priznaju, zaštite i vrate, a koje su oni imali na dan 31.12.1990. godine. O ovom Aneksu će biti više riječi u narednom dijelu ovog rada.

⁷ Poblže o tome vidjeti: Preporuku broj 5 Stalnog Mješovitog komiteta od 18. septembra 2009. godine.

⁸ "Službeni glasnik Republike Srpske" broj 71/10.

Sporazumom su utvrđeni osnovni principi i obaveze država naslednica pri imovinskopravnoj deobi nasleđa bivše SFRJ. Sporazum se temelji na odredbama Konvencije o sukcesiji država u odnosu na državnu imovinu, arhive i dugove iz 1983. godine i Konvencije o sukcesiji u odnosu na ugovore iz 1978. godine, ali i na drugim pravilima i principima obuhvaćenih međunarodnom diplomatskom, ugovornom i sudskom praksom, čiju primjenu Bečke konvencije u potpunosti ne isključuju.

Prema subjektima koji su učestvovali u njegovom kreiranju i potpisivanju ovaj Sporazum spada u multilateralne a po svojoj strukturi u složene sporazume, odnosno ugovore. Naime, potpisnici ovog Sporazuma su Bosna i Hercegovina, Republika Hrvatska, Republika Makedonija, Republika Slovenija i Savezna Republika Jugoslavija kao ravnopravni sukcesori SFRJ. Sporazum se sastoji od više aneksa (od "A" do "G"), kojima se bliže razrađuju međusobna prava i obaveze država ugovornica.

STRUKTURA SPORAZUMA

U preambuli osnovnog teksta Sporazuma o pitanjima sukcesije SFRJ, potvrđuje se da su Bosna i Hercegovina, Republika Hrvatska, Republika Makedonija, Republika Slovenija i Savezna Republika Jugoslavija ravnopravne države sukcesori SFRJ. U tom smislu, Sporazumom se uređuju pitanja sukcesije i *konačno se prihvataju rješenja za srazmjernu raspodjelu prava, obaveza, aktive i pasive SFRJ u cilju postizanja realne ekonomske ravnoteže među državama sukcesorima.*

Strane su, naročito izrazile *spremnost da sarađuju na rješavanju otvorenih pitanja sukcesije u skladu sa međunarodnim pravom uz poštovanje principa pravičnosti*, na kome uostalom i počiva čitava koncepcija o sukcesiji država, koja podrazumijeva primjenu opšteg pravila o zajedničkom prelazu državne imovine i dugova.

Na osnovu principa *reciprociteta*, bivše jugoslovenske republike potpisnice Sporazuma, kao sukcesori SFRJ, su prihvatile obavezu da shodno unutrašnjem zakonodavstvu, preduzmu sve neophodne mjere da bi se obezbijedila dosledna primjena Sporazuma od nadležnih državnih organa (sudova, vijeća i tijela) i u tom cilju, ostvarilo načelo slobodnog pristupa tim organima od strane drugih država sukcesora i njihovih državljana.

Članom 2. navedenog Sporazuma je propisano da *sve države sukcesori imaju obavezu i moraju da preduzmu sve neophodne mjere zaštite državne imovine i arhiva od gubitaka, oštećenja ili uništenja, do konačnih rezultata njihove podjele*, čime se principijelno naglašava potreba međusobne saradnje država u odnosu na onu imovinu i arhive za koje postoji neposredna zainteresovanost drugih država sukcesora. Da bi se ovaj Sporazum mogao sprovesti neophodno je poći od mjero-davnog principa uzajamnog povjerenja (*bona fide*).

Sporazum ustanovljava Stalni mješoviti komitet visokih predstavnika svih država sukcesora, koji ima zadatak da nadgleda njegovu primjenu. U slučaju eventualnih sporova vezanih za tumačenje i primjenu Sporazuma, u prvoj instanci rješenje se traži u međusobnim pregovorima, u drugoj instanci angažuju se ličnosti od autoriteta ili Stalni mješoviti komitet koji u smislu člana 5. stava 2. tačka b) u hitnom postupku rješava sva sporna pitanja donoseći obavezujuće odluke.

Pored preambule kojom države ugovornice regulišu neka opšta i zajednička pitanja slijede pojedini aneksi (od "A" do "G") kojima se bliže razrađuju pravna pitanja za sledeće imovinske kategorije: a) Pokretna i nepokretna imovina; b) Diplomatska i konzularna imovina; c) Finansijska aktiva i pasiva (osim diplomatsko-konzularnih nepokretnosti u inostranstvu navedenih u Dodatku Sporazuma); d) Arhive; e) Penzije; f) Ostala prava, interesi i obaveze; g) Privatna svojina i stečena prava.

SADRŽAJ POJEDINIH ANEKSA SPORAZUMA

Ne ulazeći u detaljne analize svakog od navedenih Aneksa, kao podsporzuma, skrenućemo pažnju samo na neka od pitanja koje oni regulišu, kako slijedi:

a) Pokretna i nepokretna imovina

Ovaj Aneks propisuje da se "nepokretna državna imovina koja se nalazila na teritoriji SFRJ prenosi Državi sukcesoru na čijoj se teritoriji ta imovina nalazila", a države sukcesori će na najbolji način nastojati da pomognu jedna drugoj u sprovođenju svojih diplomatskih i konzularnih aktivnosti, obezbjeđivanjem odgovarajuće imovine na njihovim odnosnim teritorijama.⁹

Pokretna materijalna državna imovina SFRJ koja se nalazila na teritoriji SFRJ će preći na Državu sukcesora na čijoj se teritoriji ta imovina nalazila na dan kada je ova proglasila svoju nezavisnost, s tim da se ova odredba neće primjenjivati na pokretnu materijalnu državnu imovinu od velike važnosti za kulturnu baštinu jedne od Država sukcesora i koja je izvorno sa teritorije te države, kao što su: umjetnička djela, rukopisi, knjige i drugi predmeti od umjetničkog, istorijskog ili arheološkog interesa za tu državu; i naučne zbirke i značajne zbirke knjiga ili arhiva koji će pripasti toj državi. Takva imovina će biti identifikovana od strane zainteresovane Države sukcesora u što kraćem roku, ali ne kasnije od dve godine od datuma stupanja na snagu ovog Sporazuma.

⁹ Poblje vidjeti: Član 2. Aneksa "A", Pokretna i nepokretna imovina Sporazuma o pitanjima sukcesije.

Ovaj Sporazum je tzv. “vojnoj imovini” dao poseban status, koja će biti predmetom posebnih aranžmana koji treba da se dogovore između zainteresovanih Država sukcesora.

b) Diplomatska i konzularna imovina

Aneks “B” Sporazuma reguliše raspodjelu diplomatske i konzularne imovine i ona je dijeljena prvenstveno prema vrsti objekata (tj. nepokretnosti), a ne putem novčanih naknada. Dio ove imovine je praktično podijeljen po potpisivanju ovog Sporazuma¹⁰, a za preostalu podjelu imovine, koja bi trebala biti okončana u periodu od šest mjeseci od dana potpisivanja Sporazuma je utvrđen procenat raspodjele, ali i sačinjene posebne liste o toj imovini, vodeći računa o geografskom regionu i o srazmjernom učešću u raspodjeli. Osnovu za procjenu vrijednosti imovine čini procjena data u Izvještaju od 31. decembra 1992. godine data na dan 31. decembra 1990. godine. Prema ovom Sporazumu pokretna državna imovina SFRJ koja predstavlja sastavni dio diplomatske i konzularne imovine će biti prenijeta Državi sukcesoru koja uđe u posjed takve diplomatske i konzularne imovine, a pokretna državna imovina SFRJ koja predstavlja sastavni dio diplomatske i konzularne imovine, a koja je od velike važnosti za kulturnu baštinu jedne od Država sukcesora biće prenijeta na tu državu. Međutim, ni sprovođenje ovog Aneksa nije dalo očekivane rezultate i ono je stavljeno u kontekst naročito raspodjele finansijske imovine i preduzeća na teritoriji druge države. Definitivnu raspodjelu ove imovine Republika Srbija je usloвила Republiku Hrvatsku i Republiku Sloveniju za većim angažovanjem na pitanjima povratka stanarskih prava i preduzeća, kao i povratom više milijardi maraka stare devizne štednje iz “Ljubljanske banke”. Identična pitanja su se pojavila i u odnosima između Bosne i Hercegovine, odnosno prvenstveno Republike Srpske u odnosu na Republiku Hrvatsku i Republiku Sloveniju.¹¹

c) Finansijska aktiva i pasiva (osim diplomatsko-konzularnih nepokretnosti u inostranstvu navedenih u Dodatku Sporazuma)

Ovim Aneksom reguliše se raspodjela svih finansijskih dobara SFRJ (kao što su gotovina, monetarno zlato i drugi plemeniti metali, depozitni računi i hartije od vrijednosti) koje obuhvataju posebno:

¹⁰ Pobljiže vidjeti: Član 1. Aneksa “B”, Diplomatska i konzularna imovina.

¹¹ <http://www.blic.rs/Vesti/Politika/231815/Gaso-Knezevic-Srbija-se-trudi-da-izvuce-sto-vecu-korist>

- a) Račune i drugu finansijsku aktivnu koja se vodi na ime Savezne vlade, saveznih organa i organizacija SFRJ;
- b) Račune i drugu finansijsku aktivnu na ime Narodne banke Jugoslavije;
- c) Devizne rezerve, koje obuhvataju zlato i druge plemenite metale, SFRJ ili Narodne banke Jugoslavije;
- d) Iznosi koje potražuje Narodna banka Jugoslavije od banaka u drugim zemljama koji predstavljaju rezultat nezavršenih međubankarskih klirinških aranžmana; takve zemlje su obuhvaćene, ali nisu ograničene na one koje se navode u Dodatku 2 ovog Aneksa;
- e) Finansijske kvote i prava vučenja SFRJ, Narodne banke Jugoslavije i drugih saveznih organa i institucija u međunarodnim finansijskim organizacijama, kao i finansijsku aktivnu koja se vodi kod takvih organizacija;
- f) Ostalu aktivnu SFRJ, koja uključuje iznose koje potražuje Narodna banka Jugoslavije ili SFRJ od dužnika, drugih od onih koji su obuhvaćeni gore navedenim stavovima od "a" do "e".

Finansijska dugovanja obuhvataju dugove bivše SFRJ, dugove za koje jamči bivša SFRJ i finansijska potraživanja od bivše SFRJ. Glavni dio potraživanja i dugovanja bivše SFRJ je u praksi već raspodijeljen na osnovu sporazuma između država nasljednica ili sporazuma između njih i dotičnih međunarodnih finansijskih institucija. Raspoloživa strana finansijska potraživanja će biti raspodijeljena prema sledećim omjerima: BiH 15,50%, Hrvatska 23%, Makedonija 7,50%, Slovenija 16% i SRJ 38%.

Prema istom omjeru bi se raspodijelila eventualno novopronađena sredstva u roku od 5 narednih godina. Sporazum garantuje monetarnu nezavisnost država nasljednica koja uključuje i pravo na novu sopstvenu valutu, bez pokretanja bilo kakvih sporova ili žalbi u vezi s tim.¹²

d) Arhive

Pod arhivskom građom bivše SFRJ u smislu Sporazuma podrazumijevaju se svi dokumenti, bez obzira na datum, vrstu ili mjesto gdje su smješteni, koje je napravila ili primila bivša SFRJ (uključujući i sve državne strukture, počev od 1. decembra 1918. godine) u obavljanju svojih funkcija i koji su 30. juna 1991. godine pripadali bivšoj SFRJ, u skladu sa Saveznim zakonom o regulisanju savezne arhive. Ovaj kriterij je predviđen i za "republičku ili drugu arhivu". Ovi dokumenti se odnose na filmove, audio i video kasete i ostale zapise, sve vrste kompjuterskih zapisa, uključujući i materijale koji predstavljaju kulturnu baštinu.

¹² Poblize o tome vidjeti: Član 1. i 2. Aneksa "C", Finansijska aktiva i pasiva.

Ukoliko je republička ili druga arhiva bila izmještena iz Republike kojoj je pripadala, ili ako je Državna arhiva SFRJ bila izmještena iz svoje odgovarajuće lokacije, ona će, na osnovu odredbe ovog Aneksa, a u skladu sa međunarodnim principom provenijencije, biti vraćena odnosnoj Republici kojoj je pripadala ili njenoj odgovarajućoj lokaciji što je moguće prije, od strane Države koja trenutno ima kontrolu nad njom.¹³

Sporazum garantuje slobodan pristup arhivi bivše SFRJ, kao i arhivama bivših republika, datiranih 30. juna 1991. godine i ranije, predstavnicima svih država naslednica, do potpune realizacije Sporazuma.

Trenutni vlasnik originalne građe bilo koje arhive koja se treba prebaciti u skladu sa Sporazumom može da napravi kopije. Troškovi kopiranja su predmet posebnih sporazuma, s tim što troškovi prevoza padaju na novog primaoca.

e) Penzije

Ovaj Aneks propisuje obavezu Država da preuzmu odgovornost za pravno osnovane penzije i njihovu redovnu isplatu koje je finansirala ta država u svom ranijem svojstvu konstitutivne republike SFRJ bez obzira na nacionalnost, državljanstvo, boravište ili prebivalište korisnika. Svaka država istovremeno preuzima odgovornost da redovno isplaćuje penzije koje duguje svojim građanima koji su bili civilni ili vojni službenici SFRJ bez obzira gdje imaju boravište ili prebivalište, ako su te penzije bile finansirane iz saveznog budžeta ili drugih saveznih sredstava SFRJ, pod uslovom da, u slučaju lica koje je državljanin više od jedne Države: 1) ako to lice ima stalno mjesto boravka u jednoj od tih Država, isplatu penzije vrši ta država, i 2) ako to lice nema stalno mjesto boravka ni u jednoj Državi čiji je državljanin to lice, isplatu penzije vrši Država na čijoj je teritoriji to lice imalo boravište na dan 1. juna 1991. godine.¹⁴

f) Ostala prava, interesi i obaveze

Ovaj Aneks propisuje sva prava i koristi koje su pripadale bivšoj SFRJ, a koji nisu direktno obuhvaćeni Sporazumom će se podijeliti između država naslednica prema omjeru za podjelu potraživanja, o čemu je već bilo riječi. To mogu biti patenti, zaštitni znakovi, autorska prava, dugovanja bivšoj SFRJ.

¹³ Poblje vidjeti: Član 1. i 2. Aneksa "D", Arhive.

¹⁴ Poblje vidjeti: Član 1. i 2. Aneksa "E", Penzije.

Sporazum posebno predviđa da će sve žalbe protiv bivše SFRJ razmotriti Zajednička stalna komisija. Postoji obaveza da države nasljednice obavijeste jedna drugu o svim postojećim žalbama protiv bivše SFRJ.¹⁵

g) Privatna svojina i stečena prava

Aneks "G" Sporazuma garantuje stečena prava građana i pravnih lica u pogledu privatne svojine, s obavezom državama sukcesorima da pravo svojine priznaju, zaštite i vrate. Prema ovom Sporazumu prava na pokretnu i nepokretnu imovinu koja se nalazi na teritoriji Države sukcesora i na koju su građani ili druga pravna lica SFRJ imali pravo na dan 31.12.1990. godine biće priznata, zaštićena i vraćena u prvobitno stanje od strane te Države u skladu sa utvrđenim standardima i normama međunarodnog prava, i to nezavisno od nacionalnosti, državljanstva, boravišta ili prebivališta takvih lica. Ovim se obuhvataju lica koja su nakon 31.12.1990. godine stekla državljanstvo ili novo prebivalište ili boravište u Državi različitoj od Države sukcesora. Osobe koje nisu bile u mogućnosti da ostvare takva prava imaće pravo na naknadu u skladu sa građanskim i međunarodnim pravnim normama.

Svi ugovori zaključeni između građana ili drugih pravnih lica SFRJ počev od 31.12.1990. godine uključujući i one zaključene od strane javnih preduzeća, biće poštovani bez ikakve diskriminacije. Svaka Država sukcesor će obezbjediti izvršavanje obaveza na osnovu takvih ugovora, u slučajevima gdje je raspadom SFRJ bilo onemogućeno njihovo izvršavanje.¹⁶

Ovaj Aneks u svom članu 6. posebnu pažnju posvećuje stanarskim pravima. Prema ovoj odredbi domaće zakonodavstvo svake od Država sukcesora koje se odnosi na "stanarsko pravo" (stanarsko pravo/stanovanjska pravica/stanarsko pravo) će se primjenjivati jednako na lica koja su bila državljani SFRJ i koja su imala takva prava bez diskriminacije po bilo kom osnovu, kao što je pol, rasa, boja, jezik, religija, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili društveno porijeklo, pripadnost nacionalnim manjinama, imovno stanje, rođenje ili drugi status.

Ovaj Aneks je nametnuo dužnost državama da poštuju obligacije države prethodnice u smislu međunarodnog prava polazeći prije svega od privatnopravnih zahtjeva zasnovanih na ugovornoj, kvaziugovornoj ili deliktnoj osnovi. Drugim riječima, Sporazum o pitanjima sukcesije SFRJ ima za cilj da štiti privatna prava jugoslovenskih građana ili drugih pravnih lica na području država sukceso-

¹⁵ Poblje vidjeti: Član 1. i 2. Aneksa "F", Ostala prava, interesi i obaveze.

¹⁶ Poblje vidjeti: Član 1. i 2. Aneksa "G", Privatna svojina i stečena prava.

ra na dan 31. decembar 1990. godine, kao i lica koja su nakon 31. decembra 1990. godine, stekla državljanstvo ili su prebivala ili boravila u drugoj državi u odnosu na državu sukcesora. Privatna prava po ovom Sporazumu moraju biti priznata, zaštićena i povraćena od strane države sukcesora na osnovu međunarodnog prava, bez pravljnja diskriminacije u odnosu na nacionalnu i državnu pripadnost, prebivalište ili boravište. U slučaju nemogućnosti ostvarenja ovih prava garantuje se pravo na kompenzaciju.

Pored navedenog ovaj Aneks Sporazuma poziva na zaključenje bilateralnih sporazuma i regulisanje svih pitanja između bivših jugoslovenskih republika.

PRIMJENA SPORAZUMA

Kao što je to u uvodnom dijelu rada i naglašeno, ne samo da postizanje sporazuma u cilju njegovog zaključenja prate dugi neizvjesni dogovori pod pokroviteljstvom organa Ujedinjenih nacija i Evropske unije nego se u praksi javlja čitav niz problema vezanih za njegovu implementaciju. Naime, do konačnog teksta, koji je potpisan 29. juna 2001. godine u Beču, se došlo nakon desetogodišnjih razgovora i pregovora vođenih o bivšoj Jugoslaviji, pod pokroviteljstvom Međunarodne konferencije o bivšoj Jugoslaviji i Visokog predstavnika, sa ciljem da utvrde i odrede među njima pravednu raspodjelu, prava, obaveza, aktive i pasive bivše SFRJ, a sve u skladu sa rezolucijom Savjeta bezbjednosti broj 1022 iz 1995. godine kojom on potvrđuje potrebu rješavanja otvorenih pitanja sukcesije na bazi konzensusa.¹⁷

Problemi su se javili i u fazi njegove ratifikacije odmah nakon popisivanja Sporazuma o pitanjima sukcesije bivše SFRJ, u Beču 29. juna 2001. godine, zemlje nasljednice bivše SFRJ, kao sukcesori, su pristupile njegovoj ratifikaciji. Tako npr. Bosna i Hercegovina je ovaj Sporazum ratifikovala 28. novembra 2001. godine, Savezna Republika Jugoslavija jula mjeseca 2002. godine¹⁸. Poslednju ratifikaciju ovog Sporazuma je izvršila Republika Hrvatska, marta mjeseca 2004. godine i Sporazum je stupio na snagu 2. juna 2004. godine, nakon njegove ratifikacije od strane svih država sukcesora. Dakle, od njegovog potpisivanja pa do njegove poslednje ratifikacije je prošlo skoro tri godine.

¹⁷ Poblže vidjeti: preambulu Sporazuma o pitanjima sukcesije, "Službeni list BiH, Međunarodni ugovori", broj 10/01 i 6/04.

¹⁸ Savezna Republika Jugoslavija je proglasila Zakon o potvrđivanju Sporazuma o pitanjima sukcesije, koji je donijela Savezna skupština, na sjednici Vijeća građana od 1. jula 2002. godine i na sjednici Vijeća republika od 11. aprila 2002. godine. Ovaj Zakon je objavljen u "Službenom listu SRJ, Međunarodni ugovori", br. 6/2002.

Vijeće ministara Bosne i Hercegovine je 2004. godine donijelo Odluku o sprovođenju Aneksa "G" Sporazuma o pitanjima sukcesije na teritoriji Bosne i Hercegovine, propisujući proceduru i postupak vraćanja prava na pokretnu i nepokretnu imovinu.

Međutim, taj proces nije bio recipročan i dvosmjernan, naročito u dijelu koji se tiče imovine privrednih društava sa sjedištem u nekoj od bivših republika Jugoslavije, ali ni drugih vidova ove imovine. Tako npr. dok su s jedne strane, nadležni organi u Republici Srpskoj omogućavali nesmetano vraćanje ove imovine građanima koji su živjeli u Republici Sloveniji, Republici Hrvatskoj, itd., uključujući i donošenje odgovarajućih sudskih odluka po njihovim tužbama, sa druge strane, Republika Hrvatska i Slovenija su različitim metodama onemogućavale vraćanje imovine fizičkim i pravnim licima iz Republike Srpske, na koju su oni polagali pravo u ovim bivšim jugoslovenskim republikama. Ovdje spadaju i obaveze na povrat stanarskih prava, iz člana 6. Aneksa "G" Sporazuma o sukcesiji, ali i čitav niz drugih prava. Nepostojanje reciprociteta u primjeni Sporazuma i jednakog postupanja će imati za posledicu nepotpisivanje bilateralnog sporazuma o regulisanju međusobnih prava i obaveza između Bosne i Hercegovine i Hrvatske na bazi Sporazuma o sukcesiji. Svjesno izbjegavajući svoje obaveze koje proističu iz Sporazuma o sukcesiji, Hrvatska i Slovenija su na nadležnim sudovima, uključujući i najvišu sudsku instancu, stale na stanovište da predmetom ove imovine ne mogu biti stanarska prava, naročito bivših pripadnika Jugoslovenske narodne armije, ali i drugih lica koja su se ogriježila o hrvatski Ustav učestvujući u borbenim dejstvima protiv Hrvatske. Donošenju ovakve i sličnih odluka nije pomogla ni činjenica da je Hrvatska svojim Ustavom dala međunarodnim ugovorima, kakav jeste i ovaj o sukcesiji, veći pravni značaj u odnosu na domaće zakonodavstvo.¹⁹ Nažalost, to je imalo za posledicu dodatno obespravljenje i osiromašenje bivših nosilaca stanarskih prava i drugih građana, koji su morali da napuste Republiku Hrvatsku i nastave da žive u Republici Srpskoj ili Republici Srbiji. Na različite načine opstruisan je povratak Srba u Republiku Hrvatsku, a pored stanarskih, osporavano im je i pravo na vraćanje njihovih kuća, stanova i zemljišta u privatnom vlasništvu, ostvarivanja prava na stečene penzije i drugih ostvarenih prava u bivšoj SFRJ.

Ovdje treba dodati i odbijanje obaveze za vraćanjem velikog broja odmarališta i drugih dijelova preduzeća čiji su vlasnici javna i druga preduzeća sa teritorije Republike Srpske, MUP Republike Srpske, njene druge institucije, itd.²⁰

¹⁹ Poblize vidjeti: Član 140. Ustava Republike Hrvatske, "Narodne novine" broj 56/90, 135/97, 8/98, 113/00, 28/01, 41/01, 55/01, 76/10 i 85/10.

²⁰ Navedeni podaci predstavljaju dio istraživanja autora ovog teksta.

Za razliku od sudova u Republici Srpskoj, koji su poštovali odredbe o nediskriminaciji vođenja postupaka na bazi Sporazuma o sukcesiji, sudovi u Hrvatskoj i Sloveniji su stali na stanovište da se postupci koji svoju osnovu imaju u Sporazumu o sukcesiji trebaju prekinuti do potpisivanja bilateralnih sporazuma sa Bosnom i Hercegovinom, iako su ovakve odluke u suprotnosti sa članom 26. u vezi sa članom 140. Ustava Republike Hrvatske.²¹

Na isti način je postupila i Slovenija, odbijajući da ispunjava svoje obaveze prema ovom Sporazumu i vrati pokretnu, nepokretnu imovinu, stanarska prava, staru deviznu štednju Ljubljanske banke, itd., što je dodatno uticalo na neprovođenje Sporazuma o sukcesiji. Zanimajući postojanje Sporazuma o sukcesiji Republika Hrvatska i Republika Slovenija, odnosno njihova fizička i pravna lica, su nastavili, pred nadležnim sudovima i organima u Republici Srpskoj, sa podnošenjem tužbi radi ostvarivanja svojih prava, ne osvrćući se ovom prilikom na odluke svojih najviših sudskih instanci o nemogućnosti vođenja ovakvih postupaka od strane građana Republike Srpske i Bosne i Hercegovine pred nadležnim sudovima u Republici Hrvatskoj i Republici Sloveniji, obuhvaćenih Sporazumom o sukcesiji. U cilju zaštite svojih imovinskih i drugih prava nastalih na osnovu Sporazuma o sukcesiji Narodna skupština Republike Srpske je po hitnom postupku donijela *Zakon o sprovođenju Aneksa "G" Sporazuma o pitanjima sukcesije na teritoriji Republike Srpske*.²²

Bez obzira na citirane odredbe Zakona očekivati je da će nadležni sudovi Republike Srpske stati na stanovište koje su zauzele i sudske instance Republike Hrvatske, Republike Slovenije i Republike Srbije o prekidu postupaka u odnosu na pravna pitanja obuhvaćena Sporazumom o sukcesiji sve do potpisivanja bilateralnih sporazuma o regulisanju međusobnih prava i obaveza, kako to i upućuje Aneks "G" Sporazuma o pitanjima sukcesije. U protivnom, neprimjenjivane principa reciprociteta, ali i samog Sporazuma o sukcesiji bi Republiku Srpsku moglo dovesti u neravnopravan položaj i za njene institucije, njena pravna i fizička lica prouzrokovati nedoknadivu štetu.

Drugim riječima, bez međusobnog poštivanja principa reciprociteta i kroz ovaj princip uvažavanja međusobnih prava i obaveza njegovih potpisnica nije moguće postići sporazumom predviđene efekte čime bi on u slučaju da se ovakva praksa u njegovoj primjeni nastavi ne samo izgubio svoju svrhu i cilj postojanja, nego bi i bio sveden na golo pravo (*nudum ius*).

²¹ Član 26. Ustava Republike Hrvatske.

²² "Službeni glasnik Republike Srpske", broj 71/10.

ZAKLJUČAK

Sporazum o pitanjima sukcesije SFRJ, bez obzira na veoma složenu proceduru i probleme koji su se javljali u njegovom potpisivanju ali i u kasnijoj implementaciji, spada u veoma značajne sporazume za regulisanje odnosa između država slednica bivše Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije. Eventualne nesporazume koji su se počeli javljati u njegovoj implementaciji ili u različitim tumačenjima bi trebalo sporazumno otklanjati u cilju stvaranja uslova za njegovo potpuno provođenje. Potpuna implementacija ovog Sporazuma nije samo u funkciji rješavanja pitanja sadržanih u pojedinim aneksima, nego i od izuzetnog značaja za razvoj budućih ekonomskih i drugih odnosa u ovom dijelu Evrope. Sve do postizanja potpunog reciprociteta u njegovoj primjeni neophodno je postići reciprocitet u prekidu svih sudskih i drugih postupaka, a pravni osnov za prekide ovih postupaka se nalazi u preambuli osnovnog teksta ovog sporazuma.

VITOMIR POPOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law
University of Banja Luka

SOME ASPECTS OF THE AGREEMENT ON SUCCESSION OF THE FORMER YUGOSLAVIA

Summary

Agreement on SFRY succession, regardless of a highly complicated procedure and issues arising in the process of its signing and later implementation, represents an important agreement on regulating relations among successor states of the former Socialist Federative Republic of Yugoslavia. Potential discrepancies arising in the process of its implementation or in controversial interpretations should be consensually eliminated in the light of creating conditions for its full implementation. Full implementation of this Agreement shall mean solving the issues integrated into certain annexes and developing future economic and other relations in this part of Europe. Until full reciprocity is reached in its implementation, it is necessary to reach reciprocity in terms of terminating court and other proceedings, whereby the legal ground for the termination of these proceedings is contained in the preamble to the basic text of this Agreement.

ALEKSANDAR ĆIRIĆ

**MEĐUNARODNO-PRAVNI REŽIM I PRAVO
SVETSKE TRGOVINSKE ORGANIZACIJE KAO ELEMENTI
NACIONALNOG SPOLJNO-TRGOVINSKOG
ZAKONODAVSTVA**

U V O D

Prevažodni zadatak države u svojstvu javno-pravnog subjekta spoljnotrgovinskog poslovanja je da, u granicama svoje zakonodavne vlasti, definiše strukturu i sadržinu njegovog relevantnog pravnog okvira. Države kao subjekti uspostavljanja i sprovođenja nacionalne trgovinske politike, sve intenzivnije međusobno saraduju koristeći različite oblike međunarodne privredne integracije. One nastoje ne samo da usaglase sadržaje svojih privrednih i trgovinskih politika (*commercial policies*), već teže realizaciji zajedničkih tržišta, carinskih unija, zona slobodne trgovine i drugih oblika dugoročne trgovinske integracije i saradnje. Pravo države da reguliše spoljnotrgovinsku delatnost na svojoj teritoriji, danas, nije apsolutno. Ono trpi brojna ograničenja u vidu eksterne i interne relativizacije njenih suverenih ovlašćenja. Relativizacija ove vrste se zasniva na međudržavnim sporazumima, kao i na pravilima međunarodnih organizacija, kojima se uređuju različita pitanja u vezi sa prekograničnom trgovinskom razmenom. Na taj način uspostavlja se institucionalizacija i multilateralizacija međunarodnih trgovinskih odnosa (MTO). Realizujući takve procese, države sve više gube samostalnost u oblasti

Dr Aleksandar Ćirić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Rad je rezultat istraživanja u okviru Projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, br. 179046, koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

nacionalne zakonodavne nadležnosti u sferi spoljnotrgovinske delatnosti. Svojim članstvom u međunarodnim univerzalnim i regionalnim trgovinskim integracijama, države uspostavljaju norme, koje su emanacija međunarodnog pravnog režima u oblasti prometa robe, usluga i novca na svetskom tržištu. Na taj način dolazi do "ispražnjujućeg dejstva" međunarodno pravnog režima na nacionalni legislativni kapacitet. Države implementiraju u svoje nacionalno zakonodavstvo pravne norme iz međunarodno-pravnog regulatornog okvira, čime uticaj međunarodno-pravnog režima na spoljnotrgovinsko zakonodavstvo pojedinih država postaje sve značajniji.

Naša istraživanja će se zasnivati na analizi uticaja međunarodno-pravnog režima na izgradnju i funkcionisanje posebne grane nacionalnih pravnih sistema, kao skupa pravnih pravila, kojima se uređuju međunarodni trgovinski odnosi, sa posebnim akcentom na spoljnotrgovinsko zakonodavstvo Srbije.

Regulatorni okvir međunarodno-pravnog režima spoljnotrgovinskog zakonodavstva Srbije počiva na dve osnovne grupe izvora. Prvu grupu izvora tvore akti nacionalnog zakonodavstva države, dok drugu čine izvori prava čija posebnost proizlazi iz neposrednog učešća Srbije u svojstvu subjekta konkretnih odnosa međunarodne trgovinske saradnje ugovorne i druge prirode. Zbog ograničenog obima rada, mi ćemo se zadržati na opšteprihvaćenim načelima transnacionalne trgovine i na normativno regulatornoj funkciji prava STO, kao osnovnim elementima međunarodnog spoljnotrgovinskog režima, koji ima opredeljujući uticaj na proces i metode izgradnje nacionalnih zakonodavstava pojedinih država.

Opšteprihvaćena načela međunarodnog trgovinskog režima

Strateške odluke o daljem privrednom razvoju sveta, uključujući i oblast međunarodne trgovine, sve više će se donositi na globalnoj osnovi. Ustanovljavaju se principi kontrolisanog privrednog razvoja pojedinih delova naše Planete, ne na nacionalnom, već na supranacionalnom planu. U jurisprudenciji se ističe da čitavo međunarodno pravo ima perspektivu jedino ukoliko se na planetarnom nivou uspostavi scenario efektivne multilateralizacije, što bi trebalo da omogući realizaciju interesa manjih, politički i ekonomski, slabijih nacija.¹

Ustaljena načela, kao rezultat uobičajene primene određenih standarda u međunarodnoj trgovinskoj praksi, predstavljaju najznačajniji vid uticaja međunarodno-pravnog režima na nacionalna legislativna rešenja u oblasti spoljnotrgovinskog poslovanja.²

¹ Krejči O, *Geopolitics and International Law, Tracing the Global Crisis 2010*, Czech Yearbook of International Law, Volume I, Praha, 2010, p. 207–219.

² U najznačajnija načela za temu ovog rada svrstavaju se: a) Načelo slobode trgovine teži realizaciji nediskriminacionog tretmana u spoljnotrgovinskom poslovanju, koji podrazumeva: pravo

*Uticaj regulatorne funkcije prava Svetske trgovinske organizacije (STO)
na nacionalna zakonodavstva*

Pojava STO je obeležila izgradnju procesa prelaska država sa dvostranog na multilateralni vid regulisanja međunarodne trgovine (multilateralizacija međunarodnih trgovinskih odnosa – MTO). Za pravni mehanizam STO se može reći da predstavlja instrument univerzalizacije prava spoljnotrgovinskog poslovanja i unifikacije pravnih sistema unutrašnjeg prava njenih država-članica. Nacionalna prava članica su potčinjena normama STO. Suprotno od toga, u sistemu Opšteg sporazuma o carinama i trgovini (*GATT*) 1947, norme Sporazuma su se prime-

svake države da se njoj i njenim pravnim i fizičkim licima, ili robi od strane druge države i inostranih partnera obezbede opšti uslovi koji nisu nepovoljniji od uslova datih bilo kojoj trećoj državi i/ili fizičkim i pravnim licima, odnosno robi iz treće države. Ostvarenje rukovodne ideje o uspostavljanju odnosa koji bi omogućili realizaciju slobode trgovine, bila je motiv i pokretačka snaga mnogim poslovnim krugovima u svetu, uključujući i međunarodne organizacije, da se angažuju na realizaciji tog cilja. Tema o slobodi trgovine tradicionalno je zaokupljala pažnju privrednika, kako na nacionalnom, tako na regionalnom, ali i na univerzalnom međunarodnom planu. b) Načelo zabrane diskriminacije u osnovi teži realizaciji sistema izjednačenja subjekata spoljnotrgovinskog poslovanja. Zabrana diskriminacije ima dve dimenzije. Prva se odnosi na sistem najpovlašćenije nacije (*The most favoured nation – MFN*). *MFN* zahteva da, ukoliko zemlja članica *WTO* odobri trgovinske olakšice nekoj drugoj zemlji, dužna je da ih odmah i bezuslovno odobri i svim drugim zemljama članicama *WTO*, koje su zainteresovane za izvoz date grupe proizvoda u tu zemlju. Tako, ako se proizvodima iz zemlje izvoznice odobri carina od 5% od strane države uvoznice, onda se takva stopa multilateralizuje i mora se primeniti odmah na uvoz iste vrste robe iz svih zemalja članica *STO*. *MFN* je dopunjen načelom “nacionalnog tretmana”. Njegova primena omogućava da inostrana roba, kada pređe granicu i kada se na nju primene sve mere koje su tom prilikom uobičajene, treba da bude tretirana jednako kao i domaća roba. Ona na tom tržištu ne treba da ima manje povoljan status (“*no less favourable*”) od domaće robe. Načelo nediskriminacije je ugaoni kamen temeljac za uspostavljanje i dalji razvoj *MTO*. Zabrana diskriminacije podrazumeva jednake mogućnosti u međunarodnim trgovinskim odnosima i obuhvata dva elementa: nacionalni pristup, koji znači priznanje nacionalnog statusa za uvezene proizvode, kao i status najpovlašćenije nacije, odnosno međunarodni element jednakog tretmana privrednika iz svih država sveta na tržištu određene zemlje. v) Princip reciprociteta počiva na ravnoteži prava i obaveza između zemalja u oblasti njihovih međusobnih trgovinskih odnosa. Države uzajamno priznaju jedne drugima određena prava u pogledu obavljanja privrednih delatnosti na njihovim teritorijama, ili daju odgovarajuće povlastice u istom obimu. Jedna strana daje povlasticu da bi u istom obimu dobila odgovarajuću pogodnost od druge. g) Slobodan pristup tržištu podrazumeva otvoreni trgovinski sistem, koji se zasniva na pravilima fer konkurentskih odnosa koji omogućavaju nesmetan promet robe, usluga i kapitala sa različitih strana državnih granica. Fer konkurencija ne dopušta subvencionisanje ili drugi vid direktne pomoći izvoznicima od strane države. Zemlje uvoznici, pod određenim uslovima, mogu i zabraniti uvoz subvencionisanih proizvoda od strane države izvoznice. Ostale ranije često upotrebljavane instrumente, među kojima su kvote, kontingenti, tehničke i ostale necarinske barijere, međunarodni trgovinski režim, oličeni u pravu *STO*, zabranjuje i istovremeno raspoložbe mehanizmima na osnovu kojih prema zemljama članicama, koje prekrše pravila iz tih oblasti, može primeniti efikasne sankcije.

njivale u skladu sa nacionalnim zakonodavstvom. Važilo je načelo prioriteta unutrašnjeg prava u odnosu na norme *GATT-a*. Danas, pravni sistem STO afirmiše dejstvo međunarodno-pravnog režima i prioriteta međunarodno-pravnih normi nad nacionalnim.

Cilj sporazuma iz sistema STO, koji tvore univerzalno pravo međunarodne trgovine, je stvaranje jasno struktuiranog, funkcionalnog i efikasnog načina da se vrednosti slobodne trgovine ostvare pravično i principijelno. Stoga je regulatorna uloga STO usmerena na uspostavljanje stabilnih i predvidivih uslova za potencijalni pristup privrednika iz svih drugih zemalja-članica na tržište konkretne članice. Pravila STO su rezultat međudržavnih pregovora i međusobnih ustupaka njenih članica (intergavermentalizam), uz elemente nadnacionalizma ("supranacionalizma"). Prihvatanjem obaveza od strane država članica iz paketa izvora prava STO, otpada potreba za regulisanjem istih pitanja dvostranim međudržavnim ugovorima. Usled toga je dejstvo mnogih ugovora te vrste i prestalo.

Rezultat kome teže organi STO na planu unifikacije pravnih pravila MTO, je stvaranje univerzalnog sistema pravnog regulisanja međunarodnog prometa, kao pravne nadgradnje privredne globalizacije. STO je, danas, jedinstveni centar za izradu i usvajanje pravnog okvira međunarodne trgovine u svetu. U literaturi se ističe da ju je moguće uporediti sa "moćnim monopolistom diktiranja pravila, kojima se voljno ili nevoljno moraju prilagođavati sve države sveta, u kojoj je korisnije učestvovati, nego stajati sa strane."³ Bez obzira što sve države nisu pristupile STO, one su prinuđene da se pridržavaju uslova utvrđenih za uređivanje MTO na svetskom tržištu. Preko 98% ukupnog svetskog prometa odvija se u trgovinskim odnosima između zemalja članica STO. Međuzavisnost strukture u svetskoj privredi, danas, ne dopušta jednostrane odluke nacionalnog karaktera. U takvim okolnostima STO je postala regulator rada vlada zemalja u oblasti MTO, kao i regulator uslova konkurencije sa kojim se na domaćem tržištu suočavaju uvezani proizvodi.

Može se reći da su pravila STO rezultat međudržavnih pregovora i međusobnih ustupaka zemalja članica (intergavermentalizam). Sa druge strane, prepoznaju se i elementi nadnacionalizma ("supranacionalizma"), koji su više simptom tendencije nego realno stanje⁴.

³ М.Г. Веляминов, *Международное экономическое право и процесс*, Москва, "Wolters Kluwer", стр. 164.

⁴ Supranacionalizam je metod političkog odlučivanja, koji karakteriše poveravanje donošenja odluka nezavisnim, bilo imenovanim bilo izabranim organima, pri čemu se odluke donose većinom glasova. Suštinska karakteristika odlučivanja supranacionalnom metodom je da država, čiji predstavnici nisu glasali za određenu odluku, može biti primorana da je sprovedi, jer je za takvu odluku glasala većina.

Paket sporazuma STO nudi predvidljivost uslova za uvoz robe i usluga na tržište zemalja-članica. U postojećem pravnom sistemu STO, može se detektovati dvostepena struktura njegove normativno - regulatorne funkcije.

Prvi, opšti modalitet te strukture je izražen u pravnoj zaštiti tzv. "interesa očekivanja" ("*expectation interests*") država članica STO. On se zasniva na verovanju da će sve članice, učestvujući u međunarodnoj trgovinskoj razmeni, poštovati pravila ponašanja ustanovljena sporazumima, koji čine pravo STO.

Drugi, konkretniji, modalitet, koji je u funkciji prvog, je primena nacionalnog harmonizovanog i unifikovanog pravnog mehanizma u materiji spoljnotrgovinskog poslovanja država.

Trgovinski propisi članice moraju biti jasni i transparentni.⁵ STO proklamuje princip stalne liberalizacije, odnosno slobodnije trgovine. Ona podrazumeva obavezu država članica da pregovorima nastoje da kontinuirano i postepeno smanjuju prepreke u međusobnoj trgovini.⁶

Metodi izgradnje nacionalnih pravnih normi

Državni mehanizam kreiranja spoljnotrgovinskog zakonodavstva se tradicionalno oslanjao na norme sa javno-pravnim karakterom, koje potiču iz administrativnog prava, a odnose se na međunarodni trgovinski promet.⁷ Izvori ove vrste su istovremeno i sredstvo realizacije ekonomske politike jedne zemlje u oblasti njenih spoljnotrgovinskih odnosa.

Suvereno pravo države da reguliše spoljnotrgovinsku delatnost trpi dva veoma značajna vida relativizacije:

a) interna relativizacija, kada država ili njen ekonomski savez (carinske unije i drugi oblici integracija), svojim zakonodavstvom dopuštaju pravnim subjektima drugih država da učestvuju u trgovinskoj razmeni na njenom domaćem tržištu, i

⁵ U tom smislu, član 3. Opšteg sporazuma o trgovini uslugama (*GATS*), predviđa da će svaka članica objaviti odmah ili, u vanrednim okolnostima, najkasnije sa danom njihovog stupanja na snagu, sve relevantne mere opšte primene koje se odnose na izvršenje ili utiču na Sporazum. Takođe će biti objavljeni međunarodni sporazumi u kojima je zemlja članica ugovorna strana, a koji se odnose ili utiču na trgovinu uslugama.

⁶ S. Taboroši, Svetska trgovinska organizacija i SRJ, "Pravo i privreda", br. 5-8/1996, str. 562.

⁷ Država tom vrstom izvora utvrđuje: režim uvoza i izvoza robe; promet usluga; međunarodni platni promet; opredeljuje carinski režim; reguliše kreditne odnose sa inostranstvom; određuje pravni režim obavljanja delatnosti stranih firmi na svojoj teritoriji; ustanovljava režim inostranih investicija i ulaganja, kao i čitav niz drugih pitanja.

b) eksterna relativizacija, koja podrazumeva prihvatanje međudržavnih sporazuma, kojima se država obavezuje da uskladi propise sa preuzetim obavezama sa međunarodnog nivoa.⁸

Dakle, tradicionalni interes država da normativno uređuju spoljnotrgovinsko poslovanje svojih privrednih subjekata, u savremenim uslovima, se ostvaruje na novi način. On podrazumeva korišćenje originernog i derivativnog metoda postupanja.

Originerni metod se zasniva na nezavisnom statusu nacionalnog zakonodavca u postupku donošenja zakonskih i podzakonskih državnih akata. On je rezultat vršenja zakonodavne vlasti i nezavisnog legislativnog kapaciteta država.

Za razliku od originernog, derivativni metod, u izgradnji nacionalnih izvora prava, se ostvaruje učešćem države, preko njenih predstavnika, u radu na donošenju međunarodnih multilateralnih i univerzalnih međunarodnih konvencija i drugih akata, koji se ratifikacijama inkorporišu u nacionalne pravne sisteme. Derivativni način izgradnje nacionalnih propisa se zasniva na tzv. "top-down" pristupu, na osnovu koga se rešenja međunarodnih dokumenata ("top", vrh) inkorporišu "niže" ("down"), u nacionalna zakonodavstva ("*incorporation by reference*").⁹ U praksi se polako, pomalo i u sve većoj meri potiskuje originerni način normativne izgradnje nacionalnog pravnog režima.

Tako, na primer, u st. 1. člana 1. Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju Republike Srbije se ističe: "Ovim Zakonom se uređuje spoljnotrgovinsko poslovanje, u skladu sa pravilima STO i propisima EU".¹⁰ Na taj način nacionalno zakonodavstvo Srbije izričito prihvata pravo ovih organizacija kao elemente prava nacionalnog spoljnotrgovinskog režima. Pored toga, i druge međunarodno-pravne norme u ovoj oblasti ulaze u korpus elemenata nacionalnog spoljnotrgovinskog režima država. Tako se u Zakonu o carinskoj tarifi Srbije¹¹ navodi: "Svrsta-

⁸ Više o tome: A. Ćirić, Međunarodno trgovinsko pravo, Niš, 2010, str.184.

⁹ Suprotan ovom je sistem "*bottom up*", koji m se na osnovu kompromisnog prihvatanja rešenja nacionalnih pravnih izvora, dolazi do međunarodnih pravnih dokumenata. Ova metoda je karakterističnija za usvajanje izvora prava posebnog dela MTP. Tipičan primer izvora te vrste je Konvencija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (Bečka konvencija). O ovome videti: A. Ćirić, *Transnacionalni trgovinski pravni sistem, Aktuelne tendencije u razvoju i primeni evropskog kontinentalnog prava, Tematski zbornik radov, sveska 2, Niš, Centar za publikacije Pravnog fakulteta, 2010, str. 317–336.*

¹⁰ Videti: Zakon o spoljnotrgovinskom poslovanju Republike Srbije, "Sl. glasnik RS", br. 36/09, 36/2011 i 88/2011). Zakon je stupio na snagu osmog dana od dana objavljivanja u "Službenom glasniku Republike Srbije", a primenjuje se od 1. februara 2012. godine (član 24. Zakona).

¹¹ "Sl. glasnik RS", br. 62/2005, 61/2007 i 5/2009.

vanje robe u Carinsku tarifu predstavlja određivanje tarifnog stava za tu robu, u skladu sa ovim Zakonom. Na osnovu Zakona o carinskoj tarifi, odluke o svrstavanju, koje je doneo međunarodni Komitet za Harmonizovani sistem (*Harmonized System Committee*), a koje je kao klasifikaciona mišljenja u skladu sa članom 8. stav 2. Međunarodne Konvencije o Harmonizovanom sistemu naziva i šifarskih oznaka robe¹², potvrdila Svetska carinska organizacija, obavezne su za primenu, kao i odluke o svrstavanju robe objavljene u «Službenom listu Evropske unije» (*«Official Journal of the European Union»*), obavezne su za primenu.¹³

U budućnosti se može očekivati trend rasta broja pitanja u odnosu na koja će se odluke na organima STO donositi većinom, ili kvalifikovanom većinom glasova. Posredstvom prava STO se deo unutrašnje kompetencije država stavlja pod režim međunarodno-pravne regulative i kontrole u okviru međunarodnog trgovinskog sistema. Prioritet u zaštiti nacionalnih interesa u sistemu STO se podvrgava isključivo metodama višestranog karaktera, a ne jednostranom ili usko grupnom delovanju država. Pravo STO ne zabranjuje, već predviđa dopuštene, i u priličnoj meri, restriktivne načine zaštite nacionalnih tržišta.

Pravni režim međunarodnih trgovinskih odnosa i mere zaštite nacionalnih interesa – primer Srbije

1. Pravni režim međunarodnih trgovinskih odnosa (MTO) se temelji na pravu STO. On, u osnovi, ne zabranjuje zaštitu nacionalnog tržišta pojedinih članica. Pod određenim uslovima, državama se dopušta da, radi zaštite svojih legitimnih interesa u MTO, odstupe od obaveza preuzetih članstvom u STO. Na ovaj način, pravo STO ustanovljava “marginu tolerancije” i uvažava stvarne potrebe država-članica, koje mogu biti političkog, socijalno-ekološkog, ili ekonomskog karaktera. Ono utvrđuje disciplinu u sprovođenju zaštitnih mera testirajući opravdanost njihovog preduzimanja.¹⁴ STO priznaje pravo članicama da uvedu mere privremenog ograničenja uvoza radi zaštite platnog bilansa i sprečavanja nastanka neodrživog spoljnotrgovinskog deficita (“*safeguard measures*”).

¹² “Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori”, br. 6/87, 14/91 i “Službeni list SRJ”, broj 2/97.

¹³ Videti član 3-a Zakona o carinskoj tarifi Srbije.

¹⁴ O tome: *Yuksel, Ali Sait, “Die WTO (World Trade Organisation) als Motor der Globalisierung”* (http://ites-europa.org/Ali_Sait_Yuksel.pdf); M. Božić/S. Golubović, “Razvoj trgovine između balkanskih zemalja na putu ka Evropskoj uniji”, rad u tematskom zborniku radova Filozofskog fakulteta u Nišu, “Društvene promene i etnički odnosi i evrointegracijski procesi na Balkanu”, Niš, 2004, str. 77–87.

2. Na osnovu Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju Srbije, Vlada Republike ima pravo da uvede odgovarajuće mere zaštite i to: a) antidampinške mere;¹⁵ b) kompenzatorne mere; v) mere za zaštitu od prekomernog uvoza i g) mere za zaštitu ravnoteže platnog bilansa.

Navedene mere su uvedene Zakonom o spoljnotrgovinskom poslovanju iz 2005, i dalje normirane Zakonom iz 2009. godine. Posle stupanja na snagu novog Zakona, donete su i odgovarajuće uredbе: Uredba o bližim uslovima za primenu antidampinških mera, Uredba o bližim uslovima za primenu kompenzatornih mera, kao i Uredba o bližim uslovima za primenu mera zaštite od prekomernog uvoza¹⁶. Sve one su normativno u skladu sa pravilima STO i propisima EU.

Zakon o spoljnotrgovinskom poslovanju Srbije u glavi II, pod nazivom "Principi spoljnotrgovinskog poslovanja", inauguriše načelo slobode spoljnotrgovinskog poslovanja, ističući u čl. 5. da je ono slobodno i da se može ograničiti samo u skladu sa odredbama Zakona, a pravna lica i preduzetnici u obavljanju poslovanja imaju ista prava kao i u domaćem prometu.

Zakon Srbije predviđa u čl. 6. primenu tretmana najpovlašćenije nacije. Definiše ga kao primenu najpovoljnijih uslova u spoljnotrgovinskom prometu sa zemljom kojoj je ovaj tretman dodeljen međunarodnim sporazumom ili odlukom Vlade. U st. 2. čl. 6. Zakon predviđa izuzetke od tretmana najpovlašćenije nacije u odnosu na uslove odobrenim sporazumima o slobodnoj trgovini, o carinskoj uniji, aranžmanom o pograničnoj trgovini.

Zakon implementira sistem nacionalnog tretmana u čl. 7, tako što predviđa da strana roba uvezena na teritoriju Republike neće imati manje povoljan tretman od tretmana koji ima slična domaća roba, kao i da prava intelektualne svojine stranih lica neće imati manje povoljan tretman od tretmana koji je dat pravima intelektualne svojine domaćih lica.

¹⁵ Antidampinške mere podrazumevaju primenu posebnih dažbina na uvoz robe koja se uvodi radi otklanjanja posledica doppinga i one su najčešće korišćeni instrument spoljnotrgovinske zaštite. Antidampinške dažbine se određuju u visini koja je potrebna da se otkloni šteta ili opasnost od štete koja može biti prouzrokovana doppingom i ne može biti viša od antidampinške margine (marže). Antidampinška margina je razlika između uobičajene vrednosti robe i cene po kojoj se ta roba uvozi u našu zemlju. Antidampinška mera u smislu člana 30. tačka 1. Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju je posebna dažbina na uvoz proizvoda koja se uvodi radi otklanjanja negativnih uticaja doppinga. Zakon o spoljnotrgovinskom poslovanju čl. 31, ovlašćuje Vladu da uvodi antidampinške dažbine na predlog nadležnog ministarstva. Videti: čl. 2, Odeljak D, par. 12. Regulative Saveta EU 384/96. *Official Journal of the European Communities*, L. 56 of 06.03.1996, koja je do danas pretrpela 6 revizija. Ova Regulative je najznačajniji pravni izvor u materiji antidampinških mera u pravu EU, kojim je usklađena sa pravilima čl. 6. GATT-a 1994 (Anti-damping sporazum).

¹⁶ Sve uredbе su objavljene u "Sl. glasnik RS", br. 112/2009.

Zakonodavstvo Srbije zabranjuje uvođenje novih, a ne dopušta ni zadržavanje postojećih kvantitativnih ograničenja, osim onih koja su propisana zakonom.¹⁷ Na taj način je nacionalno pravo usaglašeno sa Deklaracijom ministara Urugvajске runde trgovinskih pregovora iz 1986. godine, na osnovu koje su se potpisnice tadašnjeg *GATT-a* obavezale da: a) ne preduzimaju nove mere trgovinskih ograničenja, koje su u suprotnosti sa pravilima *GATT-a* (*standstill klauzula*) i b) postepeno, na neregipročnoj osnovi, ukidaju restriktivne mere, koje su u suprotnosti sa načelima *GATT-a* (*rollback klauzula*).¹⁸

Ipak, u interesu opravdane zaštite nacionalne privrede, odstupanja od međunarodno-pravnog režima spoljnotrgovinskog poslovanja su dopuštena uvođenjem restriktivnih mera, čija primena: a) ne dovodi do proizvoljne ili neopravdane diskriminacije među državama odnosno carinskim teritorijama, u kojima su na snazi isti uslovi; b) nema za cilj prikriveno ograničavanje međunarodne trgovine, ili v) ima za cilj zaštitu: javnog morala; života i zdravlja ljudi, životinja ili biljaka; pravila trgovine zlatom i srebrom; prava intelektualne svojine; umetničkog, istorijskog ili arheološkog blaga; neobnovljivih prirodnih bogatstava; izvršenja obaveza iz međunarodnih sporazuma; životne sredine, prirodnih retkosti i ugroženih biljnih i životinjskih vrsta, ili zaštitu bezbednosti.

3. Sredstvo balansiranja (*“trade off device”*), između slobodne, ili slobodnije trgovine, ustanovljene *GATT-om* 1994, odnosno pravom STO, s jedne strane, i suverenog prava država članica da regulatornim merama ostvaruju zaštitu sopstvenih javno-pravnih interesa, s druge strane, je načelo proporcionalnosti (*proportionality principle*). Ono predstavlja standard za ocenu postojanja ili nepostojanja balansa između legitimnih suverenih regulatornih prava države da štiti nacionalne interese, sa jedne, i njenih obaveza koje je preuzela članstvom u STO, odnosno pristupanjem Opštem sporazumu o carinama i trgovini, sa druge strane. Princip se ne pominje izričito u sporazumima iz okvira STO, ali se na njegovu suštinu nailazi pod drugim nazivima (neophodnost – *“necessity”*; mere sa manjim štetnim trgovinskim dejstvom – *“lest trade restrictive measures”*). Odsustvo njegovog nominovanja nije sprečilo organe za rešavanje sporova pred STO da ga identifikuju i primene u konkretnim situacijama.¹⁹ Dakle, suština sistema propor-

¹⁷ Videti čl. 8. Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju.

¹⁸ O tome: A. Ćirić, *Međunarodno trgovinsko pravo, op. cit.*, str. 277.

¹⁹ U osnovi principa proporcionalnosti je ideja “optimizacije” delovanja pravnih normi, što ga čini predmetom interesovanja teoretičara zaokupljenih razmatranjem uloge pravnih principa u različitim pravnim sistemima. O tome: A. Robert, *“On the Structure of Legal Principles”*, *Ratio Juris*, Vol. 13. No. 3, 2000, r. 294–304. Više o ulozi principa proporcionalnosti u međunarodnom javnom pravu videti u: A. Mads; Zlepting, Stefan, *“Proportionality: WTO Law in Comparative Perspective”*,

cionalnosti se ogleda u iznalaženju ravnoteže između ostvarivanja načela međunarodne slobode trgovine, sa jedne, i očuvanja prava država članica da sopstvenim merama štite javne interese, sa druge strane. Sa tog aspekta primena načela proporcionalnosti u sistemu prava STO ne samo da nije sporna, već je i nužna.

Može se konstatovati da je i Zakon Srbije o spoljnotrgovinskom poslovanju inkorporisao princip proporcionalnosti. Zakon predviđa da se mere ograničenja međunarodnog trgovinskog prometa, donose, sprovode i tumače u skladu sa principima Zakona, kao i sa pravilima STO, propisima EU i obavezama iz međunarodnih sporazuma (čl. 12. Zakona). Mere su dopuštene samo za slučaj da je njihova primena nužna za postizanje ciljeva predviđenih samim Zakonom, zatim ako je to izričito propisano zakonom, i ukoliko su stepen, obim i trajanje mere srazmerni njenoj svrsi. Mera koja se uvodi ne sme da ima za cilj ili posledicu narušavanje slobode trgovine i konkurentnosti učesnika u određenom spoljnotrgovinskom poslu. Mera će se ukinuti, ili će se njen stepen ili obim umanjiti kada se promene okolnosti zbog kojih je ona uvedena.

Vlada Srbije može, na predlog nadležnog ministarstva, doneti mere kojima se ograničava spoljnotrgovinsko poslovanje, jedino pod uslovima propisanim Zakonom o spoljnotrgovinskom poslovanju.²⁰ Ako se donetom merom predviđa pribavljanje isprave koja je uslov za uvoz, izvoz ili tranzit robe, spisak takve robe objavljuje se u "Službenom glasniku Republike".

Valja napomenuti, da će se i za slučaj ispunjenja navedenih uslova, ograničenje spoljnotrgovinskog prometa smatrati nedopuštenim ukoliko bi se utvrdilo da su cilj ili posledica ograničenja doveli do narušavanja konkurencije između učesnika u konkretnim MTO.

Usaglašenost spoljnotrgovinskog zakonodavstva Srbije sa međunarodnim pravnim režimom

1. Od nacionalne pravne regulative spoljnotrgovinskog poslovanja zahteva se da sužava prostor nepotrebnom etatizmu u regulisanju MTO. Ona je dužna da im pruža neophodnu pravnu sigurnost u zasnivanju i regularnost u sprovođenju, uz istovremeni respekt njihove međudržavne "multilateralizacije". Aksiom

Texax International Law Journal, Vol. 42, 2007, r. 372–428. Navedeno prema: P. Cvetković, Princip proporcionalnosti u pravu WTO: primer člana XX GATT-a", "Pravo i privreda, br. 5-8 /2008, str. 692–705.

²⁰ Na postupak donošenja pojedinačnih upravnih akata, primenjuju se odredbe Zakon o upravnom postupku, a protiv donetih akata je dopušteno pokretanje upravnog spora (čl. 15. Zakona).

neophodnosti učešća nacionalnih privreda u međunarodnoj trgovinskoj razmeni, a sledstveno tome i poštovanje prava STO, kao generatoru globalnog normativnog okvira takve razmene, podrazumeva "samocenzuru" ciljeva i sredstava nacionalnih politika u skladu sa pravilima "svetskog trgovinskog prava" ("prava STO"). Pri tome, nije čak značajna ni činjenica što zemlja nije formalno članica ove Organizacije.

Nacionalni akteri MTO se pouzdaju u zaštitu sopstvenog "interesa očekivanja", odnosno opravdano veruju da će države poštovati međunarodno-pravni režim, koji se zasniva na sporazumima STO. Privredni subjekti različitih nacionalnosti slobodnije stupaju u poslovne odnose sa partnerima van granica sopstvene države, uvereni u standarde postupanja ne samo svoje, nego i vlada država u kojima obavljaju privrednu aktivnost, ili sa čijim subjektima ostvaruju svoje trgovinske interese.²¹ Očigledna je neophodnost stalnog usaglašavanja nacionalnih propisa u ovoj oblasti sa izvorima prava međunarodnog karaktera. Međuzavisnost strukture u svetskoj privredi, danas, ne dopušta metode jednostranih odluka nacionalnog karaktera.

2. Pojam spoljnotrgovinskog poslovanja Srbije je određen Zakonom i on obuhvata: a) spoljnotrgovinski promet; b) obavljanje privrednih delatnosti u inostranstvu i v) obavljanje privrednih delatnosti stranih lica na teritoriji Srbije.

Saglasno čl. 2. Zakona, spoljnotrgovinski promet je obim razmene između domaćih i stranih lica koji se obavlja na osnovu ugovora zaključenih u skladu sa domaćim propisima i međunarodnim ugovorima.²² Obavljanje privrednih delatnosti obuhvata direktno ulaganje i investicione radove stranog lica u Srbiji, odnosno domaćeg lica u drugoj državi ili carinskoj teritoriji.²³

²¹ O ovome: P. Cvetković, O pravu Svetske trgovinske organizacije: asimetrija prava i obaveza kao ključna determinanta, *op. cit.*, str. 501–502.

²² Ovi poslovi obuhvataju: izvoz i uvoz robe i usluga; uvoz robe i usluga koje predstavljaju investiciona ulaganja stranih lica; uvoz i izvoz robe po osnovu ugovora o dugoročnoj proizvodnoj kooperaciji, kompenzacione poslove sa inostranstvom, reeksportne poslove, malogranični promet, međunarodne sajamske kompenzacione poslove, pribavljanje i ustupanje prava industrijske svojine, znanja i iskustva (*know-how*) i dr. Obavljanje privrednih delatnosti u inostranstvu podrazumeva: obavljanje proizvodnih, trgovinskih, uslužnih, naučnoistraživačkih, bankarskih i drugih finansijskih poslova i poslova osiguranja i reosiguranja, saglasno propisima zemlje u kojoj se ove delatnosti obavljaju.

²³ U smislu stava 2. ovog člana: direktno ulaganje je osnivanje privrednog društva, ogranka, predstavništva, kupovina udela ili akcija u kapitalu privrednog društva, dokapitalizacija privrednog društva i svaki drugi oblik ulaganja stranog lica u Srbiji, odnosno domaćeg lica u drugoj državi ili carinskoj teritoriji., dok se pod investicionim radovima podrazumeva: projektovanje, građevinski i zanatski radovi, inženjerski radovi i svi ostali radovi i usluge na objektima koje vrši, odnosno pruža strano lice u Srbiji, odnosno domaće lice u drugoj državi ili carinskoj teritoriji.

Brojna pitanja spoljnotrgovinskog poslovanja su regulisana podzakonskim aktima.²⁴ Njih donose nadležni državni organi, vlada, ministarstva i drugi upravni organi i njihove starešine. Poseban značaj iz ove grupe izvora imaju uredbe²⁵, ali su važne i odluke²⁶, rešenja, naredbe²⁷, uputstva, pravilnici²⁸ i sl.

U tzv. međunarodne izvore prava spoljne trgovine opšteg karaktera ubraja-ju se dvostrani i višestrani međunarodni sporazumi trgovinskog karaktera i nji-ma slični ugovori, kojima se uređuju brojna pitanja kako na međudržavnom bila-teralnom nivou, tako i na znatno širem, globalnom, međunarodnom planu. U te izvore spadaju bilateralni trgovinski sporazumi o robnoj razmeni, ugovori o pod-šticaju i zaštiti stranih ulaganja, o izbegavanju dvostrukog oporezivanja, dok se na širem planu izdvajaju sporazumi regionalnog i univerzalnog značaja. Tako na pri-mer, Sporazum o osnivanju Evropske zajednice, Sporazum o slobodnoj trgovini u Centralnoj Evropi (*Central European Free Trade Association – CEFTA*),²⁹ kojim je stvorena zona slobodne trgovine, kao i na univerzalnom planu, na primer, Opšti sporazum o carinama i trgovini, zatim Sporazum o osnivanju STO, ili Ugovor o osnivanju Međunarodnog monetarnog fonda.

²⁴ Tako, na primer, otvaranje i rad ogranaka i filijala stranih lica na teritoriji domaće zemlje, zastupanje stranih lica, kompenzacioni poslovi sa inostranstvom, kriterijumi za odobrenje carinskih kvota, razvrstavanje robe na oblike izvoza i uvoza, privremena zabrana uvoza određenih proizvo-đa iz inostranstva, uslovi naplate izvezeno robe i pruženih usluga, uslovi iznošenja stranog novca za plaćanja u inostranstvu, način sprovođenja javne licitacije za davanje koncesija stranim licima, uslo- vi za davanje ovlašćenja bankama za poslovanje sa inostranstvom, kao i o uslovi za oduzimanje tih ovlašćenja, uslovi obavljanja menjačkih poslova, plaćanje carinskih i drugih uvoznih dažbina i čitav niz drugih značajnih pitanja predstavljaju predmet regulative podzakonskih akata.

²⁵ Na primer: Uredba o uvozu motornih vozila ("Sl. glasnik RS", br. 23/2010); Uredba o bli- žim uslovima za primenu antidampinških mera ("Sl. glasnik RS", br. 112/2009); Uredba o privreme- nom kvantitativnom ograničenju izvoza, odnosno upućivanja određene vrste robe ("Sl. glasnik RS", br. 18/2011);

²⁶ Odluka o izvozu šećera u zemlje Evropske unije ("Sl. glasnik RS", br. 60/2010), ili Odluke o svrstavanju robe koje je doneo Komitet za harmonizovani sistem Svetske carinske organizacije na 32. zasedanju, ("Sl. glasnik RS", br. 75/2010). "Sl. glasnik RS", br. 75/2010 od 20. oktobra 2010. godi- ne u originalu na engleskom jeziku i u prevodu na srpski jeziku. Videti i: http://www.wcoomd.org/home_hsoverviewboxes_hspreviousessionlist.htm

²⁷ Primera radi videti Naredbu o određivanju dana pružanja usluga u spoljnoj trgovini ("Sl. glasnik RS", br. 109/2009).

²⁸ Na primer, Pravilnik o načinu uzimanja uzoraka robe od strane carinskog organa ("Sl. glasnik RS", br. 96/2010).

²⁹ Videti: S. Golubović, "Uloga Centralnoevropske zone slobodne trgovine (CEFTA) u pri- druživanju zemalja zapadnog Balkana Evropskoj uniji", članak u zborniku radova "Balkan u procesu evrointegracije: koncepcije razvoja i socijalne implikacije", Niš, 2008, str. 99–110.

U grupu ugovora *sui generis* mogu se svrstati akti poput Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju zaključenog između Evropskih zajednica i strana njihovih članica, sa jedne strane, i Srbije, sa druge strane³⁰. U čl. 1. Sporazuma se ističe da su ciljevi pridruživanja unapređivanje skladnih ekonomskih odnosa i postepeno stvaranje zone slobodne trgovine između Zajednice i Srbije.

Novo spoljnotrgovinsko zakonodavstvo Srbije proklamuje slobodu MTO, čije je ograničenje dopušteno samo u skladu sa odredbama Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju, koji je usaglašen sa međunarodno-pravnim režimom zasnovanom, pre svega, na pravu STO i drugim izvorima prava međunarodnog karaktera. Postupci preduzeti u skladu sa odredbama Zakona ne mogu se sprovesti na način koji bi ograničavao spoljnu trgovinu ili predstavljao prikrivenu zaštitu domaćih proizvoda.

ZAKLJUČAK

Prevashodni zadatak države u svojstvu javno-pravnog subjekta spoljnotrgovinskog poslovanja je da, u granicama svoje zakonodavne vlasti, definiše strukturu i sadržinu njegovog relevantnog pravnog okvira. Pravo države da reguliše spoljnotrgovinsku delatnost na svojoj teritoriji, danas, nije apsolutno. Ono trpi različite vidove ograničenja, od kojih je najznačajnija eksterna relativizacija njenih suverenih ovlašćenja. Relativizacija ove vrste se zasniva na pravilima međunarodnih organizacija, kojima se uređuju brojna pitanja prekogranične trgovinske razmene, kao i na normama međudržavnih ugovora. Države nastoje ne samo da usaglase sadržaje svojih privrednih i trgovinskih politika, već teže realizaciji zajedničkih tržišta, carinskih unija, zona slobodne trgovine i drugih oblika dugoročne trgovinske saradnje. Na taj način one doprinose institucionalizaciji i multilateralizaciji MTO. Realizujući takve procese, države gube samostalnost u oblasti nacionalne trgovinske zakonodavne nadležnosti u sferi spoljnotrgovinske delatnosti. Države implementiraju u svoje nacionalno zakonodavstvo pravne norme iz međunarodno-pravnog regulatornog okvira što ograničava njihov nacionalni legislativni kapacitet. Na delu je supranacionalizam, kao metod odlučivanja, koji karakteriše donošenje odluka međunarodnih organizacija većinom glasova. To znači da je država dužna da sprovodi takvu odluku, čak i kada njeni predstavnici nisu glasali za njeno usvajanje. Pored prava STO, koje u tom smislu ima najveći značaj, pose-

³⁰ Videti: Zakon o potvrđivanju Prelaznog sporazuma o trgovini i trgovinskim pitanjima između Evropske zajednice, sa jedne strane, i Republike Srbije, sa druge strane, ("Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori", br. 83/2008.).

ban uticaj na nacionalno zakonodavstvo u oblasti MTO vrše ustaljena načela, odnosno standardi međunarodne trgovinske prakse.

Novo spoljnotrgovinsko zakonodavstvo Srbije proklamuje da su trgovinski odnosi sa inostranstvom slobodni i da se mogu ograničiti samo u skladu sa odredbama Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju, koji je usaglašen sa međunarodno-pravnim režimom zasnovanom na pravu STO i drugim izvorima prava međunarodnog karaktera, posebno sa pravom EU. Postupci preduzeti u skladu sa odredbama Zakona ne mogu se sprovesti na način koji bi ograničavao spoljnu trgovinu ili predstavljao prikrivenu zaštitu domaćih proizvoda. Povreda spoljnotrgovinskog zakonodavstva je sankcionisana na pravno najstroži način. Ništav je pravni akt organa uprave kojim se ograničava spoljna trgovina suprotno odredbama Zakona.

ALEKSANDAR ĆIRIĆ, Ph.D.,
Professor, Faculty of Law University of Niš

INTERNATIONAL LEGAL REGIME AND LAW OF THE WORLD TRADE ORGANIZATION AS ELEMENTS OF NATIONAL FOREIGN TRADE LEGISLATION

Summary

The author based his research on the analysis of the impact of the international regime on foreign trade legislation creation and enforcement within national legal systems. In the context of a general theme, the emphasis is placed on the foreign trade legislation in Serbia. In addition to the introduction and conclusion, the article contains special sections that relate to: the generally accepted principles of international trade regime, the regulatory functions of the World Trade Organization (WTO) provisions and its impact on national legislations, national regulation methods, the legal regime of international trade relations and measures to protect national interests, an analysis based on the example of harmonization of Serbian legislation with international legal regime etc. The final part of the article is devoted to the application of the standards of proportionality, as a mean for assessing the existence of regulatory balance between the legitimate rights of the regulatory state to protect national interests on the one hand and its obligations arising from international legal regime on other. Finally it is concluded that the foreign trade legislation of Serbia is in compliance with international legal regime in the field of international trade relations.

PREDRAG CVETKOVIĆ,
SRĐAN GOLUBOVIĆ

SPORAZUM SVETSKE TRGOVINSKE ORGANIZACIJE O JAVNIM NABAVKAMA

– Pravni okvir javno-privatnog partnerstva –

OPŠTA RAZMATRANJA O JAVNO-PRIVATNOM PARTNERSTVU

Javno-privatno partnerstvo (e. *Public-Private Partnership*; n. *Öffentlich-Private Partnerschaft-ÖPP*; dalje i: JPP) predstavlja model saradnje javnog i privatnog sektora u cilju efikasnog funkcionisanja delatnosti od opšteg interesa.¹

Dr Predrag Cvetković, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Istraživač na projektu “Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru” (179046) koji se realizuje na Pravnom fakultetu Univerziteta u Nišu, uz podršku Ministarstva za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije. Istraživač na projektu “Održivost identiteta Srba i nacionalnih manjina i pograničnim opštinama istočne i jugoistočne Srbije” (179013) koji se realizuje na Univerzitetu u Nišu – Mašinski fakultet, a finansira ga Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

Dr Srđan Golubović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Istraživač na projektu “Održivost identiteta Srba i nacionalnih manjina i pograničnim opštinama istočne i jugoistočne Srbije” (179013) koji se realizuje na Univerzitetu u Nišu – Mašinski fakultet, a finansira ga Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

¹ Tradicija javno-privatnih partnerstva duža je u SAD nego u državama EU. Počevši od pedesetih godina prošlog veka, JPP su u Sjedinjenim Američkim državama bila instrument federalne vlade za stimulisanje privatnih investicija u infrastrukturu gradova i regiona. Lokalne samouprave bile su ohrabrivane da ulaze u zajedničke projekte sa privatnim investitorima. Kasnije je obim ovlašćenja lokalnih samouprava proširen, a uloga federalnih vlasti smanjena. Posledica navedenog pri-

Javno-privatno partnerstvo kao koncept ima se čitati u ključu tenzije između osnovnih karakteristika javnog i privatnog sektora. Prvi je svojom strukturom i načinom funkcionisanja usmeren ka zaštiti, ostvarivanju i razvijanju opšteg (javnog) interesa. Potonji je, pak, utemeljen na privatnoj inicijativi usmerenoj ka ostvarivanju dobiti. Ova razlika ključna je teškoća u konstruisanju pravnog okvira javno-privatnog partnerstva. Njeno prevazilaženje moguće je kroz postupak postepenog i detaljnog usklađivanja gore navedenih interesa.

Pristupanje javno-privatnom partnerstvu zahteva donošenje strateške političke odluke pouzdanog legitimiteta. Javno-privatno partnerstvo razara u korenu koncept zasnovan na monopolu javnih preduzeća. – Opisani proces stoga mora biti prepoznat kao rezultat jasne i nepovratne odluke da se javni sektor otvori privatnom kapitalu, na način koji ne ugrožava ostvarivanje i zaštitu javnog interesa.² Pravni okvir za JPP trebalo bi da obezbedi uslove za tržišnu utakmicu, koja bi rezultirala višim nivoom efikasnosti i onih preduzeća koja nisu koncipirana u formi javno-privatnog partnerstva (e. “*race to the top*” efekat). Uzimajući kao premisu da demonopolizacija javnog sektora ne može da ostane u okvirima nacionalnog tržišta, prihvatanje i sprovođenje JPP kao legitimne forme obavljanja delatnosti od javnog interesa i izgradnje infrastrukture uslovljava državu da *liberalizuju sopstveni pravni okvir* (e. “*race to the bottom*” efekat). Privlačenje investitora u javno-pravni sektor postaje deo “borbe za kapital” između država.

Iz gore navedenog može se zaključiti da je politička senzitivnost ključna odlika javno-privatnog partnerstva, koja u značajnoj meri determiniše i njegove pravne

stupa je rast poverenja u privatni kapital i preovlađujući stav da je država “loš vlasnik”, a da privatni sektor obezbeđuje viši nivo dobara i usluga od opšteg interesa. Odras opisanog shvatanja je restrikcija obaveza i odgovornosti države za javni sektor i njegovo prepuštanje privatnoj inicijativi. U prilog ovom razvoju išla je i činjenica da su lokalne samouprave ojačale svoju ulogu u odnosu na federalnu vladu tokom poslednje decenije XX i u prvoj polovini ovog veka. Primeri JPP koncepta u savremenom smislu, u Evropi se javljaju šezdesetih godina prošlog veka (izgradnja mreže autoputeva u Španiji 1968. godine). Punu ekspanziju JPP koncept doživljava u kasnim osamdesetim godinama prošlog veka. Razlog promocije javno-privatnog partnerstva je usvajanje privatizacije javnog sektora kao stuba ekonomske politike razvijenih država. Videti više u: Predrag N. Cvetković, Tamara Milenković-Kerković, “Javno-privatno partnerstvo: polazna razmatranja”, Pravo i privreda. Beograd: Udruženje pravnika u privredi Srbije, 2011, br. 4–6 (2011), str. 758–770.

² Osnovni je cilj i javnopravnih i privatnopravnih aktera da “moralni hazard” koji preuzimaju bude smanjen na najmanju moguću meru (ako ne i eliminisan). “Moralni hazard” na strani javnopravnih subjekata ogleda se u poverenju da će akter iz privatnopravnog sektora težiti ostvarivanju javnog, a ne isključivo privatnopravnog interesa. Privatnopravni subjekt, pak, deluje u uverenju da će biti tretiran ravnopravno u partnerstvu usmerenom ka ostvarivanju javnog interesa (pri čemu će njegov privatni interes biti uvažavan u meri u kojoj služi ostvarivanju, takvog, javnopravnog interesa). Step en ispunjenja navedenog cilja jeste i mera za kvalifikovanje pravnog okvira JPP-a kao odgovarajućeg ili nefunkcionalnog.

karakteristike. – Naime, raspolaganje javnim resursom u korist privatnopravnog subjekta pod paskom je političke javnosti. Navedena pažnja imanentna je u svim državama, a posebno onima u kojima prelaz iz državno kontrolisane u stabilnu i regulatorno perfekuiranu tržišnu privredu nije do kraja okončan.

“Polivalentnost” javno-privatnog partnerstva

Javno-privatno partnerstvo kao društveni fenomen posmatra se u različitim diskursima. Ova karakteristika JPP, definisana kao njegova “polivalentnost” ima ključan značaj za njegovo sagledavanje kroz vizuru regulatornog okvira.

U političkom smislu, *credo* na kome se zasniva opravdanje javno-privatnog partnerstva je da JPP stvara kapacitet ostvarivanja javnih ciljeva na način i obimu koji prevazilazi one koji bi se realizovali da ove ciljeve ostvaruje isključivo javno-pravni sektor (*sinergetski efekat saradnje javnog i privatnog sektora*). Upravo je cilj javno-privatnog partnerstva unapređenje sposobnosti javnih i privatnih aktera da definišu *in concreto* sadržinu pojma javnog interesa (javnog dobra) te da oblikuju socijalne, ekonomske i političke procese koji služe ostvarivanju i zaštiti takvog interesa. Opisana je uloga tim značajnija imajući u vidu da izazovi globalnog tržišta utiču na kapacitet vlada da artikulišu konkretnu sadržinu, odnosno obezbeđuju ostvarivanje javnog interesa. Učešće privatnog sektora stimuliše konkurenciju, jača inovativnost i usvaja pluralizam i toleranciju kao važne socijalne vrednosti. Ipak, činjenica je da država (javni sektor) i dalje ostaje značajan akter koji utiče na usaglašavanje postojećih javnopravnih upravljačkih struktura sa savremenim zahtevima globalnog tržišta i političke međuzavisnosti.³

Javno privatno partnerstvo ima i ulogu okvira za nastanak novog modela upravljanja javnim sektorom. – U ovom kontekstu, javno-privatno partnerstvo obezbeđuje viši nivo ostvarivanja tzv. javnog dobra: privatni sektor doprinosi smanjenju troškova ostvarivanja javnog interesa putem primene znanja i umenja, te finansijske podrške i tržišne logike. Time se javnom sektoru omogućava smanjenje poreskog opterećenja (s obzirom da se finansijska konstrukcija obezbeđuje sredstvima privatnog sektora) i korišćenje fiskalnog prihoda za druge svrhe. Upliv privatnog sektora u ostvarivanje javnog interesa stimuliše i sticanje novih znanja i kreiranje novih upravljačkih i ekspertskih struktura sačinjenih od novih aktera koji ranije nisu učestvovali u javnim poslovima. Javno-privatno partnerstvo utiče

³ Videti: Christoph Knill, Dirk Lehmkuhl, “Private Actors and the State: Internationalization and Changing Patterns of Governance”, članak dostupan na: https://www.alexandria.unisg.ch/export/DL/Dirk_Lehmkuhl/53139.pdf.

i na tržište javne snage: deo korpusa javnih službenika prelazi iz javnog u privatni sektor. Time se stvara nova "tehnokratska" klasa u najboljem smislu reči, koja ima iskustva iz "oba sveta" i postaje kadrovski potencijal za sprovođenje ideje efikasnog upravljanja procesima koji za cilj imaju ostvarivanje javnog interesa privatnim kapitalom.

*Javno-privatno partnerstvo predstavlja vid moralne regeneracije*⁴: – Naime, privatni sektor postepeno ostvaruje kvalitativni skok i sopstveni, po definiciji uski privatni interes sagledava kroz prizmu javnog dobra. Time se fundamentalno menja i odnos javnog i privatnog sektora: odnos hijerarhijske i komandne regulative (pri čemu je privatni sektor tretiran kao subjekt drugog reda, što je neretko razlog za reakciju privatnog sektora koja se, s druge strane, od strane javnog sektora stigmatizuje kao "neuvažavanje" javnog interesa) menja se odnosom poverenja i kooperacije. Država postaje bliža tržištu, bilo kao regulator, bilo kao preduzetnik.

Uticao javno-privatnog partnerstva značajan je i u socijalnom diskursu. – Na ovom mestu važno je pomenuti da kvalifikacija socijalne komponente ostvarivanja javnog interesa kao "drugorazredne" u odnosu na promociju tržišnog principa, predstavlja moguću prepreku adekvatnom sprovođenju javno-privatnog partnerstva kao legitimnog društvenog koncepta. Učešće privatnog sektora u javnim poslovima može dovesti do relativizacije javnog interesa i "sakralizacije" tržišnog principa uz istovremeno zanemarivanje socijalne komponente javnog dobra. Relativizacija javnog interesa nastupa ukoliko privatni sektor svoje ponašanje isključivo zasniva na lukrativnim načelima. Stoga privatni sektor mora da deluje ne samo kao neko ko pruža i obezbeđuje ostvarivanje javnog interesa, već i kao garant jednakosti u dostupnosti "javnog dobra", na isti način kako to čini javni sektor. Mehanizam transparentnosti i javne odgovorosti služi kao korektiv navedenoj

⁴ Videti: Martha Minow, "Public and Private Partnerships: Accounting for the New Religion", članak dostupan na: <http://www.jstor.org/stable/pdfplus/1342726.pdf>. Povezivanje etike i JPP kao fenomena provocira multidisciplinarni pristup u istraživanju odnosa javnog i privatnog sektora u kontekstu ekonomske delatnosti. Tako Karl Homan (n. "Karl Homman"), analizirajući odnos ekonomije i "moći" (n. "Macht", pri čemu se polazi od pretpostavke da svaka moć ima pripadajućí moral), ukazuje na ograničenu mogućnost da "moć" nametne svoj moral i suspenduje ili ograniči primenu i dejstvo kardinalnih ekonomskih zakonitosti. Na duži rok, ekonomska zakonitost preovladava. Opisano i slična istraživanja su od značaja i za sagledavanje odnosa javnog i privatnog sektora (javnog sektora kao nosioca određenog "morala" zasnovanog na aktuelnoj društvenoj "moći" i privatnog sektora kao promotera ekonomskih zakonitosti) unutar konstrukcije javno-privatnog partnerstva. Videti više u: Karl Homann, "Moral oder ökonomisches Gesetz?", Diskussionspapier Nr. 2007-7, des Lehrstuhls für Wirtschaftsethik an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, hrsg. von Ingo Pies, Halle 2007. Rad je dostupan na internet adresi: http://edoc.bibliothek.uni-halle.de/servlets/MCRFileNodeServlet/HALCoRe_derivate_00001197/DP_2007-07_Homann_Moral_oder_%C3%B6k_Gesetz.pdf.

potencijalnoj štetnoj posledici. Pravni okvir za JPP mora da uvažava gore navedene okolnosti.

Modeli obezbeđenja javnog interesa

Predmet javno-privatnog partnerstva jeste pružanje usluga ili obavljanje delatnosti od javnog interesa. S obzirom na značaj i karakteristike sektora u kome se ove usluge pružaju ili delatnost obavlja, razlikuju se dva modela obezbeđenja javnog interesa.⁵

Prvi modalitet je obezbeđenje javnog interesa kroz tržišne mehanizme, pri čemu javni sektor posreduje ili je u odnosu konkurencije sa privatnopravnim operaterima iz korespondentnog polja delovanja.

Drugi je model koji ograničava delovanje zakona konkurencije u odnosnom javnom sektoru. Radi se o sektorima koji su “zaklonjeni” od uticaja zakona tržišta, s obzirom na suštinski značaj koji odnosni sektori imaju za državu (za ove se sektore u terminologiji anglosaksonskog govornog područja koristi izraz “*essential facilities*”). Reč je o sektorima “državne sile”, poput nacionalne bezbednosti i zaštite javnog reda i mira.

Stav države prema odnosu javnog i privatnog sektora u oblasti obezbeđenja javnog interesa ima dva osnovna obrasca: korporativni obrazac (korporatizam) i obrazac “regulatorne” države.⁶

Korporatizam je zasnovan na premisi da država uvek i svuda ima dualnu ulogu: ulogu operatera čiji je zadatak obezbeđenje javnog interesa, te ulogu “zaštitnika” takvog interesa. Korporatizam supstituiše izostanak delovanja tržišnih mehanizama (baziranih na osnovnom na motivu maksimiziranja profita), time što predviđa administrativne mehanizme utvrđivanja javnog interesa, te dinamiku i strukturu njegovog zadovoljenja (ovi javno-pravni mehanizmi se u literaturi, s nedostatnim opravdanjem, nazivaju i “javnim tržištem”).⁷

Alternativa konceptu korporatizma (u diskursu odnosa javnog i privatnog sektora) jeste *koncept regulatorne države*. Regulatorna država obezbeđenje javnog interesa delom ostavlja tržištu. Uloga države ograničena je na definisanje pravila

⁵ U nastavku će se iz razloga ekonomičnosti teksta koristiti termin “obezbeđenje javnog interesa”: ovaj pojam, u kontekstu ovog rada, obuhvata pružanje usluga i obavljanje delatnosti koje tangiraju javni interes.

⁶ Videti: Christopher Bovis, “Public Private Partnerships: Editorial - The Challenges and Opportunities for Delivering Public Services in the 21st Century”, EPPPL (European Public Private Partnership Law), 01/2010, str. 1–21.

⁷ Videti: Christopher. Bovis, “Public Procurement: Case Law and Regulation”, *OUP*, 2006, Chapter 1, str. 24–35.

igre i strukture podrške privatnim akterima da u svom delovanju ostvaruju socijalno “poželjne” rezultate, što se može smatrati sinonimom za izraz “obezbeđenje javnog interesa”. Opisani “ustupak” od strane države, rezultat je privatizacije javnog sektora koja je uslovila deregulaciju i izmenu intervencionističke paradigme koja karakteriše korporatizam: umesto nje prihvaćen je koncept korektivnog delovanja tržišta. Regulatorna država obezbeđuje upliv privatnog sektora u upravljanje javnim poslovima. Opisani se uticaj obezbeđuje interakcijom sa javnim sektorom već u fazi definisanja politike u određenoj oblasti, a potom i u toku njene implementacije. Ipak, čini se da JPP u graničnim situacijama (kada je neophodno opredeliti se za javni ili privatni interes) ostaje u senci hijerarhije: tada se država vraća na obrazac hijerarhijskog postupanja, zadržavajući permanentno pravo (kroz tzv. “hijerarhijsku konstantu”)⁸ da primeni intervencionističku paradigmu u slučaju ugrožavanja javnog interesa zbog neodgovarajućeg postupanja privatnog sektora.

*STO Sporazum o javnim nabavkama
kao okvir javno-privatnog partnerstva*

Gore navedene karakteristike javno-privatnog partnerstva predstavljaju instrumente za tumačenje mesta javno-privatnog partnerstva u pravu Svetske trgovinske organizacije (e. “World Trade Organization-WTO”; dalje i: STO), kao najznačajnije institucionalne reakcije na globalizaciju uslova i okolnosti međunarodne ekonomske razmene. Svetske trgovinske organizacije.⁹

⁸ Kriterijum za javnu, politički profilisanu odgovornost, jeste obezbeđenje nivoa ostvarivanja i zaštite javnog interesa baziranog na najboljoj praksi (e. “best practice”). Odgovorni javno-pravni entiteti imaju obavezu da ustanove standarde za vršenje javnih službi i zaštite javnog interesa, bez obzira na to da li se ovaj interes štiti od strane privatnog ili javnog sektora. Navedena osobenost pružanja javnih usluga definiše se kao “hijerarhijska konstanta” javnog sektora i relevantna je i za oblast javno-privatnog partnerstva

⁹ Svetska trgovinska organizacija nastala je kao izraz ekonomske globalizacije, definisane kao proces integracije globalne trgovine robom i uslugama i otvaranju granica za strane direktne investicije. Ubrzavanje procesa globalizacije imalo je za rezultat eliminisanje barijera u međunarodnom protoku robe, usluga i novca. Dijalektika ovog procesa zakonito je vodila kreiranju adekvatnog pravnog odgovora. On je, prirodom postavljenih zadataka, morao proisteći iz polja delovanja Međunarodnog ekonomskog prava. Generisana kao kao rezultat uspešnog okončanja Urugvajске runde pregovora o Opštem sporazumu o carinama i trgovini (e. “General Agreement on Tariffs and Trade”; GATT), u svojim temeljima imala je težnju da postane sistemski struktuirani regulatorni okvir svetske trgovine. Danas STO ima 155 država članica i 29 država posmatrača. Više o pravno-političkim i ideološkim premisama na kojima je zasnovana Svetska trgovinska organizacija videti u: Predrag N. Cvetković, “Uvod u pravo Svetske trgovinske organizacije”, Niš, 2010, str. 294, str. 1-8 i 44-66.

Javno-privatno partnerstvo kao fenomen međunarodnog karaktera i implikacija, nije bez značaja za Svetsku trgovinsku organizaciju: privatno preduzeće može biti zainteresovano za partnerstvo sa javnim telom strane države, jednako kao i što država može biti zainteresovana za privlačenje stranih investicija putem JPP koncepta. Ergo, javno-privatno partnerstvo institut je čija je legitimnost u institucionalnom i regulatornom diskursu Svetske trgovinske organizacije nesporna.

Uži okvir uređivanja javno-privatnog partnerstva u pravu STO jeste Sporazum o javnim nabavkama (e. "Agreement on Government Procurement"-GPA; dalje i: GPA; Sporazum). Navedeni Sporazum spada u grupu plurilateralnih sporazuma.¹⁰ Plurilateralni sporazumi su vid usklađivanja pravnog okvira država članica STO putem pozitivne integracije u formi "druge brzine". Ovaj vid integracije odvija se u oblastima koje nisu sazrele za regulisanje na nivou prihvatljivom za sve države članice. Stoga nisu uređene multilateralnim sporazumima. Za razliku od multilateralnih sporazuma, koje sve države usvajaju kao integralnu pravnu strukturu (e. "single package"), plurilateralni sporazumi važe samo za države članice koje su ovim sporazumima pristupile.¹¹ Plurilateralna priroda GPA uslovljava da izmena ovog i drugih plurilateralnih sporazuma, za razliku od multilateral-

¹⁰ Plurilateralnih trgovinskih sporazuma u sistemu STO ima dva: Sporazum o trgovini civilnim vazduhoplovima (e. "Agreement on Trade in Civil Aircraft") i Sporazum o javnim nabavkama (e. "Agreement on Government Procurement"). Postoji "politički" pritisak na nove države članice da pristupe plurilateralnim sporazumima. Navedena činjenica indicira težnju država članica da limitiraju manevarski prostor državama kandidatima u pogledu upodobljavanja dinamike i sadržine svog pristupa Svetskoj trgovinskoj organizaciji sopstvenim ekonomskim, pravnim i političkim okolnostima. *De lege ferenda*, plurilateralni sporazumi mogući su okvir potencijalnog regulisanja materije koja je ostala izvan regulatornog doseg prava STO, poput stranih investicija i pravila konkurencije. O plurilateralnim sporazumima videti više u: Predrag N. Cvetković, "Uvod u pravo Svetske trgovinske organizacije", str. 48–51.

¹¹ Princip "jedinstvenog poduhvata" (e. "single undertaking") ili "jedinstvenog paketa" podrazumeva da su pregovori o pristupanju Svetskoj trgovinskoj organizaciji pozitivno okončani samo ukoliko je sporazum o svim pitanjima uključenim u pregovore ("there is no agreement on anything until there is an agreement on everything"). Ovaj princip obezbeđuje pravnu formu realnosti postojanja potrebe uzajamnog poštovanja različitih interesa: sve države članice moraju se saglasiti sa pravilima STO u njihovoj ukupnosti, ili saglasnosti nema. Ekonomski razvijene države moraju, dakle, prilikom korišćenja svog uticaja unutar institucionalnog okvira STO, imati u vidu i interese drugih, nerazvijenih i država u razvoju koje su članice Svetske trgovinske organizacije. Pri tome, njihova "prinuda" da se ponašaju na takav način ima svoj ekonomski ratio: naime, korist od poštovanja i primene prava STO nisu neophodno rezultat vidljive bilateralne razmene koncesija unutar Svetske trgovinske organizacije, niti se ostvaruju u istom vremenskom okviru kada se realizuje ustupak (korist može nastupiti i kasnije, prilikom pregovora o određenom drugom segmentu međunarodne trgovine, kada se dati ustupak može iskoristiti kao adut u razgovorima). C.f: Robert Wölfe, "The WTO Single Undertaking As Negotiating Technique and Constitutive Metaphor", "Journal of International Economic Law", Oxford University Press, 2009, 1–24.

nih, podleže posebnim pravilima sadržanim u Sporazumu o javnim nabavkama, a ne opštim pravilima utvrđenim u Sporazumu o osnivanju STO.¹²

Cilj GPA je obezbeđenje transparentnosti, nediskriminacije i delovanje zakona konkurencije u oblastima kod kojih država ima ulogu kupca roba i usluga. Važnost ovog sporazuma leži u njegovom kapacitetu da, između ostalog, služi kao pravni okvir za javno-privatno partnerstvo. Zaključak o navedenoj funkciji Sporazuma o javnim nabavkama izveden je iz činjenice da je predmet njegovog uređivanja oblast javnih nabavki, kao širi okvir za definisanje uslova ulaska privatnog sektora u javni domen.¹³ Razlozi usvajanja stava o GPA kao funkcionalnom

¹² O proceduri izmene sporazuma iz sistema STO videti više u: Predrag N. Cvetković, "Uvod u pravo STO", op. cit., str. 39–40.

¹³ Sličan metodološki pristup prisutan je i u pravu EU, kod kojih je javno-privatno partnerstvo uređeno direktivama čiji je režim javnih nabavki. Principi i pravila sadržani u Lisabonskom sporazumu, u odsustvu sekundarnih izvora prava sa karakterom *sedes materiae* za uređivanje javno-privatnog partnerstva, komplementiraju se pravilima sadržanim u uputstvima EU koja uređuju materiju javnih nabavki. Uputstva nisu *sedes materiae* za PPP, ali su relevantna s obzirom da se obuhvataju i proceduru javnih nabavki robe i usluga od opšteg interesa. Radi se o sledećim uputstvima: Uputstvu o koordinaciji procedure za dodelu ugovora o javnim radovima i građenju, ugovora o snabdevanju dobrima od opšteg interesa i ugovorima o pružanju usluga od opšteg interesa (e. "Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts" - "Tradicionalno upustvo"); Uputstvu o javnim nabavkama u posebnim sektorima – vodoprivrede, energetike, transporta i poštanskih usluga (e. "Directive 2004/17/EC on contracts with entities operating in the «special sectors» of water, energy, transport and postal services" - "Specijalno uputstvo"). Ovo uputstvo nije ograničeno samo na navedene sektore, za koje se koristi generični naziv "utility activities" (obuhvataju infrastrukturni sektor u najširem smislu), već je validno i za nabavke koje čine druga tela sa karakterom privatnopravnog entiteta, pod uslovom da se njihova delatnost može klasifikovati kao delatnost koja potpada pod opisane sektore. Za režim javnih nabavki EU i, konsekvntno, realizaciju JPP kroz analognu primenu njegovih pravila, od značaja su i uputstva starije generacije: Uputstvo o sprovođenju pravila o javnim nabavkama, utvrđenih "tradicionalnim" uputstvom (e. "Directive 89/665/EEC – the Public Sector Remedies Directive") i Uputstvo o sprovođenju pravila o javnim nabavkama, regulisanih "specijalnim uputstvom" ("Directive 92/13/EEC Directive 89/665/EEC – Utilities Remedies Directive"). Ova su uputstva izmenjena Uputstvom iz 2007. godine (e. "Directive 2007/66/EC" – 2007 Amending Remedies Directive). Sam proces izgradnje i daljeg upodobljavanja režima javnih nabavki EU sa potrebama Unije i država članica, permanentan je. O tome govori činjenica da je 2009. godine usvojeno Uputstvo kojim se uređuje režim javnih nabavki za oblast odbrane i bezbednosti (e. "Directive 2009/81/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on the coordination of procedures for the award of certain works contracts, supply contracts and service contracts by contracting authorities or entities in the fields of defence and security, and amending Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC"). O pravnom regulisanju JPP u pravu EU videti više u: Pravni režim javno-privatnog partnerstva u pravu EU / Predrag Cvetković, Tamara Milenković, u: Pravni život : tematski broj. Pravo i odgovornost. – Beograd: Udruženje pravnika Srbije, 2011. - Br. 12, tom 4 (2011), str. 365–380, ISSN 0350–0500.

instrumentu uređivanja javno-privatnog partnerstva u sistemu STO leži u činjenici da kompleksni karakter JPP otvara mogućnost za potencijalnu korupciju privatnog kapitala usmerenu ka javnim telima, posebno kada se radi o državama u razvoju.¹⁴ Pravila GPA (kao deo pravnog korpusa STO), uređuju pravo pružalaca usluga ili operatera u oblasti obezbeđenja javnog interesa, a koji potiču iz države koja nije ona koja vrši nabavku usluge, delatnosti ili robe koji obezbeđenju navedenog interesa služe. Sa druge strane, stav o analognoj primeni pravila o javnim nabavkama na oblast javno-privatnog partnerstva predmet je preispitivanja, prisutnog i u reprezentativnim forumima.¹⁵

Obavezu poštovanja Sporazuma o javnim nabavkama preuzelo je više od četrdeset država članica STO. Pored toga, 23 države imaju status posmatrača. U toku je postupak revizije odredbi GPA, u cilju pojašnjenja sadržine, domena primene i funkcije njegovih odredbi. Sa druge strane, realni domet i sprovođenje moguće revizije u praktičnom funkcionisanju STO pod znakom su pitanja.¹⁶

Značaj GPA za javno-privatno partnerstvo

Javno-privatna partnerstva direktna su posledica globalizacije i potrebe da se ostvari slobodna trgovina između država. U tom kontekstu, pravila STO postala su važan pokazatelj pravca za kreatora pravnih pravila o javnim nabavkama (i time, indirektno i za javno-privatna partnerstva)¹⁷ na nacionalnom i regionalnom nivou. Pristup GPA zasnovan je na opštim principima Svetske trgovinske organizacije i suštinski se svodi na obavezu da se pravnim pravilima osigura jednakost i sloboda konkurencije za pružaoce usluga ili operatere u delatnostima od javnog interesa, a koji ne potiču iz države koja takve usluge ili vršenje delatnosti pribavlja. Kroz opisanu vizuru posmatrano, privatni akteri uključeni u javno-privatno partnerstvo, bilo da se radi o multinacionalnim preduzećima, bilo da je reč o ekonomskim operaterima određene nacionalnosti, imaju *obavezu* da poštuju pravo javnih nabavki ustanovljeno pravilima Svetske trgovinske organizacije. U isto vreme, postoji njihovo *pravo* da u slučaju kršenja svojih prava utvrđenih Spo-

¹⁴ Videti: OECD (2010). *Ensuring the Efficient Use of Public-Private Partnerships in MENA Countries*, OECD Governance, Vol.2010, no. 8, str. 210–233, na strani 218.

¹⁵ Ekonomska komisija UN za Evropu iznela je dilemu da li su pravila o javnim nabavkama podobna da u celini urede kompleksnu oblast javno-privatnog partnerstva. Videti: United Nations Economic Commission for Europe, *Guidebook on Promoting Good Governance in Public-Private Partnerships*, 2008, United Nations, Geneva, str. 4–5.

¹⁶ Videti više u: http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/

¹⁷ Videti diskusiju supra u tač. 4.

razumom o javnim nabavkama, traže njegovo sprovođenje i sankcionisanje države koja ta prava krši. Na ovom mestu značajno je navesti da pravo STO *ne daje mogućnost privatnom partneru da se, kao aktivno procesno legitimisana strana, direktno pozove na kršenje pravila Svetske trgovinske organizacije pred panelima i apelacionim telo STO*. Prostor pravne zaštite privatnopravnog aktera iscrpljuje se opcijom da svoja prava zaštite pred sudovima države koja realizuje javnu nabavku, te mogućnošću da sredstvima političkog pritiska *utiču na svoju vladu da kao "agent" privrednih subjekata pod svojim suverenitetom, pokrene postupak pred nadležnim telima STO* u cilju dokazivanja kršenja pravila Svetske trgovinske organizacije o javnim nabavkama.¹⁸

Osnovni principi Sporazuma o javnim nabavkama

Svaki pravni sistem ostavlja marginu koja mu omogućava fleksibilnost i razvoj u zavisnosti od okolnosti u kojima funkcioniše: ni jedan pravni okvir ne može biti u toj meri kompleksan da ima odgovor na svako otvoreno pitanje koje spada u njegov predmet regulisanja niti je u stanju da eliminiše mogućnost pravnih praznina, odnosno dvosmislenih ili kontradiktornih odredbi. Kod prava STO ova "elastičnost" opravdana je koliko dinamizmom, toliko i činjenicom da je Svetska trgovinska organizacija prva univerzalna međunarodna organizacija čiji je cilj stvaranje globalnog pravnog okvira međunarodne trgovine. Konsekvence njenog rada su, dakle, predvidljive samo načelno: u ostalim segmentima, delovanje prava STO (mada delom zasnovano na tradiciji Opšteg sporazuma o carinama i trgovini), u izvesnoj meri jeste "hod po nepoznatoj zemlji". Uloga principa kao "ključa" za tumačenje je, u tom smislu, nezamenljiva i u kontekstu primene pravila GPA.¹⁹

Sporazum o javnim nabavkama zasniva se na principima koji su "primarii lapidis" Svetske trgovinske organizacije, kako u institucionalnom, tako i u regulatornom kontekstu.

¹⁸ Videti diskusiju *infra* u tač. 4. 3. Sistem rešavanja sporova u okviru Svetske trgovinske organizacije, ustanovljen je dokumentom pod nazivom "Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes" (u daljem tekstu DSU). Reč je o sistemu zasnovanom na pravno uređenoj proceduri ("rule-oriented" sistem), a ne političkim osnovama (e. "power-oriented" sistem). Rešavanje sporova u okviru STO realizuje se kroz tri institucije: a) organ za rešavanje sporova (e. "Dispute Settlement Body" – dalje i: DSB); b) panele, i c) apelaciono telo. Više o postupku rešavanja sporova u okviru STO videti u: Cvetković, Predrag, "Sistem rešavanja sporova u okviru Svetske trgovinske organizacije", Pravo i privreda br. 5–8/2006, str. 713–727.

¹⁹ Značaj principa prisutan je ponajpre u postupku rešavanja sporova od strane panela i apelacionog tela STO. Konzistentnost, pravičnost i celishodnost ovih odluka procenjuju se u svetlu primene ovih principa.

Princip prvog reda u ovom smislu jeste načelo nediskriminacije²⁰, emani-rano kroz princip nacionalnog tretmana (e. “*National treatment principle*”; dalje i: NT)²¹ i princip najvećeg povlašćenja (e. “*Most-favoured-nation principle*”; dalje i: MFN).²²

Princip nacionalnog tretmana izričito je predviđen u GPA. S druge strane, princip MFN ne pominje se izričito u Sporazumu o javnim nabavkama, ali je formulacija odredbe o “nediskriminaciji” u skladu sa definicijama ovog principa prisutnim u drugim STO sporazumima.²³ *Sadržina oba principa je, mutatis mutan-*

²⁰ Značaj načela nediskriminacije za pravni sistem STO potvrđen je činjenicom da se u preambuli Sporazuma o osnivanju “*ukidanje diskriminatornog tretmana u međunarodnim trgovinskim odnosima*” opredeljuje kao jedno od sredstava za ostvarivanje ciljeva Svetske trgovinske organizacije. Dakle, načelo nediskriminacije nije cilj per se, već je u funkciji realizacije širih ciljeva STO kao univerzalnog institucionalnog okvira multilateralne trgovinske razmene. Diskriminatorna spoljnotr-govinska politika ima za rezultat narušavanje konkurencije u korist ekonomskih operatera čiji su proiz-vodi ili usluge (posmatrano ekonomskim parametrima) superiorniji, ali gube utakmicu na tržištu od takmaca koji uživaju diskriminatornim tretmanom dodeljenu prednost. Suštinski, cenu ovakve politike snose građani države koja diskriminaciju sprovodi: oni su ti koji plaćaju proizvode i usluge po višoj ceni nego što bi to činili da diskriminacije nema i da zakon konkurencije deluje bez distorzi-ja. Kriterijum za definisanje osnova diskriminacije koja je zabranjena je nacionalno poreklo ili desti-nacija proizvoda ili usluge, odnosno nacionalnost pružalaca usluga. Pojavni oblik načela nediskrimi-nacije u ovom kontekstu jesu načelo najpovlašćenije nacije i načelo nacionalnog tretmana. Međutim, načelo nediskriminacije deluje i kao nezavistan, objektivni pravni standard, čak i u odsustvu diskri-minacije bazirane na nacionalnom poreklu ili destinaciji proizvoda ili usluge, odnosno nacionalno-sti pružaoca usluge. U oblastima javnih nabavki i, konsekvantno, javno-privatnog partnerstva, nave-deno dejstvo načela nediskriminacije kvalifikovano je činjenicom da je reč o oblasti koja ne funkcio-niše isključivo na tržišnim principima, čak i onda kada se radi o državi koja je otvorila prostor za ula-zak privatnog kapitala u javni sektor. Videti više supra diskusiju u tač. 3. ovog rada. Videti i: Predrag N. Cvetković, “Uvod u pravo Svetske trgovinske organizacije”, op. cit., str. 185.

²¹ Načelo nacionalnog tretmana u sistemu STO zabranjuje direktno ili indirektno optereći-vanje proizvoda sa teritorije države članice uvezenih na teritoriju druge države članice, putem pore-skih ili drugih domaćih dažbina. Takođe, načelo nacionalnog tretmana primenjuje se u odnosu na tretman robe i primenu propisa vezanih za distribuciju i korišćenje proizvoda iz jedne države čl-anice uvezenih na teritoriju druge države članice, uz izuzetak vezan za mogućnost primene različi-tih tarifa u domaćem transportu. Primena ovog izuzetka uslovljena je zahtevom da različite tran-sportne tarife budu zasnovane na kriterijumu ekonomske isplativosti, a ne poreklu proizvoda. Vide-ti više u: Predrag N. Cvetković, “Uvod u pravo Svetske trgovinske organizacije”, op. cit., str. 205-259.

²² Načelo najpovlašćenije je odredba (klauzula) multilateralnog ili bilateralnog međudržav-nog sporazuma kojom se svaka od strana ugovornica obavezuje da drugoj ili drugim stranama ugo-vornicama u određenoj oblasti uzajamnih odnosa prizna prava, preimućstva, povlastice i olakšice koje je dala ili će ubuduće dati bilo kojoj trećoj državi. Više o klauzuli najvećeg povlašćenja u: Ćirić, Aleksandar, “Međunarodno trgovinsko pravo-opšti deo”, Niš, 2010, str. 133-146, *passim*; Vukadino-vić, Radovan/Popović, Vitomir, Međunarodno poslovno pravo, Kragujevac-Banja Luka, str. 91-99.

²³ Videti čl. III GPA.

dis i uz uvažavanje razlike između multilateralnih sporazuma (koji imaju karakter "jedinstvenog poduhvata"²⁴ i važe za sve države članice) i plurilateralnih sporazuma (koji se primenjuju između država članica koje su tom sporazumu pristupile, pri čemu postoji mogućnost da država bude članica STO bez da je strana ugovornica plurilateralnog sporazuma) identična strukturi i domenu primene koje ovi principi imaju u drugim STO sporazumima.

Sporazum o javnim nabavkama takođe sadrži refleksiju principa diferencijalnog tretmana za razvijene i nerazvijene države.²⁵ Naime, pravila STO dozvoljavaju razvijenim državama da odstupe od primene principa MFN i NT u cilju podrške nacionalnoj ekonomiji određene nerazvijene ili države u razvoju. Ova pravila sadrži i GPA. Tako član V uređuje specijalna pravila za navedenu grupu država. Stavom 1. ovog člana utvrđeno je da se prilikom ostvarivanja ciljeva Sporazuma u punoj meri imaju uzeti u obzir finansijske, razvojne i trgovinske potrebe država u razvoju, a posebno nerazvijenih država. Ovo je pravilo limitirano na potrebe navedenih država u odnosu na održanje platnog bilansa, promociju ustanovljavanja ili razvoja domaće industrije, potom pomoć industrijskim pogonima koji su zavisni od vladinih nabavki, te podršku ekonomskom razvoju kroz regionalne ili globalne aranžmane između nerazvijenih i država u razvoju. Opisani ciljevi moraju biti uzeti u obzir u pregovorima nerazvijenih i država u razvoju prilikom pristupanja GPA.

²⁴ O STO i njegovoj prirodi "jedinstvenog poduhvata" videti više supra u napomeni 11. ovog rada.

²⁵ Princip specijalnog tretmana (e. "Special and Differential Treatment"-S&D princip) odraz je pravopolitičkog stava država članica Svetske trgovinske organizacije da se prilikom sprovođenja principa slobode trgovine imaju uvažiti razlike u nivou ekonomskog razvoja zemalja članica. Cilj STO nije da bude instrument i institucija bogatih koji će biti još bogatiji, već upravo suprotno: da se nerazvijenim državama omogući da, koristeći prava koja proizilaze iz članstva u STO, optimalno učestvuju u izgradnji i razvoju međunarodnog multilateralnog trgovinskog sistema i svoje ekonomije izgrađuju i strukturiraju kao konkurentne takmace na globalnom tržištu. Time bi ove države trebalo da u punoj meri uživaju prednosti i koristi koje donosi adekvatno sprovedeno načelo slobode trgovine. Ovako definisani cilj principa specijalnog tretmana i stepen njegove realizacije ne ostvaruje se, što je i prirodno (svaki princip ima dejstvo u skladu sa *in concreto* okolnostima) u svim situacijama jednako. U konstelaciji konkretnih odnosa, primena principa specijalnog tretmana može imati rezultat nekonzistentan sa potrebama država u razvoju. Pored toga, nedorečenost i dvosmislenost formulisanja principa specijalnog tretmana u određenim odredbama prava STO ne obezbeđuje da se princip primenjuje bezuslovno na način koji efektivno pospešuje položaj država u razvoju, čijim interesima i njihovoj zaštiti prvenstveno služi (naravno, u svetlu jačanja privreda ovih država do nivoa kada postaju ravnopravni akteri multilateralnog trgovinskog sistema oličnog u normama prava STO). Videti više u: Princip specijalnog tretmana u pravu Svetske trgovinske organizacije i njegov značaj za države Zapadnog Balkana / Predrag N. Cvetković U: Balkan u procesu evrointegracije : unutarregionalni odnosi / Zbornik priredili i uredili Milorad Božić, Srđan Golubović/. – Niš: Filozofski fakultet, 2010, str. 121–138. ISBN 978-86-7379-204-0.

Sprovođenje Sporazuma o javnim nabavkama

Sprovođenje GPA prati Komitet za javne nabavke kao telo Svetske trgovinske organizacije.²⁶ Svaka strana ugovornica ima obavezu da informiše Komitet o izmenama, sprovođenju i kontroli poštovanja nacionalnih normi kojima se uređuje oblast javnih nabavki (videti čl. XIX: 5. GPA).

Privatno lice koje smatra da je javni entitet povredio njegovo pravo utvrđeno odredbama Sporazuma o javnim nabavkama nema aktivnu procesnu legitimaciju pokretanja spora pred organima za rešavanje sporova STO. Njemu se otvara mogućnost da koristi domaće sudove ili arbitražu u zemlji koja pribavlja usluge ili delatnosti od javnog interesa.

Praksa primene GPA pokazuje da sporovi u vezi tumačenja njegovih odredbi nisu česti. Evidentirana su tri spora u kojima je predmet bila primena pravila sadržanih u Sporazumu o javnim nabavkama.²⁷ Navedena činjenica tumači se kao rezultat plurilateralnog karaktera GPA sporazuma: reč je o Sporazumu sa manjim brojem država, pri čemu je pristupanje države članice nezavisno od njenog usvajanja "jedinstvenog paketa" STO normi.²⁸ U skladu sa napred navedenim, jasno je da države koje su pristupile GPA imaju jasnu viziju koristi od poštovanja njegovih odredbi. Njihovo je ponašanje u skladu sa takvom aproksimacijom, što rezultira zanemarljivim brojem sporova. Pored toga, objašnjenje izostanka većeg broja sporova leži i u činjenici da države poštuju međusobni suverenitet, te iskazuju "solidarnost" u odnosu na oblast javnih nabavki (pa time i javno-privatnog partnerstva) i njihov karakter kripto-suverenog domena u kome država ima dualnu ulogu: subjekta koji pruža usluge i obavlja delatnosti od javnog interesa, ali i subjekta koji definiše i štiti tako opredeljeni interes.

²⁶ Izveštaje Komiteta videti na: http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/documents_e.htm

²⁷ Videti: *Japan – Procurement of a Navigation Satellite*, WT/DS73, no report issued" i *Japan – Procurement of a Navigation Satellite*, Notification of Mutually-Agreed Solution", WT/DS73/5 of 3 March 1998.; *US – Procurement*, WT/DS88 and WT/DS95, no report issued. Jedini spor koji je došao do faze rešavanja pred panelom je spor "*Korea – Procurement*", WT/DS163/R, report of the Panel on 1 May 2000. Podaci o svim sporovima u okviru STO dostupni su na: www.wto.org.

²⁸ Videti više *supra* u napomeni 11. ovog rada.

Prof. PREDRAG CVETKOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, University of Niš
SRĐAN GOLUBOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, University of Niš

THE AGREEMENT ON PUBLIC PROCUREMENT AS THE LEGAL FRAMEWORK
FOR PPP: GENERAL REMARKS

Summary

PPP is the model of cooperation between public and private sector with the aim to promote efficient functioning of public domain field. It has to be interpreted and “read” in the discourse of the tension between those two sectors. PPP is the part of institutional and organizational discourse of the World trade organization (WTO). The key document in terms of importance for PPP in the WTO fora is the Agreement on Government Procurement (GPA). As the plurilateral Agreement GPA is the tool for the harmonization of the legal framework via positive integration method in the fields which are not mature enough to be regulated by multilateral framework. As such, GPA is valid only for the WTO member states which signed it and ratified it. The regulatory scope of GPA is public procurements, as the broader topic of regulation. Within the GPA the general principles of WTO, among which the most important one is the principle of non-discrimination, are defined. The practice of implementation of rules contained in GPA shows the minimal number of disputes. The explanation for described feature lays in the mutual solidarity among member states: for most of them public procurements and PPP as the part of the broader picture are considered as their crypto-sovereign domain.

MARIJA KRVAVAC

REŠENJE PROBLEMA KVALIFIKACIJE

– Izazov u kolizionopravnom normiranju –

U V O D

Specifičnost privatnopravnih odnosa sa elementom inostranosti ogleda se u povezanosti sa različitim pravnim sistemima. Reč je o privatnopravnim odnosima koji se odvijaju u okviru različitih država i različitih nacionalnih prava, a u malom broju slučajeva i na području nad kojim niti jedna država nema jurisdikciju. Razlike nacionalnih prava nameću potrebu definisanja uniformnih pravila koja bi trebalo da obezbede pravnu sigurnost i predvidivost rešenja za njihove učesnike.

Uprkos intenzivnoj unifikatorskoj aktivnosti, međunarodno privatnopravna regulativa je neophodna u svim situacijama za koje ne postoje ujednačena pravila. Osim toga evidentna je i različitost uporedne međunarodno privatnopravne regulative koja se odnosi kako na koncept neposrednog, tako i posrednog regulisanja. Direktno regulisanje privatnopravnih odnosa sa elementom inostranosti podrazumeva posebna materijalna pravila koja neposredno uređuju neku situaciju sa elementom inostranosti. Necelovitost neposredne, odnosno direktne regulative, kako na nivou međunarodnih pravila tako i na nivou nacionalnih pravnih

Dr Marija Krvavac, profesor Pravnog fakulteta Univerzitet u Prištini, sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici.

sistema, zahteva primenu indirektnog metoda regulisanja odnosa koji zadiru u sferu više legislativa. Indirektan, kolizionni način regulisanja privatnopravnih odnosa sa elementom inostranosti uređuje problem određivanja potencijalno mero-davnog prava svake države koja je na bilo koji način u vezi sa spornim odnosom.

Opšti princip kolizionog prava podrazumeva formulisanje kolizionih odredbi tako da one nužno slede svrhu materijalnopravne regulative i primenu principa sadržanih u materijalnom pravu. Zakonodavci prilagođavaju sadržinu kolizionih normi materijalnopravnoj klasifikaciji određenog pravnog pitanja, čime se unapređuje cilj materijalnih odredbi na koje se odnose i doprinosi nesmetanom odvijanju prometa robe i usluga.¹

O problemu kvalifikacije

Kvalifikacija predstavlja specifičan problem u primeni kolizionih pravila koji zahteva ustanovljavanje karaktera nekog činjeničnog stanja. Proces primene koliziona norme može uključiti i primenu ustanova međunarodnog privatnog prava od kojih zavisi izbor merodavnog prava, što pretpostavlja ispravnu kvalifikaciju spornog odnosa. Naime, kolizionopravni metod rešavanja sukoba zakona pretpostavlja postojanje određenih pravnih kategorija za koje zakonodavac formuliše odgovarajuća kolizionna pravila. Budući da u pojedinim slučajevima dolazi do "preklapanja" ugovornog i deliktne, porodičnog i naslednog, porodičnog i deliktne pravnog područja, ili materijalnog sa procesnim pravom izbor merodavnog prava za sporna pitanja u "graničnim pravnim područjima" zavisi, upravo, od ispravne kvalifikacije.

Doktrina pod kvalifikacijom podrazumeva supsumiranje tj. podvođenje relevantnih činjenica pod odgovarajuće pojmove, u jednoj ili drugoj normi, koja bi se mogla primeniti. Preciznije rečeno, kvalifikacija u međunarodnom privatnom pravu predstavlja subsumpciju činjeničnog stanja pod neku kolizionu normu. Pravila međunarodnog privatnog prava nameću potrebu supsumiranja činjenica privatnopravnog odnosa pod konkretan predmet regulisanja koliziona norme, koja će težišnim vezama tačke vezivanja uputiti na merodavno pravo. Kvalifikacija privatnopravnog odnosa sa elementom inostranosti predstavlja kompleksan misaoni proces, kada se ima u vidu neujednačenost regulative nacionalnih pravnih poredaka. Određeno sporno pitanje se u nekim nacionalnim pravima kvalifikuje kao povreda ugovorne obaveze dok druga isto podvode pod pojam delikta

¹ Breakhus S., *Choice of law Problems in International Shipping (Recent Developments)* RCADI 1979, III, 268.

ili, čak, pod neki pojam porodičnog prava.² Zadatak nadležnog suda je da odabere kategoriju za nadovezivanje iz kolizione norme a nakon toga i supstancijalne norme merodavnog prava na koje je uputilo koliziono pravilo.³ U teoriji međunarodnog privatnog prava se ove dve faze procesa kvalifikacije, koje predstavljaju jedinstvenu misaonu operaciju, označavaju kao prvostepena i drugostepena kvalifikacija. Prva dilema koja se nameće jeste pod koju kolizionu normu podvesti konkretno činjenično stanje ili pravno pitanje sa elementom inostranosti, a druga do kog prava će ona odvesti. Razumljivo je da u procesu kvalifikacije nadležni organ polazi od domaće kolizione norme, te bi u skladu sa tim predmet regulisanja trebao da obuhvati i pitanje koje je povod kvalifikacije i norme merodavnog prava prema kojem se ono materijalnopravno reguliše, u cilju koordinacije različitih pravnih sistema.⁴

Slučaj iz engleske sudske prakse ilustrativno govori o prirodi problema kvalifikacije:

Francuski državljanin je sa 19 godina zaključio brak sa engleskom državljanicom, a da prethodno nije pribavio saglasnost roditelja, koja je bila neophodna prema normama francuskog prava. Koliziona pravila engleskog i francuskog prava u pogledu određivanja merodavnog prava za formu braka bila su identična i upućivala na pravo mesta svečanosti, odnosno pravo mesta u kojem je brak zaključen, što bi u konkretnom slučaju bilo englesko pravo. U odnosu na bračnu sposobnost koliziona pravila su upućivala na primenu personalnog prava (zakon državljanstva u Francuskoj te zakon domicila u Engleskoj, što je nevažno kada se uzme u obzir da je muž bio Francuz po nacionalnosti i po domicilu). Ako bi se bračna sposobnost podvela pod formalne uslove punovažnosti braka, pravila francuskog prava bi bila irelevantna, dok bi supsumiranje činjenica pod kate-

² Pitanja proizašla iz mogućnosti jednog bračnog druga da pokrene postupak za naknadu štete protiv drugog bračnog druga najčešće su predmet sukoba zakona kod deliktних odnosa. Da bi se izbegla primena deliktного statuta američka sudska praksaga je najčešće kvalifikovala kao pitanje proizašlo iz bračnih odnosa. Primer za to je odluka u sporu *Haumchild's v. Continental Casualty Company* (7 Wis. 2d 130, 95 N.W 2d 814 9 iz 1959.) Bračni par sa domicilom u Viskonsinu je na putu kroz Kaliforniju zbog nepažnje supruga doživeo nezgodu. Supruga je teže povređena, te je protiv supruga i njegove osiguravajuće ustanove pokrenula postupak za naknadu štete. Prema pravu države Viskonsin ona je mogla da tuži supruga i njegovu osiguravajuću ustanovu, ali prema pravu Kalifornije, kao države *lex loci delicti commissi*, ona to ne bi mogla zbog supružničkog imuniteta, predviđenog tim pravom. Da bi se izbegla primena prava mesta štetne radnje koje je bilo najpovoljnije za tužioca (suprugu) sud je sporno pitanje okvalifikovao kao bračno, tako da je kao merodavno primenio pravo njihovog prebivališta tj. personalni statut.

³ Batiffol H., Lagarde P., *Traité de Droit international privé*, Band 1, Paris 1993, 293; Kropholler J., IPR, 4, Auflage, T übingen 2001, 110.

⁴ Batiffol H., *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris 1956, 34.

goriju pravne i poslovne sposobnosti dovela do merodavnosti francuskih normi o bračnoj sposobnosti. Proizilazi da kvalifikacija činjenica u konkretnom slučaju prema francuskom pravu upućuje na merodavnost francuskog prava u pogledu bračne sposobnosti, dok kvalifikacija činjenica u okviru ispunjenja formalnih uslova za punovažnost braka upućuje na primenu engleskog prava.⁵

Kvalifikacija u međunarodnom privatnom pravu ima sličnosti sa tumačenjem pravne norme ali i značajne razlike. Naime, tumačenjem se utvrđuje značenje i smisao zakonskih odredbi, dok je proces kvalifikacije usmeren na odabir jednog između više pravnih pojmova ili ustanova.⁶ Proces kvalifikacije ne predstavlja utvrđivanje nejasnih ili dvosmislenih tačaka vezivanja u samom zakonskom tekstu, već postupak svrstavanja pravnih činjenica pod pravni pojam, pravnu ustanovu ili širu pravnu oblast. Zbog pravnih praznina, pravilno tumačenje i kvalifikovanje je izvanredno značajno u međunarodnom privatnom pravu.

Pitanje kvalifikacije, u kojem se odslikava suština kolizionopravnog metoda regulisanja odnosa sa elementom inostranosti, važi za jedno od najdiskutabilnijih u materiji sukoba zakona. Upravo zbog različitosti nacionalnih supstancijalnih normi nastaje sukob zakona, mada je i sam sistem sukoba zakona različit u zemljama koje imaju drugačiji koncept predmeta kolizione norme i težišnih elemenata tačaka vezivanja. Problem koji zahteva kvalifikaciju javlja se kod kolizionih normi koje domaći i strani forum u identičnoj situaciji mogu da dovedu do različitog rešenja, različito kvalifikujući iste činjenice. Reč je o sukobu kvalifikacija koji povlači određivanje i primenu prava merodavnog za kvalifikaciju.

Predmet kvalifikacije mogu biti pravni pojmovi i ustanove, sam predmet kolizione norme, kao i tačke vezivanja merodavnog stranog prava sadržane u unutrašnjim izvorima normi domaće, odnosno strane zemlje ili u međunarodnim ugovorima.

Kvalifikacija predmeta kolizione norme i kvalifikacija tačke vezivanja

Rešavanje sukoba kvalifikacija pravnih ustanova i kategorija u domaćim, odnosno stranim pravnim izvorima, značajno je u tolikoj meri što je i sam sistem međunarodnog privatnog prava, posebno sukoba zakona, uspostavljen da bi se došlo do pravičnog rešenja spornog pitanja sa elementom inostranosti.⁷ Pitanje

⁵ McClean D., Beever K., Morris J.H.C., *The Conflict of Laws*, London 2005, 491.

⁶ O kvalifikaciji kao specifičnom vidu tumačenja Varadi T., Bordaš B., Knežević G., Pavić V., *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 2010, 120.

⁷ Kegel G., *Internationales Privatrecht*, München 1995, 257.

primarne, prvostepene kvalifikacije postavlja se u postupku izdvajanja relevantne kolizione norme, odnosno predmeta vezivanja u kolizionoj normi. Od ove kvalifikacije zavisi koja će koliziona norme biti primenjena i, u skladu sa tim, koje će pravo biti merodavno za sporni odnos.

Ukoliko se, primera radi, pođe od činjenice da pripatke nekretnina neka nacionalna prava posmatraju odvojeno od nepokretnosti i regulišu kao pokretne stvari, dok po našem pravu čine deo nepokretnosti, kvalifikacija po stranom pravu bi dovela do merodavnosti zakona mesta zaključenja za dejstva ugovora, za razliku od kvalifikacije po domaćem pravu koja bi dovela do primene zakona mesta nalaženja nepokretnosti. Jednako i u slučajevima “preklapanja” ugovornog sa deliktним pravom u kojim od ispravne kvalifikacije zavisi da li određeno činjenično stanje pokreće pitanje ugovorne ili vanugovorne odgovornosti, ili ono ima stvarnopravni karakter; zatim, u slučaju kada isto činjenično stanje po jednom pravu pokreće pitanje imovinskih dejstava braka nasuprot sistemu u kojem se isto kvalifikuje kao naslednopravno pitanje. Polje interakcije različitih pravnih područja je prilično široko te ono predstavlja sferu u kojoj se najčešće javlja problem kvalifikacije.

Problem sukoba kvalifikacija nastaje i kao rezultat različitih stanovišta o pravnoj prirodi ustanova međunarodnog privatnog prava u nacionalnim pravnim sistemima, kao procesne ili materijalnopravne, relevantnih u konkretnoj situaciji sa elementom inostranosti. U sudskoj praksi se mogu sresti odluke u kojima su kvalifikacijom određenog pitanja kao proceduralnog sudije primenjivale *lex fori* izuzimajući pitanje iz okvira kolizionih normi. Ipak, međunarodno privatnopravna literatura izdvaja, kao tipičan, slučaj “Tenesi menica” povodom spora koji je pokrenut pred nemačkim sudom u vezi isplate menice izdate u SAD-u, državi Tenesi. Polazne nemačke kolizione norme su uputile na pravo države Tenesi prema pravu mesta izvršenja ugovora, na šta je tuženi stavio prigovor zastarelosti. Nemačko pravo je predviđalo da se na zastarelost ima primenjivati pravo merodavno za glavni pravni posao, što bi u konkretnom slučaju bilo pravo države Tenesi. Prema tom pravu zastarelost je institut procesnog prava a rok zastarelosti je šest godina. Nasuprot merodavnom pravu, zastarelost je u nemačkoj pravnoj regulativi predstavljala institut materijalnog prava za koji je bio predviđen rok od tri godine. Nadležni sud nije mogao da primeni merodavno pravo jer se radilo o procesnom pravu, a isto tako nije mogao da primeni ni nemačko pravo jer ono nije bilo merodavno. Dakle situacija se nije mogla podvesti niti pod pravo države Tenesi, niti pod nemačko pravo. Poučena ovim iskustvom, nemačka sudska praksa u sličnim situacijama prihvata primenu ustanova procesnog merodavnog prava u funkciji nemačkog materijalnog prava, u pogledu zastarelosti i kvalifikacije sagla-

sno pojmovima domaćeg prava.⁸ Slučaj “Tenesi menica” je na jasan način pokazao nezadovoljavajući krajnji materijalnopравни rezultat u slučaju kada se postavi pitanje različite kvalifikacije u polaznom kolizionom pravu i *lex causae*.

Problem kvalifikacije se dodatno komplikuje kada činjenice treba podvesti pod pojam nepoznat domaćem pravu. Takav je slučaj sa stranim pravom koje npr. uređuje ugovor o nasleđivanju ali su mu nepoznata neka dejstva vanbračne zajednice koja su pravno normirana u našem pravu.

Drugostepena kvalifikacija obuhvata činjenice koje u kolizionoj normi imaju funkciju tačke vezivanja, tj. sam izbor supstancijalnih normi merodavnog prava. Polazna kolizionna norma zemlje suda upućuje na merodavno pravo s pozivom na pravo zemlje državljanstva, domicila, mesta izvršenja štetne radnje, mesta nalaženja stvari, tj. na činjenice koje odlučujuće mogu da upute na primenu stranog ili domaćeg prava. Kolizione norme domaćeg i stranog prava predviđaju, neretko, istu tačku vezivanja ali sa različitom sadržinom. Nadležni organ zna koju će kolizionu normu primeniti ali još ne zna značenje tačke vezivanja, odnosno do primene kog prava će ga ona dovesti, u kom slučaju izbor merodavnog prava zavisi od rešenja problema kvalifikacije.

Dakle, kvalifikacija je jedinstvena misaona operacija koju obavlja međunarodno nadležan sud ili drugi nadležni organ, s tim što se kvalifikacija predmeta kolizione norme vrši primarno u odnosu na kvalifikaciju tačke vezivanja koja sledi posle prve kvalifikacije.

Rešenje problema kvalifikacije

Pojam i rešenje problema kvalifikacije privlači pažnju teoretičara, počevši od izdvajanja međunarodnog privatnog prava kao posebne grane prava u sistemu pravnih nauka. Prva učenja o problemu kvalifikacije potiču iz XIX veka, sadržana

⁸ Odluka nemačkog Vrhovnog suda 1882, RGR 7, 21; Odluka nemačkog Vrhovnog suda 1940, RGZ, 163, 367; Bliže Krophollor J., op. cit., 111; Ilustrativna je i odluka u sporu Kilberg v. Northwest Airlines (9 N.Y. 2d 34, 211 N.Y.S 2d 133, 172 N.E 2d 526.) iz 1961. godine. Njujorčanin Kilberg je leteo avionom kompanije Northwest Airlines iz Masačusetsa. Brzo nakon poletanja avion se srušio i Kilberg je izgubio život. U sporu za naknadu štete avionska kompanija kao tužena strana, pozvala se na pravo mesta nastanka štete, što je u ovom slučaju bilo pravo Masačusetsa. Prema tom pravu predviđeno je ograničenje odgovornosti u slučaju smrti putnika na 15000 dolara. Pravo države Njujork, kao pravo države foruma u konkretnom sporu nije predviđalo takvo ograničenje. Njujorški Apelacioni sud je primenio pravo države Njujork tako što je pitanje visine iznosa naknade štete okvalifikovao kao procesnog a ne materijalnog karaktera. Stoga je sud, kao i na ostala procesna pitanja, primenio *lex fori* odstupajući od uobičajene kvalifikacije visine naknade štete kao kategorije materijalnog prava. (citirano prema Boer de Th.M. Beyond *lex loci delicti*- Conflicts methodology and Multistate Torts in American Case Law, Amsterdam 1987, 103-117).

u radovima Bartena i Kana (Bartin i Kahn).⁹ Znameniti teoričari su pošli od toga da je međunarodno privatno pravo posebna grana prava u kojoj svaka država postavlja sopstvena kolizionna pravila i pravne principe, te ukoliko norme domaćeg međunarodnog privatnog prava upute na strano pravo, kao merodavno, pravni osnov njegove primene je u domaćem pravu. U skladu sa tim i kvalifikaciju tačke vezivanja valja vršiti prema domaćem pravu. Reč je o učenjima koja su postavila temelj široko prihvaćenog metoda kvalifikacije u međunarodnom privatnom pravu, poznatog kao kvalifikacija po *lex fori*.

a) *Kvalifikacija po lex fori* u teoriji i praksi podrazumeva odgovor foruma na osnovnu dilemu pod koje kolizionno pravilo u domaćem pravu treba podvesti određeni privatnopravni odnos sa elementom inostranosti. Za pristalice ovog metoda kvalifikacije odgovor je jasan, pravne ustanove i pojmove međunarodnog privatnog prava treba podvesti pod sistem čiji su deo.¹⁰ Evropsko kontinentalni pravni system sledi učenja Bartena i Kana i u pogledu odstupanja od kvalifikacije po *lex fori*. Izuzatak od kvalifikacije po domaćem pravu, odnosno po pravu suda, postavio je Barten u slučaju kvalifikacije stvari, kao pokretne ili nepokretne, koja se ima vršiti prema pravu mesta nalaženja stvari, ukoliko se to mesto nalazi na području merodavnog prava.

Teorija ističe da je nedostatak kvalifikacije po domaćem pravu u nemogućnosti primene u svim slučajevima sa elementom inostranosti, imajući u vidu da ovaj metod ne uzima u obzir strano pravo kada su činjenice i strani suverenitet u pravnoj vezi. U skladu sa tim teorija predlaže kvalifikaciju po domaćem pravu, pored koje treba uzeti u obzir i pojmove više pravnih sistema. Kako znameniti francuski teoretičar Batifol predlaže nužno je, u cilju koordinacije više nacionalnih pravnih sistema, uzeti da kategorija kolizione norme domaćeg prava obuhvata pravno pitanje koje je dalo povod kvalifikaciji i norme materijalnog prava u kojem se nalazi rešenje za pitanje iz činjeničnog sklopa, u okviru kojeg su izražene veze sa više različitih pravnih poredaka.¹¹

Naše međunarodno privatno pravo prihvata rešenje problema kvalifikacije po *lex fori*, tako da je polazno pravo merodavno za ocenu pod koje domaće

⁹ Martin B., De'impossibilité d'arriver à suppression definitive de conflits de lois, Clunet 1897, 225; Kahn F., Gesetzekollisionen, Abhandlungen zum IPR, 1928, 107. Pojam kvalifikacije potiče od Bartina (1860–1948) koji je zajedno sa Kanom (1861–1904) otkrio nesporno najtežu materiju u međunarodnom privatnom pravu.

¹⁰ O tome Dika M., Knežević G., Stojanović S., Komentar Zakona o međunarodnom privatnom pravu, Beograd 1991, 38; Batiffol H., Lagarde P., op. cit., 478.

¹¹ Batiffol H., Réflexions sur la coordination des systemes nationaux, Recueil des Cours, Band 120, Leyden 1968, 165.

koliziono pravilo supsumirati određeno činjenično stanje.¹² U čl. 9 Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja Srbije (poznatiji kao Zakon o međunarodnom privatnom pravu ZMPP), zakonodavac daje kratku odredbu prema kojoj se pravo strane države primenjuje prema svom smislu i pojmovima koje sadrži, što upućuje na primenu *lex causae* i kvalifikaciju prema stranom merodavnom pravu. Već na prvi pogled je jasno da ova odredba ne pruža rešenje problema kvalifikacije predmeta kolizione norme, kao i da je ZMPP predvideo kvalifikaciju u dva stepena, s tim što se prvostepena ima vršiti prema smislu i pojmovima *lex fori*, dok je za drugostepenu utvrđeno izričito rešenje.

Sličnog opredeljenja bio je i italijanski zakonodavac koji je predvideo da se strano pravo ima primenjivati prema sopstvenim kriterijumima tumačenja i primene u vremenu.¹³ Zakonodavci drugih zemalja nisu rado posezali za izričitim normiranjem metoda kvalifikacije. Ipak, od izričitog normiranja slučaja kvalifikacije nije odustao egipatski zakonodavac i to u Građanskom zakoniku,¹⁴ kao ni mađarski u Uredbi sa zakonskom snagom o međunarodnom privatnom pravu,¹⁵ te i rumunski zakonodavac u Zakonu o regulisanju odnosa međunarodnog privatnog prava koji utvrđuje da će se ukoliko određivanje merodavnog prava zavisi od kvalifikacije pravne ustanove ili pravnog odnose, uzeti u obzir pravna kvalifikacija koju predviđa rumunsko pravo.¹⁶

ZMPP ne pruža rešenje problema kvalifikacije ustanova merodavnog stranog prava nepoznatih domaćem pravu, kao ni problema kvalifikacije određenih tačaka vezivanja, nasuprot regulativi Tunisa, Mađarske, Kvebeka. Građanski zakonik Rusije na eksplicitan način Rusije predviđa da ukoliko pojmovi koje treba kvalifikovati kako bi se odredilo merodavno pravo, nisu poznati ruskom pravu ili su poznati pod drugim terminom ili drugom sadržinom i ne mogu biti definisani tumačenjem prema ruskom pravu, strano pravo može biti primenjeno i za njihovu kvalifikaciju.¹⁷

Pravna doktrina I sudska praksa u Engleskoj i Nemačkoj potvrđuju kvalifikaciju po *lex fori*. Anglosaksonska pravna doktrina pitanje kvalifikacije označa-

¹² Sajko K., Međunarodno privatno pravo, Zagreb 2005, 176 (cit).

¹³ V. čl. 15 italijanskog Zakona o reformi sistema međunarodnog privatnog prava.

¹⁴ V. čl. 10 egipatskog Građanskog zakonika.

¹⁵ V. par. 3 st. 1 i 2 Uredbe sa zakonskom snagom o međunarodnom privatnom pravu.

¹⁶ V. čl. 3 rumunskog Zakona o regulisanju odnosa međunarodnog privatnog prava.

¹⁷ V. čl. 27 st. 2 tuniskog ZMPP; čl. 3, st. 2 mađarske Uredbe sa zakonskom snagom o MMP; čl. 3078, st. 2 Građanskog zakonika Kvebeka ("Ukoliko domaći sud ne poznaje određenu pravnu ustanovu ili je poznaje pod drugačijim nazivom ili sadržinom strano pravo može biti uzeto u obzir"); čl. 1187 st. 2 ruskog Građanskog zakonika.

va terminološki različito u poređenju sa evrokontinentalnom doktrinom, tako da "sharacterization" odgovara prvoj a "classification" drugoj kvalifikaciji.¹⁸

b) Teorija sukoba zakona i sudska praksa iznosi i stanovište da problem kvalifikacije treba rešavati primenom *lex causae*, što znači da kvalifikaciju treba podvesti pod pravo merodavno za privatnopravni odnos sa elementom inostranosti. Metodologija ovog rešenja problema kvalifikacije polazi od predhodno utvrđenog merodavnog prava po *lex fori*. Utemeljivač učenja o kvalifikaciji po *lex causae* je francuski teoretičar Despanje (Despagnet), mada se u doktrini međunarodnog privatnog prava ističe Volf (Wolf) kao autor koji je razradio temelje ove teorije.¹⁹ Argumentujući kvalifikaciju pojmova i instituta međunarodnog privatnog prava u duhu materijalnih normi merodavnog prava, pristalice ovog učenja stoje na pozicijama da rešenje problema kvalifikacije nužno podleže domaćem ili stranom merodavnom pravu, s obzirom da pravila merodavnog prava konačno regulišu pravni odnos sa elementom inostranosti. U nizu argumenata u prilog kvalifikaciji po *lex causae* teorija najčešće ističe problem kvalifikacije pojmova i ustanova koje domaće pravo ne poznaje, pa ih je nemoguće kvalifikovati po *lex fori*.

Teorija kvalifikacije po *lex causae* upućuje na primenu prava merodavnog prema kolizionim normama polazne države, ali ne pruža rešenje problema kvalifikacije od kojeg zavisi samo određivanje merodavnog prava. Kvalifikacija predmeta koliziona norme po *lex causae* gotovo neizostavno vodi do *circulus vitiosus*, dok je za kvalifikaciju tačke vezivanja odgovarajuće rešenje. Sudija koji u slučaju kvalifikacije predmeta koliziona norme polazi od *lex causae* ima pred sobom veoma težak zadatak, kada se zna da u toj fazi sukoba zakona merodavno pravo još nije poznato i da upravo kvalifikacija treba da dovede do merodavnog prava.

Kvalifikacija predmeta koliziona norme prema merodavnom pravu može doći u obzir ukoliko polazna kolizionna norma sadrži pravni pojam ili ustanovu nepoznatu materijalnom pravu države foruma. Tako se npr. pojmovi švajcarskog prava definišu prema domaćem materijalnom pravu, koje izričito reguliše kvalifikaciju pa na merodavno pravo upućuju švajcarske koliziona norme. U slučaju iz prakse švajcarskog Saveznog suda povodom ugovora o trastu, ustanove nepoznate domaćem pravu, sud je odlučio da, obzirom da nijedan pravni institut u

¹⁸ Prema engleskoj sudskoj praksi za nasleđivanje nepokretnosti merodavan je *lex rei sitae* dok je za pokretnosti to *lex domicilii*, s tim što se kvalifikacija *immovables* i *movables* čini po pravu mesta gde se stvar nalazi. Bliže Dacey/Morris, op. cit. 1026 i dalje. Američki Restatement II sadrži posebnu odredbu o metodi kvalifikacije (čl. 7).

¹⁹ Despagnet F., *Des conflicts de lois relative `a la qualification des rapports juridiques*, Clunet 1898, 253–273; Wolf M., *Des international Privatrechts Deuthlands*, 1954, 54.

švajcarskom pravu ne odgovara toj ustanovi, treba utvrditi sa kojom od ustanova domaćeg prava sporni odnos ima najviše sličnosti. Sud je konstatovao da trast naročito sadrži elemente naloga, fiducijarnog prenosa prava svojine, poklona i ugovora u korist trećeg lica, ali je najbitniji njegov ugovorni karakter.²⁰

Savremeni pravni sistemi prihvataju metod kvalifikacije po *lex causae* u drugom stepenu, kada treba kvalifikovati tačku vezivanja. Različita rešenja problema kvalifikacije predmeta kolizione norme i tačke vezivanja (prvostepena i drugostepena kvalifikacija) vezuju se za teoriju stepenaste kvalifikacije, karakterističnu za austrijsku doktrinu. Iz, za sada, jedine odredbe domaćeg ZMPP (čija je izmena izvesna) o rešenju problema kvalifikacije može se izvesti zaključak da je zakonodavac imao na umu stepenastu kvalifikaciju. Doktrina stepenaste kvalifikacije počiva na primeni prava foruma, domaćih kolizionih normi, u prvostepenoj a pravila merodavnog materijalnog prava domaće ili strane države, na koje je uputila domaća koliziona norma, u drugostepenoj kvalifikaciji. Izuzetak od tog pravila tiče se ustanove uzvraćanja i preupućivanja (*renvoi*). Pod pretpostavkom da je sporni odnos ispravno kvalifikovan primenjuju se odgovarajuća koliziona pravila koja upućuju na merodavno pravo. U međunarodnom privatnom pravu se to upućivanje, pod određenim uslovima, shvata kao upućivanje na pravo u celini, odnosno ne samo na materijalne norme merodavnog prava već i na njegova koliziona pravila.

Domaći sudija nema obavezu da se strogo pridržava stepenaste kvalifikacije.²¹ U postupku kvalifikacije primarno primenjuje pojmove domaćeg prava, s tim što je u obavezi da prihvati uzvraćanje i upućivanje na dalje pravo, te i mogućnost različite kvalifikacije prema merodavnom pravu prvog ili pravu svakog drugog upućivanja. Prihvatanje *renvoi* sledi kolizionopravni concept *lex causae* ali ne i materijalnopravni (u skladu sa čl. 6 srpskog ZMPP). Vrlo je izvesno da će ovakvo zakonsko rešenje biti napušteno imajući u vidu da je predlagač Nacrta novog ZMPP Srbije u pogledu primene ustanove uzvraćanja i preupućivanja predvideo da se pravo strane države primenjuje uz isključenje njegovih pravila o određivanju merodavnog prava, tj. kolizionih pravila (čl. 31).

Kvalifikacija po *lex causae* nije oštrom linijom razdvojena od *lex fori*, već čini jedinstven proces čija je svrha efikasno i pravična kvalifikacija spornog slučaja sa elementom inostranosti.

²⁰ Odluka u sporu Harison v. Kredy Cuiss švajcarskog Saveznog suda od 29.01.1970. Objavljena u Journal de droit international, 1976, 695 (zapažanje Lalive P.). V. Stanivuković M., Praktikum za MPP, Novi Sad 2004, 188.

²¹ Dika M., Stojanović S., Knežević G., op. cit., 37; Jakšić A., Član 9 ZMPP i osnovni pojmovi međunarodnog privatnog prava, Zbornik radova Dvadeset godina ZMPP, Niš 2004, 65 i dalje.

c) Procesu internacionalizacije problema doprinosi kvalifikacija pomoću autonomnih pojmova, poznata kao Rabelova teorija “autonomnih pojmova”.²² Pristalice ove koncepcije se zalažu za uvođenje jedinstvenih pojmova u međunarodne ugovore koji bi omogućili autonomnu kvalifikaciju, imajući u vidu da ona treba da dovede do primene uniformnih rešenja. Međutim, kvalifikacija pomoću autonomnih pojmova je moguća samo kada oni postoje i u tom slučaju se problem kvalifikacije rešava u celini. Rabel ukazuje na to da problem kvalifikacije ne podleže pravu foruma, niti pravu merodavnom za privatnopravni odnos sa elementom inostranosti, pa činjenice slučaja valja podvesti pod autonomne pojmove nakon uporednopravne analize. Drugi teoretičari, kao što je Kegel, idu dalje i predlažu da u postupku kvalifikacije treba poći od pravednosti rešenja i interesa stranaka. Kvalifikacija po uporednom metodu treba da dovede do pravične primene domaćih i stranih kolizionih normi kao i normi materijalnog prava.

Osim toga internacionalizacija rešenja problema kvalifikacije dovela bi do pomirenja dvaju oprečnih metoda utemeljenih na rešenjima nacionalnih prava. Ipak, međunarodno privatno pravo je kodifikovano u manjem obimu tako da bi striktna primena ovog metoda u svakom konkretnom slučaju zahtevala konstantno saznavanje stranog prava.

U konvencijskom pravu kvalifikacija pomoću autonomnih pojmova predstavlja najadekvatnije rešenje za međunarodno nadležan forum.²³ Stariji međunarodni ugovori su, po pravilu, prepuštali ugovornim stranama da konvencijske kategorije vezivanja tumače *lex fori*. Precizna konvencijska pojmovna određenja u procesu unifikacije pravila strana ugovornica treba da spreče nastanak problema kvalifikacije kao i da doprinesu pravnoj sigurnosti i pravednosti rešenja. U slučajevima kada sama konvencija ne definiše pojmove kvalifikacija se temelji na ispi-

²² Rabel E., Das problem des Qualifikation, Rabels Zeitschrift 5/31, 241.

²³ Odluka francuskog kasacionog suda u sporu Societe Jakob Handte, Cie GmbH c. Societe Traitements Mecano-chimiques des Surfaces, ECJ case 26/91 od 8.04.1992. Kasacioni sud je raspravljao u sporu kupca-tužioca i proizvođača- tuženog koji nisu zaključili ugovor o kupoprodaji, ali su već bili ugovorne strane različitih ugovora u međusobnim poslovnim odnosima. Radi tumačenja spornog odnosa (ugovorni-deliktni odnos) u svrhu primene odgovarajućih posebnih kriterijuma za zasnivanje međunarodne nadležnosti, sadržanih u Briselskoj konvenciji, nadležni sud se obratio Evropskom sudu. Ovaj sud je okvalifikovao sporni odnos metodom autonomne kvalifikacije i zaključio da se ne radi o ugovornom odnosu, s obzirom da takav odnos postoji ako su parnične strane direktno strane ugovornice. Prema francuskom pravu, kada postoji uska veza između dva ili više ugovora ekonomski je realno i u skladu sa principima opravdanih očekivanja stranaka kvalifikovati tužbene zahteve kao ugovorne. Kada su ugovori deo istog lanca oni se međusobno prepliću, tako da treba, u skladu sa francuskom judikaturom, pravednosti radi, svim strankama koje učestvuju u ugovornim odnosima pružiti istu zaštitu. (zapažanje Decker M., Contract ot Tort: a Conflict of Characterisation, ICLQ 1993, 366 i dalje).

tivanju svrhe i cilja usvajenih uniformnih rešenja. U tom smislu Haška konvencija o merodavnom pravu za drumske saobraćajne nezgode²⁴ sadrži precizna određenja pojma motorno vozilo kao i pojma naknade štete, dok Bečka konvencija o ugovorima u međunarodnoj prodaji robe postavlja smernice u rešavanju sukoba kvalifikacija, tako što predviđa da se kod tumačenja konvencijskih odredbi mora voditi računa o međunarodnom značaju i potrebi ujednačene primene.²⁵

d) *Kvalifikacija od slučaja do slučaja (ad hoc)* predstavlja posebno rešenje problema koje zastupa Lunc. Ovaj teoretičar je mišljenja da ne postoji jedinstveno rešenje problema kvalifikacije tako da nadležni sud ima zadatak da primeni odgovarajući metod kvalifikacije za svaki konkretni slučaj, vodeći se interesom države u kolizionom normiranju i odabiru rešenja koja treba da dovedu do merodavnog prava.²⁶

e) Rešenje problema kvalifikacije ustanova nepoznatih domaćem pravu podleže stranom pravu, odnosno, pravu zemlje porekla ustanove. Na taj način se, pored sadržine odgovarajuće ustanove utvrđuje i njena funkcija što upućuje na primenu metoda tzv. *funkcionalne kvalifikacije*. Obraćanje stranom pravu je u ovom slučaju jedino moguće imajući u vidu da je domaćem pravu konkretna ustanova nepoznata. Nadležni organ, nakon funkcionalne kvalifikacije po stranom pravu nastoji da u domaćem pravu pronađe ustanovu koja ima funkciju i cilj kao i u stranom, a kvalifikacija treba da ukaže na kategoriju domaće koliziono norme pod koju bi se strana ustanova mogla podvesti. Tek tada nadležni organ vrši kvalifikaciju po *lex fori* i primenjuje domaću kolizionu normu. U situaciji kada u domaćem pravu nema odgovarajuće koliziono norme, problem kvalifikacije se više ne postavlja i tada se može govoriti o pravnoj praznini. U međunarodnom privatnom pravu pravna praznina prouzrokuje visok stepen apstrakcije tako da je valja popuniti prema pravilima ZMPP.²⁷ Prema Visheru, sudac u areni međunarodnog privatnog prava ima u određenom smislu i ulogu zakonodavca, pa stoga ne samo da primenjuje već i razvija pravo, popunjava neizbežne praznine pravnog sistema stvarajući pravila i potpravila.²⁸

²⁴ "Službeni list SFRJ" br. 26/67.

²⁵ "Službeni list SFRJ" Međunarodni ugovori, br. 10/1/84; V. čl. 7 st 1. Konvencije.

²⁶ Lunc L.A., *Internationales Privatrecht*, I, Berlin 1961, 186.

²⁷ Živković M., *Opšte ustanove međunarodnog privatnog prava i Zakon o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja-pregled dvadeset godina kasnije i de lege ferenda*, Zbornik radova povodom dvadeset godina ZMPP, Niš 2004, 21.

²⁸ Visher F., *General Course on Private International Law*, *Recueil des Cours d'Academie de droit International*, vol. 232, 1992, 196.

*U susret novoj kodifikaciji međunarodnog
privatnog prava Republike Srbije*

Izbor merodavnog prava, u nekim situacijama, zavisi ne samo od kolizionih rešenja već i od toga u kojoj meri su uključene opšte ustanove međunarodnog privatnog prava. Primena kolizionih normi pretpostavlja ispravnu kvalifikaciju privatnopravnog odnosa sa elementom inostranosti, pri čemu razgraničenje jedne materije od ostalih, srodnih, pravnih područja ili onih koja se poklapaju nije nimalo jednostavno. Svrha kvalifikacije je individualizacija merodavnog prava tj. pronalaženje odgovarajuće kolizionne norme. Problem je najslabiji u sferi privatnopravnih odnosa sa elementom inostranosti, ali kvalifikacija nije po pravilu problematična kada je crta razgraničenja teorijski jasno postavljena. U situacijama koje ulaze u "granično područje" kvalifikacija se vrši prema pravu merodavnom za rešenje problema kvalifikacije u najvećem broju nacionalnih prava, primenom prava foruma. S druge strane, praksa sve češće ukazuje na neophodnost primene metoda autonomne kvalifikacije radi poštovanja principa pravičnosti u primeni kolizionih i materijalnih normi merodavnog prava. Naime, sudska praksa je iznedrila odluke donete u vezi slučajeva u kojima su sudije, oslanjajući se na kvalifikaciju, tumačile tačku vezivanja na način koji im je omogućavao primenu željenog pravnog okvira.

Interakcija pojedinih spornih područja u sferi međunarodno privatnopravne regulative nije ostala na margini srpskog zakonodavstva. Istina zakonsko rešenje, dato u jednom članu, potiče još iz vremena bivše SFRJ i predviđa kvalifikaciju u dva stepena. Ovo proizilazi iz sadržine člana 9 kojom je normirana samo drugostepena kvalifikacija, kojim se nalaže da se *pravo strane države ima primenjivati prema svom smislu i pojmovima koje sadrži*, ali zakonodavac ne daje nikakva dalja uputstva i smernice nadležnom organu koji treba da uzme u obzir stav stranog prava o tome da li njegove kolizionne norme prihvataju upućivanje ili pak uzvrćaju na polazno, domaće pravo. Zakonsko rešenje zahteva da se strano pravo, merodavno prema kolizionoj normi *lex fori*, primeni u celini bez obzira na normativna rešenja i njihovu pravnu prirodu.²⁹ Pored toga domaći sudija nema obavezu da sprovede stepenastu kvalifikaciju jer bi ona bila suprotna čl. 6 ZMPP koji nalaže domaćem sudu da prihvati renvoi usled drugačije kvalifikacije određenog pitanja zemlje prvog upućivanja i zemlje svakog drugog prepućivanja. Tumačenjem jedine odredbe ZMPP proizilazi da se prva kvalifikacija ima vršiti prema *lex fori*.

²⁹ O tome je govorio još Von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Band I, Berlin 1840, 34.

Zakonodavac je odredio ko vrši kvalifikaciju ali ne i način na koji se kvalifikacija vrši u međunarodnom privatnom pravu.

Nakon trideset godina od donošenja Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja³⁰ koji je stupio na snagu još 1. januara 1983. godine Ministarstvo pravde je 2008. godine obrazovalo radnu grupu za izradu zakona koji bi predstavljao sveobuhvatnu kodifikaciju međunarodnog privatnog prava u skladu sa svetskim trendovima u razvoju ove naučne discipline. Ne treba ni pominjati da je za proteklih trideset godina koliko je ZRSZ u primeni u razvoju međunarodnog privatnog prava došlo do značajnih promena kako u društvenoj stvarnosti tako i u postavljanju pravnih standarda. Započinjući ovaj proces Srbije se pridružila ostalim *ex-yu* državama koje su izmenile ili su u procesu izmene međunarodno-privatnopravnog zakonodavstva.³¹ Posle niz polemika, sugestija i predloga radna grupa je izašla sa Nacrtom kodifikacije međunarodnog privatnog prava Srbije, pod naslovom Zakon o međunarodnom privatnom pravu u kojem je značajno mesto dobio institut kvalifikacije. Predlagač se na taj način nije pridružio stavu, istina priličnog broja zakonodavstava, da manjkavo rešenje može biti kočnica u razvoju, jer je reč o problemu koji teorija i praksa još uvek razvijaju tražeći bolja rešenja. Očigledno je da je stav radne grupe bio da je problematika sazrela za zakonsko regulisanje i da bi bila veća šteta ukoliko bi ova ustanova ostala izvan međunarodno-privatnopravne regulative.

Ukoliko se prihvate rešenja u predloženom Nacrtu novog Zakona o međunarodnom privatnom pravu u Republici Srbiji posebna odredba o rešenju problema kvalifikacije bi trebalo da omogući primenu onih metoda čiji će rezultat garantovati poštovanje principa pravičnosti, imajući u vidu da su kolizione norme u savremenom pravu "postale" i te kako zainteresovane za pravično rešenje konkretne situacije. Ovo imajući u vidu da kvalifikacija nije samo problem međunarodnog privatnog prava već je i opšteteorijski pravni problem. Pravilno tumačenje i kvalifikovanje je posebno značajno a zbog primene dvostrukih kolizionih normi, u kolizionom pravu, i izuzetno teško.

ZMPP predviđa kvalifikaciju u dva stepena dok Nacrt novog zakona polazi izričito od kvalifikacije po *lex fori*, tako da se *činjenična stanja, pravni odnosi i instituti od kojih zavisi određivanje merodavnog prava, imaju kvalifikovati prema pravu Republike Srbije*. Ipak, sama kvalifikaciona domaća kolizionna norma ne

³⁰ "Sl. list SFRJ", br. 43/82, 72/82, "Sl. list SRJ", br. 46/96 i "Službeni glasnik RS", br. 46/06.

³¹ Slovenija je usvojila Zakon o mednarodnom zasebnom pravu in postopku- ZMPPP, "Ur. l. Republika Slovenija" br. 56/1999; Makedonija je donela Zakonik o međunarodnom privatnom pravu i postopku Republike Makedonije "Službeni vesnik na Republika Makedonija", br. 87/2007.

nudi potrebne zaključke za rešavanje slučaja i zato je potrebno kvalifikaciju produžiti i na strani pravni poredak.

ZMPP u drugom stavu istog člana predlaže da se *kvalifikacija instituta ili pojmova koje naše pravo ne poznaje, ima vršiti uzimanjem u obzir funkcije koju pravni odnos, institut ili pojam ima u odgovarajućem stranom pravu.*

Treba imati u vidu da i kada su kolizione norme nomotetički identične može doći do konflikta među pravnim porecima jer sadržina pojmova koje takve norme upotrebljavaju nije ista. Pojam koji se koristi u kolizionim normama nije obavezno isti pojam koji koristi materijalno pravo istog pravnog poretka. Pojmovi koje koristi međunarodno privatno pravo proizilaze iz materijalnog prava, ali je ono vezano i za strano, a ne samo za domaće pravo.

Stav 3 člana 30 Nacrta ZMPP predviđa rešenje problema kvalifikacije pojmova sadržanih u međunarodnim ugovorima, *nezavisno od značenja koje imaju u nacionalnom pravu*, izuzev ukoliko sam međunarodni ugovor drugačije ne odredi. Dakle, naša međunarodno privatnopravna regulativa bi trebalo da dobije normu kojom se potvrđuje primarni značaj i primena kvalifikacije po *lex fori*, koja je i do sada najčešće primenjivana u praksi. Na taj način zakonodavac pruža upuštvo sudu u situaciji kada još nije određeno merodavno pravo a ono zavisi od rešenja problema kvalifikacije instituta, odnosno pojma koje on ne poznaje. Sudija ima zadatak da supsumira sporna pitanja pod određenu pravnu kategoriju s ciljem izbora merodavnog prava.

Najzad, sasvim je moguće predvideti kontinuiranu primenu ZORSZ u pogledu kvalifikacije u dva stepena, uz primenu teorijskih dostignuća, odnosno drugih mogućnosti koje nudi pravna nauka.

MARIJA KRVAVAC, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, University of Priština,
headed in Kosovska Mitrovica

QUALIFICATION ISSUE IN INTERNATIONAL PRIVATE LAW

Summary

In international private law qualification can be understood as a unique process of choosing a conflict of law rules *lex fori* but also the process of choosing substantive rules *lex causae*. From the legal point of view, qualification means the proceedings of searching for the place of facts in the

world of legal rules or the application of law. The qualification issue arises with rules that indirectly regulate private legal relationships with a foreign element.

Qualification of the facts under a certain legal terms in one norm or another that are a part of a potentially applicable law. These are thought operations that consist of a choice of a category to refer to from the conflict of law rule and the choice of substantive rules *lex causae* whose application was referred to by initial conflict of laws rule. Domestic international private law stipulates that applicable law is to be applied according to its sense and the terms which contains. However, the problem of qualification is much more complex and generally represents the most serious problem of international private law, having in mind the entwinement of conflict of law rules and material rules, the interests of international private law are reflected through the process of qualification, and the pursuit of justice in international private law.

Despite the fact that the process of defining qualification was first explained at the end of the 19. century, the discussions are still in progress, particularly regarding the determination of the applicable law for the qualification itself.

MAJA KOSTIĆ-MANDIĆ

**O ODNOSU NORMATIVNOG I STVARNOG
U JEDNOM INSTITUTU MEĐUNARODNOG
PRIVATNOG PRAVA CRNE GORE I ZEMALJA REGIONA**

– Princip najtješnje povezanosti –

U V O D

Još od devetnaestog vijeka u uporednom međunarodnom privatnom pravu uobičajeno je da se pitanje mjerodavnog prava za svaki građanskopravni odnos sa stranim elementom utvrđuje na osnovu stepena povezanosti odnosa sa različitim pravnim sistemima. Savinji je postavio osnov da u svakom konkretnom slučaju treba utvrditi sa kojim pravnim poretkom odnos stoji u najjačoj vezi¹, odnosno gdje se nalazi “sjedište” tog pravnog odnosa. Nekada sam zakonodavac, posmatrajući određenu vrstu pravnih odnosa, ispituje načine i oblike povezanosti sa različitim pravnim sistemima (koji su “u sukobu”), i opredjeljuje se za jedan od njih, kao za pravni sistem gdje taj odnos ima svoje središte, odnosno sa kojim je u najbližoj vezi. Za razliku od ovog najšireg koncepta središta pravnog odnosa, koji služi kao osnova formulisanja kolizionih normi u jednom zakonu, ovaj koncept se može pojaviti i samo kao smjernica, u vidu okvirne odlučujuće činjenice, gdje organ primjene prava, a ne zakonodavac, za svaki konkretan slučaj utvrđuje koje pravo treba primijeniti kao pravo koje je u najtješnjoj vezi sa određenim prav-

Dr Maja Kostić-Mandić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Crne Gore.

¹ Vidi: K. Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, vol. VIII, Torino, 1897, str. 119.

nim odnosom. Pri tom, moguće je da zakonodavac navodi rešenja koja se imaju smatrati središtem posla, a da organ primjene prava u konkretnom slučaju cijeni koje od tih rešenja treba primijeniti. A može se postaviti i kao "otvorena" koliziorna norma, gdje organ primjene prava, bez uputstva zakonodavca, ustanovljava za svaki konkretan slučaj sa pravom koje zemlje postoji najtješnja povezanost, odnosno gdje je središte pravnog posla.

Sada kada se u Crnoj Gori isčekuje usvajanje nove kodifikacije međunarodnog privatnog prava oličene u Zakonu o međunarodnom privatnom pravu, a i u Srbiji i Hrvatskoj se daleko odmaklo u radu na novim zakonima u ovoj oblasti, želimo da ukažemo na evoluciju principa najtješnje povezanosti koji je utemeljen u pravu ali ne i praksi u primjeni pravila međunarodnog privatnog prava u Crnoj Gori. Ipak, na osnovu iskustava drugih zemalja u regionu, koje baštine istu pravnu tradiciju uspostavljenu Zakonom o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja koji je usvojen 1982, sa izmjenama iz 1996. godine, mogu se izvesti zaključci relevantni i za pravo Crne Gore. Ovo tim prije što novi zakon ovom pravnom institutu pridaje još veći značaj nego do sada jer će omogućiti organima primjene prava da u izuzetnim slučajevima, uz ispunjenje takstativno navedenih uslova, odstupaju od primjene redovno mjerodavnog prava i da primjenjuju pravo koje je u bližoj vezi sa konkretnim odnosom. I upravo korektivna funkcija principa najtješnje povezanosti predstavlja jednu od najznačajnijih novina do kojih će doći u međunarodnom privatnom pravu Crne Gore.

Ovo kratko podsjećanje na različite oblike ispoljavanja principa najtješnje povezanosti neophodno je zbog analiziranja relevantnih odredaba Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja, ali i odredaba koje su važile u prošlosti i koje će važiti u budućnosti u Crnoj Gori.

Princip najtješnje povezanosti u pravnim izvorima

Princip najtješnje povezanosti je već dugo prisutan u pravnim izvorima međunarodnog privatnog prava Crne Gore. Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru iz 1888. godine je po prvi put na evropskom pravnom prostoru na prilično sveobuhvatan način formulisao osnovna pravila međunarodnog privatnog prava, a u oblasti određivanja mjerodavnog prava, polazeći od savinjijskog metoda "centra gravitacije" uveo pravila koja su u vrijeme svog donošenja bila veoma savremena i mnogo ispred stvarnih potreba tadašnjeg društva².

² Detaljnije vidi: M. Kostić-Mandić, *Mjerodavno pravo za ugovore u Opštem imovinskom zakoniku za Knjaževinu Crnu Goru*, u Zborniku radova sa naučnog skupa: "120 godina OIZ-a u Crnoj Gori", Pravni fakultet UCG, Udruženje pravnika CG, Podgorica, 2009, str. 95–106.

Princip najtješnje povezanosti, kao koncept nastao u drugoj polovini dvadesetog vijeka, nije mogao biti eksplicitno naveden u tekstu Zakonika. Ipak, našao je svoj izraz u formi “središta posla”, ali i ostalih okolnosti koje su relevantne za određivanje mjerodavnog prava za ugovore kada strane nisu izričito izvršile izbor mjerodavnog prava. Uvršćujući koncept “centra gravitacije”, odnosno najtješnje povezanosti u član 792 Opšteg imovinskog zakonika, Bogišić se opredijelio za pristup koji je i danas vodeći u međunarodnom privatnom pravu. Tako, “priroda posla” ili “druge prilike po kojima se vidi da su strane iz ugovora pri ugovaranju imale na umu određeno pravo” (“zakon mjesta”) predstavljaju osnovni putokaz u utvrđivanju prećutne autonomije volje³ a navodi se i primjena prava koje bi stranke imale na umu “da su o tome mislile”.

U teoriji međunarodnog privatnog prava, ova situacija naziva se hipotetična autonomija volje, mada terminologija ne odražava pravi sadržaj ovog pravnog instituta. Jer u suštini ne postoji izbor prava, pa se ne može utvrđivati izričito ili prećutno izražena volja ugovornih strana, već se samo može govoriti o pravu čija bi primjena bila najlogičnija za dati ugovorni odnos. Odnosno, pravu koje bi stranke, kao razumni ljudi, izabrale da su vršile izbor prava. U doktrini ima i mišljenja da se hipotetična autonomija izjednačava sa principom najtješnje povezanosti⁴, odnosno smatra se da su ova dva instituta “drugačije izražena, ali u suštini ista okvirna uputstva”⁵.

Princip najtješnje povezanosti javlja se u različitim funkcijama i u savremenom međunarodnom privatnom pravu Crne Gore. U Zakonu o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja u dvije odredbe predstavlja supsidijerno rešenje (kod država koje nemaju jedinstven pravni poredak i kod bipatrida za utvrđivanje državljanstva, ako nijedno od državljanstava nije crnogorsko i kada lice nema prebivalište u zemljama čije državljanstvo ima)⁶.

Međutim, za osnovnu temu ovog istraživanja najznačajnija je uloga ovog principa kao supsidijerne odlučujuće činjenice kod ugovora. Članom 20 Zakona o rešavanju sukoba zakona predviđeno je da je u odsustvu izbora mjerodavnog prava “i ako posebne okolnosti slučaja ne upućuju na drugo pravo” mjerodavno

³ Uputstva Opšteg imovinskog zakonika o utvrđivanju prećutne autonomije volje su i danas zadržala značaj, a kao relevantne okolnosti koje mogu upućivati na prećutni izbor mjerodavnog prava smatraju se i: ugovaranje sudske ili arbitražne nadležnosti, ugovaranje mjesta izvršenja ugovora, jezik ugovora, terminologija određenog pravnog poretka, valuta, veza sa drugim ugovorima, primjena običaja i uzansi i dr.

⁴ Vidi: T. Varadi, *Međunarodno privatno pravo*, Forum, Novi Sad, 1990, str. 248.

⁵ Vidi: Varadi, Bordaš, Knežević, Pavić, *Međunarodno privatno pravo*, osmo izdanje, Pravni fakultet u Beogradu, Službeni glasnik, Beograd, 2007, str. 393.

⁶ Vidi član 10 stav 2 i član 11 stav 3 Zakona.

pravo sjedišta, odnosno prebivališta dužnika karakteristične obaveze, u vrijeme prijema ponude, koje je navedeno za devetnaest vrsta imenovanih ugovora, kao i za druge ugovore. I dok je nesporno da “posebne okolnosti” predstavljaju princip najtješnje povezanosti i da razradu tog principa čine pretpostavke o mjerodavnom pravu na osnovu karakteristične obaveze⁷, u bivšoj jugoslovenskoj doktrini ne postoji potpuna saglasnost u pogledu načina primjene ove odredbe.

Jedan dio doktrine zastupa stav da u svakom slučaju kada strane nisu izabrale mjerodavno pravo za ugovor treba utvrđivati najtješnju povezanost slučaja sa različitim pravima nezavisno u odnosu na listu pravila za devetnaest imenovanih ugovora, koja samo predstavlja pomoćno sredstvo⁸, dok drugi dio doktrine zastupa stav da se praktično kao mjerodavno primjenjuje pravo sjedišta dužnika karakteristične obaveze, a da se tješnja veza sa drugim pravom utvrđuje samo izuzetno⁹, govoreći rečnikom savremenog međunarodnog privatnog prava, kada je to očigledno i proizilazi iz svih okolnosti slučaja.

U drugom slučaju, osnovno pravilo je primjena prava domicila dužnika karakteristične obaveze, ali ovo pravilo predstavlja oborivu pravnu pretpostavku, u slučaju postojanja tješnje povezanog prava i u ovoj funkciji bi princip najtješnje povezanosti, u stvari, predstavljao klauzulu odstupanja od redovno mjerodavnog prava. Ovaj institut možemo definisati kao sredstvo kojim se vrši korekcija u primjeni kolizione norme, na osnovu ovlašćenja koje zakonodavac daje sudiji, odnosno drugom organu koji primjenjuje pravo, da u izuzetnim slučajevima ne primijeni mjerodavno pravo na koje ukazuje odlučujuća činjenica. Ovo ovlašćenje nije bezuslovno, a preduslov za njegovu primjenu je očigledno nepostojanje značajne veze činjeničnog sklopa sa redovno mjerodavnim pravom, uz istovremeno postojanje tijesne povezanosti sa nekim drugim pravom¹⁰.

Smatramo da je ovo drugo tumačenje više u skladu sa našom pravnom tradicijom i ulogom koju organ primjene prava ima u nas. Naše sudije ili arbitri, koliko god bili verzirani u pitanja međunarodnog privatnog prava, nerado preu-

⁷ Vidi: Sajko, Sikirić, Bouček, Babić, Tepeš, Izvori hrvatskog i europskog međunarodnog privatnog prava, sa sudskom i arbitražnom praksom i tezama za Zakon o međunarodnom privatnom pravu, Informator, Zagreb, 2001, str. 292.

⁸ Vidi: Dika, Knežević, Stojanović, *Komentar zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Beograd, 1990, str. 79; Varadi, Bordaš, Knežević, Pavić, str. 403.

⁹ Vidi: Stanivuković, Đundić, *Međunarodno privatno pravo, posebni deo*, Pravni fakultet, Novi Sad, 2008, str. 115; Stanivuković, Živković, *Međunarodno privatno pravo, opšti deo*, “Službeni list SCG”, Beograd, 2004, str. 152–153.

¹⁰ Detaljnije vidi: M. Kostić-Mandić, *Opšta klauzula odstupanja od mjerodavnog prava – u savremenom međunarodnom privatnom pravu*, Pravni fakultet, Podgorica, 2012, str. 1–272.

zimaju na sebe ulogu tvorca prava koja bi im se nametala na osnovu prvog tumačenja. Smatramo opravdanim tumačenje da do primjene principa najtješnje povezanosti dolazi samo izuzetno, ako "posebne okolnosti" slučaja upućuju na primjenu drugog prava, a ne prava sjedišta prodavca, odnosno ugovorne strane iz nekog drugog ugovora, čija obaveza nije prvenstveno pekunijarne prirode. A u istom pravcu je i rešenje novog Predloga zakona o međunarodnom privatnom pravu, čija odredba preuzima koncept sadržan u Uredbi Evropske unije o mjerodavnom pravu za ugovorne obaveze (Uredba Rim I)¹¹.

Što se tiče drugih izvora međunarodnog privatnog prava u Crnoj Gori, za razliku od bivšeg jugoslovenskog Zakona o obligacionim odnosima i osnovama svojinskopravnih odnosa u vazдушnom saobraćaju iz 1998. godine, istoimeni novi zakon iz 2011. godine ne sadrži ograničenja autonomije volje¹² a principu najtješnje povezanosti dodatno pojačava značaj.

Tako, član 178 novog Zakona o obligacionim odnosima i osnovama svojinskopravnih odnosa u vazдушnom saobraćaju predviđa da ako nije izričito ili prećutno izvršen izbor mjerodavnog prava na ugovor ili na ugovorni odnos, mjerodavno je pravo koje je sa njim u najbližoj vezi. Stavom 2 uspostavlja se oboriva pretpostavka da ako iz bitnih okolnosti ne proizilazi ništa drugo, na glavna prava i glavne obaveze primjenjuje se, kao najbliže, pravo države u kojoj je za vrijeme zaključenja ugovora avio-prevoznik imao prebivalište, odnosno sjedište. Stavom 3 se previđa da se na sporedna prava i sporedne obaveze primjenjuje pravo mjesta gdje su te radnje izvršene, odnosno gdje je trebalo da budu izvršene, a i ova pretpostavka je oboriva, ako postoji tješnja veza sa nekim drugim pravom, iako to nije naglašeno u samoj odredbi pozivanjem na posebne okolnosti.

Od drugih izvora međunarodnog privatnog prava u Crnoj Gori treba izdvojiti Zakon o spoljnoj trgovini iz 2004. godine koji kao osnovno pravilo u odsustvu izbora prava predviđa primjenu opštih principa međunarodnog privatnog prava, pa samim tim i principa najtješnje povezanosti¹³.

¹¹ Uporedi član 4.3 Uredbe Rim I i član 39 Predloga zakona o međunarodnom privatnom pravu.

¹² Prethodnim zakonom autonomija volje stranaka je ograničena, jer se u dva slučaja daje prednost primjeni odredaba samog zakona, nezavisno od volje stranaka (u cilju zaštite putnika, kao i ako je ugovorni odnos posebno blisko povezan sa Crnom Gorom), a u jednom slučaju dozvoljava se materijalnopravna, ali ne i kolizionopravna autonomija volje (kada se mjesto polaska ili mjesto opredjeljenja nalazi u Crnoj Gori). Vidi član 185 Zakona iz 1988. godine.

¹³ O kontroverzama u tumačenju ove odredbe vidi: Kostić-Mandić, Stanivuković, Živković, *Private International Law of Montenegro*, International Encyclopedia of Laws, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2010, str. 121. Ipak, usvajanjem nove kodifikacije međunarodnog privatnog prava, ova odredba će prestati da važi.

*Princip najtješnje povezanosti u sudskoj
i arbitražnoj praksi*

Iako je i u bivšoj Jugoslaviji kao i u zemljama koje su zadržale rešenja Zakona o rešavanju sukoba zakona za ugovorne odnose princip najtješnje povezanosti našao svoju primjenu, u sudskoj i arbitražnoj praksi rijetko se neposredno pominje ovaj princip. I prije usvajanja Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja, 1965. godine tadašnji Vrhovni privredni sud je došao na stanovište da: "U nedostatku sporazuma stranaka o primeni nekog određenog materijalnog prava, u načelu bi trebalo da bude primenjeno materijalno pravo one zemlje za koju bi se, u svakom konkretnom slučaju, a posmatrano sa stanovišta raznih tačaka vezivanja (mesto zaključenja i izvršenja ugovora, mesto počinjene štete, mesto gde se spor raspravlja i presuđuje, mesto domicila dužnika itd.), moglo kazati da stoji najbliže onom pravnom poslu, odnosno onom pravnom odnosu o kojem je nastao spor i o kojem treba da se sudi"¹⁴.

Što se tiče arbitražne prakse bivše Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privrednoj komori Jugoslavije kada strane nisu izvršile izbor prava dokumentovano je da je princip najtješnje veze korišćen za utvrđivanje mjerodavnog prava. U obrazloženju odluke iz 1992. godine stoji da: "Na Jugoslaviju ukazuje, pre svega, *lex loci venditoris*, tačka vezivanja koja je najviše prihvaćena u savremenim kodifikacijama i međunarodnim konvencijama. *Lex loci contractus* takođe upućuje na Jugoslaviju, a u istoj zemlji je i mesto isporuke. Na taj način princip najbliže veze bi takođe upućivao u pravo SFRJ. Iz tih razloga u ovom sporu treba primeniti jugoslovensko materijalno pravo, uzimajući naravno u obzir odredbe ugovora i primenljive trgovačke običaje"¹⁵. U Komentaru Zakona o rešavanju sukoba zakona navode se i druge arbitražne odluke za koje se kaže da se dosledno primenjuje pravo sjedišta dužnika karakteristične obaveze ako je primjena principa najtješnje veze nemoguća¹⁶.

Slična argumentacija navedena je i u obrazloženju odluke iz 2002. godine u sporu između njemačke i dvije jugoslovenske firme: "Po mišljenju arbitražnog Veća, osim odredaba ugovora i primenljivih trgovinskih običaja (čl. 46 st. 3 Pravilnika STA), na ovaj se spor ima primeniti jugoslovensko materijalno pravo i to zbog toga što na njega upućuju jugoslovenske kolizione norme (čl. 20 ZRSZ), kao na zakon koji je sa ugovorom u najbližoj vezi, jer je to zakon dva ugovarača iz

¹⁴ Presuda Vrhovnog privrednog suda Sl. 93/65-3, od 18. juna 1965. godine, navedeno prema: Varadi, Bordaš, Knežević, Pavić, str. 394.

¹⁵ Odluka T-190/82, navedeno prema: Dika, Knežević, Stojanović, str. 81.

¹⁶ Vidi: Dika, Knežević, Stojanović, str. 81.

Ugovora o poslovnoj saradnji, zakon izvršenja obaveze jedne ugovorne strane, zakon zaključenja ugovora i zakon sedišta Arbitraže”¹⁷.

U praksi Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privrednoj komori Srbije nastavlja se navedena praksa i u određenom broju odluka posebna pažnja je posvećena obrazlaganju primjene prava koje je u najbližoj vezi sa ugovorom. I u ovim slučajevima zaključuje se da je ugovor u najbližoj vezi sa Republikom Srbijom, a precizira se da se primjenjuje Konvencija Ujedinjenih nacija o ugovorima o međunarodnoj kupoprodaji robe i domaće materijalno pravo¹⁸. I u novijoj praksi Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privrednoj komori Srbije nakon usvajanja Zakona o arbitraži 2006. godine može se naći primjena principa najtješnje veze. Tako, u odluci T-8/06 iz 2007. godine Arbitražno vijeće je utvrdilo da je srpsko pravo pravo najbliže veze, jer na ovo pravo ukazuju: sjedište kupca, mjesto ispunjenja, ugovorena alternativna nadležnost srpskih sudova i jezik ugovora¹⁹. Na osnovu uvida u ograničen broj sudskih odluka donijetih u Republici Srbiji stiče se utisak da sudije ne razmatraju pitanje primjene principa najtješnje povezanosti²⁰.

I u postupanju Stalnog izabranog sudišta pri Hrvatskoj gospodarskoj komori dokumentovani su slučajevi primjene principa najtješnje veze za utvrđivanje mjerodavnog prava u nedostatku izbora prava. Na osnovu dostupne prakse nameće se zaključak da arbitri zaista ocjenjuju da li postoje “posebne okolnosti”, ali zaključuju da takvih okolnosti nema i na kraju primjenjuju domicil dužnika karakteristične prestacije²¹. Tako u slučaju iz 1994. godine²² pošto nije ugovoreno mjerodavno pravo, arbitri primjenjuju član 20 Zakona o rešavanju sukoba zakona (koji je Hrvatska preuzela) i zaključuju da ovdje postoje “posebne okolnosti” koje se odnose na samu činidbu izdavanja garancije korisniku. Ipak, dalje se pozi-

¹⁷ Izvod iz obrazloženja odluke T-4/02. Na osnovu odobrenja dr Gaša Kneževića, predsjednika Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privrednoj komori Srbije, bili smo u mogućnosti da ostvarimo neposredan uvid u više odluka donijetih pred ovom arbitražom.

¹⁸ Odluke: T-2/04, T-14/04 i T-15/04. *Isto*.

¹⁹ Za detaljan pregled arbitražne prakse ove arbitraže vidi: Pavić, Đorđević, *Primena Bečke konvencije u arbitražnoj praksi Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privrednoj komori Srbije*, Pravo i privreda, br. 5–8/2008, str. 580.

²⁰ Podatak dobijen ljubaznošću prof. dr Maje Stanivuković sa Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu.

²¹ Vidi: M. Župan, *Pravo najbliže veze u hrvatskom i europskom međunarodnom privatnom pravu*, Pravni fakultet, Rijeka, 2006, str. 196-199.

²² U sporu povodom ugovora o samostalnim bankarskim garancijama, hrvatska banka je ugovorom preuzela obavezu izdavanja garancije, a njenim aktiviranjem je vršila plaćanja trećim licima i pred arbitražom je tražila od slovenačkog društva isplatu ukupnog iznosa isplaćenog po tim garancijama. Vidi: SIS HGK IS-P-16/93 od 2. 06. 1994. godine, navedeno prema: Župan, str. 196.

vaju na član 20 tačku 17 koji predviđa da je za ovu vrstu ugovora mjerodavno pravo mjesta u kome se u vrijeme zaključenja ugovora nalazilo sjedište davaoca garancije. U ovom slučaju umjesto da na osnovu drugih činjenica utvrđuju najbližu vezu, arbitri koriste odlučujuću činjenicu iz člana 20 tačke 17, kao “posebne okolnosti” koje se koriste za procjenu najtješnje veze. Iako se mogu braniti različita tumačenja u pogledu toga da li primat u primjeni treba da imaju “posebne okolnosti” ili domicil dužnika karakteristične prestacije, namjera zakonodavca svakako nije bila da se jedno obrazlaže drugim.

Na osnovu analize prakse sudova u Hrvatskoj, Župan zaključuje da je najbliža veza iz prvog stava člana 20 “tako skromno formulisana da je suci ne prepoznaju”²³.

Što se tiče Crne Gore, u ovom trenutku ne mogu se izvoditi pouzdani zaključci o sudskoj praksi u primjeni principa najtješnje povezanosti iz člana 20 Zakona o rešavanju sukoba zakona. U situaciji kada ne postoje baze podataka, na osnovu iskustva sudija Privrednog suda u Podgorici, stiče se utisak da “posebne okolnosti” nisu zaživjele u sudskoj praksi i da su sudije direktno primjenjivale pravo domicila dužnika karakteristične obaveze²⁴. Tome u prilog govori i odluka iz 2010. godine Privrednog suda u Podgorici gdje je za ugovor o djelu, odnosno ugovor o građenju, direktno primijenjeno pravo mjesta gdje se u vrijeme prijema ponude nalazilo sjedište poslenika (preduzimača), na osnovu člana 20 stav 1 tačka 2 Zakona o rešavanju sukoba zakona²⁵.

Arbitražna praksa Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privrednoj komori Crne Gore je tek u povoju²⁶.

Novo međunarodno privatno pravo Crne Gore

U drugu deceniju dvadeset prvog vijeka Crna Gora ulazi sa novim međunarodnim privatnim pravom. Tri decenije od usvajanja Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja²⁷ i značajna dešavanja do kojih je došlo na međunarodnom planu u domenu međunarodnog privatnog prava u prvoj dece-

²³ Detaljnije vidi: Župan, str. 190–195.

²⁴ Informacija dobijena ljubaznošću g-đe Dijane Raičković, sudije Privrednog suda u Podgorici.

²⁵ Presudu P. br. 513/10 je potvrdio Apelacioni sud Crne Gore presudom Pž br. 958/11.

²⁶ Spoljnotrgovinska arbitraža pri Privrednoj komori Crne Gore je do 2012. godine riješila jedan spor i to poravnanjem.

²⁷ Za izvore međunarodnog privatnog prava Crne Gore detaljnije vidi: M. Kostić-Mandić, *Izvori savremenog međunarodnog privatnog prava Crne Gore*, Pravni zbornik, Udruženje pravika Crne Gore br. 1-2/2010, Podgorica, str. 317–331.

niji novog vijeka usloveli su potrebu da se u određenim odnosima izmijene postojeća rešenja a u skladu sa pravom Evropske unije, međunarodnim ugovorima, kao i uporednopravnim zakonskim rešenjima koja su se pokazala uspješnim.

Usklađivanje nacionalnog prava, pa i međunarodnog privatnog prava sa pravom Evropske unije predstavlja i ugovornu obavezu Crne Gore, na osnovu Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju²⁸.

Na pojedine odredbe novog Zakona o međunarodnom privatnom pravu Crne Gore uticala su i rešenja Haških konvencija, kao i nacionalnih kodifikacija međunarodnog privatnog prava²⁹. Pored švajcarskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu, od novijih kodifikacija posebno su uzimana u obzir pojedina rešenja belgijskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu iz 2004. i bugarskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu iz 2005. godine. I upravo na osnovu naprijed navedenog, polazeći od značaja principa najtješnje povezanosti i predviđanja njegove korektivne funkcije oličene u klauzulama odstupanja u onim uporednopravnim izvorima čija su rešenja izvršila najznačajniji uticaj na novu kodifikaciju međunarodnog privatnog prava, postaje jasno da je bilo i za očekivati opredjeljenje da se u novi Zakon o međunarodnom privatnom pravu unese klauzula odstupanja koja će biti opšta po svom domenu.

Član 8 Predloga zakona o međunarodnom privatnom pravu glasi:

Klauzula odstupanja

Član 8

Izuzetno, pravo određeno na osnovu ovog zakona se neće primijeniti ukoliko je s obzirom na sve okolnosti slučaja očigledno da odnos sa tim pravom ima vrlo slabu vezu, a postoji bitno bliža veza sa nekim drugim pravom.

Ova odredba se neće primjenjivati kad same stranke izaberu pravo mjerodavno za njihov odnos.

Na osnovu teksta člana 8 Predloga zakona o međunarodnom privatnom pravu očigledno je da je u osnovi preuzeta švajcarska generalna klauzula odstupanja³⁰. Ovom odredbom se posebno željela naglasiti restriktivna primjena ovog

²⁸ Ova ugovorna obaveza proizilazi iz člana 80 Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju potpisanog između Evropske unije i Crne Gore, koji je stupio na snagu 1. maja 2010. godine.

²⁹ U novije kodifikacije međunarodnog privatnog prava nastale u 21. vijeku spadaju zakoni o međunarodnom privatnom pravu u Rusiji, Belgiji, Bugarskoj, Estoniji, Litvaniji, Makedoniji, Turskoj, Kini, Rumuniji, Poljskoj, Albaniji, Holandiji i dr. U više zemalja u regionu, među kojima su i Srbija i Hrvatska, u toku je rad na donošenju novih zakona u ovoj oblasti.

³⁰ Detaljnije vidi: Kostić-Mandić, Opšta klauzula odstupanja od mjerodavnog prava – u savremenom međunarodnom privatnom pravu, str. 9-13.

instituta. Nesporno je da organ primjene prava po službenoj dužnosti primjenjuje klauzulu odstupanja, ali samo kada su ispunjeni svi navedeni uslovi. S obzirom na našu pravnu tradiciju i procesni položaj stranaka u sporu, uloga stranaka je ograničena na eventualno pružanje pomoći u saznanju i dokazivanju stranog prava, a u skladu sa članom 6 stav 3 Predloga zakona³¹. Osnovni argument u prilog prihvatanju klauzule odstupanja kao jednog od opštih instituta našeg međunarodnog privatnog prava je da upodobljavanje prava individualnom slučaju doprinosi pravičnoj primjeni i razvoju prava, jer sudija postupa *in modo legislatoris*, a da se u isto vrijeme, restriktivnom primjenom ove klauzule, bitnije neće ugrožavati pravna sigurnost. Smatramo da uvođenje instituta opšte klauzule odstupanja u naše međunarodno privatno pravo doprinosi fleksibilnosti kolizionopravnih rešenja i u perspektivi omogućava prevazilaženje problema primjene neadekvatnog pravnog pravila na atipične slučajeve. Time se mogu umanjiti negativni efekti do kojih dovodi striktna primjena imperativne kolizione norme koja, jednom formulisana, ne može podjednako odgovarati svim slučajevima. Takođe, za očekivati je da se smanji broj slučajeva u kojima se na vještački način primjenjuju druga sredstva odstupanja od mjerodavnog prava. Sa druge strane, usvajanjem opšte klauzule odstupanja postižu se dva cilja: ne samo postizanje pravičnog rešenja u konkretnom slučaju već i omogućavanje osavremenjavanja našeg međunarodnog privatnog prava uvođenjem novih koncepata, što na duže staze može dovesti do izmjene kolizionih normi od kojih se često odstupa.

Princip najtješnje povezanosti u korektivnoj funkciji javlja se i u vidu posebnih klauzula odstupanja: opšte pravilo za ugovore u slučaju nepostojanja izbora prava (član 39 stav 3), kod vanugovorne odgovornosti (član 52 stav 3), i kod posebnog pravila za izdržavanje između supružnika i bivših supružnika (član 92). Ove klauzule odstupanja su inspirisane onima iz Uredbe o mjerodavnom pravu za ugovorne obaveze iz 2008. godine (Uredba Rim I), Uredbe o mjerodavnom pravu za vanugovorne obaveze iz 2007. godine (Uredba Rim II), kao i klauzulom odstupanja iz Haškog protokola o mjerodavnom pravu za obaveze izdržavanja iz 2007. godine, koji je sastavni dio Uredbe o obavezama izdržavanja iz 2009. godine³².

Novi zakon predviđa primjenu principa najtješnje povezanosti i kao pomoćnog sredstva u slučaju postojanja nejedinstvenog pravnog poretka; kod bipatrida i apatrida i kada se ne može utvrditi mjerodavno pravo za ugovor³³.

³¹ Član 6 stav 3 Predloga zakona glasi: "Stranke u postupku mogu podnijeti i ispravu o sadržini stranog prava ili na drugi način pomoći sudu ili drugom nadležnom organu".

³² Vidi član 4.3 Uredbe Rim I, član 4.3 Uredbe Rim II i čl. 5 Haškog protokola.

³³ Vidi član 5 stav 2; član 11 st. 3 i 6 i čl. 39 st. 4 Predloga zakona o međunarodnom privatnom pravu.

Ostaje pitanje da li će ove odredbe zaživjeti u praksi naših sudova i drugih organa? Ipak, poslednjih godina nakon usvajanja novog Ustava Crne Gore 2007. godine i Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju sa Evropskom unijom i naša legislativa i sudska praksa postaju sve otvorenije za uticaje sa strane. U situaciji kada su domaći organi primjene prava suočeni sa primjenom međunarodnih standarda na osnovu konvencijskog prava, kao i novijih zakona koji su usaglašeni sa pravom Evropske unije, za očekivati je da će sudovi u većoj mjeri biti osposobljeni za primjenu ovog kompleksnog pravnog instituta.

ZAKLJUČAK

Iako bi se moglo reći da je praktičan domet principa najtješnje povezanosti u pravu Crne Gore upitan³⁴, normativnopravna rešenja koja su se primjenjivala ili se primjenjuju u oblasti mjerodavnog prava u Crnoj Gori visoko pozicioniraju ovaj princip. Jedan vid principa najtješnje povezanosti je afirmisan još 1888. godine u Opštem imovinskom zakoniku za Knjaževinu Crnu Goru, a kasnije u Zakonu o rešavanju sukoba zakon sa propisima drugih zemalja iz 1982, sa izmjenama iz 1996. godine koji u nepromijenjenom obliku važi i danas u Crnoj Gori.

Takođe, princip najtješnje povezanosti je našao svoj izraz i u novom Zakonu o obligacionim odnosima i osnovama svojinskopравnih odnosa u vazdušnom saobraćaju iz 2011. godine koji je zamijenio svog istoimenog prethodnika, a Zakon o spoljnoj trgovini iz 2004. godine kao osnovno pravilo u odsustvu izbora prava predviđa primjenu opštih principa međunarodnog privatnog prava, pa samim tim i ovog principa.

U 2012. godini će biti usvojen novi zakon o međunarodnom privatnom pravu, koji unosi značajne novine a predviđa i princip najtješnje povezanosti u korektivnoj funkciji u vidu opšte i posebnih klauzulu odstupanja.

Za razliku od jaza koji u Crnoj Gori postoji između normativnog i stvarnog u domenu primjene principa najtješnje povezanosti, u zemljama regiona koje baštine tradiciju Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja postoji određena, u prvom redu arbitražna praksa u primjeni principa najtješnje povezanosti ali je za očekivati da će značaj ovog principa biti veći nakon usvajanja novih nacionalnih kodifikacija međunarodnog privatnog prava.

³⁴ Mora se imati u vidu veličina i broj stanovnika Crne Gore, kao i činjenica da do većeg broja predmeta sa stranim elementom dolazi tek nakon proglašenja nezavisnosti Crne Gore 2006..

MAJA KOSTIĆ-MANDIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law University Montenegro

THE CLOSEST CONNECTION PRINCIPLE IN PRIVATE
INTERNATIONAL LAW OF MONTENEGRO
– *De lege lata, de lege ferenda* and in practice

Summary

This paper discusses the closest connection principle in the legal tradition of Montenegro and points to the new codification of private international law which provides for escape clauses based on this principle.

The paper focuses on the relevant provisions of the Law on Resolution of Conflict of Laws with Regulations of Other Countries (1982/1996) which is still being applied in Montenegro. It also addresses the relevant provisions of the 1888 General Pecuniary Code of Montenegro and the two new laws: the Law on Obligations and Basic Ownership Relations in Aerial Navigation and the Law on Foreign Trade (the latter provides for application of the general principles of private international law, this principle included).

The attention is drawn to the case law in application of the closest connection principle in the region and on different interpretation of the role of this institute in ascertaining applicable law to international commercial contracts.

SANJA DANKOVIĆ-STEPANOVIĆ

PRIJAVA RESTRIKTIVNOG SPORAZUMEVANJA

– Pravo između pravičnog i pragmatičnog –

POČETAK PRAVNE SITUACIJE, I KVALIFIKACIJA

Restriktivni sporazumi čine najtežu povredu principa slobodne tržišne konkurencije – pretpostavljeno je postojanje namere, zabranjeni su *per se*, a posledica je ništavost. Značajnu povredu konkurencije imaju za cilj ili posledicu.¹

Izuzimanje od sankcionisanja restriktivnog sporazumevanja tržišnih učesnika (*Leniency*) predstavlja institut proistekao iz primene pravila rezona, pragmatičnosti i efikasnosti u domenu istraživanja kartelnog dogovaranja, kao naj-složenijeg i najeklatantnijeg vida narušavanja efektivne konkurencije. Kako bi se postupak ispitivanja povrede konkurencije okončao sa što višim stepenom uspeha, polazeći od specifičnih vidova restriktivnog sporazumevanja koje je neretko

Dr Sanja Danković-Stepanović, profesor Fakulteta političkih nauka Univerziteta u Beogradu, Odeljenje za međunarodne studije; član Saveta Komisije za zaštitu konkurencije RS. Ovaj rad sačinjen je u okviru projekta “Konstitucionalizam i vladavina prava u izgradnji nacionalne države - slučaj Srbije”, Pravni fakultet i Fakultet političkih nauka Univerziteta u Beogradu i Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj RS (Beograd, 2011).

¹ Čl. 10, st. 1 Zakona o zaštiti konkurencije (Službeni glasnik RS, br. 51/09), u daljem tekstu: Zakon. Prethodno važeći Zakon o zaštiti konkurencije (Službeni glasnik RS, br. 79/05) protiv-pravnost restriktivnog sporazumevanja postavljao je šire, u smislu da su zabranjeni akti koji imaju, ili mogu imati, za cilj ili posledicu povredu konkurencije u vidu njenog sprečavanja, organizovanja ili narušavanja; vidi čl. 7, st. 1.

(posebno u slučajevima prećutnih dogovora i usaglašene prakse) teško utvrditi i sagledati, javni interes je stavljen ispred celishodnosti kažnjavanja jednog učesnika, kome se daje imunitet ili umanjuje kazna, u zamenu za dobijanje informacija i dokaza o kartelnom poslu, pre ili tokom postupka.

Koncept imuniteta od kažnjavanja u slučajevima kartela u komunitarno zakonodavstvo i poslovnu praksu uvodi se reformom iz 2004. godine, kao deo mreže zajedničkih obavezujućih pravila², kako za članice, tako i za potencijalne zemlje kandidate; rezultati u primeni ovog instituta u evropskoj praksi zaštite konkurencije su značajni i ohrabrujući.³ Američko pravo ovaj institut prepoznaje znatno ranije, preuzimajući ga iz krivičnog procesnog prava.⁴ Tri su bitna kriterijuma koja opredeljuju uspešnu implementaciju programa imuniteta u domenu kartelnih sporazuma: jasna i jednostavna regulatorna pravila, sigurnost i izvesnost u pogledu benefita koje tržišni učesnik dobija i pravo prioriteta, u smislu da punu korist prijave ostvaruje samo prvopostupajući.

Kako je pozitivno pravo uvek u pokretu, ono je ograničeno i nestalno, pre svega usled prostorno-vremenske promenljivosti.⁵ Prelaznim i završnim odredbama Zakona (u članu 74) predviđeno je da se na postupke koji su otpočeti do dana početka njegovog pravnog dejstvovanja primenjuju propisi po kojima su započeti. U situaciji kada je prijava restriktivnog sporazuma učinjena u vreme prethodnog zakona, a zaključak o pokretanju postupka je donet kada pravno dejstvo ima važeći Zakon, postavlja se pitanje koja se pravna pravila imaju primeniti. Moguća su tri scenarija.

Prvo, jezičkim tumačenjem izraza “započet postupak” iz člana 74. Zakona polazi se sa stanovišta da otpočinjanje postupka ispitivanja (eventualne) povrede konkurencije korespondira donošenju zaključka od strane predsednika Komisije o pokretanju postupka po službenoj dužnosti,⁶ pa ukoliko je zaključak donet u vreme važenja pozitivnih propisa o konkurenciji, bez obzira što je prijava restriktivnog sporazuma od strane potpisnika učinjena u trenutku kada je pravno dejstvo imao prethodni zakon – postupak se smatra započetim u vreme važenja Zakona i njegove odredbe se primenjuju, u procesnom i materijalnom smislu.

² Treća generacija pravila stupila je na snagu krajem 2006. godine; vidi: *Commission Notice on Immunity from Fines and Reduction of Fines in Cartel Cases (2006) OJ C298/17*.

³ Vidi: *Ezrachi A, EU Competition Law, Portland, 2010, p. 408*.

⁴ Vidi: *Sullivan T, Hovenkamp H: Antitrust Law, Policy and Procedure: Cases, Materials, Problems, Charlottesville, 2003, p. 156*.

⁵ Perović S.: *Prirodno pravo i sud*, Beograd, 1996, str. 93.

⁶ Shodno čl. 35, st. 1 i 2 Zakona o zaštiti konkurencije, i čl. 115, st. 1 Zakona o opštem upravnom postupku (Službeni list SRJ, br. 33/97 i 31/01 i Službeni glasnik RS, br. 30/10).

Drugo stanovište u prvom delu kao pretpostavku takođe uzima da se trenutak otpočinjanja postupka vezuje za donošenje zaključka o pokretanju postupka po službenoj dužnosti. Međutim, istovremeno se okolnost podnošenja prijave postojanja restriktivnog sporazuma uzima kao bitna i konstitutivna, pa se ona osvetljava sa aspekta tada – znači ranije, važećih propisa. Njome se na određeni način vrši rezervacija prava, odnosno prijava predstavlja meru obezbeđenja zakonske privilegije za podnosioca u slučaju sprovođenja postupka. Pri tome, ona ima karakter “svršenog fakta”, s obzirom da je svoje zaokruženo dejstvo proizvela u režimu prethodno važećih propisa.

Treći pristup polazi od stava o jedinstvenosti pravnog postupanja i sagledavanja pojedinačnog slučaja prijavljenog restriktivnog sporazumevanja, konsekventno čemu se na njega imaju primeniti istovetna pravna pravila jednog propisa, sve dok njihova primena eventualno ne bude objektivno iscrpljena, odnosno preusmerena na druga, moguća, odnosno važeća pravila. Postupak ispitivanja eventualnog postojanja povrede konkurencije otpočinje donošenjem zaključka (od strane predsednika Komisije) i vodi se po službenoj dužnosti. Međutim, ukoliko je vođenje postupka ispitivanja povrede konkurencije inicirano podnošenjem prijave o postojanju restriktivnog sporazuma, ova okolnost se mora tretirati kao bitna, a postupak kao jedinstven, shodno čemu se on suštinski smatra otpočetim, odnosno “otvorenim”, preduzimanjem te prve radnje davanja obaveštenja o postojanju sporazuma. To jeste trenutak, i jeste radnja, otpočinjanja komunikacije između Komisije i potpisnika sporazuma. Shodno tome, ukoliko je prijava podneta u vreme važenja prethodnog propisa, a zaključak je donet kada pravno dejstvo ima Zakon, s obzirom na njegovu odredbu da se na postupke započete za vreme važenja prethodnih propisa oni i primenjuju – relevante su norme prethodno važećeg zakona.

Pravilo bi, dakle, glasilo: postupak utvrđivanja povrede konkurencije, koji se vodi po službenoj dužnosti, otpočinje donošenjem zaključka, osim u slučaju da je njegovo sprovođenje inicirano podnošenjem prijave (odnosno dostavljanjem dokaza) o postojanju restriktivnog sporazuma, kada se uzima da je postupak tom pravnom radnjom i započet. Slede argumenti zašto.

Pravne situacije koje su stvorene pod režimom prethodnog zakona, pod njegovom svetlom se tumače i razrešavaju, a važeći propisi u to polje ne bi trebalo da zalaze.⁷ Podnošenjem prijave restriktivnog sporazuma, pravna situacija je nastala, u smislu svršenog fakta, i sve što će uslediti, biće dalji tok jedinstvenog postupka.

⁷ Perović S.: *Retroaktivnost zakona i drugih opštih akata, teorija sukoba zakona u vremenu*, Beograd, 1987, str. 160.

Utvrđivanja povrede konkurencije nakon podnete prijave o postojanju restriktivnog sporazuma strukturno čine dva segmenta: faza prijave, kao prethodni postupak, i faza ispitivanja povrede, kao glavni postupak. U procesnom smislu, nesporna je analogija sa prvim stepenom notifikacije i drugim stepenom ispitivanja po podnetoj prijavi u sferi koncentracija. Sličnost postupka ispitivanja povrede konkurencije sa postupkom ocene dopuštenosti koncentracije zasnovana je na dve bitne okolnosti: oba postupka za prvu pravnu radnju imaju podnošenje akta – prijave Komisiji kao nadležnom organu, od strane učesnika pravnog posla. Drugo, oba postupka imaju izražena dva segmenta, od kojih prvi pretpostavlja podnošenje akta, a drugi ispitivanje i davanje ocene od strane Komisije. Rezultantno tim dvema tačkama preklapanja, na istoj liniji kao treća javlja se trenutak otpočinjanja postupka, a on je vezan za vreme preduzimanja prve relevantne radnje učesnika posla prema Komisiji kao postupajućem organu, a to je podnošenje prijave. Takođe, terminološki posmatrano, izraz “prijava” koristi se u oba slučaja⁸, i bitna razlika između njenog pravnog značenja u komparaciji dva navedena postupka ne postoji.

Okolnost postojanja dve odvojene, zaokružene podceline, od kojih se prva odnosi na podnošenje prijave, a druga na sprovođenje postupka ispitivanja i ocenjivanja od strane Komisije, dalje otvara pitanje da li je reč o jedinstvenim postupcima, na koje se onda primenjuje jedan i jedinstven korpus pravila – što je osnovano i lako braniti, ili to nije slučaj: u smislu da nema jedinstvenog pravnog odnosa i postupka u pogledu određenog restriktivnog sporazuma, ili da, iako je odgovoran potvrđan – pravila iz vremenski odvojenih propisa se primenjuju na njegove podsegmente, što značajno inklinira pravnoj nesigurnosti.

Kao ključan moment za određivanje skupa pravila koja će se primeniti u postupcima iz sfere zaštite konkurencije javlja se njegovo otpočinjanje, koje se vezuje za dve različite radnje, zavisno od toga da li je reč o postupcima koji se vode po službenoj dužnosti ili o onima koji su inicirani zahtevom, odnosno prijavom stranke.⁹

Postupci koji se vode po službenoj dužnosti pokreću se donošenjem zaključka od strane predsednika Komisije (protiv koga ne može biti izjavljena žalba¹⁰) i odnose se na slučajeve ispitivanja povrede konkurencije. Izuzetno,

⁸ U sferi koncentracija prethodnim zakonom bio je u upotrebi izraz – zahtev za izdavanje odobrenja za sprovođenje koncentracije, dok Zakon koristi termin “prijava”, u smislu notifikacije koncentracije.

⁹ Po opštim pravilima, prvostepeni upravni postupak nadležni organ pokreće po službenoj dužnosti ili povodom zahteva stranke; vidi čl. 113 Zakona o opštem upravnom postupku.

¹⁰ Za razliku od ove kategorije zaključka o pokretanju postupka po službenoj dužnosti, opšte je pravilo da je žalba protiv zaključka dopuštena, i to u smislu da o žalbi na zaključak koji je donet

postupak se vodi po službenoj dužnosti i u situaciji ispitivanja sprovedene koncentracije, za koju se utvrdi da prevazilazi vrednost od 40% zajedničkog tržišnog udela učesnika na relevantnom geografskom tržištu, odnosno da ne ispunjava zakonom propisane uslove dopuštenosti¹¹, konsekventno čemu bi došlo do značajnog ograničavanja, narušavanja ili sprečavanja konkurencije (a naročito konsekventno dominantnom položaju).

Slučajevi koji za predmet imaju koncentraciju tržišnih učesnika otpočinju podnošenjem prijave. Po opštem pravilu o pokretanju upravnog postupka, postupak se smatra započetim vršenjem ma koje radnje usmerene na vođenje postupka od strane nadležnog organa.¹² Ekstenzivno tumačenje bi u ovom slučaju moglo da znači da i prijem prijave o postojanju restriktivnog sporazuma predstavlja radnju u tom smislu. S druge strane, određena rešenja Zakona o otpočinjanju postupka radnjom stranke predstavljaju *lex specialis* u pogledu trenutka otpočinjanja postupka u odnosu na navedeno opšte pravilo. I dalje, takav stav govori u prilog tezi o upravnom postupku kao istinski ravnopravnom odnosu strana, bez obzira na njihov različit, javno-pravni i privatno-pravni karakter. Najzad, značio bi i potvrdnu načela dobre uprave (*Good administration*), zasnovanom na savesnom, razumnom i proporcionalnom odnosu prema strankama.

Postupci koji se vode po zahtevu stranke otpočinju podnošenjem prijave, u slučaju koncentracije, ili zahteva, u slučaju pojedinačnog izuzeća sporazuma od opšteg režima zabrane.¹³ Komisija donosi odluku u vidu rešenja u roku od 60 dana od dana podnošenja zahteva za pojedinačno izuzeće, odnosno u roku od 30 dana od dana podnošenja prijave u slučaju koncentracije, osim u slučaju da je konstatovana potreba sprovođenja ispitivanja koncentracije, kada se donosi zaključak o sprovođenju ispitnog postupka.¹⁴

Dakle, kao što u kategoriji postupaka koji se pokreću po službenoj dužnosti donošenjem zaključka i odnose se primarno na slučajeve ispitivanja povrede konkurencije postoji izuzetak u vidu ispitivanja slučaja koncentracije – koja je rezultirala tržišnim udelom učesnika većim od 40%, tako i u kategoriji postupaka koji se pokreću po zahtevu stranke, a odnose se na slučajeve prijave koncentracije i zahteva za pojedinačno izuzeće restriktivnog sporazuma od zabrane – kao logičan

od strane službenog lica odlučuje predsednik Komisije, a o žalbi na zaključak donet od strane predsednika Komisije odlučuje Savet (čl. 38, st. 8 i 9 Zakona).

¹¹ Vidi čl. 19, st. 2 Zakona.

¹² Čl. 115, st. 1 Zakona o opštem upravnom postupku.

¹³ Vidi čl. 36 Zakona.

¹⁴ Zaključak donosi predsednik Komisije i postupak se nastavlja po službenoj dužnosti, s tim da se rešenje donosi u roku od tri meseca od dana pokretanja postupka po službenoj dužnosti; vidi čl. 62, u vezi sa čl. 65, st. 1 Zakona.

izuzetak nameće se slučaj ispitivanja povrede konkurencije otpočet podnošenjem prijave o postojanju restriktivnog sporazuma.

Dalje, postoji potpuno preklapanje između rešenja o otpočinjanju postupka u slučaju koncentracije podnošenjem prijave, nakon koje Komisija u roku od mesec dana donosi zaključak o sprovođenju ispitnog postupka po službenoj dužnosti (ukoliko osnovano pretpostavi narušavanje konkurencije kao posledicu sprovođenja koncentracije) i rešenja o otpočinjanju postupka podnošenjem prijave restriktivnog sporazuma, nakon čega Komisija (pretpostavka je i u kraćem roku od mesec dana – odmah nakon što je stekla saznanje koje osnovano ukazuje na učinjenu povredu konkurencije¹⁵) donosi zaključak o pokretanju postupka ispitivanja povrede konkurencije po službenoj dužnosti. Dakle, reč je o jedinstvenim postupcima koji su po strukturi dvofazni: prvi stepen je notifikacija, drugi se odnosi na ispitivanje, ocenu i odlučivanje, a pokreću se prijavom stranke.

Bitno je napomenuti da odvojenost navedene dve kategorije postupaka: koji se vode po službenoj dužnosti i onih koji se pokreću po zahtevu stranke – nije nepremostiva, s obzirom da karakter postupka može biti izmenjen, kao što je slučaj sa prijavom koncentracije za koju se oceni da je potrebno detaljnije je ispitati, pa postupak otpočet po zahtevu stranke prerasta u postupak koji se nastavlja po službenoj dužnosti¹⁶. Jasna je analogija sa postupkom koji otpočinje podnošenjem prijave o postojanju restriktivnog sporazuma, a nastavlja se donošenjem zaključka o ispitivanju povrede konkurencije u postupku koji se vodi po službenoj dužnosti.

U prilog tezi o podnošenju prijave postojanja restriktivnog sporazuma kao relevantnom momentu otpočinjanja postupka govori rešenje komunitarnog prava konkurencije po kome je utvrđivanje povrede konkurencije moguće i *ex officio* i po podnošenju zahteva lica sa pravnim interesom¹⁷. U domaćem pravu, mogućnost podnošenja zahteva predviđena je za tržišne učesnike koji podnose zahtev za pojedinačno izuzeće restriktivnog sporazuma od režima zabrane, zatim u slučaju da je pokrenut ispitni postupak u smislu člana 33, stav 1. Zakona, kao i u situacijama podnošenja prijave koncentracije. Međutim, treća lica se ne smatraju strankama u postupku¹⁸, već se samo ustanovljava obaveza informisanja podnosioca inicijative za ispitivanje povrede konkurencije o toku postupka¹⁹, koja se odnosi i

¹⁵ Vidi čl. 56, st. 1 Zakona.

¹⁶ Vidi čl. 62, st. 2 Zakona.

¹⁷ Postupak za utvrđivanje povrede može biti pokrenut *ex officio* ili po zahtevu, shodno članu 7. Uredbe Saveta (EC) o sprovođenju propisa o konkurenciji propisanih u članu 81. i članu 82. Ugovora, br. 1/2003, OJ 2003 No. L 1, str. 1.

¹⁸ Član 33, st. 1 Zakona.

¹⁹ Čl. 35, st. 4 i čl. 43, st. 3 Zakona.

na treća lica ukoliko učine verovatnim svoj pravni interes za odnosni proces. Dakle, u domaćem pravu usaglašenost sa komunitarnim pravilima u navedenom segmentu ne postoji, pa je racionalno razmišljati o izmenama i dopunama zakonskog teksta i u tom smislu.

Kao argument za navedenu tezu o otpočinjanju postupka po prijavi restriktivnog sporazuma dalje stoji i okolnost da ne postoji neizvesnost u pogledu postupanja Komisije po podnetoj prijavi – ono će svakako uslediti, u pravcu ispitivanja okolnosti tog slučaja sa aspekta povrede konkurencije. Prvo: Komisija je stekla saznanje o postojanju restriktivnog sporazuma, drugo: restriktivni sporazumi su *per se* zabranjeni i njihova pravna posledica je ništavost, i treće: Komisija ima zakonsku obavezu da pokrene postupak ispitivanja povrede konkurencije, po službenoj dužnosti, u slučaju da osnovano pretpostavi postojanje povrede²⁰ – a u slučaju restriktivnih sporazuma nije reč o osnovanoj pretpostavci nego izvesnom saznanju. Shodno tome, dalje sledi da, ako je: prvo, nesporno da će postupak biti vođen, u tom određenom činjeničnom sklopu, i drugo, da prva radnja učinjena u tom predmetu jeste podnošenje prijave – onda se dolazi do zaključka da je odnosni postupak otpočet podnošenjem prijave, analogno režimu koji se primenjuje za pokretanje postupka po zahtevu stranke. Dakle, u slučaju podnošenja prijave o postojanju restriktivnog sporazuma ne postoji neizvesnost u pogledu njegove pravne prirode i postojanja povrede – ona je po osnovu zakonske kvalifikacije o opštoj zabrani i ništavosti kao posledici restriktivnih sporazuma – nesporna, pa shodno tome nema razloga za vezivanje otpočinjanja postupka za kasniji moment donošenja zaključka o pokretanju postupka ispitivanja povrede konkurencije, kada prijava predstavlja prvi relevantan pravni momenat i kada donošenje zaključka o pokretanju postupka po službenoj dužnosti predstavlja samo njegov nužan nastavak, odnosno međukorak ka donošenju konačne odluke.

Kauzalna veza između trenutka saznanja o postojanju povrede konkurencije, u smislu osnovane sumnje, odnosno pretpostavke i pokretanja postupka ispitivanja povrede konkurencije predviđena je kako važećim propisima o zaštiti konkurencije²¹, tako i prethodnim zakonom, koji je pokretanje postupka po službenoj dužnosti vezivao za trenutak saznanja Komisije o učinjenoj radnji za koju se osnovano može pretpostaviti da označava povredu konkurencije. Takođe, prethodno važeći zakon davao je mogućnost Komisiji da postupak po službenoj dužnosti pokrene ukoliko stranka u postupku učini verovatnim da je izvršena radnja kojom se sprečava, ograničava ili narušava konkurencija, što u suštini predstavlja situaciju koja je obuhvaćena i prethodnim opštim pravilom, kao i slučaj kada

²⁰ Član 35, st. 1 Zakona.

²¹ *Ibid.*

stranka iz objektivnih razloga nije u mogućnosti da pokrene postupak, ili je to potrebno iz razloga njene zaštite.²² I dalje: s obzirom da je pokretanje postupka zaključkom vezano za formiranje osnovane pretpostavke o mogućoj povredi konkurencije²³, u slučaju prijave restriktivnog sporazuma to znači da je pretpostavka konstituisana samim podnošenjem prijave – jer je jasno da je reč o apsolutno zabranjenom ponašanju, a to dalje znači da je postupak tim činom i otpočet.

Materijalno-pravni aspekt zaključka kao akta kojim se pokreće postupak po službenoj dužnosti predstavlja dalji argument u prilog polaznoj tezi o otpočinjanju postupka podnošenjem prijave o postojanju restriktivnog sporazuma. Naime, obavezne elemente zaključka predstavljaju, s jedne strane, opis radnje ili akata koji mogu da označavaju povredu konkurencije, i pravni osnov i razlozi za otpočinjanje postupka, sa druge strane²⁴. Postupak, dakle, počinje da se vodi kada se dosegne nivo konstituisanja osnovane pretpostavke o postojanju povrede konkurencije. Sledstveno tome, a u skladu sa pravilom “ko može više, može i manje”, postupak počinje da se vodi u trenutku kada postoji izvesnost o postojanju sporazuma koji jedna od strana učesnica potpisnica prijavljuje.²⁵

Važan argument, u materijalno-pravnom smislu, odnosi se na zakonsko rešenje koje pokretanje postupka po zahtevu stranke predviđa za još jedan slučaj iz domena restriktivnog sporazumevanja – podnošenje zahteva za pojedinačno izuzeće, nesporno restriktivnog sporazuma, od opšteg režima zabrane. U oba slučaja zaključeni su restriktivni sporazumi, zabranjeni *per se*, ali Zakon u oba slučaja dopušta, iz različitih razloga, odstupanje od opšteg pravnog principa, u pravcu izuzimanja od zabrane ili oslobađanja od sankcija. Dakle, ukoliko je predviđeno da postupak za pojedinačno izuzeće od zabrane restriktivnog sporazumevanja otpočinje po podnetom zahtevu stranke²⁶, koji za posledicu može dovesti do radikalne posledice izuzimanja sporazuma od opšteg režima zabrane, osnovano je zaključiti da i postupak prijave restriktivnog sporazuma, koji će rezultirati daljim ispitivanjem slučaja povrede konkurencije i eventualnim oslobađanjem od obaveze iz mere zaštite konkurencije samo jednog od potpisnika, započinje radnjom podnošenja prijave.

²² Vidi čl. 56, st. 2 prethodno važećeg Zakona o zaštiti konkurencije (Službeni glasnik RS, br. 78/05).

²³ Čl. 35, st. 1 Zakona.

²⁴ Čl. 35, st. 2 Zakona.

²⁵ Zaključak, u sferi zaštite konkurencije, donosi se o pitanjima koja se odnose na upravljanje postupkom, zatim izvođenje dokaza i izricanje privremenih mera. Žalba na zaključak ne odlaže njegovo izvršenje; vidi čl. 210. i čl. 212, st. 1 i 4 Zakona o opštem upravnom postupku.

²⁶ Član 36. Zakona.

Pravni položaj "druge" ugovorne strane

Učesnik restriktivnog sporazuma koji njegovo postojanje nije prijavio Komisiji potpada pod opšti regulatorni režim utvrđen za restriktivno sporazumevanje, predstavljajući *apriori* situaciju koja rezultira, odnosno ima za cilj značajno sprečavanje, ograničavanje ili narušavanje konkurencije na relevantnom tržištu. Za učinjenu povredu izriče se sankcija, a to dalje otvara pitanje prirodno-pravne i pozitivno-pravne osnovanosti različitih pravnih posledica za učesnike jednog pravnog posla, imajući u vidu i načelo proporcionalnog postupanja prema stranama u upravnim stvarima.

U situaciji da je prijava podneta za vreme važenja prethodnog zakona, mera zaštite konkurencije učesniku koji nije prvi prijavio postojanje sporazuma, odnosno dostavio dokaze na osnovu kojih je postupak okončan, izriče se po odredbama Zakona. To nije situacija retroaktivne primene propisa, naprotiv, do ovog stava se stiglo iz suprotnog pravca, sledom koji ima sledeće osnovne tačke preloma: član 74. Zakona, primena odredaba prethodnog zakona, upućujuća norma Zakona o prekršajima i prekršajne prakse da navedeno delo treba razmatrati u domenu povrede konkurencije – jer ne predstavlja prekršaj, i da se ima primeniti Zakon kao blaži propis (na šta obavezuju i odredbe Ustava, Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i Zakona o opštem upravnom postupku). Tako se stiglo do primene Zakona u pogledu izricanja mere zaštite konkurencije, kao ishodišta.

Dakle, s obzirom na objektivnu nemogućnost institucionalne primene koncepta prekršajne odgovornosti za ranije utvrđene slučajeve povrede konkurencije, a usled, od volje Komisije za zaštitu konkurencije kao postupajućeg organa, nezavisno nastupile okolnosti da je koncept utvrđivanja i implementacije sankcija po osnovu prekršajne odgovornosti stavljen van pravne snage, preostaju dve opcije – ne sankcionisati nesporno učinjenu povredu i kršenje zakona ili izreći meru u okvirima važećih propisa: i to ne zato što imaju retroaktivnu primenu *per se*, jer je nemaju, niti zato što je njima predviđeno rešenje povoljnije za počinioca od prethodno važećeg – a jeste, već stoga što je to jedini način da pravni postupak bude okončan, a načelo pravičnosti primenjeno. Polazeći od dve premise: da se na postupke započete do dana početka primene Zakona o zaštiti konkurencije primenjuju propisi po kojima su započeti i da izricanje mere predstavlja nastavak postupka u kome je povreda konkurencije pravosnažno utvrđena, ali korigovane trećim stavom koji se odnosi na objektivnu nemogućnost izricanja sankcija u okvirima prekršajne odgovornosti koju je predviđao prethodno važeći zakon – usled usaglašenog stava i postupanja prekršajnih instanci koje prvo, isključu-

ju kvalifikaciju prekršaja za dela povrede konkurencije, i, drugo, konstatuju da za izricanje mere usled povrede konkurencije treba primeniti važeće propise kao povoljnije za učinioca – za povrede konkurencije utvrđene prethodnim, primenjuju se mere zaštite shodno važećim propisima. Kao alternativa preostao bi scenario po kome se postupanje prekida, a pravna priča ostavlja nedorečenom, što je sa stanovišta temeljnih pravnih principa, a pre svega pravičnosti, jednakog postupanja, zaštite javnog interesa i pravne sigurnosti – rešenje koje se ne može ozbiljno razmatrati.

Prethodno važeći Zakon poznao je dvosegmentni koncept zaštite konkurencije: utvrđivanje povrede, od strane Komisije, i izricanje sankcije, u okviru prekršajnog postupka. Ove dve celine bile su jasno odvojene i samostalne – u vremenskom, u formalno-pravnom i u institucionalnom smislu. Dakle, postupak određivanja mere zaštite konkurencije javlja se kao samostalan, i može biti sproveden po odredbama Zakona u slučaju kada je povreda utvrđena za vreme važenja prethodnih propisa. Najzad, pozitivni propisi predviđaju da se mera zaštite konkurencije može odrediti samostalno ili istovremeno sa merom otklanjanja povrede konkurencije²⁷.

Primena Zakona u pogledu izricanja mere zaštite konkurencije za povredu koja je utvrđena u prethodnom legislativnom ambijentu determinisana je, osim bazičnim načelom primene blažeg propisa za počinioca, i okolnošću da je reč o istovrsnoj, novčanoj kazni i najzad ograničena je na izricanje mera koje je poznao i prethodni Zakon. Neosnovano bi bilo primeniti one mere koje prethodno važeći propisi ne bi prepoznali, jer bi to značilo negativno dejstvo retroaktivnosti i primenu nepovoljnijih pravila za počinioca povrede konkurencije.

ZAKLJUČAK

Svrha je pravnog toka da stigne do svog ishodišta i približi se, u svakom pojedinačnom slučaju, vrhovnom principu pravičnog. Konstatovati povredu konkurencije, a ne izreći meru usled okolnosti da je donet nov zakon, inače povoljniji po počinioca, pravna je antiteza *per se*. U tom smislu je neprihvatljivo stanovište o neprimenjivanju odredaba Zakona, kao jedino dejstvujućih, a usled navodne njegove štetne retroaktivne primene.

²⁷ Vidi čl. 5, st. 1 Uredbe o kriterijumima za određivanje visine iznosa koji se plaća po osnovu mere zaštite konkurencije i procesnog penala, načinu i rokovima njihovog plaćanja i uslovima za određivanje tih mera (Službeni glasnik RS, br. 50/10).

Međutim, kao izuzetak u odnosu na princip o neophodnosti jedinstvene i dosledne primene pravnog pravila u nizu dispozicija – sankcija, javlja se situacija kada je učinjena povreda konkurencije zaključivanjem restriktivnog sporazuma, ali se subjekt koji prijavi, odnosno prvi prijavi postojanje pravnog posla oslobađa od obaveze koja proističe iz zakonom utvrđene kazne.

Međutim, ostaje pitanje: da li je osnovano, i da li je pravično subjekte istog pravnog posla različito sankcionisati za (apsolutno, *per se*) zabranjeno ponašanje; reč je o ugovornom odnosu, zasnovanom na principima slobodne volje i ravnopravnosti. Pravni osnov, međutim, i to zakonski, za takvo postupanje, u smislu “nagrađivanje” jednog subjekta za dostavljenu informaciju – jeste nesporan, što davanje odgovora na drugo pitanje stavlja samo u teorijski argumentacijski okvir, bez praktično-pravnih konsekvenci. Jedna strana u pravnom poslu biva oslobođena obaveze iz mere zaštite konkurencije, ali ne i odgovornosti. Druga strana ostaje u postupku sve do njegovog okončanja izricanjem sankcije za utvrđenu povredu konkurencije. Osim toga, prijava kao čin objavljivanja insajderskih informacija o zabranjenom ponašanju nije učinjena kao čin pokajanja, već iz sasvim utilitarnih razloga.

Dodatno usložnjeno postaje navedeno pravno pitanje u situaciji kada je povreda konkurencije utvrđena za vreme važenja prethodnog zakona, a mera zaštite konkurencije se izriče nakon što je Zakon počeo da proizvodi pravno dejstvo. Rešenje dato u prelaznim i završnim odredbama (član 74) upućuje da se na postupke započete do otpočinjanja pravnog dejstvovanja Zakona imaju primeniti tada važeći propisi. Polazeći od trenutka podnošenja prijave o postojanju restriktivnog sporazuma kao prve relevantne radnje u postupku, u slučaju da se ona odigrala za vreme važenja prethodnog Zakona, njegove odredbe se i primenjuju, i to i u materijalno-pravnom i procesno-pravnom smislu. To dalje znači da se učesniku sporazuma koji je prijavio Komisiji njegovo postojanje, odnosno dao informaciju o potpisnicima sporazuma, i to pre trenutka donošenja zaključka o pokretanju postupka protiv njega – neće izreći kazna predviđena za restriktivno sporazumevanje.

Dodatno, primena ranije vaćežeg propisa je povoljnija za učesnika posla koji je podneo prijavu o postojanju restriktivnog sporazuma, iz dva razloga. Prvo, tim zakonom se kao jedini ustanovljava vremenski uslov – da je podnošenje prijave učinjeno pre donošenja zaključka o pokretanju postupka od strane Komisije. Važeći Zakon, međutim, predviđa i da se oslobađanje od obaveze iz mere zaštite konkurencije ne može realizovati ukoliko je reč o učesniku koji je inicirao zaključenje odnosnog sporazuma. Drugo, rešenje o oslobađanju od kazne može se primeniti na više učesnika pravnog posla, što nije slučaj po važećim propisima koji taj ustupak predviđaju samo za potpisnika sporazuma koji prvi podnese prijavu.

Sa druge strane, Zakon, za razliku od prethodno važećeg²⁸, ne sadrži odredbu o sankcijama za odgovorno lice u privrednom društvu - tržišnom subjektu.

Kada je reč o učesniku posla koji nije dostavio prijavu o postojanju sporazuma, jasno je da nema mesta primeni odredaba o oslobađanju od sankcija, pa se dalje u tom smislu konsultuju najpre ranije važeća pravila o prekršajnoj odgovornosti, koja se više objektivno ne mogu sprovesti, a istovremeno je nesporno da se pravni postupak po utvrđenoj povredi propisa konkurencije, i to onoj najtežoj, koja se odnosi na *per se* zabranjeno restriktivno sporazumevanje (čija je pravna posledica ništavost), mora do kraja realizovati, što podrazumeva i izricanje sankcije – pa se ide na sledeći, jedino mogući stepen postupanja i proces se okončava u skladu sa pozitivnim propisima. Izričit je stav prekršajne sudske prakse da – iako član 74. Zakona nalaže primenu propisa po kojima su započeti za postupke otpočete do dana početka njegovog važenja, u odnosnoj pravnoj situaciji primenjuje se važeći Zakon, jer je povoljniji za učinioca, shodno rešenju²⁹ Zakona o prekršajima kao matičnog po kome se na učinioca prekršaja, u slučaju da je nakon učinjenog dela jednom ili više puta došlo do izmene regulative – primenjuje najblaži propis.

Uprkos formalno-pravnoj razložnosti, pa i nužnosti navedenog rešenja, ostaje senka nesrazmernosti ne samo u smislu da je za isti ugovor (odnosno učinjenu grubu povredu konkurencije) jedna strana oslobođena sankcije, a druga kažnjena, već je to učinjeno i sa pozicija različitih propisa.

Navedeni pravac postupanja jasno ukazuje da se ni u jednom trenutku nije učinio korak nazad, u smislu retroaktivne primene Zakona. Naprotiv, do njegovih odredaba u smislu izricanja mere zaštite konkurencije, kao jedino mogućih, došlo se koracima u jednom smeru, polazeći od utvrđene povrede u prošlosti, ka sankciji, u pravnoj sadašnjosti, iz sledećih razloga:

– Stav je prekršajne sudske prakse da se ima primeniti Zakon, a prekršajni organi se oglašavaju stvarno nenadležnim (istina, neretko u neobičnom okviru presude kojom se tržišni učesnik oslobađa krivice); delo povrede konkurencije se više ne prepoznaje kao prekršaj, ali se jasno prepoznaje i osvetljava iz sfere zaštite konkurencije; ne postoji smetnja da se nakon prekršajnog sprovede upravni postupak izricanja mera³⁰;

²⁸ Vidi čl. 71, st. 5; čl. 72, st. 2 i čl. 73, st. 2 Zakona.

²⁹ Vidi čl. 6 Zakona o prekršajima (Službeni glasnik RS, br. 101/2005, 116/2008 i 111/2009).

³⁰ Naprotiv, prekršajni organ je oglasivši se nenadležnim uputio na postupanje Komisije za zaštitu konkurencije, kao odgovorne za primenu Zakona. Istovremeno, bez osnova je teza o povredi principa *ne bis in idem* s obzirom da je reč o postupanju dva različita organa, i shodno pravilu da je za upravni organ obavezujuća samo pravnosnažna sudska presuda kojom se utvrđuje krivica (čl. 134, st. 2 Zakona o opštem upravnom postupku).

– Oba propisa predviđaju izricanje istovrsne, novčane kazne, dajući iste kriterijume za njeno određivanje (ostvareni ukupni godišnji prihod u prethodnoj obračunskoj godini), s tim da je prethodni Zakon kvalifikuje kao prekršaj, a važeći kao meru zaštite konkurencije;

– Primena Zakona je povoljnija po učinioca, jer ustanovljava niži donji vrednosni prag sankcije (do 10%, umesto 1-10%) i ne predviđa kaznu za odgovorno lice u odnosnom privrednom društvu.

Princip da se na učinjenu povredu konkurencije, u situaciji ukrštenog vremenskog važenja propisa, ima primeniti blaži propis, uporište ima ne samo u Zakonu o prekršajima, već znači i podvođenje pod opšte pravilo o primeni krivično-pravnih-odredaba, shodno tumačenju člana 6(1) Evropske konvencije za ljudska prava³¹ da postupci zaštite konkurencije imaju krivično-pravnu prirodu³². Stanoviše da se odredbe člana 6(1) imaju tumačiti ekstenzivno i da se primenjuju kako na krivične, tako analogno i na upravne postupke (zajednički imenilac podrazumeva da za predmet imaju izricanje sankcije)³³ – zauzeto je prevashodno s obzirom na prirodu povrede konkurencije i ozbiljnost predviđene kazne.

Tumačenje navedene norme Evropske konvencije za ljudska prava, zauzeto 2011. godine presudom Evropskog suda za ljudska prava, dalje vodi do domaće ustavne odredbe o dopuštenosti retroaktivne primene propisa samo ako je blaža za počinioca krivičnog dela³⁴. Najzad, po oštim pravilima upravnog postupka, Komisija kao postupajući organ obavezana je samo pravosnažnom sudskom presudom kojom se utvrđuje krivica, a kako to u ovom pravnom scenariju nije slučaj, sprovedeni prekršajni postupak ne predstavlja smetnju niti prepreku da upravna mera bude izrečena³⁵.

Ostaje, međutim, pitanje: da li je pravično sankcionisati jednog učesnika posla restriktivnog sporazumevanja, a kazniti drugog, i dalje: da li je osnovano jednog osloboditi sankcije, po prethodnom Zakonu, a drugom je izreći po važećim propisima. Na oba pitanja, odgovor bi bio da, jer kao što nema potpune ravnoteže, koja bi se mogla kvalifikovati kao pravična, u ishodištu ove kategorije pravnog postupanja prema učesnicima istovrsnog sporazuma, shodno princi-

³¹ Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda doneta je u Rimu 1950. godine.

³² Navedeno tumačenje člana 6 (1) zauzeto je od strane Evropskog suda za ljudska prava presudom u predmetu *Menarini Diagnostics S.R.L v. The Italian Republic*, No 43509/09, od 27.9.2011. godine.

³³ Analogija je učinjena i u pogledu pravnog položaja Komisije, kao samostalnog i nezavisnog organa, prema sudovima.

³⁴ Član 197, st. 3 Ustava Republike Srbije (Službeni glasnik RS, br. 37/06).

³⁵ Član 134, st. 3 Zakona o opštem upravnom postupku.

pu jednakog postupanja, tako i sam procesni put do konačnog razrešenja nije bio pravolinijski, već je druga strana od jedne tačke morala da nastavi drugim, sporrednim putem, popločanim drugačijim popisima.

Pravni oportunitet, dakle, stoji naspram načela ravnopravnosti, i iz njega izvedenog principa pravičnosti, kao vrhovne pravne vrednosti. U konkretnom slučaju – primat dobija racionalni utilitarizam, davanjem prednosti opštoj u odnosu na pojedinačnu pravnu vrednost. Činjenica da je učesnik u poslu prijavio postojanje restriktivnog sporazuma o kome Komisija nije imala saznanje, i procesuiranje takvog slučaja u smislu zaštite principa efektivne konkurentnosti ima veću specifičnu težinu, društvenu i pravnu, u odnosu na gubitak koji se ogleda u oslobađanju od obaveze plaćanja novčanog iznosa mere zaštite konkurencije jednog učesnika posla, onog koji je podneo odnosnu prijavu.

Navedenu nespornu nejednakost u postupanju Zakon delom umerava rešenjem da visina novčane obaveze može biti umanjena u slučaju da učesnik sporazuma koji ne ispunjava uslove za oslobađanje u toku postupka dostavi dokaze kojima, u tom trenutku, postupajući organ ne raspolaže, a koji su podobni da dovedu do okončanja postupka.³⁶I dalje od toga: i u slučaju da druga strana ne uzme ni u kom vidu aktivno učešće u programu *leniency*, sama okolnost da se druga ugovorna strana oslobađa obaveze jeste osnov za određeno blaže postupanje.

Ipak, zadatak ublažavanja neravnoteže koja nastaje usled različitog procesnog tretiranja i pravnog ishoda za učesnike istovrsne činjenične situacije prevashodno je na Komisiji za zaštitu konkurencije, koja primarno primenjuje pravila konkurencije i neposredno utvrđuju mere zaštite konkurencije. Sagledavajući specifične okolnosti svakog pojedinačnog slučaja, svojim odlukama Komisija “amortizuje” neravnomernost u procesuiranju pravne povrede prema njenim istovrsnim učesnicima i time teži da ishodište u najvećoj meri približi tački prelamanja moralnog i pravičnog, kao konačnom cilju svake pravne kvalifikacije i svekolikog postupanja.

³⁶ Član 69, st. 3 Zakona.

SANJA DANKOVIĆ STEPANOVIĆ, LL.D.,
Associate Profesor, Faculty of Political Sciences,
University of Belgrade,
Department of International Studies
Council Member, Commission
for Protection of Competition

RESTRICTIVE APPLICATION OF AGREEMENT – The right between of a fair and pragmatic

Summary

By this paper it was analyzed an issue of imposition of protection and removal and/or prevention of breach of competition in domain of a primary application of competition rules, which precedes segment of judicial protection.

In substantive-law legislative room, through consolidated principle of determination of a breach and imposition of a sanction, it is put in place a system of competition protection measures, as well as removal and/or prevention of a situation when competition breach takes place. In the event when existence of competition breach is determined, Competition Protection Commission determines a measure of competition protection (whose difficulty height is determined by intention, difficulty degree of appeared consequence and longevity of lasting of a breach consequence) and optionally, but as a matter of rule-removal of competition breach measure (which may be in domain of behavior, structural measure and disconcentration measure). If a breach appears to be result of joint acting of participants at the market, liability is joint and in the case of recidivity degree of difficulty of measures is significantly increased. Role of Competition Protection Commission so appears as the most significant, which, through two phase proceedings and in the frame of united legal system, which includes infliction of protection measures and it has a complex task of finding rope dancing between different, often conflicting strivings for strengthening of market power and non violation of competition, taking rule of cause and cumulatively principles of legal certainty and equity for basic principles of conducting oneself.

Having on mind an objective impossibility of institutional application of concept of petty offence responsibility for established cases of violation of competition, two options appear as remaining, the first one being as not to apply sanction for undoubtedly done violation and of competition and breach of law or inflict a measure within the scope of existing regulations. Starting from two premises : that on proceedings instituted until a day of Law coming into legal force apply regulation according to which they were instituted and that infliction of a measure represents a resumption of proceedings within scope of which the violation of competition was finally established/determined, but correction by the third paragraph which relates to objective impossibility of infliction of sanctions in the scopes of petty offences responsibility for violation of competition established by previous one legal measures are applied, in accordance with valid competition protection rules.

DEJAN JANIĆIJEVIĆ,
ALEKSANDAR MOJAŠEVIĆ

VIŠESTRANAČKE ARBITRAŽE U SAD

– Zaokret u sudskoj praksi –

U V O D

Arbitražno rešavanje trgovinskih sporova sve je učestalije i na unutrašnjem, nacionalnom, i na međunarodnom planu. Brojne prednosti, koje arbitraža, u odnosu na metode koje primenjuju državni sudovi, nesporno ima, uslovile su njenu ekspanziju i prodor u mnoge domene domaćeg i međunarodnog pravnog prometa. Autonomija stranaka u pogledu izbora suda i opredeljenja za merodavno materijalno pravo i procesno pravo po kojem će arbitražni sud postupati, tajnost postupka, konačnost odluke, veća izglednost izvršenja odluke u državi različitoj od one čiju nacionalnu pripadnost odluka ima i veća stručnost donosioca odluke u oblasti u kojoj je došlo do spora samo su neke od prednosti arbitraže koje je u velikom broju slučajeva učesnicima ugovornih odnosa, posebno međunarodnih, nameću kao logičan izbor.

Prednosti arbitraže, kao alternativnog metoda rešavanja sporova, u odnosu na tradicionalne metode koje primenjuju državni sudovi nesumnjivo se odnose

Dr Dejan Janićijević, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu.

Mr Aleksandar Mojašević, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta "Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru" (br. 179046), koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

i na sporove koji nastaju između većeg broja subjekata, odnosno između učesnika multilateralnih, odnosno kompleksnih poslovnih transakcija. U savremenim uslovima usložnjavanja pravnog saobraćaja ovakvi sporovi se sve češće pojavljuju, budući da je u porastu i broj poslovnih aranžmana, koji obuhvataju veći broj učesnika. Prema publikovanim podacima Međunarodne trgovinske komore u Parizu, na primer, među predmetima koje Međunarodni sud arbitraže ove institucije prima u rad sve je veći udeo onih u kojima učestvuje više od dva subjekta sa položajem stranke. Višestrani arbitražni sporovi najčešće se javljaju u oblastima prodaje, međunarodnih investicija, investicione izgradnje, prevoza robe, prenosa prava intelektualne svojine i sl, gde pomenute prednosti primene arbitraže, s obzorom na složenost konflikata koji mogu nastati povodom odnosa iz multilateralnih i kompleksnih poslovnih transakcija, u većoj meri dolaze do izražaja, što arbitražu čini najadekvatnijim načinom njihovog rešavanja.

U odnosu na klasičnu bilateralnu šemu ugovora, učešće većeg broja subjekata u ugovornim odnosima povodom kojih nastaju sporovi u značajnoj meri usložnjava situaciju u pogledu arbitražnog rešavanja takvog spora. Kompleksnost materijalnopравnih odnosa između učesnika višestranih, istovetnih ili povezanih poslovnih aranžmana, kroz uveličavajuću prizmu njihovih isprepletenih i sukobljenih pozicija i interesa, neizostavno se projektuje i na procesni plan, gde međusobno ukrštanje antagonističkih ciljeva stranaka složenog procesnog odnosa prouzrokuje mnogobrojne probleme. Situacija je još složenija na području međunarodnih poslovnih odnosa, gde dolazi do susretanja i, ne tako retko, sukobljavanja pravnih pravila i principa različitih država.

Pravila arbitražnog procesnog prava, sadržana u nacionalnim propisima, međunarodnim konvencijama ili autonomnim izvorima, u najvećem broju slučajeva ne pružaju neposredno primenljiva rešenja za većinu problema koji se mogu manifestovati prilikom rešavanja kompleksnih, odnosno višestranih arbitražnih sporova, već se do odgovora na najveći broj pitanja može doći jedino indirektno – ekstenzivnim tumačenjem i shodnom primenom odredbi prilagođenih jedino redovnoj, bipolarnoj, dvostranačkoj šemi arbitražnog postupka.

TZV. KLASNI SPOROVI I KLASNE ARBITRAŽE

Kada su u pitanju tzv. klasni sporovi, vodeću ulogu u oblasti primene klasnih tužbi i rešavanja sporova u klasnim postupcima imaju SAD. Zato je razumljivo to što je problem klasnih arbitraža, tj. pitanje da li se klasni sporovi mogu rešavati primenom arbitraže, postavljeno najpre upravo u Americi. Ovom problemu u

poslednje vreme posvećuje se značajna pažnja, pa je i na doktrinarnom planu aktivnost intenzivna i plodotvorna.¹

Klasna tužba predstavlja procesno sredstvo kojim se tužiocu omogućava da pokrene građanski sudski postupak, ne samo u svoje ime, zbog povrede svojih prava, već, isto tako, i u ime drugih lica koja se nalaze u sličnoj situaciji, a čija su prava na isti način povređena. Tradicionalna dvostranačka šema građanskog sudskog postupka nije prilagođena situacijama u kojima zahtevi većeg broja lica nastaju kao posledica istog ponašanja tuženog. Insistiranje na individualnom posezanju za pravnom zaštitom moglo bi da dovede do faktičkog uskraćivanja mogućnosti da se pravo na pravnu zaštitu vrši u situacijama kada bi troškovi postupka premašivali vrednost predmeta spora. Klasna tužba, takođe, omogućava tužiocima da jedinstveno nastupe protiv tuženog i tako obezbede balans snaga pozicija strana u sporu. Sa druge strane, učešće velikog broja subjekata sa položajem stranke u postupku neizbežno uvećava kompleksnost procedure.²

Teorija i praksa, na polju klasnih arbitraža, redovno se, između ostalog, suočavaju i sa sledećim pitanjima: kada opšti uslovi za zaključenje pravnog posla predviđaju arbitražno rešavanje sporova, može li se podići klasna tužba ili tužioci moraju pokrenuti posebne arbitražne postupke?³ Tu su naročito značajna pitanja da li je arbitraža koja obuhvata čitavu klasu dopuštena ako arbitražna klauzula ne reguliše ovo pitanje i da li su arbitražne klauzule kojima se isključuje klasna tužba punovažne i izvršive. Postavlja se i pitanje ko ima ovlašćenje da odluči o prvom pitanju, tj. hoće li državni sud koji se suoči sa ovim problemom njegovo rešavanje prepustiti arbitražnom sudu, kao i pitanje u kojoj će meri asistencija državnih sudova prilikom rešavanja klasnih sporova biti neophodna?⁴

Mnogi teoretičari skloni su sumnjama u efikasnost klasne arbitraže, čemu je razlog nepoverenje u mogućnost arbitara da ispune zahteve koje nameću osnovni procesni principi bez intervencije državnih sudova.⁵ Klasna arbitraža zaista pokreće niz pitanja vezanih za načelo pravičnog suđenja, naročito zato što predstav-

¹ Videti, na primer, Dienelt, J. – Middleton, M. – *Settling Franchise Class Actions*, Franchise L. J., br. 21, 2002. godina, str. 113; Estreicher, S. – Turnbull, K. – *Class Actions and Arbitration*, NY L.J., br. 3, 2000. godina str. 233; Jeydel, R. – *Consolidation, Joinder and Class Actions*, Disp. Resol. J., br. 24, 2003. godina, str. 57; Lockridge, A. – *Note, The Silent Treatment: Removing the Class Action from the Plaintiff's Toolbox Without Ever Saying a Word*, Disp. Resol. J., 2003. godina, str. 255 i dr.

² Za detaljnu listu prednosti i nedostataka klasne tužbe videti Weinstein, J. – *Compensating Large Numbers of People for Inflicted Harms*, Duke J. Comp. & Int'l L., br. 11, 2001. godina, str. 172–173.

³ Videti Sternlight, J. – *Should an Arbitration Provision Trump the Class Action*, Disp. Resol. Magazine, br. 8(3), 2002. godina, str. 55–56.

⁴ Videti Hanotiau, B. – *A New Development in Complex Multiparty-Multicontract Proceedings: Classwide Arbitration*, Arbitration International, br. 1, 2004. godina, str. 40–41.

⁵ Videti Sternlight, J. – op. cit., str. 111. i dalje.

lja odstupanje od opšteg pravila da niko ne može biti vezan odlukom donesenom u postupku u kojem nije učestvovao kao stranka. Pri tome se nameće i potreba za naročitim merama zaštite prava i interesi onih lica koja su se opredelila da ne pripadaju klasi.⁶

Kako su u velikom broju predmeta sudovi stali na stanovište da je intervencija državnih sudova od velikog značaja za sprovođenje klasnih arbitraža, u teoriji je izgrađen stav o hibridnom karakteru postupaka u njima.⁷ Tako, prema *Sternlight-u*,⁸ isključivanje državnih sudova iz klasnih arbitraža i omogućavanje arbitrima da samostalno odlučuju o svim procesnim pitanjima nije u skladu sa principom pravičnog suđenja. Kako predstavnik klase, ili češće advokat, ima ovlašćenje da imenuje arbitra u ime odsutnih članova klase, bez sudske kontrole formiranja arbitražnog suda i sprovođenja arbitražnog postupka, odsutni članovi klase bili bi vezani odlukom arbitra na čiji odabir nisu imali nikakvog uticaja. Ovaj autor naglašava i kompleksnost postupka sertifikacije klase, rezonujući da, čak i kada bi arbitar mogao da vrši sve neophodne poslove, postavilo bi se pitanje da li bi to bilo u skladu sa ustavnim normama o pravičnom suđenju.⁹

Na sreću, nedostatak poverenja u arbitre ne dele svi teoretičari i praktičari, pa neki smatraju da arbitri mogu bez teškoća sprovesti postupak i rešavati sva važna procesna pitanja u klasnoj arbitraži, da je arbitražni model u stanju da obezbedi pravično suđenje u klasnim predmetima i da arbitri lako mogu preduprediti eventualne zloupotrebe (barem isto toliko efikasno kao i državni sudovi).¹⁰

PREDMET *STOLT-NIELSEN S.A.*
v. *ANIMALFEEDS INT., CORP.*

Nesumnjivo je da poslednjih decenija arbitraža postaje sve popularnija, budući da se sve češće u najrazličitije tipove ugovora unose i arbitražne klauzule.

⁶ Na primer, u predmetu *Phillips Petroleum Co. vs. Shutts*, 472 U.S. 797 (1985), Vrhovni sud SAD zauzeo je stav da, barem u slučaju zahteva za novčane odštete, princip pravičnog suđenja implicira da odsutnim članovima klase mora biti dostavljeno obaveštenje o postupku, da im mora biti pružena mogućnost da budu saslušani i da učestvuju u postupku ili da se opredele da ne učestvuju u klasi (*opt out*), kao i to da imenovani tužilac – predstavnik klase – mora sve vreme zastupati interese odsutnih članova.

⁷ *Keating vs. Superior Court of Alameda County*, 58 167 Cal. Rptr. 481 (Cal. Ct. App. 1980), 645 P.2d 1192 (Cal. 1982) i *Dickler vs. Shearson Lehman Hutton Inc*, 60 596 A. 2d 860 (Pa. Super. 1991).

⁸ Sternlight, J. – op. cit., str. 40.

⁹ Ibid, str. 110–117.

¹⁰ Hanotiau, B. – op. cit., str. 54.

Zato sve aktuelnije i značajnije postaje pitanje domena i punovažnosti arbitražnih klauzula, naročito u pogledu primene višestranačkih, a među njima i klasnih arbitraža.

U predmetu *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds International, Corp.*,¹¹ Vrhovni sud SAD razmatrao je pitanje da li je nametanje klasne arbitraže stranama čiji arbitražni sporazum nije izričito predviđao ovaj vid arbitražnog rešavanja sporova u saglasnosti sa Federalnim arbitražnim zakonom SAD – pitanje koje je prethodno podelilo federalne državne sudove.¹²

Oštro odstupajući od postojećih precedenata, Vrhovni sud je u ovom predmetu zabranio arbitrima da nameću klasnu arbitražu onima koji se sa njom nisu prethodno saglasili.¹³

Pre nego što je predmet dospelo pred Vrhovni sud SAD, odluka arbitražnog suda da arbitražna klauzula koja predviđa arbitražno rešavanje sporova, ali ne predviđa ništa u pogledu klasne arbitraže, omogućava klasnu arbitražu poništena je od strane Okružnog suda po osnovu manifestnog zanemarivanja prava. Kasacioni sud je ukinuo presudu okružnog suda a Vrhovni sud SAD je usvojio zahtev da se o ovom pitanju i sam izjasni, zaključujući da je pitanje koje je pred njega izneto zrelo za razmatranje na ovom nivou.

Stolt-Nielsen, kome su se na strani tužioca pridružile druge kompanije, zapravo je broderska kompanija koja ustupa korisnicima tankere koji prevoze tečnosti u manjim količinama. Tuženi *AnimalFeeds* je kompanija koja za transport svoje robe angažuje prevoziocima ugovorima koji sadrže obavezujuću arbitražnu klauzulu.

Tokom 2003. godine *AnimalFeeds* podneo je tužbu protiv prevozilaca zbog povrede antitrust propisa u Okružnom sudu SAD za istočni okrug Pensilvanije, navodeći da su se oni udružili u zajedničkoj zaveri da ograniče konkurenciju u grani tankerskog brodskog prevoza tečnosti kroz fiksiranje cena. Pravosudni međukružni odbor preneo je predmet u Okrug države Konektikat, gde je *Stolt-Nielsen* zahtevao arbitražu. Okružni sud odbio je ovaj zahtev, a Žalbeni sud SAD za Drugu Oblast preinačio je ovu odluku, našavši da ugovori o prevozu sadrže

¹¹ 130 S. Ct. 1758 (2010).

¹² Videti: Id. Strane 1766-1767, *Federal Arbitration Act*, 9 U.S.C. članovi 1-16 (2006). Uporediti *Champ v. Siegel Trading Co.*, 55 F.3d 269, 275 (7th Cir. 1995), gde je klasna arbitraža odbačena u slučaju ćutanja arbitražne klauzule, sa *Lloyds London v. Westchester Fire Ins.*, 489 F.3d 580, 590 (3d Cir. 2007), gde je zauzet stav da ćutanje arbitražne klauzule ne prekludira klasnu arbitražu i sl.

¹³ Nasuprot tome, isti sud je u predmetu *Green Tree Fin. Corp v. Bazzle*, 539 U.S. 444, 452-453 (2003) odbio da tumači arbitražnu klauzulu sa obrazloženjem da je arbitražni sud dovoljno kompetentan da to sam čini, a u predmetu *Southland Corp. V. Keating*, 465 U.S. 1, 9 (1984) odbio da odlučuje o tome da li pravo federalne jedinice dopušta klasnu arbitražu zbog nepostojanja nadležnosti.

pravno obavezujući arbitražni sporazum. Stranke su inicirale arbitražu i zaključile sporazum kojim se od arbitara zahteva da primene pravila 3 i 7 Dopunskih pravila Američke arbitražne asocijacije (AAA) o klasnim arbitražama.¹⁴ Arbitražni sud imao je zadatak da protumači arbitražnu klauzulu sadržanu u dva ugovora o zakupu brodova. Oba ugovora sadržavala su arbitražni klauzulu, koja, međutim, nije ništa predviđala u pogledu mogućnosti sprovođenja klasne arbitraže. Decembra 2005. godine, saglasno već donesenim arbitražnim odlukama, arbitražno veće presudilo je da oba ova ugovora omogućavaju klasnu arbitražu.¹⁵

Stolt-Nielsen je od Okružnog suda SAD za Južni okrug države Nju Jork zahtevao ukidanje delimične odluke arbitražnog suda. Usvajajući zahtev *Stolt-Nielsen-a*, ovaj sud je zaključio da je odluka donesena uz “manifestno zanemarivanje prava.”¹⁶ Po žalbi *AnimalFeeds-a* drugostepeni sud je preinačio ovu odluku,¹⁷ smatrajući da o odnosnom pitanju nadležnost odlučivanja ima arbitražni a ne državni sud. Štaviše, ovaj sud je stao na stanovište da način tumačenja arbitražne klauzule od strane arbitražnog suda ne predstavlja manifestno zanemarivanje prava, zato što Federalni arbitražni zakon SAD ne zabranjuje klasnu arbitražu u slučaju kada je arbitražna klauzula široko formulisana, ali ne pominje ovaj vid arbitraže. Došlo je do obraćanja Vrhovnom sudu SAD, koji je predmet uzeo u razmatranje.

Vrhovni sud je našao da je arbitražni sud prekoračio svoja ovlašćenja time što je nametnuo sopstvene pravno-političke stavove, umesto da identifikuje i primeni pravilo koje je sadržano u Federalnom arbitražnom zakonu ili nekom dru-

¹⁴ AAA *Supplementary Rules for Class Arbitration* (Nov. 10 2010). Pravilo 3 predviđa da će nakon imenovanja arbitar odrediti kao osnovno pitanje, u obrazloženoj delimičnoj konačnoj odluci o punovažnosti i domenu arbitražne klauzule, da li merodavna arbitražna klauzula omogućava da se klasna arbitraža sprovede (odluka o konstrukciji klauzule). Arbitar će zastati sa postupkom nakon donošenja odluke o konstrukciji klauzule za period od najmanje 30 dana da bi omogućio ma kojoj stranci da se obrati nadležnom sudu radi potvrđivanja ili ukidanja odluke o konstrukciji klauzule. Pravilo 7, pak, normira da će konačna odluka o meritumu u klasnoj arbitraži, bilo u korist ili na štetu klase, biti obrazložena i da će precizno definisati klasu. Konačna odluka će takođe precizirati ili naznačiti kome je obaveštenje iz Pravila 6 bilo namenjeno, one za koje je arbitar našao da pripadaju klasi i one koji su se opredelili da klasi ne pripadaju.

¹⁵ Arbitražni sud oslonio se na dvadeset jednu odluku prilikom čijeg je donošenja primenjena odredba člana 3 Dopunskih pravila, i u kojima je zazuzet stav da ćutanje arbitražnog sporazuma ne prekludira klasnu arbitražu.

¹⁶ Parametri za primenu standarda “manifestno zanemarivanje prava”, koja mora biti izuzetak, na koje se ovaj sud pozvao jesu (1) da je sud znao za odnosno pravno pravilo ili princip, ali da je odbio da ih primeni ili ih je ignorisao, i (2) da je ignorisano pravilo definisano, eksplicitno i nesumnjivo primenljivo u konkretnom slučaju.

¹⁷ *Stolt-Nielsen II*, 548 F.3d.

gom propisu. Sud je rezonovao da “umesto da ispita da li Federalni arbitražni zakon, pomorsko pravo ili pravo države Nju Jork sadrži pravilo o propuštanju prema kojem bi arbitražna klauzula mogla biti protumačena tako da dozvoljava primenu klasne arbitraže u slučaju nepostojanja eksplicitne saglasnosti, arbitražno veće postupilo je kao da raspolaže ovlašćenjima državnog suda da ustanovljava precedente na osnovu sopstvene procene koje bi pravilo bilo najbolje primeniti u datoj situaciji.”

Odluka Vrhovnog suda bazirala se, zapravo, na dve grupe argumenata. Ovaj Sud je najpre naveo da Federalni arbitražni zakon nameće određena pravila od fundamentalnog značaja, uključujući i “osnovnu postavku da je arbitraža stvar pristanka a ne prinude.” Vrhovni sud je izneo stav da strane “mogu da opredele sa kim će sporove rešavati u arbitraži,” i zato je zaključio da, prema Federalnom arbitražnom zakonu, “strana ne može biti prinuđena da se povinuje klasnoj arbitraži ako ne postoje ugovorni osnovi za donošenje zaključka da se ona saglasila sa time.”

S druge strane, Vrhovni sud je povukao oštru liniju razgraničenja između dvostranačke i višestranačke, tj. klasne arbitraže i našao da su “fundamentalne promene” koje donosi transformacija iz bilateralne u klasnu arbitražu takvog obima da ne može biti pretpostavljeno da su strane pristale na klasnu arbitražu samim tim što su ugovorile da svoje sporove iznesu pred arbitra.” Sud je, dakle, zaključio da su razlike između bilateralne i klasne arbitraže prevelike da bi arbitar mogao da pretpostavi, imajući u vidu granice svojih ovlašćenja prema Federalnom arbitražnom zakonu, da prosto ćutanje strana o pitanju klasne arbitraže predstavlja pristanak na rešavanje sporova u klasnom postupku.”

PROBLEM GRANICA INTERVENCIJE DRŽAVNOG SUDA

Osnovno pitanje koje na ovom mestu treba postaviti jeste pitanje ovlašćenja Vrhovnog suda SAD, kao državnog suda, da se bavi pitanjima ispravnosti tumačenja arbitražne klauzule od strane arbitražnog suda, i da konsekventno tome ukine arbitražnu odluku, kao i pitanje eventualnog zakonskog osnova za takvu intervenciju.

Vrhovni sud je ukinuo delimičnu konačnu odluku pozivajući se na odredbu člana 10 (a) (4) Federalnog arbitražnog zakona SAD, na osnovu toga što je arbitražni sud prekoračio svoja ovlašćenja, budući da je prema viđenju ovog Suda “zadatak arbitra da tumači i sprovodi ugovor, a ne da kreira javni poredak.” Sud je stao na stanovište da je za ukidanje odluke arbitražnog suda neophodno da onaj ko to zahteva ispuni veoma stroge zahteve. Prema rečima Suda, “nije dovoljno po-

kazati da je arbitražni sud učinio grešku, pa čak ni ozbiljnu grešku”, već “samo kada arbitar odstupa od tumačenja i primene ugovora i pokuša da nametne sopstveno viđenje industrijske pravde” njegova odluka može biti ukinuta.

Ipak, čini se da je sam Vrhovni sud odstupio od ispravne interpretacije osnova za ukidanje arbitražnih odluka. Najpre, same su stranke ovlastile arbitražni sud da donese odluku o punovažnosti i domenu arbitražne klauzule. Sudija Ginsburg je ispravno u svom izdvojenom mišljenju primetila da je “arbitražni sud uradio upravo ono što mu je i povereno da uradi.” Ova sudija je zato dovela u pitanje nadležnost Vrhovnog suda da kontroliše odluku arbitara o ovom pitanju. Njena kritika tesno je vezana za pitanje da li je mogućnost sprovođenja klasne arbitraže stvar nadležnosti ili dopuštenosti. Zapravo, najopštije govoreći, ako neko smatra da je ovo pitanje, u stvari, pitanje nadležnosti, onda je Sud zaista imao ovlašćenje da kontroliše odluku arbitara, budući da su pitanja nadležnosti, načelno, predmet kontrole državnih sudova. Ako se, naprotiv, mogućnost sprovođenja klasne arbitraže tretira kao pitanje dopuštenosti, što je bila i pozicija sudije Ginsburg, državni sud ne bi imao ovlašćenja u pogledu kontrole odluke koju su doneli arbitri, s obzirom da se takva odluka arbitara smatra konačnom.

Međutim, ovakva debata potpuno je nepotrebna u ovom slučaju zbog toga što Dopunska pravila AAA (u pogledu čije su se primene stranke sporazumele) izričito predviđaju da je stav arbitražnog suda o pitanju mogućnosti sprovođenja klasne arbitraže predmet naknadne sudske kontrole. Član 3 ovih pravila daje strankama pravo da se obrate nadležnom državnom sudu zahtevom da preispita odluku arbitražnog suda o punovažnosti i domenu arbitražne klauzule, tj. o mogućnosti sprovođenja klasne arbitraže. Zato je *Stolt-Nielsen* svakako imao pravo da zahteva sudsku kontrolu. Slično tome, Vrhovni Sud je imao i ovlašćenje da ukine arbitražnu odluku pod uslovima predviđenim odredbom člana 10 Federalnog arbitražnog zakona SAD. Fundamentalna greška koju je ovaj sud učinio sastoji se u pogrešnoj interpretaciji odredbe člana 10 (4) (a) ovog Zakona.

Vilijam Park tvrdi da je “linija razgraničenja između prekoračenja ovlašćenja arbitražnog suda koja bi dovela do ukidanja arbitražne odluke i materijalno-pravne ili činjenične greške koja bi činila odluku pogrešnom ali ne i *ultra vires*, dovoljno tanka da svaki sudija koji namerava da sankcioniše prekoračenje ovlašćenja rizikuje da će, u stvari, nametnuti sopstveno mišljenje o meritumu predmeta.” U Velikoj Britaniji Kuća Lordova povukla je oštru demarkacionu liniju između primene ovlašćenja koja arbitražni sud nema i pogrešne primene ovlašćenja koja arbitražni sud ima. U potonjem slučaju, bez obzira na to koliko je greška velika, odluka arbitražnog suda neće biti sankcionisana prema odredbi člana 68 Engleskog arbitražnog zakona.

Kao što je već napomenuto, ako nadležnost arbitražnog suda postoji, njegova odluka je konačna i obavezujuća za stranke, uz mogućnost eventualnog pobijanja po ograničenim osnovama. Na državnom sudu nije da se saglašava ili ne saglašava sa arbitražnom odlukom. Državnosudska kontrola je zakonom ograničena, a neslaganje sa arbitražnom odlukom, nesporno, nije jedan od malobrojnih osnova njenog pobijanja ni prema jednom arbitražnom propisu.

Još jedna opaska Vrhovnog suda SAD zaslužuje pažnju. Sud kritikuje arbitražnu odluku smatrajući da je arbitražni sud postupao "kao da ima ovlašćenja državnih *common-law* sudova da sam kreira pravilo koje će se primeniti u konkretnoj situaciji." Ovakav stav nameće fundamentalno pitanje – a čega ima lošeg u tome što su arbitri pokušali da nađu najbolje rešenje za specifičan problem pred sobom? Zar to nije upravo ono što duh arbitraže "*l'esprit de l'arbitrage*" zapravo i nameće? Indijski teoretičar Fali Nariman izneo je stav da je zadatak svakog dobrog arbitra da se u svakoj arbitraži zapita šta zahteva pravda u činjeničnoj situaciji pred njim, a potom da ispita da li ima ičega u merodavnom pravu što ga onemogućava da dođe do baš takve odluke. U ovom slučaju arbitri su uradili upravo to. Arbitražni sporazum interpretativno su konstruisali onako kao su smatrali da je najbolje, imajući u vidu okolnosti slučaja i njegovu širinu. Izgleda da je Vrhovni sud pogrešno razumeo ulogu arbitražnog suda i poistovetio je sa svojom sopstvenom.

RANIJA PRAKSA VRHOVNOG SUDA

Istorijski posmatrano, Vrhovni sud SAD je svojim odlukama u poslednjih nekoliko desetina godina konstantno podsticao primenu arbitraže. Tako je 2003. godine, u predmetu *Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc.*¹⁸ ovaj sud limitirao ovlašćenja državnih sudova u arbitraži isključivo na rešavanje o pitanju da li se stranke uopšte saglasile sa njenom primenom u konkretnom slučaju. Godinu dana kasnije, u predmetu *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*,¹⁹ Sud je imao priliku da razmotri pitanje da li se klasna arbitraža može nametnuti subjektima čiji je arbitražni sporazum ne previđa izričito. Ipak, u ovom predmetu, Sud nije ni stigao do ove tačke, budući da je zaključio da arbitražni, a ne državni sud, treba da reši pitanje da li je arbitražni sporazum zaista nem u pogledu mogućnosti sprovođenja klasne arbitraže. Pored toga, u predmetu *PacificCare Health Systems, Inc. v. Book*,²⁰ Vrhovni sud SAD je našao da arbitri, a ne državni sudovi, treba da odluče

¹⁸ 537 U.S. 79 (2002).

¹⁹ 539 U.S. 444 (2003).

²⁰ 285 U.S. 401 (2003) F.3d 971.

o pitanjima koja se odnose na primenljivost pojedinih odredaba arbitražnog sporazuma.

Posebno je interesantno to što je upravo odluka Vrhovnog suda u predmetu *Bazzle* podstakla mnoge arbitražne institucije da donesu pravila postupka za sprovođenje klasne arbitraže.²¹ Na primer, AAA je instituisala posebnu proceduru za sprovođenje klasnih arbitraža, dok je na drugoj strani, Međunarodna trgovinska komora (MTK), sa sedištem u Parizu, i dalje bez normiranih rešenja u pogledu ovakvih arbitraža.²²

Federalni i sudovi federalnih jedinica SAD nastavili su sa neujednačenim pristupom problemima klasnih arbitraža, naročito u svetlu dvosmislene odluke koju je Vrhovni sud SAD doneo u predmetu *Bazzle*.²³ Mnogi sudovi stali su na stanovište da je primena klasne arbitraže pitanje tumačenja ugovora, a da o takvim proceduralnim pitanjima treba da odlučuje arbitražni, a ne državni sud.²⁴ Sa druge strane, u najmanje jednom predmetu, državni sud je zauzeo stav da klasna arbitraža ne može biti nametnuta ako nije ugovorena, budući da ona remeti onaj balans cene koštanja i koristi koji su stranke imale u vidu prilikom zaključenja ugovora.²⁵

UTEMELJENOST ODLUKE

Prilikom donošenja svoje odluke u predmetu *Stolt-Nielsen*, Vrhovni sud SAD se rukovodio odredbom člana 10 (a)(4) Federalnog arbitražnog zakona SAD, koji omogućava državnom sudu da ukine arbitražnu odluku kada "arbitri prekorače svoja ovlašćenja." On je razmotrio argument *AnimalFeeds*-a u korist nametanja klasne arbitraže – naročito onaj prema kojem javni poredak favorizuje klasnu arbitražu, budući da bi u suprotnom arbitražna klauzula bila besmislena i

²¹ Videti "Politika Američke arbitražne asocijacije u vezi klasne arbitraže", 2005. godina, dostupno na <http://www.adr.org/sp.asp?id=28779>.

²² Videti već pomenuta Dopunska pravila AAA, kao i član 15 Pravila o arbitraži Međunarodne trgovinske komore iz 1998. godine, kojim se odbacuje mogućnost sprovođenja klasne arbitraže.

²³ *Blankley* smatra da je ova odluka problematična, budući da ne pruža putokaze nižim sudovima za sprovođenje klasnih arbitraža. Štaviše, privredni subjekti morali bi ugovorati klauzule kojima se izričito isključuje klasna arbitraža, odnosno kojima se zaobilazi rešenje koje ova odluka nameće. Videti *Blankley, K. – Case Commentary, Arbitrability After Green Tree v. Bazzle: Is There Anything Left for the Courts?* Ohio State Law Journal, br. 65, str. 697–698.

²⁴ Videti, na primer, *Certain Underwriters at Lloyd's London v. Westchester Fire Ins. Co.*, 489 F.3d 580, 590 (3d Cir. 2007), *Rollins, Inc. v. Garrett*, 176 F. App'x 968, 969 (11th Cir. Apr. 19, 2006) i *Pedcor Mgmt. v. Nations Pers. Of Tex.*, 343 F.3d 355, 363 (5th Cir. 2003).

²⁵ Videti *Champ v. Siegel Trading Co.*, 55 F.3d 269, 275 (7th Cir. 1995).

neprimenljiva. Vrhovni Sud je tada primetio da je arbitražni tribunal morao da se rukovodi merodavnim propisima, kao što su Federalni arbitražni zakon, pomorski propisi ili pravo države Nju Jork.

Zatim je Sud razmotrio primenljivost svoje odluke iz predmeta *Bazzle* u ovom slučaju. Naime, u pomenutom predmetu, isti Sud je većinski stao na stanovište da opredeljivanje da li arbitražni sporazum predviđa klasnu arbitražu predstavlja zadatak arbitara, a ne državnih sudova. Pišući u ime većine u predmetu *Stolt-Nielsen*, sudija *Alto* nagovestio je da ovo mišljenje, budući da je većinsko, a ne jednoglasno, nema obavezujuću snagu. Većina sudija Vrhovnog suda SAD takođe se saglasila da tom odlukom nije rešeno pitanje koje pravilo primeniti prilikom odlučivanja da li je klasna arbitraža dopuštena.²⁶ U krajnjoj liniji, prilikom odlučivanja u predmetu *Stolt-Nielsen*, Sud se opredelio za princip da je arbitraža “stvar pristanka a ne prinude.” Zato je zaključio da stranka ne sme biti primorana na klasnu arbitražu, osim u slučajevima kada postoji ugovorni osnov za tako nešto.

Dakle, u predmetu *Stolt-Nielsen* Vrhovni sud SAD drastično je odstupio od svog precedenta oduzimanjem ovlašćenja arbitražnom sudu da reši jedno važno procesno pitanje. Ova odluka protivreči i velikom broju ranijih u kojima je takođe odlučeno da procesna pitanja vezana za arbitražu treba da rešavaju arbitri. Ona, takođe, uskraćuje arbitražnom sudu mogućnost da opredeli granice klasne arbitraže definišući stranke i relevantna pitanja unutar potencijalne klase. Pored toga, većina sudija Vrhovnog suda, izgleda pogrešno, naglašava prinudni karakter klasne arbitraže.

Naime, klasna arbitraža nikako ne može imati ovakav karakter iz više razloga: najpre, sve stranke su izričito pristale da na arbitražni sud prenesu ovlašćenja za rešavanje spora; zatim, sve stranke su se saglasile i da arbitraža bude metod rešavanja spora; i na kraju, sve stranke su kolektivno opredelile vrstu spora koji se mogu rešavati primenom arbitraže.²⁷ I opšta pravila interpretacije ugovora sugerišu da je, čak i kada arbitražni sporazum ćuti o primeni klasne arbitraže, razumno zaključiti da je takva odredba u njemu prećutno sadržana, pošto su se sve stranke sporazumele o primeni arbitraže. Stav Vrhovnog suda zapravo omogućava strani koja se protivi arbitraži da naknadno definiše elemente sporazuma o arbitraži prikrivajući svoju naknadnu nesaglasnost sa klasnom arbitražom navo-

²⁶ U odluci se navodi sledeće: “Tužilac smatra da odluke u predmetu *Bazzle* zahteva jasnu odredbu kojom se klasna arbitraža zabranjuje... Ovo veće, međutim, saglasno je sa tuženim... arbitri moraju sagledati jezik sporazuma stranaka da bi opredelili da li je njihova namera bila da dozvole ili isključe klasnu arbitražu.”

²⁷ Sudija *Ginsburg* je u izdvojenom mišljenju upravo ove argumente navela kao razlog neslaganja sa odlukom većine.

dima da se sa ovim vidom arbitraže nije prethodno saglasila u arbitražnom sporazumu.

Iz navedenih razloga, kao i zbog toga što eliminiše ovlašćenje arbitražnog suda da odlučuje o procesnim pitanjima i podriva gotovo decenijsku praksu ograničavanja intervencije državnih sudova u arbitraži,²⁸ smatramo da je pravna zasnovanost ove odluke prilično problematična.

DOMEN PRIMENE I EFEKTI PRECEDENTA

Od velikog je značaja to što se odlukom u predmetu *Stolt-Nielsen* ne precizira domen važenja stava Vrhovnog suda, niti se sugeriše kakva treba da bude formulacija arbitražnog sporazuma da bi klasna arbitraža bila dopuštena. U navedenom izdvojenom mišljenju, sa druge strane, naslućuje se da je domen dejstva odluke preširok, uz jalov pokušaj ublažavanja njenog uticaja sugestijama da se ovakav stav Vrhovnog suda ne odnosi na ugovore po pristupu koji se nude po principu uzmi ili ostavi. Na nesreću, ovi navodi imaće vrlo mali praktični značaj, budući da se stav ne fokusira na pitanje jednakosti pregovaračkih pozicija stranaka, već na problem postojanja ugovornog osnova, tj. pristanka stranaka na klasnu arbitražu. Propuštanje da se opredeli domen primene stava Vrhovnog suda, može dovesti do toga da odluka ima jako negativan uticaj na grupe kao što su zaposleni i potrošači, čije su ugovorne pozicije daleko slabije u odnosu na korporacije koje sačinjavaju ugovore po pristupu i arbitražne klauzule u njima. Šta više, Vrhovni sud nije pružio nikakve instrukcije o tome šta je tačno potrebno navesti u arbitražnom sporazumu da bi se smatralo da su strane imale u vidu klasnu arbitražu, odnosno da su pristale na nju. Preciznije rečeno, Vrhovni sud je naveo da ćutanje nije dovoljno da bi se demonstriralo da su stranke pristale na klasnu arbitražu, ali se uzdržao od toga da zahteva izričit pristanak. Ovakva nesigurnost ne samo da ostavlja mnoge potencijalne tužioce u mraku, već unosi konfuziju u redove sudija i arbitara, koji će se u budućnosti baviti ovakvim pitanjima.

Konačno, u predmetu *Stolt-Nielsen*, Vrhovni sud je potcenio prednosti klasne arbitraže i akcenat stavio na značaj zahteva da se potencijalna klasa definiše (sertifikuje). Klasna arbitraža predstavlja mehanizam koji obezbeđuje tužiocima rešavanje sporova u slučajevima kada je to inače preskupo za svakog od njih pojedinačno, odnosno kada je vrednost predmeta spora za svakog od njih posebno premala. Ovaj vid arbitraže ima značajnu ulogu utoliko što podstiče na arbitražno rešavanje sporova i ostvarivanje subjektivnih prava. Bitno je i to što velike kom-

²⁸ Blankey, K. – op. cit., str. 697, gde autor opisuje proces povećanja ovlašćenja arbitara.

panije ne gaje prevelike simpatije prema klasnoj arbitraži. Zato ih odluka u ovom predmetu može potaknuti da svoje ugovore modifikuju tako da u pogledu klasne arbitraže ne predvide ništa.²⁹

Dakle, odluka u predmetu *Stolt-Nielsen* implicitno otvara manevarski prostor za velike korporacije zato što će, ukoliko arbitražni sporazum ćuti o klasnoj arbitraži, arbitražni sud biti prinuđen da zaključi da klasna arbitraža ne potpada pod njegov domen.

ZAKLJUČAK

U predmetu *Stolt-Nielsen* Vrhovni sud SAD razmotrio je pitanje da li se klasna arbitraža može nametnuti ukoliko u arbitražnom sporazumu nije predviđena. Sud je zauzeo stav da arbitražni sud to ne može učiniti, budući da bi se radilo o prekoračenju njegovih ovlašćenja. Ovime je Vrhovni sud odstupio od decenij-ske prakse koja je favorizovala rešavanje procesnih pitanja od strane arbitražnog suda. Dakle, rezultat ovakvog stava Vrhovnog suda jeste značajno obezvlašćivanje arbitražnog suda. Štaviše, odluka Vrhovnog suda implicitno favorizuje velike kompanije, s obzirom da su one te koje sastavljaju tekstove tipskih ugovora, dok je izglednost da potencijalni tužioci – najčešće potrošači ili zaposleni – pokreću arbitražne postupke čije će sprovođenje biti dopušteno značajno umanjena.

Odluka u predmetu *Stolt-Nielsen* u neskladu je sa principom ograničenosti sudske kontrole arbitražnih odluka, ustanovljenim Federalnim arbitražnim zakonom SAD. Štaviše, Sud je zanemario prednosti klasne arbitraže u odnosu na klasne parnice i fokusirao se isključivo na očigledne razlike između dvostranačkih i višestranačkih arbitraža.

Iako je ovo bila mogućnost da Vrhovni sud SAD krene jedan korak dalje u odnosu na svoju odluku u predmetu *Green Tree*, on se opredelio da napravi dva koraka unatrag. Čineći to, on je neopravdano sankcionisao arbitražnu odluku na osnovu pogrešnog tumačenja odredbe člana 10 (4) (a) Federalnog arbitražnog zakona SAD.

²⁹ Videti Quarles, D. – *Courts Disagree: Is Arbitration a “Class” Act*, Alaska Law. br. 68, str. 467, gde autor primećuje da klasna arbitraža predstavlja “otrovnu pilulu” za velike kompanije. On navodi da je klasna arbitraža rizičnija za ove kompanije zbog jednostepenosti arbitražnog postupka, kao i zbog toga što su potencijalne odštete veoma velike.

DEJAN JANIČIJEVIĆ, LL.D.,

Assistant Professor, Faculty of Law University of Niš

ALEKSANDAR MOJAŠEVIĆ, LL.M.,

Assistant, Faculty of Law University of Niš

MULTIPARTY ARBITRATION IN THE U.S.

– The turn in court practice –

Summary

It is undoubtful that arbitration has been gaining in popularity during the last several decades, since **consumer, commercial, and employment contracts regularly incorporate mandatory** arbitration clauses. As a result, numerous questions exist regarding the scope and enforceability of arbitration clauses, particularly with respect to the use of multiparty and class arbitration. In *Stolt-Nielsen S.A. v. AnimalFeeds International, Corp.*, the United States Supreme Court considered whether imposing class arbitration on parties whose arbitration clauses were silent on the use thereof is consistent with the Federal Arbitration Act (“FAA”) – an issue that previously divided federal courts. Sharply derailing from existing precedents, the Court held that the FAA prohibits arbitrators from imposing class arbitration on parties who did not previously agree thereto. After presenting case summary and reasoning of the U.S. Supreme Court in this matter, the authors critically analyse Courts decision and its possible impact on the future development of arbitration.

MILENA ĐORĐEVIĆ,
MARKO JOVANOVIĆ

UNIFIKACIJA PRAVA MEĐUNARODNE TRGOVINE POD OKRILJEM STO

– Put ka slobodnijoj međunarodnoj trgovini –

U V O D

Kraj četrdesetih godina XX veka označio je prekretnicu u pristupu regulisanju prekograničnog prometa robom i uslugama. Svetska ekonomska kriza tridesetih godina i, naročito, opšti zastoj privrede uzrokovan Drugim svetskim ratom ukazali su na značaj međunarodne trgovinske saradnje za postizanje održivog ekonomskog razvoja. Ukidanje privrednog partikularizma i eliminisanje prepreka prekograničnoj trgovini prihvaćeni su kao rukovodeći principi “novog” međunarodnog trgovinskog prava. U tom cilju je, na konferenciji Ujedinjenih nacija u Ženevi 1947. godine, sačinjen tekst Opšteg sporazuma o carinama i trgovini (u daljem tekstu: GATT),¹ koji već u svojoj preambuli konstatuje spremnost država

Dr Milena Đorđević, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

Marko Jovanović, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je napisan kao prilog projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu “*Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija sa pravom EU – pravni, ekonomski i sociološki aspekti.*”

¹ Iako planirani cilj Ženevske konferencije – stvaranje Međunarodne trgovinske organizacije – nažalost nije postignut, konferencija je ipak završena usaglašavanjem teksta Opšteg sporazuma o carinama i trgovini (eng. *General Agreement on Tariffs and Trade*), koji su potpisali predstavnici 23 zemlje. Ovaj sporazum i danas predstavlja osnovu multilateralnog uređenja međunarodne tr-

potpisnica da, u cilju podizanja životnog standarda, ostvarenja pune zaposlenosti i visokog i stalno rastućeg nivoa realnog dohotka i efektivne tražnje, podsticanja iskorišćavanja svetskih resursa i povećanja proizvodnje i razmene dobara, pristupe zaključivanju sporazuma “*čija je svrha da, na bazi reciprociteta i uzajamnih koristi, dovedu do znatnog sniženja carina i drugih prepreka trgovini*”.

Pravila GATT-a o liberalizaciji međunarodne trgovine imala su veliki uticaj na formulisanje pravila o slobodnoj prekograničnoj trgovini i u pravima država koje još uvek nisu članice Svetske trgovinske organizacije (u daljem tekstu: STO) i nemaju formalnu obavezu da direktno primenjuju njena pravila. U tom smislu naročito treba istaći da je proučavanje prava STO naročito važno za Republiku Srbiju, kojoj je učlanjenje u ovu organizaciju jedan od preduslova za prijem u članstvo Evropske unije. Imajući u vidu da je Evropska unija obavezna da usklađuje svoje spoljnotrgovinske propise sa pravilima STO,² neophodno je da naša zemlja vodi računa i o pravilima STO u pogledu smanjenja carina i zabrane necarinskih prepreka slobodi međunarodne trgovine. O značaju pravilnog razumevanja trgovinskih pravila EU i STO i prakse u njihovoj primeni svedoči i odredba člana 1. stav 1. Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju³ kojom se kao predmet ovog zakona predviđa uređivanje spoljnotrgovinskog poslovanja *u skladu sa pravilima STO i propisima EU*. O tome svedoči i preambula Sporazuma o slobodnoj trgovini u centralnoj Evropi (u daljem tekstu: CEFTA Sporazum),⁴ čiji je jedan od

govine kao sastavni deo sporazuma Svetske trgovinske organizacije (STO). SFRJ je ratifikovala tekst GATT-a 26. jula 1966. godine (*Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori* br.12/66), ali, kako se SR Jugoslavija nije smatrala sukcesorom SFRJ, za razliku od drugih potpisnica GATT-a, ona nije automatski postala članica STO po njenom osnivanju 1995. godine. Danas se Republika Srbija nalazi u postupku pristupanja ovoj međunarodnoj organizaciji. Spisak država članica (njih 157) Svetske trgovinske organizacije (eng. *World Trade Organization*) dostupan je na: http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org6_e.htm, 24. avgust 2012. godine.

² O odnosu prava STO i prava EU vid.: Predrag Cvetković, *Uvod u pravo Svetske trgovinske organizacije*, Niš 2010, str. 83–96.

³ *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 36/2009, 36/2011 - dr. zakon i 88/2011.

⁴ CEFTA Sporazum potpisan je u decembra 1992. godine u Krakovu između tri (odnosno četiri) države koje su 1991. godine osnovale tzv. “Višegradsku grupu”: Čehoslovačke (koja se u međuvermenu podelila na Češku i Slovačku), Mađarske i Poljske. Cilj Sporazuma bio je da se pomognu reforme u državama potpisnicama nakon sloma komunističkih režima, kako bi se promovisala njihova integracija u Evropsku uniju. Jedan od mehanizama za ostvarivanje tog cilja bilo je i podsticanje liberalizacije trgovine među potpisnicama. Devedesetih godine XX veka CEFTA Sporazumu su se priključile države Jugoistočne Evrope (Slovenija, Rumunija i Bugarska) koje su imale aspiraciju da se pridruže Evropskoj uniji, čime je CEFTA Sporazum praktično postao “prelazni mehanizam” za učlanjenje u EU. Nakon što su države koje su 1. maja 2004. godine postale članice EU istupile iz CEFTA Sporazuma, u Bukureštu je u decembru 2006. godine potpisan Sporazum o izmenama i dopunama i o pristupanju Sporazuma o slobodnoj trgovini u centralnoj Evropi (tzv. “CEFTA

potpisnika i naša zemlja, u kojoj se konstatuje da su potpisnice Sporazuma rešene da sprovede međusobne trgovinske odnose *u skladu sa pravilima i disciplinama STO bez obzira na to da li su članice STO ili ne*. Isti princip je prihvaćen i u drugim međunarodnim sporazumima koje je ratifikovala Republika Srbija.⁵

Da bi pravila međunarodne trgovine zaista i bila unifikovana, nije dovoljno samo transponovati odgovarajuća pravila GATT-a u nacionalna prava država-nečlanica, već je potrebno i primenjivati ta pravila na jednoobrazan način. Zbog toga je za puno razumevanje značaja uloge STO u liberalizaciji međunarodne trgovine potrebno analizirati i praksu Tela za rešavanje sporova pri ovoj organizaciji.

GATT, odnosno STO, je kao osnovne instrumente za ostvarivanje liberalizacije međunarodne trgovine prepoznao postepeno snižavanje carina (što podrazumeva i potpuno ukidanje određenih carina), ujednačavanje pravila carinskog prava i eliminisanje necarinskih prepreka trgovini.

UJEDNAČAVANJE PRAVILA CARINSKOG PRAVA

Pojam carina u savremenom smislu reči obuhvata *“dažbine koje se u vidu novčanog iznosa i to, pre svega, u domaćoj valuti naplaćuju na robu po unapred utvrđenim kriterijumima i po propisanim carinskim stopama u carinskoj tarifi, najčešće od strane države uvoznice”*⁶. Svrha uvođenja carina može biti zaštita domaće

2006”). Potpisnici CEFTA 2006 Sporazuma su bili: Albanija, Bosna i Hercegovina, Bugarska, Makedonija, Moldavija, Rumunija, Srbija, UNMIK, Hrvatska i Crna Gora. Nova izmena Sporazuma usledila je 2007. godine, nakon što su se Bugarska i Rumunija učlanile u EU i time istupile iz CEFTA sistema. Srbija je sadašnju verziju CEFTA Sporazuma ratifikovala 2007. godine (*Službeni glasnik Republike Srbije – Međunarodni ugovori*, br. 88/2007). Prema statističkim podacima za 2011. godinu, Srbija je najveći izvoznik među članicama CEFTA-e, a ukupan obim spoljnotrgovinske razmene između država članica CEFTA-e beleži stalni rast (vid. CEFTA Trade Statistics 2011, dostupno na: <http://www.cefta2006.com/sites/default/files/CEFTA%202011%20STATS.pdf>). Više o CEFTA Sporazumu, vid.: <http://www.cefta2006.com>.

⁵ Vid. primera radi, član 2. Prelaznog sporazuma o trgovini i trgovinskim pitanjima između Srbije i Evropske zajednice i član 1. Sporazuma o slobodnoj trgovini između Savezne Republike Jugoslavije i Ruske Federacije (*Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori* br. 1/2001). Na značaj usaglašenosti pravila spoljne trgovine Republike Srbije sa pravilima STO ukazuju i preambule Sporazuma o slobodnoj trgovini između Vlade Republike Srbije i Vlade Republike Belorusije (*Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori* br. 105/2009), Sporazuma o slobodnoj trgovini između Republike Srbije i država EFTA (*Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori* br. 6/2010), Sporazuma o slobodnoj trgovini između Republike Srbije i Republike Turske (*Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori* br. 105/2009) i Sporazuma o slobodnoj trgovini između Vlade Republike Srbije i Vlade Republike Kazahstana (*Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori* br. 11/2010).

⁶ Miodrag Stanković, *Osnovni instituti u carinskom pravu SFRJ*, magistarska teza, Beograd 1975, str. 1.

proizvodnje ili postizanje fiskalnih, političkih, socijalnih i drugih ciljeva.⁷ Upravo zbog svoje podobnosti da ostvaruju određene ekonomske ciljeve carine su oduvek smatrane jednim od najvažnijih instrumenata trgovinske politike.⁸ U periodu pre Drugog svetskog rata države su visokim carinskim stopama štitile domaću proizvodnju određenih proizvoda i istovremeno ubirale budžetske prihode. Međutim, posle zaključivanja GATT-a države potpisnice počele su da čine velike napore ka globalnom sniženju carinskih stopa na uvoz pojedinih proizvoda⁹ i ka ujednačavanju pravila koja se tiču carinskog prava (svrstavanje robe, utvrđivanje porekla robe i njene vrednosti) u skladu sa principima multilateralizma, nediskriminacije i transparentnosti, a na osnovama ekonomske teorije komparativnih prednosti.¹⁰

⁷ *Ibid.* Više o pojmu i vrstama carina videti: Jovica Čukalović, "Pojam i vrste carina", *Pravo – teorija i praksa*, 12/2004, str. 26-46; Vladimir Stojiljković, *Međunarodno privredno pravo*, IP Justinijan, Beograd 2003, str. 95–100; Dragan Jerinić, *Modernizacija carinske službe Srbije*, Beograd 2007, str. 13–19.

⁸ Joseph Stiglitz, Andrew Charlton, *Fair Trade for All – How Trade Can Promote Development*, Oxford University Press, 2005, str. 12–13; Timothy John Lyons, *EC customs law*, Oxford University Press, 2001, str. 2; Edwin A. Vermulst, "Chapter 1: EC Customs Classification Rules: Should Ice-Cream Melt?" u: Edwin A. Vermulst, Folkert Graafsma (eds.), *Customs and trade laws as tools of protection: selected essays*, Cameron May, 2005, str. 13; John Jackson, William Davey, Alan Sykes, *Legal Problems of International Economic Relations – Cases, Materials and Text*, West Group 2000, str. 373; D. Jerinić, *op. cit.*, str. 14–15 i 19–23.

⁹ GATT nije automatski eliminisao carine. Do smanjenja carina, odnosno eliminacije pojedinih carina, došlo se postepeno – kroz osam rundi pregovora. Tokio runda (1973-1979) je dovela do značajnog smanjenja carinskih stopa na oko 60.000 proizvoda u industrijski razvijenim zemljama za 39% u proseku, čime su carine unutar Evropske ekonomske zajednice na industrijsku robu pale na 8% u proseku, a ukupna vrednost carinskih koncesija postignutih tokom ove runde pregovora iznosila je oko 40 milijardi američkih dolara. Sa značajnim smanjenjem carina (oko 40%) nastavilo se tokom Urugvajske runde pregovora (1986–1994) nakon koje su carine unutar EEZ smanjene na 4%. Danas, prosečna carina na uvoz industrijskih proizvoda u EU iznosi 3,9% a na uvoz poljoprivrednih proizvoda 12,3%, pri čemu se veliki broj proizvoda nalazi na *duty-free* režimu (vid.: http://stat.wto.org/CountryProfiles/E27_e.htm, 9. septembar 2012. godine). Više o rezultatima ovih rundi vid.: Raj Bhala, *Modern GATT Law – A Treatise on the General Agreement on Tariffs and Trade*, Sweet & Maxwell, London 2005, str. 228-279; John N. Jackson, *The World Trading System – Law and Policy of International Economic Relations*, MIT Press, Cambridge 2002, str. 73–78 i 142–146; Sanja Jelisavac, "Pregovori o tržišnom pristupu u okviru Svetske trgovinske organizacije" *Međunarodni problemi* 61(3)/2009, str. 319–331.

¹⁰ Nicholas Perdikis, Robert Read, "The Political Economy of Protection and the Regulation of International Trade: Recent Trade Disputes between the EU and the United States", u: Nicholas Perdikis, Robert Read (eds.), *The WTO and the Regulation of International Trade – Recent Trade Disputes between the European Union and the United States*, Edward Elgar in association with the International Economics Study Groups, Cheltenham 2005, str. 8–10; Jagdish Bhagwati, *Protectionism*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts/London, England 1988, str. 1; J. Stiglitz, A. Charlton, *op. cit.*, str. 41. O teoriji komparativnih prednosti videti: N. Gregory Mankiw, *Principles of Econo-*

Svrstavanje robe

Pod svrstavanjem se, u smislu carinskog prava, podrazumeva podvođenje robe koje se uvozi pod odgovarajući tarifni broj u carinskoj tarifi države uvoza.

Iako GATT ne ustanovljava obavezu država članica da se pridržavaju određenog sistema svrstavanja robe, niti im zabranjuje da po pristupu u GATT (STO) menjaju postojeću nomenklaturu, član I:1 GATT zahteva da se jednak carinski tretman obezbedi "sličnim proizvodima". Ovo je i očekivano, s obzirom da obavezivanje država na smanjenje carinskih stopa na uvoz određenih proizvoda u skladu sa ugovorenim listama koncesija predstavlja srž GATT sistema.¹¹ Međutim, neke države su kreativnim izmenama svojih carinskih tarifa, uprkos dogovorenim carinskim stopama na koje su se u postupku pregovaranja i učlanjenja u sistem GATT (STO) obavezale, pokušale da naruše ovako ustanovljen sistem zaštite.¹²

Tako je pokušaj Španije da izmenama nomenklature carinske tarife za kafu tj. uvođenjem novih tarifnih podbrojeva za različite vrste kafe, koje su za posledicu imale 7% veću carinsku stopu za kafu iz Brazila,¹³ označen kao povreda člana I:1 GATT od strane GATT tela za rešavanje sporova.¹⁴ i od nje je zahtevana izmena navedene nomenklature carinske tarife. Panel je svoju odluku obrazložio na sledeći način:

"u pogledu karakteristika proizvoda, argumenti za razlikovanje tipova kafe zasnivaju se na organoleptičkim razlikama koje proizlaze iz različitog geografskog porekla, metoda kultivisanja, obrade zrna i genetskih faktora. Panel nije smatrao da su takve razlike dovoljne da bi opravdale različit tretman ovih proizvoda i njihovo svrstavanje pod posebne pozicije u carinskoj tarifi;

mics, Thomson South-Western, 2003, str. 50–57; Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, Oxford University Press, 2010, str. 4–6; J. Jackson, *op. cit.*, str. 14–21.

¹¹ Smatra se čak da sve druge odredbe GATT-a služe obezbeđenju očuvanja ovakvih carinskih obaveza, odnosno sprečavanju narušavanja tako preuzetih obaveza primenom necarinskih ograničenja trgovine koje bi otežavale uvoz u zemlje članice GATT-a. Vid.: J. Jackson, W. Davey, A. Sykes, *op. cit.*, str. 298.

¹² E. A. Vermulst, *op. cit.*, str. 14.

¹³ Predmet spora bilo je pitanje da li se različiti tipovi nepržene kafe (Columbian mild, Other mild, Unwashed Arabica, Robusta) imaju smatrati sličnim proizvodima u smislu značenja člana I:1 GATT. Španija, naime, nije primenjivala carinu na kafe marke "Columbia Mild" i "Other Mild", dok je carinu od 7% primenjivala na ostale tipove nepržene kafe. Brazil, koji je uglavnom izvezio "Unwashed Arabica" tvrdio je da je mera Španije predstavlja povredu tretmana najpovoljnije nacije iz člana I:1 GATT.

¹⁴ Videti izveštaj GATT Panela od 11. juna 1981. godine u slučaju: *Spain – Tariff Treatment of Unroasted Coffee*, dostupan na: <http://www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/spaincoffee.pdf>.

Panel je naročito imao u vidu činjenicu da kafa kao proizvod namenjen prodaji uglavnom predstavlja mešavinu različitih vrsta kafe, te da stoga krajnji potrošači kafu smatraju jedinstvenim proizvodom sa jasno definisanim karakteristikama koji je namenjen piću;

Nijedna druga država ugovornica ne primenjuje carinski režim u odnosu na neprženu, nedekofeiniziranu kafu na takav način da različiti tipovi kafe budu podvedeni pod različite tarifne brojeve.”¹⁵

U svetlu gore navedenog, Panel je zaključio da bi “nepržena, nedekofeinizirana kafa i zrnelje kafe, navedene u carinskoj tarifi Kraljevine Španije, trebalo da se smatraju sličnim proizvodima u smislu člana I:1 GATT”.¹⁶

Promena sistema svrstavanja robe nekada može da ima za cilj i potpuno izbegavanje obaveza carinske harmonizacije i liberalizacije po GATT-u u odnosu na određenu podvrstu robe. Kao primer za ovakav slučaj mogao bi se navesti spor koji je pedesetih godina XX veka izbio između Grčke i Zapadne Nemačke.¹⁷ Naime, Grčka je izmenila nomenklaturu svoje carinske tarife uvodeći novi tarifni podbroj pod koji je trebalo svrstavati gramofonske ploče koje reprodukuju zvuk rotacionom brzinom ispod sedamdeset osam obrtaja u minutu (tzv. long play (LP) ploče) i na njih nametnula veću carinu nego na ploče koje reprodukuju zvuk brzinom jednakom ili većom od sedamdeset osam obrtaja u minutu. Stav grčke vlade bio je da u trenutku kada su se u okviru GATT-a vodili pregovori o carinama na gramofonske ploče Grčka nije uvozila LP ploče, tako da se za nju pojam gramofonskih ploča odnosi samo na ploče sa rotacionom brzinom jednakom ili većom od sedamdeset osam obrtaja u minutu, dok LP ploče predstavljaju novi proizvod. Štaviše, Grčka je smatrala da se LP ploče ne mogu smatrati ni sličnim proizvodima u odnosu na ploče koje zvuk reprodukuju brzinom jednakom ili većom od sedamdeset osam obrtaja u minutu pozivajući se na praksu grčkih sudova koji su stajali na stanovištu da sličnost robe zavisi od njenog stanja, stepena obrade, načina proizvodnje i vrednosti. Nemačka je, pak, smatrala da za tuma-

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ U ovom smislu vid. i izveštaj GATT Panela od 19. jula 1989. godine u slučaju: *Canada – Import of SPF Dimension Lumber*, dostupan na: <http://www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/spflumber.pdf>. U ovom sporu, koji je izbio povodom odluke Japana da u svoju carinsku tarifu unese poseban podbroj za rezanu građu od određenih vrsta četinara (čiji je najveći izvoznik Kanada) i na njih uvede veću carinu nego na rezanu građu od ostalih vrsta drveta, Panel nažalost nije mogao da ispituje da li je Japan povredio obaveze iz člana I:1 GATT-a usled propusta koji je Kanada napravila prilikom formulisanja svog pravozaštitnog zahteva. Međutim, iz obrazloženja izveštaja, može se zaključiti da bi Panel stao na stanovište da je do povrede člana I:1 GATT-a ipak došlo, da mu je to pitanje bilo postavljeno.

¹⁷ Videti ekspertske izveštaj od 9. novembra 1956. godine u slučaju: *Greek Increase in Bound Duty*, dostupan na: <http://www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/greekboundduty.pdf>.

čenje pojma "gramofonske ploče" rotaciona brzina nije od značaja, pa da prema tome argument Grčke da u trenutku pregovaranja carina na gramofonske ploče nije uvozila LP nije relevantan, jer su LP ploče bile objektivno dostupne na svetskom tržištu u tom trenutku. Spor je rešen pregovorima između Grčke i Zapadne Nemačke tokom kojih je Grčka pristala da snizi carinsku stopu na uvoz LP ploča i ujednači je sa stopom koju je primenjivala na ostale gramofonske ploče.

Nepridržavanje pravila Svetske trgovinske organizacije imalo je nekoliko puta za posledicu i izmenu Kombinovane nomenklature Evropske unije. Ti slučajevi su se naročito ticali svrstavanja prehrambenih proizvoda¹⁸ i informatičke opreme¹⁹. Poslednja od njih se nalazi u trenutno važećoj nomenklaturi a sadrži izmene koje se tiču svrstavanja pojedinih mašina za informacije tehnologije za koje je Telo za rešavanje sporova STO odlukom od 21. septembra 2010. godine utvrdilo da nije u skladu sa pravilima STO²⁰. Imajući u vidu da su odluke o svrstavanju robe Evropske unije obavezne za primenu i u Republici Srbiji,²¹ to proučavanje prakse tela za rešavanje sporova STO dodatno dobija na značaju.

Određivanje carinske vrednosti

Pravilno određivanje carinske vrednosti robe od izuzetnog je značaja za izračunavanje iznosa carine koju na tu robu treba platiti, jer je većina carinskih stopa određena *ad valorem*.²² STO je usvojila Sporazumom o carinskoj vrednosti²³ koji čini osnov za određivanje vrednosti robe za carinjenje.

Postupak carinskog vrednovanja nije nimalo lak.²⁴ O značaju ovog postupka svedoči mesto koje mu je posvećeno kako u GATT-u (ceo član VII), tako i u ka-

¹⁸ Konkretno, zamrznuti pileći fileti koji su bili predmet sporova WT/DS/269 i WT/DS/286. Vid.: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds269_e.htm i http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds286_e.htm.

¹⁹ Vid.: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds62_e.htm i http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds315_e.htm.

²⁰ Slučaj WT/DS/375 dostupan na http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds375_e.htm.

²¹ Vid.: stav 3. člana 3-a Zakona o carinskoj tarifi, *Službeni glasnik Republike Srbije* br. 62/2005, 61/2007 i 5/2009.

²² Massimo Fabio, *Customs law of the European Union*, Wolters Kluwer 2010, paragraf 4-1.

²³ Agreement on Implementation of Article VII of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994, dostupan na: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/final_e.htm.

²⁴ "Problem određivanja vrednosti robe je suštinski komplikovan i veoma je teško naći pravo rešenje. Bez obzira da li se radi o određivanju vrednosti imovine za potrebe oporezivanja ili odre-

snije donetom posebnom sporazumu na ovu temu. Ovakav odnos prema carinskom vrednovanju ne čudi, s obzirom da bi ceo sistem carinskih koncesija izgubio na značaju ako bi različite države na različite načine određivale carinsku vrednost.

Obično se kao osnovni metod određivanja vrednosti robe koristi metod "transakcijske vrednosti", koji vodi primeni stvarno plaćene cene ili cene koja se treba platiti za robu koja se uvozi.²⁵ Ukoliko se transakcijska vrednost ne može utvrditi, moguća je primena drugih metoda obračuna i to: transakcijske vrednosti istovetne robe; transakcijske vrednosti slične robe; vrednosti bazirane na osnovu jedinične cene po kojoj se najveći broj jedinica istovetne ili slične uvezene robe radi prodaje licima koja nisu povezana sa prodavcem; obračunate vrednosti i razumne vrednost, obračunate u skladu sa osnovnim načelima STO Sporazumom o carinskoj vrednosti.²⁶

Premda praksa Tela za rešavanje sporova STO nije naročito bogata slučajevima u vezi sa određivanjem carinske vrednosti robe,²⁷ ipak je moguće izdvojiti zanimljive primere nastojanja država da izbegnu obaveze koje proizlaze iz prava STO. Tako, na primer, u sporu Sjedinjenih Američkih Država i Argentine povodom argentinskih mera u vezi sa uvozom obuće, tekstilnih proizvoda, odeće i

divanju cene koju će novi proizvod imati na tržištu, ne postoji pouzdan način da se odredi "prava" vrednost neke stvari, niti ta "prava" vrednost predstavlja neku datost koju samo treba otkriti. Ovaj problem postaje naročito izražen prilikom propisivanja pravila za određivanje carinske vrednosti robe, jer formula za izračunavanje vrednosti mora da bude prilagođena svakoj vrsti robe, svakoj vrsti transakcije i svakoj zemlji, a da pritom bude dovoljno laka za primenu". Saul Sherman, "Reflections on the New Customs Valuation Code", *12 Law & Policy in International Business* 119, 123 n.13, 124 (1980).

²⁵ Ovo je osnovni metod određivanja carinske vrednosti i u EU. Vid. član 29. Carinskog kodeksa (član 41. MCK) EU. Primat metodi "transakcijske vrednosti" daje i Carinski Zakon Republike Srbije (član 39) i član 98. Uredbe o carinski dozvoljenom postupanju s robom (*Službeni glasnik RS*, br. 93/2010).

²⁶ U istom smislu videti članove 39-45. Carinskog zakona Republike Srbije.

²⁷ Pred Telom za rešavanje sporova STO okončano je samo nekoliko sporova koji su se ticali određivanja carinske vrednosti robe a još nekoliko je trenutno u postupku rešavanja. Pored navedenog američko-argentinskog spora, okončan je još i panamsko-kolumbijski spor o indikativnim cenama (DS 366) i filipinsko-tajlandski spor povodom određivanja "stvarne" transakcione vrednosti uvoznih cigareta (DS 371). Naročito će biti zanimljivo videti odluku u sporu između Evropske zajednice i Meksika koji je pokrenut još 1996. godine (Mexico-Customs Valuation of Imports, Case WT/DS/53). Evropska zajednica je postupak pokrenula zbog prakse meksičkih carinskih organa da carinsku vrednost robe iz EZ određuju na osnovu cene utvrđene na CIF paritetu, dok za određivanje carinske vrednosti robe iz SAD koriste FOB paritet. Kako je CIF cena po prirodi stvari nužno viša od cene utvrđene na FOB paritetu (CIF cena uključuje i troškove vozarine i osiguranja), EZ je istakla da je praksa meksičkih carinskih organa u suprotnosti sa obavezama Meksika po GATT-u. Za komentar ovog slučaja vid.: Robert MacLean, Bettina Volpi, *EU Trade Barrier Regulation – Tackling Unfair Foreign Trade Practices*, Palladian law Publishing Ltd. 2000, str. 62.

ostalnih sličnih proizvoda Amerika je istakla da je Argentina povredila svoje obaveze iz članova II:1(a) II:1(b) GATT-a uvođenjem tzv. minimalne specifične carine (šp. *Derechos de Importación Específicos Mínimos*) na određene vrste proizvoda kako bi zaštitila svoju tekstilnu industriju od uvoza odevnih proizvoda i obuće iz zemalja gde su troškovi proizvodnje veoma niski.²⁸ Sistem minimalnih specifičnih carina je funkcionisao tako što je Argentina za svaki proizvod koji bi potpadao pod ovu vrstu carina izračunavala prosečnu cenu na svetskom tržištu i nju uzimala za carinsku vrednost na koju je zatim primenjivala carinsku stopu od 35%, na koju je inače bila obavezana po GATT-u. Tako izračunata vrednost predstavljala je minimalnu specifičnu carinu kao svojevrsnu “fiksnu najmanju vrednost” carine koju uvoznik predmetnog proizvoda mora da plati. Minimalna specifična carina se, dakle, nije naplaćivala u svakom slučaju, već samo ako bi iznos *ad valorem* carine (35% na transakcionu vrednost robe) bio niži od minimalne specifične carine. U suprotnom, uvoznik bi plaćao *ad valorem* carinu po stopi od 35%. Dakle, u svakom slučaju Argentina je primenjivala carinsku stopu od 35% na odeću, obuću i tekstilne proizvode, kako je i bila obavezana GATT-om, ali je razliku pravila na nivou carinske vrednosti – u određenim slučajevima za carinsku vrednost je uzimala transakcionu vrednost robe, dok je u drugim slučajevima za carinsku vrednost uzimala prosečnu cenu istog proizvoda na svetskom tržištu. Telo za rešavanje sporova STO je utvrdilo da ovakva argentinska praksa predstavlja kršenje obaveza iz člana II:1(b) GATT-a jer “ubiranje minimalne specifične carine za proizvode čija je transakciona vrednost niža od prosečne cene istog proizvoda na svetskom tržištu praktično znači primenu ekvivalentne *ad valorem* carinske stope koja je viša od 35%”.²⁹

Utvrđivanje porekla robe

Poslednji korak u utvrđivanju iznosa carinskog duga je primena carinske stope na utvrđenu vrednost robe. Tradicionalno, razlikujemo nepreferencijalno poreklo robe i preferencijalno poreklo robe. Preferencijalno poreklo robe daje određene carinske povlastice na uvoz robe iz zemalja kojima je odobren preferencijalan tretman, pod uslovom da ispunjava unapred propisane kriterijume. Pravila nepreferencijalnog porekla robe, s druge strane, smatraju se opštim pravilima u međunarodnoj trgovini i primenjuju se u svim drugim slučajevima.³⁰

²⁸ Spor WT/DS/56 dostupan na: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds56_e.htm.

²⁹ Izveštaj Apelacionog tela u sporu WT/DS/56, paragraf 51.

³⁰ M. Fabio, *op. cit.*, 3-2.

Za razliku od pravila o svrstavanju robe i određivanju carinske vrednosti, STO sporazumi i praksa Tela za rešavanje sporova nisu značajno doprineli unifikaciji pravila o određivanju porekla robe.³¹ Isto se može reći i za Kjoto konvenciju o uprošćavanju i usklađivanju carinskih postupaka.³² Sam GATT 1947 čak ne sadrži nikakva posebna pravila u vezi sa određivanjem porekla robe. Međutim, kako se međunarodna trgovina razvijala, i problem određivanja porekla robe je počeo da dobija na značaju. Na to je naročito uticalo povećanje broja trgovinskih sporazuma kojima se uspostavljaju preferencijalni režimi za robu određenog porekla, sve veća primena režima kvota, kao i razvoj regulative u oblasti antidampinških mera, što je uvoznike navodilo na pokušaj zaobilazjenja ovih pravila putem manipulisanja poreklom robe. Svi ovi faktori imali su za posledicu da tokom Urugvajске runde u sistem sporazuma STO bude uvršćen i Sporazum o pravilima o poreklu robe.

Najznačajnijom prednošću Sporazuma o pravilima o poreklu robe smatra se harmonizacija pravila o nepreferencijalnom poreklu. Član 2 Sporazuma između ostalog predviđa da se pravila o poreklu robe neće koristiti za direktno ili indirektno postizanje određenih ciljeva trgovinske politike, kao i da se njima neće ograničavati ili remetiti međunarodna trgovina. Potpisnice Sporazuma su se obavezale da će propisi o poreklu robe formulirati tako da se poreklo određuje na osnovu okolnosti koje se tiču proizvodnje ili obrade robe, da pravila za određivanje porekla robe u međunarodnoj trgovini neće biti strožija od pravila za utvrđivanje da li se radi o domaćoj robi za potrebe unutrašnje trgovine, kao i da prilikom formulisanja pravila o poreklu robe neće praviti diskriminaciju među ostalim potpisnicama Sporazuma. Takođe, Sporazum predviđa i publicitet regulisanja porekla robe tako što utvrđuje da će se propisi, sudske odluke i upravni akti o poreklu robe objavljivati na način propisan članom H:1 GATT-a.³³

Telo za rešavanje sporova STO je nekoliko puta imalo priliku da ocenjuje saglasnost mera svojih članica sa pravilima Sporazuma o pravilima o poreklu robe. Do sada rešeni slučajevi su se odnosili na pravila u vezi sa određivanjem porekla vrsta robe čiji se sastavni delovi, zbog ekonomskih povoljnosti koje je pri-

³¹ Vid.: Wim Keizer, "Negotiations on Harmonized Non-Preferential Rules of Origin – A Useless Task From a Trade Policy Perspective?", *Journal of World Trade* 31/1997, str. 145; R. Bhala, *op. cit.*, str. 484.

³² Mitsuo Matshusita, Thomas Schoenbaum, Petros Mavroidis, *The World Trade Organization – Law, Practice and Policy*, Oxford University Press 2006, str. 266.

³³ Više o značaju ispravnog utvrđivanja porekla robe u sistemu STO vid.: R. Bhala, *op. cit.*, str. 483-490.

zvodačima donela globalizacija, nužno proizvode u različitim zemljama, kao što su odevni predmeti³⁴ i automobili³⁵. Trenutno je u toku još nekoliko postupaka.³⁶

ZABRANA NECARINSKIH MERA ZAŠTITE

Pod necarinskim ograničenjima slobode trgovine podrazumevaju se sve mere, politike i prakse, izuzev carina, bez obzira da li ih preduzima država ili neko nedržavno telo kome je povereno vršenje javnih funkcija, koje se primenjuju na određenu vrstu robe koja se želi uvesti (ili izvesti) a koje za posledicu imaju ograničavanje, otežavanje ili potpuno onemogućavanje uvoza (izvoza) te vrste robe, i to pre svega radi zaštite domaćih interesa.³⁷ Upravo su restriktivna priroda necarinskih ograničenja i okolnost da ih države samostalno uvode uslovile razli-

³⁴ Slučaj WT/DS/243, gde je spor pokrenut protiv Sjedinjenih Američkih Država, koje su promenile svoja pravila o određivanju porekla tekstilnih proizvoda tako što su poreklo ove vrste proizvoda određivale prema državi u kojoj je napravljen tekstil a ne prema državi u kojoj je taj tekstil doručivan i uobličavan u finalni proizvod. Posledično, SAD su u primeni svojih carinskih propisa tumačile da je poreklo mnogih tekstilnih proizvoda evropskih proizvođača zapravo iz vanevropskih država iz kojih evropski proizvođači nabavljaju tkaninu, pa su tako ovi proizvodi za potrebe uvoza u SAD potpadali pod režim kvota koje SAD imaju sa datim vanevropskim zemljama. EU i SAD su uspele da pregovorima pomire razlike u međusobnim stavovima, ali su druge države koje su se uz EU pojavile kao tužioci, nastavile postupak pred Telom za rešavanje sporova STO. Međutim, Indija koja je i pokrenula postupak, nije uspevala da dokaže da su SAD povredile član 2 Sporazuma o pravilima o poreklu robe. Videti: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds243_e.htm.

³⁵ Slučaj WT/DS/342, gde je spor pokrenut protiv Kine koja je uvela propise kojima automobile podvrgava različitim carinskim stopama u zavisnosti od toga da li su u njih ugrađeni delovi proizvedeni u Kini ili ne. Telo za rešavanje sporova STO je, između ostalog, oglasilo Kinu odgovornom za kršenje Sporazuma o pravilima o poreklu robe, pa je Kina izvršavajući odluku STO ukinula sporne propise. Videti: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds342_e.htm.

³⁶ To su slučajevi WT/DS/384 (materijal dostupan na adresi: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds384_e.htm) i WT/DS/386 (materijal dostupan na adresi: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds386_e.htm). Oba spora su pokrenuta protiv Sjedinjenih Američkih Država a od Tela za rešavanje sporova se, između ostalog, traži da utvrdi da li su pojedini američki propisi o utvrđivanju porekla nekih vrsta prehrambenih proizvoda saglasni članu 2 STO Sporazuma o pravilima o poreklu robe.

³⁷ U istom smislu UNCTAD grupa eksperata je, u saradnji sa STO, 2009. godine definisala necarinske barijere kao: "sve mere trgovinske politike, izuzev carina, koje potencijalno mogu da imaju ekonomski efekat na međunarodnu trgovinu robom, kako u pogledu obima razmene, tako i u pogledu cene robe." Vid.: United Nations Conference on Trade and Development, *Non-Tariff Measures: Evidence from Selected Developing Countries and Future Research Agenda*, UNCTAD/DITC/TAB/2009/3, United Nations 2010, Part III, 99, dostupno na: unctad.org/en/Docs/ditctab20093_en.pdf. O različitim definicijama necarinskih barijera vid.: Predrag Bjelić, *Necarinske barijere u međunarodnoj trgovini*, *Prometej*, Beograd 2004, str. 23–28.

ku u metodskom pristupu država potpisnica GATT-a prema necarinskim ograničenjima u odnosu na carine. Dok je ideja GATT-a bila da postepeno *smanji* carine na globalnom nivou, protekcionistički i izolacionistički kapacitet necarinskih mera zaštite uslovio je potrebu za njihovim načelnim *ukidanjem*, osim u naročito propisanim slučajevima.³⁸

Opštim pitanjima eliminacije necarinskih mera zaštite domaće proizvodnje GATT je posvetio nekoliko članova. Najpre se u članu VII države potpisnice pozivaju da ograniče sve dažbine koje naplaćuju na uvoz ili izvoz ili prilikom uvoza ili izvoza na približno koštanje pruženih usluga. Takve dažbine, shodno istom članu, ne bi trebalo da predstavljaju indirektnu zaštitu domaćih proizvoda niti oporezivanje uvoza ili izvoza. Takođe, države potpisnice se pozivaju da maksimalno pojednostave sve carinske formalnosti, kako u pogledu broja i obuhvata mera koje se primenjuju prema robi prilikom prelaska granice, tako i u pogledu načina odvijanja onih mera koje ne mogu da budu ukinute. Dalje, član XI GATT predviđa opštu zabranu kvantitativnih ograničenja, uz precizno definisan spisak dozvoljenih izuzetaka.³⁹ U slučajevima kada država potpisnica ima pravo da uvede kvantitativna ograničenja, ta ograničenja moraju da se primenjuju uz poštovanje načela nediskriminacije (član XIII), osim u izuzetnim slučajevima kada je od ovog principa dozvoljeno odstupiti, shodno članu XIV.

S obzirom na izrazitu raznolikost pojava oblika necarinskih prepreka slobodi trgovine, činjeni su različiti pokušaji da se ove mere klasifikuju.⁴⁰ Iz razlo-

³⁸ J. Jackson, *op. cit.*, str. 139.

³⁹ Vid. član XI, stav 2. GATT; član XII GATT; članovi XIX–XXI GATT.

⁴⁰ Profesor Džekson razlikuje četiri vrste necarinskih prepreka međunarodnoj trgovini: kvote, subvencije, trgovinu preko državnih preduzeća i carinske procedure (J. N. Jackson, *op. cit.*, str. 139). Uzdržavajući se da klasifikuje necarinske prepreke, profesor Bala u ovom kontekstu govori samo o kvantitativnim ograničenjima (R. Bhalu, *op. cit.*, str. 342-344). Profesor van den Boš necarinske prepreke međunarodnoj trgovini posmatra u dihotomiji kvantitativna ograničenja - sve ostale prepreke (Peter van den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Cambridge University Press, Cambridge 2011², 446), dok profesor Bjelić razlikuje tri vrste necarinskih prepreka: tradicionalne, tehničke i administrativne (proceduralne) (P. Bjelić, *op. cit.*, str. 36). Na međunarodnom nivou svakako najvažnija klasifikacija necarinskih prepreka međunarodnoj trgovini do skoro je bila ona koju je pripremio UNCTAD (UNCTAD Coding System of Trade Control Measures, dostupna na: http://r0.unctad.org/trains_new/tcm_link.shtm), a koja je sve necarinske mere zaštite razvrstavala u šest osnovnih kategorija: (a) mere kontrole cena, (b) finansijske mere, (c) automatske dozvole, (d) mere kontrole količine, (e) monopolističke mere i (f) tehničke mere, koje je zatim dalje raščlanjivala na veći broj sub-kategorija. Ova klasifikacija je pretrpela značajne izmene 2009. godine, kao rezultat rada eksperata iz velikog broja zemalja a pod okriljem svih relevantnih međunarodnih organizacija. Tako nova "Multi-Agency" klasifikacija necarinskih mera sadrži 16 osnovnih kategorija u koje su ove mere razvrstane, pri čemu svaka kategorija ima i više sub-kategorija. Osnovne kategorije su: (a) sanitarne i fitosanitarne mere, (b) tehničke prepreke trgovini,

ga preglednosti, opredelili smo se da u ovom radu pratimo tipologiju nekarinskih mera zaštite koju usvaja Evropska unija, pa ćemo stoga ove mere grupisati u tri kategorije: dažbine koje imaju isto dejstvo kao carine, kvantitativna ograničenja i mere koje imaju isto dejstvo kao kvantitativna ograničenja.

Dažbine koje imaju isto dejstvo kao carine

Pod dažbinama koje imaju isto dejstvo kao carine podrazumevaju se sve novčane dažbine, bez obzira na visinu, naziv i način primene, koje formalno ne predstavljaju carinu a jednostrano su nametnute i pogađaju domaću ili stranu robu usled njenog prelaska preko granice, izuzev ako se takve dažbine primenjuju i na slične domaće proizvode.⁴¹ Za kvalifikovanje neke dažbine kao dažbine koja ima isto dejstvo kao carina nije od značaja da li tu dažbinu ubira država, da li dažbina ima diskriminatorno ili protekcionističko dejstvo, niti da li utiče na konkurentnost proizvoda u odnosu na koji je nametnuta. Dakle, da bi se neka dažbina smatrala dažbinom sa istim dejstvom kao carina, potrebno je i dovoljno da predstavlja novčano davanje koje se ubira usled prelaska robe preko granice a ne predstavlja naknadu za efektivno izvršenu fakultativnu uslugu i ne primenjuje se na slične domaće proizvode.⁴²

Za razliku od Evropske unije u kojoj su carine među državama članicama ukinute a prema trećim državama jedinstveno uređene, STO ne teži potpunom ukidanju, već samo harmonizaciji pravila i postepenom smanjivanju carina među državama članicama. Međutim, i države članice STO su pokušavale da uvođenjem mera koje bi se mogle kvalifikovati kao dažbine koje imaju isto dejstvo kao carine izbegnu primenu unifikovanih pravila carinskog prava. Među te dažbine u prvom redu spadaju rashodi za brojne i često nepotrebne carinske formalnosti. Drugo polje koje je potencijalno plodno za ubiranje naknada koje imaju isto dejstvo kao carine jesu, kao što pokazuju iskustva Evropske unije, razne mere kon-

(c) kontrola robe pre isporuke i druge formalnosti, (d) mere kontrole cena, (e) dozvole, kvote, zabrane i druge mere kontrole količine, (f) dažbine, porezi i druge para-carinske mere, (g) finansijske mere, (h) mere kojima se narušava sloboda konkurencije, (i) investicione mere vezane za trgovinu, (j) ograničenja distribucije, (k) ograničenja post-prodajnih usluga, (l) subvencije, (m) ograničenja javnih nabavki, (n) mere u vezi sa pravima intelektualne svojine, (o) pravila o poreklu robe i (p) mere u vezi sa izvozom.

⁴¹ Više o pojmu i značaju dažbina istog dejstva kao carine u pravu EU vid.: Radovan Vukadinović, "Pojam i značaj dažbina istog dejstva kao carine u pravu Evropske unije," *Pravo i privreda* 5–8/2006, 589–601.

⁴² *Ibid.*

trole kojoj se roba podvrgava za potrebe prekograničnog prometa.⁴³ Zbog toga GATT u članu VIII predviđa obavezu država potpisnica da svedu sve necarinske dažbine na visinu približnog koštanja pruženih usluga, kao i da svedu na minimum obuhvat i složenost uvoznih i izvoznih formalnosti, uključujući i zahteve u pogledu izvoznih i uvoznih dokumenata. Iz istog razloga, u okviru STO donet je i niz posebnih sporazuma kojima se na jedinstven način regulišu pravila spoljnotrgovinskog poslovanja između država članica i obezbeđuje eliminacija prikrivene restrikcije slobode trgovine i diskriminacije između država članica, uz puno poštovanje osnovnih načela GATT-a.⁴⁴

Kvantitativna ograničenja

Kvantitativna ograničenja predstavljaju mere kojima se delimično ili potpuno ograničava količina proizvoda koja može da bude predmet uvoza, izvoza ili tranzita kroz neku neku državu.⁴⁵ Najčešći pojavnici oblici kvantitativnih ograničenja su apsolutne ili uslovne zabrane uvoza ili izvoza, uvozne ili izvozne kvote (unapred određene količine određenog proizvoda koje u određenom vremenskom periodu mogu da budu uvezene ili izvezene) ili razne vrste uvoznih ili izvoznih dozvola.⁴⁶ U svakom slučaju, za kvalifikaciju neke mere kao kvantitativnog ograničenja nije bitna pravna forma ispoljavanja mere već njeno dejstvo na međunarodnu trgovinu.⁴⁷

Borba protiv kvantitativnih ograničenja postavljena je kao jedan od prioritarnih ciljeva međunarodnog ujedinjavanja pravila o trgovini robom još na sa-

⁴³ Pozivajući se na jednu studiju Komisije Ujedinjenih nacija za trgovinu i razvoj (UNCTAD) iz 2001. godine, profesor van den Boš navodi da u jednoj prosečnoj carinskoj transakciji učestvuje 20 do 30 lica, neophodno je priložiti oko 40 dokumenata i potrebno je dati oko 200 podataka, od kojih se barem trideset nekoliko puta ponavljaju. Vid. P. van den Bossche, *op. cit.*, str. 471.

⁴⁴ Vid. Sporazum o primeni sanitarnih i fitosanitarnih mera, Sporazum o tehničkim preprekama trgovini, Sporazum o kontroli robe pre isporuke, Sporazum o postupcima izdavanja uvoznih dozvola i drugi sporazumi doneti pod okriljem GATT-a, odnosno STO, dostupni na: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm.

⁴⁵ U istom smislu vid.: P. van den Bossche, *op. cit.*, str. 444; Radovan Vukadinović, *Uvod u institucije i pravo Evropske unije*, Udruženje za Evropsko pravo – Centar za pravo EU, Kragujevac 2012, str. 206; Aleksandar Čirić, "Administrativna ograničenja u spoljnotrgovinskom prometu i nove mere Jugoslavije u ovoj oblasti," *Pravo i privreda* 5-8/1999, str. 769. Član 18. srpskog Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju definiše kvantitativna ograničenja kao "najveći ukupan obim pojedine robe određen po vrednosti ili količini koji može da se izveze ili uveze u propisanom roku.

⁴⁶ P. van den Bossche, *op. cit.*, str. 444.

⁴⁷ Hans van Houtte, *The Law of International Trade*, Sweet & Maxwell, London 1995, str. 72.

stancima koji su prethodili zaključenju GATT-a.⁴⁸ Razlozi za izrazito negativan stav prema kvantitativnim ograničenjima su ekonomske prirode.⁴⁹

Zabrana uvođenja kvantitativnih ograničenja u pravu STO postavljena je na prilično širok način, iako nije bezuslovna.⁵⁰ Član XI:1 GATT-a, pod rubrikom "Opšte ukidanje kvantitativnih ograničenja", propisuje da "[n]i jedna strana ugovornica neće ustanovljavati niti zadržavati, pri uvozu proizvoda poreklom sa teritorije bilo koje druge strane ugovornice i pri izvozu ili prodaji za izvoz na teritoriju druge strane ugovornice, nikakve druge zabrane ili ograničenja osim carina, poreza ili drugih dažbina, i to na ma koji način se sprovodile te zabrane i ograničenja: putem kvota, uvoznih ili izvoznih dozvola ili ma kojim drugim postupkom".⁵¹

Telo za rešavanje sporova Svetske trgovinske organizacije imalo je priliku da se odredi o opravdanosti uvođenja kvantitativnih ograničenja radi zaštite zdravlja i života ljudi u slučaju *EC-Asbestos*,⁵² kada je Kanada pokrenula postupak za ocenu usklađenosti francuskog Dekreta br. 96-1133 kojim se zabranjuje uvoz i ograničava upotreba azbestnih vlakana i proizvoda koji ih sadrže, kako bi se zaštitilo zdravlje radnika koji grade ili proizvode i lica koja koriste objekte ili proizvode u koje bi trebalo da se ugrađuju azbestna vlakna. Telo za rešavanje sporova je utvrdilo da je Francuska prekršila član III:4 GATT-a (čime je praktično isključena potreba ispitivanja saglasnosti njenog ponašanja sa članom XI) jer je u praksi preterano

⁴⁸ Na Pripremnoj konferenciji održanoj u Londonu 1946. godine, delegacija Sjedinjenih Američkih Država je navela da su kvantitativna ograničenja "najgori oblik ograničenja međunarodne trgovine". Citirano prema: R. Bhala, *op. cit.*, str. 344.

⁴⁹ Kao najveće mane kvantitativnih ograničenja ističu se njihova nefleksibilnost u pogledu sposobnosti zaštite domaće proizvodnje, komplikovanost i česta netransparentnost u postupku oblikovanja i usvajanja pravnog režima ove mere zaštite, kao i njihov korupcioni potencijal, pri čemu su troškovi njihovog uklanjanja teško predvidljivi i visoki. Vid. u tom smislu: R. Bhala, *op. cit.*, str. 345–350; P. van den Bossche, *op. cit.*, str. 445–446. U istom smislu za druge necarinske mere zaštite vid.: R. Baldwin, C. Wyplosz, *op. cit.*, str. 156–159; Radomir Đurović, Aleksandar Ćirić, *Međunarodno trgovinsko pravo – opšti deo*, Pravni fakultet Niš – Centar za publikacije, Niš 2005, str. 207; A. Ćirić *op. cit.*, (1999), str. 776–777.

⁵⁰ Vid. član XI, stav 2. GATT; član XII GATT; članovi XIX - XXI GATT. Vid.: R. Đurović, A. Ćirić, *op. cit.*, str. 208–209.

⁵¹ I srpski Zakon o spoljnotrgovinskom poslovanju u članu 8 predviđa načelnu zabranu kvantitativnih ograničenja: "U spoljnotrgovinskom prometu robom ne mogu se uvoditi nova niti zadržati postojeća kvantitativna ograničenja, osim onih koja su propisana ovim zakonom". Do donošenja Zakona o spoljnotrgovinskom poslovanju iz 2001. godine (*Službeni list Savezne Republike Jugoslavije* br. 23/2001), necarinske mere zaštite domaće privrede bile su izuzetno izražena mera trgovinske politike na ovim prostorima. Više o tome vid.: P. Bjelić, *op. cit.*, str. 223–243.

⁵² DS/135, *European Communities – Measures affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, dostupno na: http://www.wto.org/English/Tratop_E/dispu_e/cases_e/ds135_e.htm.

širila pojam proizvoda koji sadrže azbestna vlakna, ali je isto tako u odluci navelo da, ukoliko bi se primenjivao bez diskriminacije u odnosu na poreklo proizvoda, sporni dekret bi predstavljao opravdanu meru saglasnu pravilima GATT-a.⁵³

Takođe, od Telo za rešavanje sporova se nekoliko puta tražilo da zauzme stav po pitanju dozvoljenosti uvoznih dozvola kao oblika kvantitativnog ograničenja uvoza. Baveći se ovim pitanjem, Telo za rešavanje sporova je kao opredeljujuću okolnost odredilo način dodeljivanja uvozne dozvole, praveći razliku između automatskih uvoznih dozvola, kod kojih je potreban formalan zahtev uvoznika za izdavanje dozvole, ali se dozvola izdaje u svim slučajevima i neautomatskih uvoznih dozvola, kod kojih organ nadležan za izdavanje dozvola ima diskreciono ovlašćenje da odluči da li će dozvolu izdati ili ne, pa se tako dozvola ne dodeljuje u svim slučajevima. Telo za rešavanje sporova je procenilo da automatske dozvole ne predstavljaju kvantitativno ograničenje i oglasilo ih je saglasnim sa GATT-om,⁵⁴ dok je neautomatske dozvole označilo kao nedozvoljene oblike kvantitativnih ograničenja prekograničnog prometa robe.⁵⁵

Izvesne dileme se javljaju u pogledu statusa tzv. carinskih kvota. Pod carinskim kvotama podrazumeva se takav režim uvoza robe koji za određenu količinu proizvoda predviđa nisku, ili čak nultu, carinsku tarifu, dok se za uvoz robe preko predviđene preferencijalne količine plaća znatno viša carina.⁵⁶ Treba primetiti da carinske kvote ne ograničavaju niti onemogućavaju, već samo otežavaju prekogranični promet robe, tako što značajno poskupljuju uvoz robe čija količina prevazilazi onu za koju je predviđena povlašćena carinska tarifa. Zato se carinske kvote ne mogu smatrati kvantitativnim ograničenjima u strogom smislu reči.⁵⁷ Međutim, Telo za rešavanje sporova Svetske trgovinske organizacije je ipak utvrdilo da carinske kvote predstavljaju nedozvoljene mere zaštite. Status ovih kvota bio je jedno od spornih pitanja u postupku koji je poveljen protiv Evropske zajednice zbog diferencijalnog režima uvoza banana, koji je predviđao primenu različitih carinskih tarifa u zavisnosti od porekla banana i njihove količine.⁵⁸ Telo za

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ BISD 25S/68, *EEC – Minimum Import Prices*, dostupno na: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/76minimp.pdf.

⁵⁵ DS/90, *India – Quantitative Restrictions*, dostupno na: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds90_e.htm.

⁵⁶ R. Bhala, *op. cit.*, str. 343.

⁵⁷ P. van den Bossche, *op. cit.*, str. 446.

⁵⁸ DS/27, *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (EC – Bananas III)*, dostupno na: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds27_e.htm. Inače, treba primetiti da su pred panelima GATT-a pre 1994. godine i sporazuma iz Marakeša vođena dva postupka protiv Evropske zajednice zbog spornog režima uvoza banana, ali

rešavanje sporova je našlo da su carinske kvote nesaglasne pravilima GATT-a jer, između ostalog, krše član XIII i obavezu nediskriminatornog uvođenja kvantitativnih ograničenja.

Mere koje imaju isto dejstvo kao kvantitativna ograničenja

Pod merama koje imaju isto dejstvo kao kvantitativna ograničenja treba razumeti svaki trgovinski propis koji, direktno ili posredno, stvarno ili potencijalno, može da stvori prepreku trgovini.⁵⁹

Formulacija člana XI:1 GATT-a u kome se govori samo o zabrani ili ograničenju uvoza i izvoza robe navela je neke autore da zaključe da je pojam mera koje imaju isto dejstvo kao kvantitativna ograničenja jedinstven za pravo Evropske unije i da nema svoj direktan ekvivalent u pravu Svetske trgovinske organizacije.⁶⁰ Premda se slažemo da direktnog ekvivalenta *stricto sensu* zaista nema, smatramo da se poslednji deo člana XI:1 GATT-a u kome se, pored kvota i dozvola zabranjuju i *ma koji drugi* postupci zabrane, ciljnim tumačenjem može upodobiti merama koje imaju isto dejstvo kao kvantitativna ograničenja, u smislu koji ovom pojmu daje pravo Evropske unije. To, uostalom, potvrđuje i praksa Tela za rešavanje sporova Svetske trgovinske organizacije, koje je do sada imalo brojne prilike da se odredi po pitanju dozvoljenosti mera koje, strogo tumačeći, nemaju za cilj zabranu ili ograničenje uvoza, ali u praksi dovode upravo do takvog rezultata.

U tom smislu može se navesti slučaj *US – Shrimp*,⁶¹ u kome se Sjedinjenim Američkim Državama stavljalo na teret da su prekršile odredbe GATT-a propisivanjem da u Americu ne mogu da budu uvezeni račići koji nisu ulovljeni na brodovima sertifikovanim od nadležne američke institucije. Američki argument je bio da je opravdanje za uvođenje ove mere bila zaštita životne sredine, jer se sertifikat izdavao brodovima koji su opremljeni uređajem za rasterivanje morskih kornjača, kako bi se sprečio njihov kolateralni pomor tokom lova na račiće. Nabavka i instalacija propisanog uređaja je predstavljala značajan izdatak za ribolovce, pa

su se oba završila bez usvajanja odluke, jer su pravila rešavanja sporova između država potpisnica GATT-a pre 1994. godine podrazumevala jednoglasnost, koju Evropska zajednica očigledno nije bila zainteresovana da obezbedi.

⁵⁹ Na ovaj način je pojam mera koje imaju isto dejstvo kao kvantitativna ograničenja definisao Evropski sud pravde u slučaju C-8/74, *Procureur du Roi v. Dassonville* [1974] ECR 837.

⁶⁰ Laurence W. Gormley, *EU Law of Free Movement of Goods and Customs Union*, Oxford University Press, Oxford 2009, str. 396.

⁶¹ DS/58, *US – Import prohibition on certain shrimp and shrimp products*, dostupno na: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/58abr.pdf.

se tako stupanjem na snagu spornog propisa krug potencijalnih izvoznika račića u Ameriku smanjio. Telo za rešavanje sporova je izbeglo da se odredi po pitanju dopuštenosti zahteva da račići koji se uvoze u Ameriku mogu da budu ulovljeni samo na brodovima koji imaju odgovarajući uređaj kojim se štite morske kornjače, već je Sjedinjene Države oglasilo odgovornim za kršenje člana HH GATT-a koji, između ostalog, zabranjuje da se mere zaštite života i zdravlja ljudi, životinja i biljaka primenjuju na diskriminatoran način.⁶²

U slučaju *Japan – Semi-conductors*,⁶³ Telo za rešavanje sporova je našlo da čak i dispozitivni japanski propisi kojima se zabranjuje prodaja računarskih čipova po sniženoj ceni krše član XI GATT-a i predstavljaju kvantitativno ograničenje.

Zanimljiv je i slučaj mera koje imaju isto dejstvo kao kvantitativna ograničenja izvoza koji je raspravljan u sporu *Argentina – Hides and Leather*.⁶⁴ Argentina je donela propis kojim se u komisije za proveru kvaliteta štavljene kože prilikom njenog izvoznog carinjenja pored naldežnih vladinih inspektora uključuju i ovlašćeni predstavnici prerađivača – štavilaca kože. Na prvi pogled, za ovaj propis bi se teško moglo zaključiti da predstavlja kvantitativno ograničenje. Naprotiv, uključivanjem predstavnika prerađivača u postupak kontrole kvaliteta robe prilikom izvoza daje se simbolična sigurnost prerađivačima da njihovoj robi neće biti onemogućen izvoz zbog birkokratskih razloga. Međutim, problem se javio na nivou primene ovog propisa. Naime, ovlašćenih predstavnika je bilo suviše malo da bi mogli da kontrolišu ukupnu količinu izvozne kože jednakom dinamikom kao što je to činjeno dok su robu kontrolisali samo državni inspektori. Upravo ta praktična nemogućnost uzrokovala je da u svojoj primeni sporni propis predstavlja meru kojom se ograničava količina štavljene kože koja se izvozi iz Argentine.

ZAKLJUČAK

Jednoobraznost carinskih propisa i propisa o otklanjanju necarinskih mera zaštite predstavlja jedan od osnovnih preduslova liberalizacije i razvoja međunarodne trgovine. Svetska trgovinska organizacija je zato, sasvim očekivano, dala veliki doprinos ujednačavanju pravila u ovoj oblasti. Međutim, ujednačavanje tek-

⁶² Više o odnosu slobodne trgovine i zaštite životne sredine u pravu STO vid.: Katarina Jovičić, "Slobodna trgovina i zaštita životne sredine: (ne)rešivi sukob?", Aleksandra Čavoški, Ana Knežević-Bojović (ur.), *Ekologija i pravo*, Institut za uporedno pravo, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Beograd 2012, 102–118.

⁶³ L/6309 – 35S/116, *Japan – Trade in Semiconductors*, dostupno na: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/87semicdr.pdf.

⁶⁴ DS/155, *Argentina – Measures affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather*, dostupno na: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds155_e.htm.

stova propisa samo po sebi nije dovoljno za uklanjanje prepreka međunarodnoj trgovini, već je za postizanje unifikacije od suštinske važnosti i njihova jednobrazna primena. Analiza prakse Telo za rešavanje sporova Svetske trgovinske organizacije omogućava izvođenje najmanje dva važna zaključka. Prvo, sa koliko god pažnje da su pripremani, propisi koji se tiču slobode prekograničnog prometa robe nikad nisu toliko precizno formulisani da ne ostavljaju nikakve dileme i mogućnosti za različito tumačenje u praksi. Drugo, kao što naročito slikovito pokazuju slučajevi iz prakse GATT-a, odnosno STO, države članice ponekad, za rad postizanja određenih trgovinskih ciljeva suprotnih duhu i ideji carinske harmonizacije, pribegavaju "kreativnom" tumačenju carinskih propisa čime iskrivljuju njihov cilj i svrhu. Delatnost međunarodnih adjudikatornih organa, kao što je Telo za rešavanje sporova STO time dobija presudni značaj za efikasno sprečavanje "odmetništva" od principa liberalizacije međunarodne trgovine.

Imajući u vidu težnju Srbije da postane članica STO i EU, kao i činjenicu da podsticanje spoljne trgovine zauzima važno mesto u trenutno važećoj Nacionalnoj strategiji privrednog razvoja Republike Srbije (za period 2006-2012),⁶⁵ praksa Telo za rešavanje sporova STO, iako (još uvek) nije formalno obavezujuća za našu zemlju, svakako predstavlja značajan i koristan putokaz u primeni domaćih propisa čiju će vrednost srpski sudovi, nadamo se, znati da prepoznaju i uvažavaju.

MILENA ĐORĐEVIĆ, LL.M. (U. Pittsburgh)
Assistant Professor, Faculty of Law University of Belgrade
MARKO JOVANOVIĆ, LL.M.,
Lecturer, Faculty of Law University of Belgrade

UNIFICATION OF INTERNATIONAL TRADE LAW
UNDER THE AUSPICES OF WTO
– A Path Towards Trade Liberalization –

Summary

In order to create sustainable international trade cooperation and free movement of goods on single market, it is not only necessary to eliminate or at least reduce the customs duties, but also

⁶⁵ Dostupno na: http://www.srbija.gov.rs/extfile/sr/62206/strategija_privrednog_razvoja163a_cyr.zip, 28. avgust 2012.

to harmonize the customs rules and to eliminate non-tariff barriers to trade. This paper contains the analysis of rules adopted within the World Trade Organization regarding classification, valuation and determination of origin of goods, as well as the elimination of charges having equivalent effect to customs, quantitative restrictions and measures having equivalent effect to quantitative restrictions. Additionally, the paper puts a special emphasis on the jurisprudence of the WTO Dispute Settlement Body in this field. The analyses presented in this paper are of particular importance for the Republic of Serbia which, in order to accede to the European Union, must first become a member of the WTO and harmonize its legislation with these two respective integrations. Furthermore, compliance with WTO rules is required by many international agreements Serbia is a party to.

FAZE U RJEŠAVANJU SPOROVA U OKVIRU SVJETSKJE TRGOVINSKE ORGANIZACIJE

U V O D

Jedna od osnovnih funkcija Svjetske trgovinske organizacije jeste upravljanje sistemom rješavanja sporova u okviru STO.¹ Bez uspostavljenog sistema rješavanja sporova i efikasnosti sporovođenja tako donijetih odluka, sva pravila multilateralnih sporazuma na kojima počiva multilateralni trgovinski sistem u okviru STO ne bi imao praktičnu vrijednost. Iz ovih razloga, upravo se sistem rješavanja sporova smatra jednim od kamena temeljaca Svjetske trgovinske organizacije. Pravila i postupak rješavanja sporova sadržana su u Aneksu 2 uz Sporazum o osnivanju STO. Ova pravila o postupku se primjenjuju na sporove iz svih multilateralnih trgovinskih sporazuma koji su u vidu aneksa pridruženi Sporazumu o osnivanju STO.

Sporove koji, po pravilu, nastaju na dvostranoj osnovi između država kao subjekata MTO, STO rješava na multilateralnom nivou. U funkciji realizacije tog cilja nalazi se sistem čijom primjenom je do sada riješeno više stotina spornih trgovinskih odnosa između brojnih država u svijetu, po pravilu privredno najrazvijenijih. Dakle, riječ je o sporovima u kojima se u ulozi stranaka pojavljuju suverene države

Mr Aleksandar Popović, advokat u Banjoj Luci.

¹ Predrag N. Cvetković, *Uvod u pravo Svjetske trgovinske organizacije*, Niš 2010. godine, str. 12.

povodom spornih pravnih pitanja koja mogu nastati usled povrede obaveza u vezi sa sporazumima koji čine "pravo" Svjetske trgovinske organizacije.²

Rješavanje sporova se zasniva na jasno određenim pravilima, a konačni cilj se ne iscrpljuje prostim donošenjem odluke u formalno-pravnom smislu, već se teži suštinskom uklanjanju konflikata. Zbog toga STO nastoji da se nastali sukobi u odnosima njenih članica, kada je to moguće, rješavaju i "vansudskim metodama", mirnim putem i na prijateljski način, bez angažovanja panela, ekspertskih grupa i arbitražnih vijeća.³

SISTEM RJEŠAVANJA SPOROVA

Sistem rješavanja sporova STO-a zasniva se na sistemu rješavanja sporova GATT-a (Opšteg sporazuma o carinama i trgovini). Ovaj drugi sistem se razvio između kasnih 40-tih i ranih 90-tih godina iz sistema koji je, prije svega, bio sistem rješavanja sporova zasnovan na moći, i koji se odvijao u vidu diplomatskih pregovora, u sistem rješavanja sporova zasnovan na pravilima, kroz presudu.⁴ GATT je u osnovi izbjegavao i samu upotrebu termina "spor". Njegov osnovni mehanizam regulisanja nesporazuma na svjetskoj ekonomskoj areni bile su konsultacije diplomatskog karaktera i politički pregovori. U literaturi se naglašava da način rješavanja sporova prema mehaniizmima GATT-a 1947. izlazi iz okvira međunarodnog trgovinskog prava (*International trade law*), kao i da ima isključivo javno-pravni karakter. Npr. izvoznik kao privatno-pravno lice, suočava se sa diskriminacionim karakterom zakonske regulative ili administrativne prakse određene države u koju izvozi svoju robu i usluge, ili obavlja druge vrste privredne djelatnosti. Ove jednostrane mjere koje preduzimaju države-članice STO usled kojih i nastaju sporovi predstavljaju povredu međunarodnog prava, pod uslovom da se to dokaže u postupku njihovog rješavanja.⁵

Sistem rješavanja sporova STO-a je u zvaničnoj primjeni od januara 1995. godine i već su postignuti zavidni rezultati, u pogledu broja i predmeta riješenih sporova. Razvijene zemlje i zemlje u razvoju, kao članice STO-a, često su koristile ovaj sistem u rješavanju trgovinskih sporova, koji obuhvataju širok spektar pitanja

² Aleksandar Lj. Ćirić, *Međunarodno trgovinsko pravo – Opšti deo*, Niš 2010, str. 543.

³ Aleksandar Lj. Ćirić, *Međunarodno trgovinsko pravo – Opšti deo*, Niš 2010, str. 544.

⁴ Poblje o tome vidjeti: Van den Bossche, Peter, *The Law and Policy of the World Trade Organisation, Text, Cases and Materials*, Maastricht University, Cambridge University Press, 2005, str. 299-304.

⁵ Poblje o tome vidjeti. Aleksandar Lj. Ćirić, *Međunarodno trgovinsko pravo – Opšti deo*, Niš 2010, str. 544.

iz oblasti prava STO-a. Sporovi STO-a se rješavaju u okviru Organa za rješavanje sporova – *Dispute Settlement Body - DSB*) i dvije nezavisne pseudo pravosudne institucije, panela, ili vijeća za rješavanje sporova i Apelacionog tijela. Organ za rješavanje sporova – DSB, sastavljen od svih članica STO-a, sprovodi sistem rješavanja sporova. On je nadležan da formira panele (vijeća), usvaja izvještaje vijeća i apelacionog tijela, a nadležan je i da odobri suspenziju koncesija i obaveza iz sporazuma. Odluke o važnim pitanjima donosi konsenzusom.⁶

Sporovi nastaju u pravilu kada neka od država članica STO donese mjeru trgovinske politike, unilateralnog karaktera, ili preduzme neku drugu akciju u okviru svoje spoljnotrgovinske politike koju jedna ili više drugih država članica dožive kao povredu nekog od multilateralnih sporazuma postignutim u okviru STO, ili kada država članica ne ispuni neku preuzetu obavezu.

Postupak pokreće zainteresovana strana zahtjevom koji podnosi Organu za rješavanje sporova (*Dispute Settlement Body*).⁷ Bilo koja treća zemlja, tj. država članica koja ima interes u nekom predmetu spora ima pravo da se uključi u proces.

Pristup STO sistemu za rješavanje sporova je ograničen samo na članove STO-a. Član STO-a može koristiti sistem kada tvrdi da su mu uskraćene ili umanjene koristi po osnovi navedenih sporazuma. Tužilac će gotovo uvijek zagovarati da je tuženi prekršio odredbu STO prava (tužba za povredu). Ukoliko je povreda vidna, postoji pretpostavka uskraćenosti ili umanjenja koristi.⁸

Nevladine organizacije, privredna društva ili pojedinci nemaju pristup STO sistemu. Međutim, mora se primijetiti da je najveći broj sporova koji se vode po STO sistemu pokrenut na inicijativu preduzeća i privrednih društava.⁹

ORGANI ZA RJEŠAVANJE SPOROVA

U organe koji se bave rješavanjem sporova u okviru Svjetske trgovinske organizacije, spadaju: 1. Organ za rješavanje sporova – *Dispute Settlement Body* –

⁶ Poblize o tome vidjeti: Van den Bossche, Peter, *The Law and Policy of the World Trade Organisation, Text, Cases and Materials*, Maastricht University, Cambridge University Press, 2005, str. 299-304.

⁷ Vitomir G. Popović, Radovan D. Vukadinović, *Međunarodno poslovno pravo – Opšti deo*, Banja Luka –Kragujevac 2005. godine, strana 143.

⁸ Poblize o tome vidjeti: Van den Bossche, Peter, *The Law and Policy of the World Trade Organisation, Text, Cases and Materials*, Maastricht University, Cambridge University Press, 2005, str. 299-304.

⁹ Poblize o tome vidjeti: Van den Bossche, Peter, *The Law and Policy of the World Trade Organisation, Text, Cases and Materials*, Maastricht University, Cambridge University Press, 2005, str. 299-304.

DSB; 2. Paneli – *Panels*; 3. Apelaciono tijelo – *Appellate Body* – AB, i 4. Arbitraža – *Arbitration*, pod određenim uslovima.

Veliki broj do sada riješenih sporova i izvršenih odluka potvrđuju efikasnost ovakvog sistema rješavanja i predstavljaju jedan od kamena temeljaca STO, čiji autoritet se ne može dovoditi u pitanje. Ovo naročito dolazi do izražaja u vremenu globalizacije, ali i visokoga stepena recesije.

FAZE U RJEŠAVANJU SPOROVA

Iako Svjetska trgovinska organizacija ima vlastita pravila i procedure, o čemu se posebno vodilo računa da sama procedura ne podsjeća na postupak pred sudovima i arbitražama, ona ipak ima brojne karakteristike tih načina rješavanja sporova.

Sam postupak rješavanja sporova je zasnovan na načelu ekonomičnosti što znači da se u okviru sistema Svjetske trgovinske organizacije rješavaju samo ona pitanja koja su neophodna za rješavanje svakog konkretnog spora.

U faze rješavanja sporova u okviru STO spadaju: 1. Postupak konsultacija i mirnog rješavanja sporova; 2. Postupak pred panelom; 3. Procedura usvajanja izvještaja panela i pravo apelacije; 4. Ispunjenje donijetih odluka i arbitražni postupak; 5. Druge procedure i postupci za rješavanje sporova.

Postupak konsultacija i mirnog rješavanja sporova

Prva faza u postupku rješavanja sporova između vlada država – članica su konsultacije (*consultations*) između stranaka u sporu i obavještanje nadležnih organa Svjetske trgovinske organizacije o nastalom sporu. Članica Svjetske trgovinske organizacije koja smatra da je oštećena nekim aktivnostima druge članice, podnosi zahtjev za konsultacije.¹⁰ Dakle, država – članica kojoj je nanesena šteta ima pravo da se, u cilju zaštite sopstvenih prava i prava svojih lica, nezvanično ili diplomatskim kanalima, obrati drugoj strani zahtjevom za konsultacije. Zahtjev za konsultacije je obavezan u pismenoj formi, o kojem se država – članica kojoj je on upućen izjašnjava u roku od 10 dana od dana njegovog prijema.¹¹

Drugoj strani je ostavljen rok od 30 dana da odgovori na poziv za konsultacije – pregovore, odnosno da njima pristupi. Ako se stranke u narednih 60 dana

¹⁰ <http://www.wto.org/english>.

¹¹ Poblizje vidjeti: Aleksandar Ćirić, "Pravni život", broj 11, Beograd 2010, tom III, str. 319–320.

ne dogovore, tužilačka strana može da traži ustanovljavanje panela. U slučaju da se druga strana uopšte ne odazove na poziv za mirno rješavanje konkretnog spora tada postoji mogućnost da se direktno traži ustanovljenje panela.

Pravila insistiraju na vansudskom mirnom rješavanju sporova, odnosno dogovorom zainteresovanih strana. Pored ovog, stranke su slobodne da izaberu neka druga alternativna sredstva mirnog rješavanja sporova kao što su mirenje, posredovanje i arbitraža.¹²

Kada se pregovori uspješno okončaju, strane koje su bile u sporu obavještavaju Organ za rješavanje sporova (DSB) i odgovarajuće savjete i komitete o činjenici da je problem postojao i da je on riješen. Za ovu fazu postupka predviđa se rok od 60 dana. Konsultacije su konfidencijalnog karaktera što znači da se pokreću i sprovode na način koji ne smije nanijeti štetu ili pogoršati poziciju bilo koje države – članice u procesu rješavanja spora.¹³

U slučaju da direktne konsultacije ne daju rezultat, na zahtjev bilo koje strane učesnice spora i po dogovoru strane mogu tražiti pružanje dobrih usluga, mirenja i posredovanja (*good offices, conciliation and mediation*). Ovakve usluge su dobrovoljne a pruža ih Generalni direktor po službenoj dužnosti, te su one, kao takve, povjerljive prirode.¹⁴

Dakle, ukoliko ovakav pokušaj stranaka, putem direktnih pregovora, tj. konsultacija, ne uspije u roku od 60 dana, od dana njegovog pokretanja, strane imaju pravo da pokrenu proceduru za rješavanje spora, a u skladu sa pravilima "Agreement DSU". To znači da pravila "Agreement DSU" predviđaju obrazovanje "sudećeg" organa u prvom stepenu pod nazivom panel (tribunal, vijeće) čija je uloga da donese odluku o nastalom sporu.

Članom 5 Dogovora o pravilima i procedurama za rješavanje sporova – DSU je propisano da zahtjev za sprovođenje procedure za mirno rješavanje spora, stranke mogu istaći u bilo kojoj procesnoj fazi, uključujući i tok postupka pred panelom, uz pretpostavku da o tome postoji njihova međusobna saglasnost. Mjere koje stranke preduzimaju u cilju mirnog načina rješavanja spora se smatraju povjerljivim i one ne utiču na pravo bilo koje strane u daljoj proceduri panelnog načina rješavanja spora, uključujući i postupak po žalbi pred Apelacionim organom. Takve mjere nemaju ni prekluzivno dejstvo u odnosu na pravo stranaka da zahtijevaju "sudski" panelni način rješavanja njihovog spora.¹⁵

¹² *Ibidem.*

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ *Ibidem.*

¹⁵ Vidjeti: Član 5 Dogovora DSU.

U znak prepoznavanja poteškoća s kojima se susreću zemlje u razvoju kada su umiješane u STO sistem, Dogovor o pravilima i procedurama za rješavanje sporova – DSU raspoložbe specijalnim pravilima za te zemlje. Većina ovih pravila imaju ograničen značaj. Djelotvornu pravnu podršku zemljama u razvoju u sistemu rješavanja sporova pruža Savjetodavni Centar za STO pravo sa sjedištem u Ženevi, nezavisna, međunarodna organizacija, koja pruža pravni savjet i zastupa nje zemljama u razvoju kao i najnerazvijenijim zemljama.¹⁶

Postupak pred panelom

Postupak pred panelom je regulisan članom 6. do 16. Dogovora o pravilima i procedurama za rješavanje sporova – DSU. On predstavlja drugu fazu u rješavanju sporova.

Druga faza u postupku rješavanja sporova je osnivanje panela. Najkasnije poslije 60 dana od dana pokretanja procedure za miran način rješenja spora (konsultacioni stadijum), koja nije dala pozitivan rezultat jer stranke nisu riješile spor, zemlja – članica – tužilac preuzima dalju inicijativu. Ona podnosi zahtjev *Dispute Settlement Body* – DSB i traži formiranje panela, kao organa za donošenje odluke o sporu u prvom stepenu. Zahtjev za osnivanje panela se podnosi u pismenoj formi i sadrži podatke o eventualnom sprovedenom postupku konsultacija, mjerama povrede prava i karakteru i prirodi spora.¹⁷ Panel se formira u roku od 30 dana od dana donošenja odgovarajuće odluke o njegovom sastavu od strane Organa za rješavanje sporova – DSB.

Sastav panela, posebna pravila postupka i krajnji rok za donošenje odluke po tužbi određuje Svjetska trgovinska organizacija. On se, u pravilu, sastoji od tri člana (panelista), a ukoliko stranke to posebno zahtjevaju panel može biti sastavljen od pet članova, ali se takav zahtjev stranaka mora poslati Sekretarijatu Svjetske trgovinske organizacije na odobrenje. Bez saglasnosti stranaka, u sastav panela ne mogu ući lica koja su njihovi državljani. Stranke se bez odlaganja obavještavaju o sastavu panela.

U sastav panela ulaze visokokvalifikovani vladini i nevladini službenici, uključujući lica koja su već učestvovala u panelu, lica koja su predavala ili objavljiivala u oblasti trgovinskog prava ili politike, i lica koja su radila kao trgovinski atašei zemalja članica Svjetske trgovinske organizacije. Ova lica treba da budu nezavisna u radu, da imaju dovoljno široko obrazovanje i iskustvo.

¹⁶ Poblize vidjeti: Van den Bossche, Peter, *The Law and Policy of the World Trade Organisation, Text, Cases and Materials*, Maastricht University, Cambridge University Press, 2005, str. 299–304.

¹⁷ *Ibidem*, str. 321.

Sam postupak pred panelom odvija se tako da stranke koje su u sporu, prije prvog sastanka, odnosno “raspravnog ročišta”, dostavljaju panelu podatke o predmetu spora, kao i svoje pozicije o činjeničnom i pravnom osnovu, sa odgovarajućim dokazima i argumentacijom. Nakon ovoga se zakazuje “prvo ročište”. Na “prvom ročištu” zastupnici “tužioca” ističu svoje zahtjeve, a zastupnici “tuženika” dogovaraju na navode “tužioca” i iznose svoju odbranu. Na ovom tzv. “prvom ročištu” se mogu pojaviti i treća lica ako imaju interes. Treća lica mogu da iznesu svoja zapažanja u vezi sa nastalim sporom, te dobijaju relevantne materijale od samih stranaka na prvom zasjedanju panela.

Ako se u toku rasprave pojave pitanja drugog profila stručnosti, panel može odrediti vještake odgovarajuće struke i tražiti od njih da dostave stručne nalaze i mišljenja. Dio procedure pred panelom se odvija na drugom sastanku pred panelom i on se tiče suštine spora. Zasjedanja panela su zatvorena za javnost, a stranke u sporu i zainteresovana treća lica nemaju obavezu, osim ako ih panel izričito ne pozove, da prisustvuju sjednicama.

Poslije razmatranja činjeničnog i pravnog osnova konkretnog spora, panel podnosi strankama u sporu tzv. međuzvještaj koji sadrži stavove, zaključke, činjenični opis predmeta spora i dokaze. Na takav međuzvještaj stranke mogu podnijeti primjedbe i tražiti preispitivanje njegovog sadržaja. Panel je dužan da u roku od dvije nedelje razmotri primjedbe i eventualno zakaže dopunske sastanke sa strankama. Nakon toga panel strankama u sporu dostavlja konačan izvještaj, a tri nedelje od dana dostavljanja strankama, izvještaj postaje dostupan svim članicama Organa za rješavanje sporova – DSB.

Konačan izvještaj, odnosno odluku o sporu panel je dužan da donese najkasnije u roku od šest mjeseci od dana pokretanja postupka, a u hitnim slučajevima ili slučajevima u kojima je riječ o lako kvarljivoj robi taj rok može biti skraćen i na tri mjeseca. Kada panel ocijeni da neće biti u mogućnosti da pripremi izvještaj u ostavljenom roku od šest, odnosno tri mjeseca, dužan je da pismeno obavijesti Organ za rješavanje sporova (*Dispute Settlement Body – DSB*). Pored toga dužan je da da procjenu perioda u kojem će podnijeti izvještaj. Panel je dužan da od dana svoga osnivanja pa do podnošenja izvještaja svim članicama Svjetske trgovinske organizacije, obavi zadatak najkasnije u roku od devet mjeseci.

Ako stranke u sporu ne postignu međusobno prihvatljivo rješenje, panel je dužan da dostavi Organu za rješavanje sporova – DSB svoje zaključke kao i odluku u vidu pisanog izvještaja. U izvještaju se iznose utvrđene činjenice, primjenjivost pravnih normi, osnovni smisao svakog od stavova o konkretnim pitanjima, kao i odgovarajuće preporuke.¹⁸ Panel svojim zaključcima i preporukama, sadr-

¹⁸ Ibidem, str. 323.

žanim u izvještaju, nema mandat da prizna veća ili manja prava i obaveze stranaka u odnosu na ona koja su predviđena odgovarajućim trgovinskim sporazumom. U onim slučajevima kada spor tokom postupka pred panelom bude riješen poravnanjem stranaka, izvještaj panela sadrži kratak opis predmeta spora i odgovarajuće svedočenje o tome kako je riješen spor.

Paneli imaju funkciju da pomognu Organu za rješavanje sporova u vršenju njegovih poslova i to tako što će sačiniti objektivnu procjenu svakog konkretnog slučaja. Nakon toga slijedi faza usvajanja izvještaja panela od strane Organa za rješavanje sporova.

Panel je nadležan da, osim ako se stranke nisu drugačije sporazumjele, “u svjetlu mjerodavnih normi odgovarajućeg trgovinskog sporazuma u okviru STO, razmotri zahtjev za rješenje sporne pravne stvari, koji je konkretna država-članica podnijela Organu za rješavanje sporova i da donese zaključke, koji će omogućiti Organu za rješavanje sprovedeno donošenje odgovarajućih odluka i preporuka u vezi konkretnog spora”.¹⁹

POSTPANELNI POSTUPAK

Procedura usvajanja izvještaja panela i pravo apelacije

Procedura odobrenja, odnosno usvajanja izvještaja panela i pravo apelacije su dvije odvojene faze u postpanelnom postupku.

Usvajanje izvještaja panela. – U cilju obezbjeđenja potrebnog vremena za razmatranje izvještaja panela, izvještaj se pre isteka 20 dana od dana njegovog dostavljanja, ne razmatra od strane Organa za rješavanje sporova – DSB u cilju njegovog prihvatanja. Stranke koje su u sporu imaju pravo da u cjelosti učestvuju u razmatranju izvještaja panela pred DSB. One članice koje imaju primjedbe na izvještaj panela, moraju dostaviti pismeno obrazložene razloge svog neslaganja u roku od deset dana prije sjednice Organa za rješavanje sporova – DSB, na kojoj će biti razmatran izvještaj panela.²⁰

U roku od 60 dana od dana dostavljanja izvještaja panela članicama Svjetske trgovinske organizacije, izvještaj se prihvata na sjednici Organa za rješavanje sporova – DSB-a. Pod uslovom da ni jedna od stranaka ne saopšti svoju namjeru da uloži žalbu Organu za rješavanje sporova (*Dispute Settlement Body*), postiže se “konsenzus”,²¹ a izvještaj panela se smatra konačno usvojenim.

¹⁹ Poblje vidjeti: Član 7 Dogovora o pravilima i procedurama za rješavanje sporova – DSU.

²⁰ Poblje o tome vidjeti: Aleksandar Lj. Ćirić, *Međunarodno trgovinsko pravo – Opšti deo*, Niš 2010, str. 561.

²¹ *Ibidem*, strana 408.

Razmatranje izvještaja u cilju njegovog prihvatanja se neće sprovesti ukoliko bilo koja od stranaka u sporu zvanično saopšti Organu za rješavanje sporova – DSB-u o svojoj odluci da zahtjeva apelaciju. Međutim, ako je stranka obavjestila DSB o svojoj namjeri pokretanja apelacionog postupka, izvještaj se ne može prihvatiti sve dok se ne okonča žalbeni postupak. Ovakvo rješenje ne šteti realizaciji prava država – članica, ako one na taj način ispoljavaju svoj stav u odnosu na izvještaj panela. Bilo da se radi o primjeni STO sporazuma ili domaćeg zakonodavstva države članice od panela i drugostepenog organa se očekuje krajnje objektivno postupanje i objektivna ocjena spora koji se rješava, uključujući u objektivnu ocjenu činjenice iz tog slučaja i primjenjivost relevantnih predmetnih sporazuma, odnosno usklađenost sa njima, kako bi se došlo do nalaza koji će pomoći Organu za rješavanje sporova – DSB-u u izradi preporuka i odluka predviđenih predmetnim sporazumima. Paneli bi se trebali redovno konsultovati sa stranama u sporu te im dati odgovarajuće prilike za donošenje međusobno zadovoljavajućeg rješenja.²²

Pravo apelacije i apelacioni postupak. – Pravo pokretanja postupka po žalbi, na koje imaju stranke u postupku nije obavezna faza. Ono podrazumjeva postojanje prava na žalbu Apelacionom organu u cilju preispitivanja izvještaja panela.

Što se tiče trećih lica, ona nemaju pravo na podnošenje žalbe na izvještaj panela. Međutim, treća lica koja su obavjestila Organ za rješavanje sporova (*Dispute Settlement Body – DSB*) o postojanju svog opravdanog interesa u odnosu na sporna pitanja među strankama, imaju pravo da podnose pismene podneske Apelacionom organu.

Žalbeni postupak se odnosi na pravna pitanja koja su sadržana u izvještaju panela, kao i na pitanja njihovog tumačenja.²³

Apelacioni organ je drugostepeni organ i stalno tijelo koje razmatra podnetu žalbu na izvještaj panela. Sastoji se od sedam članova, od kojih će tri raditi na pojedinačnom slučaju.²⁴ Za okončanje postupka apelacije predviđa se rok od 60 dana, a najduže 90 dana.

Njegov postupak rada je povjerljive prirode dok su mišljenja lica koja učestvuju u njegovom radu anonimna. Ovaj organ može da potvrdi, ukine ili izmije-

²² Poblize o tome vidjeti: 1) Claus-Dieter Ehlermann and Nicolas Lockhart, Standard of Review in WTO Law, *Journal of International Economic Law* 7(3), pgs. 491–521. 2) Član 11. Dogovora o pravilima i procedurama za rješavanje sporova.

²³ Poblize o tome vidjeti: Aleksandar Lj. Čirić, *Međunarodno trgovinsko pravo – Opšti deo*, Niš 2010, str. 562.

²⁴ Poblize o tome vidjeti: Predrag N. Cvetković, rješavanje sporova u Pravo i privreda, Beograd, 5-8/2006. str.

ni nalaze i zaključke panela.²⁵ Važno je istaći da Apelacioni organ nema pravo da prizna veća ili manja prava i obaveze, od onih koji su predviđeni multilateralnim sporazumima u okviru Svjetske trgovinske organizacije. Ukoliko panel ili Apelacioni organ, kao drugostepeni organ, zakluče da mjera koju je jedna konkretna država – članica unilateralno preduzela i povodom koje je spor nastao, nije u skladu sa odgovarajućim sporazumom u okviru Svjetske trgovinske organizacije, preporučiće državi – tuženiku da svoje mjere uskladi sa normama sporazuma u pitanju. Ovim preporukama će Apelacioni organ predložiti načine i mehanizme za njihovo sprovođenje u praksi.

Apelacioni organ pri kompletiranju nalaza i zaključaka panela svoju praksu razvija po principu slučaj po slučaj te je iz tih razloga teško definisati i doći do egzaktnih parametara.

Postoji i drugi pristup u cilju izbjegavanja mogućeg nerješavanja sporova da se uklanjaju razlike između činjenica i prava u žalbama pred STO, što omogućuje apelacionom organu uključivanje u ispitivanje činjenica, kao i u pravnu analizu. Međutim, ovaj pristup može da dovede u pitanje rok od 90 dana za okončanje postupka apelacije. Iz tih razloga preovladava stanovište da bi uvođenje mehanizma ukidanja odluka panela i vraćanja na ponovno odlučivanje u Dogovor o pravilima i procedurama za rješavanje sporova, kako je i predloženo od strane nekoliko država članica, bilo prihvatljivije za brže rješavanje sporova.²⁶

Ispunjenje donijetih odluka i arbitražni postupak. – Izvještaj Apelacionog organa odobrava Organ za rješavanje sporova u roku od 30 dana od dana prijema. On podliježe izvršenju osim u onim slučajevima kada je izvještaj ukinut na osnovu “negativnog konsenzusa” Organa za rješavanje sporova.

Izvještaj panela protiv kojeg nije izjavljena žalba, kojom bi bio pokrenut postupak apelacije, je takođe podoban za izvršenje. Nakon što izvještaj panela postane konačan, na savjetovanju, koje se organizuje 30 dana poslije usvajanja konačnog izvještaja panela ili izvještaja Apelacionog organa, stranke u sporu imaju obavezu da informišu Organ za rješavanje sporova – DSB o svojim namjerama u vezi sa izvršenjem preporuka i odluka iz konačnog izvještaja. Hitno sprovođenje preporuka ili odluka Organa za rješavanje sporova je neophodno kako bi se obezbjedilo efikasno rješavanje sporova u korist svih članica. Ako hitno sprovođenje preporuka ili odluka nije moguće, toj članici će biti ostavljen razuman vremenski rok da to učini.

²⁵ Poblje o tome vidjeti: Član 17. Dogovora DSU.

²⁶ Poblje vidjeti: Alan Yanovich and Tania Voon, *Completing the Analysis in WTO Appeals: The Practice and its Limitations*, *Journal of International Economic Law* 9 (4), 933-950, Advance Access Publication 20 September 2006, Oxford University Press 2006.

Dakle, ako je izvršenje za “dužnika” nemoguće, ostavlja mu se razuman rok u kome je izvršenje preporuka ili odluka realno moguće. Ovaj razuman rok je određen “Dogovorom o pravilima i procedurama za rješavanje sporova – DSU” a tiče se perioda vremena koji: a) predloži država – članica pod uslovom da ga potvrdi Organ za rješavanje sporova – DSB; b) uzajamno usaglašen među strankama u periodu 45 dana poslije datuma konačnosti odluke ili preporuke, ili ako takve saglasnosti nema; c) određen od strane obavezne arbitraže, u roku od 90 dana nakon konačnosti preporuka i odluke.²⁷

Najduži period vremena za izvršenje odluka i preporuka ne može prijeći 15 mjeseci od dana konačnosti izvještaja panela ili Apelacionog organa, a stranke se nisu usaglasile o činjenici postojanja izuzetnih okolnosti, koje mogu uticati na produženje predviđenog roka. Međutim, i kod postojanja ovakvih objektivnih i nespornih teškoća, rok ne bi trebalo da prelazi 18 mjeseci. Nakon toga slijedi faza određivanja kompenzacije oštećenim članicama i odobravanje suspenzije koncesije članici za koju je utvrđeno da krši pravila Svjetske trgovinske organizacije.²⁸

Kada stranka koja je dužna da ispuni određene obaveze u određenim rokovima, to ne učini, dužna je da stupi u pregovore sa “tužiocem”, a u cilju utvrđivanja uzajamno prihvatljive kompenzacije. Kompenzacija i ustupci su mjere privremenog karaktera, koje se primjenjuju onda kada se preporuke i odluke ne izvršavaju u toku razumnog roka. Kompenzacija nije dopuštena ukoliko protivjeći obuhvaćenim sporazumima, a sama po sebi je dobrovoljna.

Ona se može ticati npr. odobrenja smanjenja carinskih tarifa od strane “tuženika” u oblastima koje predstavljaju interes za “tužioca”. Ako se istekom 20 dana ne postigne sporazum o kompenzaciji, “tužilac” može zahtijevati od Organa za rješavanje sporova – DSB mjere u vidu obustavljanja od primjene postojećih povoljnosti (suspenzija koncesija), kojim se koristi “tuženik”.

Suspenzija koncesija ima karakter i pravnu prirodu privremenih mjera u slučajevima kada “tuženik” ne ispunjava svoje obaveze po donijetim odlukama i preporukama u vezi konačno riješenog spora.²⁹ Nivo suspenzije koncesija ili drugih obaveza će biti ekvivalentan nivou poništenja ili umanjivanja koristi. Ako članica kojoj je preporuka ili odluka upućena ima primjedbu na nivo suspendovanih koncesija slučaj će iznijeti pred arbitražu.

Strane prihvataju odluku arbitra kao konačnu i ne mogu tražiti drugu arbitražu. Suspenzija koncesije ili drugih obaveza je, kao što smo ranije naveli, pri-

²⁷ Poblize o tome vidjeti: Aleksandar Lj. Ćirić, *Međunarodno trgovinsko pravo – Opšti deo*, Niš 2010, str. 563.

²⁸ www.wto.org/english.

²⁹ Poblize o tome vidjeti: Aleksandar Lj. Ćirić, *Međunarodno trgovinsko pravo – Opšti deo*, Niš 2010, str. 564.

vremenog karaktera i primjenjuje se dok se mjera koja je nekonzistentna sa odnosnim sporazumom ne ukloni ili dok članica kojoj je preporuka ili odluka upućena ne pruži rješenje za poništenje ili umanjivanje koristi ili dok se ne postigne uzajamno zadovoljavajuće rješenje. Strana "tužilac" ima pravo da primjeni represivnu obustavu ustupaka u istom sektoru koja je predmet spora u odnosu na stranu koja ne ispunjava odluke i preporuke, ili druge obaveze Svjetske trgovinske organizacije koji je njenim sporazumom garantuju. Ukoliko ovo ne da pozitivan efekat, obustava ustupaka se može proširiti i na druge sektore istog sporazuma, na kome se zasnivaju odgovarajući pravni odnosi. Ako se i ovakve mjere pokažu nepraktičnim i neefikasnim i ako su razlozi ozbiljni, mjera obustave može biti proširena i na druge sporazume u okviru Svjetske trgovinske organizacije.

Odobrena suspenzija koncesija se primjenjuje sve dok se kršenje određenih normi ponašanja ne otkloni odgovarajućim sporazumom, ili dok eventualno "tuženik" ne ponudi rješenje za eliminisanje ili umanjenje koristi koju je imao sopstvenom povredom pravila ponašanja, odnosno dok se same stranke o tome ne dogovore.³⁰

Najinteresantnije rješenje je predvidio "Agreement DSU" u slučaju kada je članica Svjetske trgovinske organizacije, na koju se odnosi preporuka ili odluka, vrstom i obimom kompenzacija i suspendovanih koncesija.

Prema Dogovoru o pravilima i procedurama za rješavanje sporova – "Agreement DSU", stranka se može obratiti arbitraži u okviru Svjetske trgovinske organizacije. Arbitraža se smatra sredstvom za hitno rješavanje nastalog spora u fazi izvršenja već donijete odluke ili preporuke.

Arbitražni postupak se mora okončati u roku od 60 dana. Osnovna njena funkcija je da utvrdi da li je nivo suspendovanih koncesija jednak stepenu umanjivanja koristi. Zatim, arbitraža utvrđuje da li je predložena suspenzija dozvoljena samim sporazumom, a ako jeste da li su ispoštovane sve pravne norme koje se na takvu suspenzivnu mjeru odnose. Arbitražni postupak se odvija pred prvobitnim panelom.

Prema članu 25. Dogovora o pravilima i procedurama za rješavanje sporova – "Agreement DSU", stranke ne mogu sporni odnos povjeravati na rješavanje nekoj drugoj arbitraži, te moraju da prihvate njenu odluku kao konačnu, te su saglasne da je poštuju.

Iz istražene sudske prakse utvrđeno je kontinuirano nerazumijevanje sadržaja i važnosti *travaux preparatoires* (*pripremnih radnji*). Prihvaćeno je da su oni po svom značaju sekundarni. Međutim, gdje god je to moguće, ohrabruje se upućivanje na njih. Međusobno zavisna ugovorna obećanja o pristupu tržištu su

³⁰ Poblže o tome vidjeti: Aleksandar Ćirić, *Pravni život*, broj 11, Beograd 2010, tom III, str. 326.

predmet razmjene i ,iz tog razloga, tijela za rješavanje sporova moraju to imati na umu (balans prava i obaveza). S tim u vezi, biće svrsishodnije ukoliko koriste instrumente koji bolje prikazuju predmet razmjene nego da izgrađuju svoj sud o tome šta bi mogao da bude predmet. Preporučuje se primjena historijskog konteksta i dodatnih sredstava koji će pomoći panelima (vijećima) da bolje razumiju predmet ugovora.³¹

Primjetna je uzdržanost u pogledu primjene prava izvan okvira određenog sporazuma, osim ako to nije opšti princip prava. Bečka konvencija sadrži adekvante instrumente zaštite (član 30) od proširivanja ugovornih obaveza na neugovorne strane. Apelacioni organ je ukazivalo na opasnost od konstruisanja STO *Sporazuma* koji će biti u kliničkoj izolaciji od ostatka međunarodnog javnog prava.³² Sistem rješavanja sporova pred STO je uveliko doprinio poboljšanju ispunjenja sporazuma STO. Postupak preispitivanja Panela i Apelaciog organa, te preporuka Organa za rješavanje sporova – DSB-a, nakon toga je ključna u ovom sistemu. Ukratko, Panel i Apelacioni organ ispituju da li mjere odgovorne strane predstavljaju povredu obaveza STO sporazuma i ako je zaključak pozitivan Organ za rješavanje sporova – DSB preporučuje da predmetna zemlja članica izda mjere u smislu ispunjenja sporazuma. Predmetna zemlja članica je obavezna ispuniti DSB preporuke povlačenjem ili modifikovanjem svojih mjera.

Jedna od najprominentnijih osobina sistema poravnanja STO je taj što su uspostavljeni razrađeni *multilevel* mehanizmi da bi pomogli i osigurali implementaciju DSB preporuka. Sistem rješavanja sporova pred STO ima nezaobilaznu ulogu u osiguranju ispunjenja STO sporazuma. Implementacija DSB preporuka je bitna za sistem da bi se u potpunosti postigao željeni cilj.

Po uspostavi ovog, veliki značaj sistema je u težnji ostvarenja savršenog ispunjenja i nije uvijek najpoželjnije u dugoročnom smislu za stabilitet sistema. Bilo koji predlozi za poboljšanje Dogovora o pravilima i procedurama za rješavanje sporova – DSU, trebaju biti razmotreni na osnovi razumijevanja prirode sistema rješavanja sporova pred STO.³³

Na osnovu svega iznesenog može se zaključiti da se osnovni cilj rješavanja trgovinskih sporova u okviru STO, iscrpljuje u nastojanju da se otkloni svaka mjera ili radnja koja je suprotna odredbama sporazuma u okviru STO, kao i da se

³¹ Matsushita, Mitsuo et al, *The World Trade Organisation: Law, Practice, and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2005, str. 87.

³² Matsushita, Mitsuo et al, *The World Trade Organisation: Law, Practice, and Policy*, Oxford University Press, Oxford, 2005, str. 87.

³³ Yuka Fukunga, *Securing compliance through the WTO Dispute Settlement System: Implementation of DSB Recommendations*, *Journal of International Economic Law* 9 (2), pgs 383–426, Advance Access Publication 8 May 2006, Oxford University Press 2006.

prevaziđe i riješi svaki nastali spor u trgovinskim odnosima između njenih članica primjenom normi STO.³⁴ Takav cilj je u potpunosti u skladu sa načelom efikasnosti u radu i djelovanju STO, kao jednom od temeljnih principa čitavog oblika institucionalnog organizovanja svjetske trgovine.³⁵

ZAKLJUČAK

Osnovna cilj i svrha rješavanja sporova u okviru Svjetske trgovinske organizacije je brzo otklanjanje nastalih konflikata kroz multilateralni postupak. U pravilu se prednost rješavanja sporova daje kroz savjetovanje prije nego sudski postupak. Sam postupak je regulisan Dogovorom o pravilima i procedurama za rješavanje sporova i sastoji se iz četiri faze rješavanja: 1. Postupak konsultacija i mirnog rješavanja sporova; 2. Postupak pred panelom; 3. Procedura usvajanja izvještaja panela i pravo apelacije; 4. Ispunjenje donijetih odluka i arbitražni postupak; 5. Druge procedure i postupci za rješavanje sporova.

U svakoj od navedenih faza se vodi računa o načelu ekonomičnosti i rješavanju samo onih pitanja neophodnih za rješavanje svakog konkretnog spora. Bez efikasnog sistema rješavanja sporova u okviru STO bilo bi nemoguće održati ovu međunarodnu organizaciju i ona bi teško mogla ostvariti predviđene ciljeve.

ALEKSANDAR POPOVIĆ, LL.M.,
Lawyer, Banja Luka

PHASE IN RESOLVING DISPUTES IN THE WTO

Summary

The basic aim and purpose of dispute settlement within World Trade Organisation represents expeditious removal of emerging conflicts through multilateral proceedings. As a rule, dispute settlement through counselling supercedes court proceedings. The proceedings are regulated by Dispute Settlement Rules and Proceedings Agreement, composed of four dispute settlement phases: 1. Counselling proceedings and peaceful dispute settlement; 2. Panel proceedings; 3. Panel Report adopting proceedings and the right to appeal; 4. Realisation of reached decisions and arbitration proceedings; 5. Other proceedings and dispute settlement proceedings. Each phase pays attention to the principle of efficiency and settling only those issues necessary for concrete dispute settlement. Without an efficient system of dispute settlement within WTO it would be impossible to maintain this international organisation which would have great difficulties in realising envisaged goals.

³⁴ Vidjeti: Član 3. st. 7. Dogovora DSU.

³⁵ Poblježe o tome vidjeti: Aleksandar Lj. Ćirić, *Međunarodno trgovinsko pravo – Opšti deo*, Niš 2010, str. 565.

KATARINA JOVIČIĆ

ZAHTEV ZA SNIŽENJE CENE KOD UGOVORA O MEĐUNARODNOJ PRODAJI ROBE

U V O D

Punovažno zaključeni ugovor o međunarodnoj prodaji robe, shodno načelu *pacta sunt servanda*, obavezuje strane ugovornice da ispune ono što je njime predviđeno i kada jedna strana povredi ugovor tako da je to pravno relevantno, tada pravo dopušta strani vernoj ugovoru da protiv nje upotrebi određena pravna sredstva. Pravna sredstva se mogu grupisati kao opšta i posebna, prema tome da li su dostupna i kupcu i prodavcu, ili su rezervisana samo za kupca, odnosno samo za prodavca. Kao opšta se u uporednom pravu obično predviđaju zahtev za izvršenje ugovora, zahtev za naknadu štete i raskid ugovora i oni se, po pravilu, mogu upotrebiti nezavisno od oblika neizvršenja ugovora, dok je zahtev za sniženje cene posebno pravno sredstvo, dostupno samo kupcu i to samo kada prodavac isporuči robu sa nedostacima.

Razlozi koji opravdavaju postojanje zahteva za sniženje cene kao posebnog kupčevog prava se nalaze, pre svih, u činjenici da opšta pravna sredstva nisu uvek dovoljna kada prodavac povredi ugovor tako što isporuči manljivu robu. Tako, na primer, ako on nije spreman da otkloni nedostatke u ispunjenju, onda kupčev zahtev za izvršenje ugovora nije efikasan jer njegova prinudna realizacija može da

Dr Katarina Jovičić, istraživač saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd.

oduzme mnogo vremena, a podrazumeva i dodatne troškove zbog angažovanja suda. Ni raskid ugovora nije uvek najbolje rešenje, ne samo zato što je dostupan, po pravilu, samo za teže povrede ugovora, već i zato što je okončanje ugovora preterano stroga sankcija u situaciji kada kupac proceni da ima interes da zadrži robu uprkos nedostacima. Nije sporno da kupac u tom slučaju ima pravo da od prodavca zahteva naknadu štete koju je pretrpeo zbog njene manje vrednosti, ali postupak realizacije tog zahteva podrazumeva da je on dužan da dokaže da je šteta nastala kao i njenu visinu, što kod ugovora o međunarodnoj prodaji robe može biti povezano sa značajnim teškoćama i troškovima. Čak i kada uspe u tome kupac ni tada ne može biti siguran da će ostvariti naknadu štete, na primer, ako se prodavac oslobodi od ugovorne odgovornosti. Sve to ukazuje na potrebu za posebnim rešenjem u ovom slučaju i brojna prava priznaju kupcu pravo da zahteva sniženje cene kada mu prodavac isporuči robu sa nedostacima.¹

Odgovornost prodavca za isporuku robe sa nedostacima

Iz obaveze prodavca da preda stvar proizlazi i njegova obaveza da garantuje kupcu za njena fizička svojstva. U većini kontinentalnih prava obaveza garantije za materijalne nedostatke ispunjenja je odvojena od obaveze isporuke i ova podela prodavčevih obaveza vodi poreklo još iz rimskog prava², kada su docnja i ne-

¹ Sniženje cene se može ostvariti u većini pravnih sistema ali se ono samo u kontinentalnim pravima uređuje kao posebno pravno sredstvo, dok u pravima *common law* kupac, po pravilu, ne može postići sniženje cene samostalnom tužbom već kao sredstvo odbrane u postupku koji se vodi po prodavčevoj tužbi da mu se plati cena, ili kao naknadu štete (na primer, član 53. stav 1. engleskog *Sale of Goods Act*; član 2–714 stav 1. američkog *Uniform Commercial Code*).

² U rimskom pravu prodavac dugo vremena nije smatran odgovornim za nedostatke koji bi se pojavili po realizaciji ugovora o prodaji, što je posledica tada vladajućeg načela *caveat emptor* (kupac mora biti oprezan). Ovo shvatanje je odgovaralo ranoj strukturi prodaje, koja se odvijala za gotovo i gde su se zaključenje ugovora, predaja stvari i plaćanje cene vršili istovremeno, pa se od kupca očekivalo da pregleda stvar pre nego što zaključi ugovor jer prodavac nije bio odgovoran za nedostatke ako bi se oni naknadno ispoljili. S obzirom da su se u to vreme ugovori o prodaji najčešće odnosili na individualno određene stvari, kupac nije mogao tražiti od prodavca da mu preda drugu stvar, niti je mogao da odbije da uzme stvar pošto je zaključio ugovor jer bi time pao u docnju sa izvršenjem. Njemu je kao zaštita jedino stajalo na raspolaganju pozivanje na deliktnu odgovornost prodavca, zbog obmane ili nepoštovanja formalne garantije koju je preuzeo svečanim obećanjem. Vremenom se, međutim, pokazalo da ovo rešenje nije zadovoljavajuće jer su sporovi između kupaca i prodavca zbog skrivenih nedostataka bivali sve češći, posebno u vezi sa trgovinom robovima i divljim zverima. To je remetilo red na pijacama, slabilo poverenje u prodavce i nepovoljno uticalo na promet. U toj situaciji reagovali su kurilski edili (*aediles curule*), tzv. rimska pijačna policija, koja je u vidu edikta uvela dve tužbe za zaštitu kupaca u ovom slučaju: *actio quanti minoris*, kojom je kupac mogao zahtevati da se snizi cena i *actio redhibitoria*, pomoću koje je mogao prodav-

mogućnost ispunjenja bili jedini poznati oblici neizvršenja ugovora, dok se pitanje pravnih posledica za slučaj nedostataka predate stvari uređivalo nezavisno od toga.³ U pravima *common law* obaveze prodavca nisu podeljene na taj način i smatra se da ova njegova odgovornost počiva na izričitim i prećutnim garantijama.⁴

Podelu obaveza prodavca na isporuku i garantiju za materijalne nedostatke, međutim, nije usvojio haški Jednoobrazni zakon o međunarodnoj prodaji robe⁵, koji je, slično shvatanju *common law* prava, ustanovio jedinstvenu obavezu isporuke (predaje), podrazumevajući pod time dužnost prodavca da kupcu preda stvari saobrazne ugovoru.⁶ Ovaj je zakon, međutim, otišao i korak dalje proširivši pojam saobraznosti tako da obuhvata ne samo zahtev da predata stvar po kvalitetu odgovara onome što je ugovorom predviđeno, već da ona mora biti odgovarajuća i po kvantitetu, ali i po svojoj prirodi.⁷

Ukidanjem tradicionalne podelje obaveza prodavca Haški zakon je pokušao da prevaziđe rešenje po kome se njegova odgovornost za nedostatke reguliše posebnim pravilima. Ovakav, sveobuhvatni koncept saobraznosti prihvata i Bečka

cu da vrati stvar sa nedostacima i istovremeno da od njega zahteva povraćaj cene (o ovim tužbama videti više: Zimmermann, R., *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co, Ltd, Cape Town, Wetton, Johannesburg, 1990, str. 317–318).

³ Docnju i nemogućnost izvršenja ugovora rimsko pravo je predviđalo kao oblike neizvršenja koji su se primenjivali na sve ugovore, ali se vremenom uvidelo da to nije dovoljno i da pojedini ugovori zahtevaju posebna pravila. Tako se, kada je o prodaji reč, došlo do toga da se posebno uređuje odgovornost prodavca za materijalne nedostatke, kao i njegova odgovornost za evikciju. O ovome videti više: Zimmermann, R., *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, op. cit., str. 293, 783–800.

⁴ U pravima *common law* odgovornost prodavca za materijalne nedostatke imala je drugačiji razvojni put. U početku, smatralo se da prodavac odgovara samo za ona svojstva stvari koja je izričito garantovao ugovorom - *express warranty* ili *condition*, ali se vremenom ova odgovornost proširila na *implied warranty* ili *condition*, odnosno zakonom pretpostavljene garantije prodavca koje se primenjuju ako ugovorom to pitanje nije posebno uređeno (na primer, čl. 13. i 14. *Sale of Goods Act*; član 2–314 *Unifom Commercial Code*). Više o ovome: Zimmermann, R., op. cit., str. 306, 336.

⁵ *Uniform Law on the International Sale of Goods – ULIS*, usvojen u Hagu 1964. godine, prvi je akt koji na međunarodnom nivou uređuje ugovor o međunarodnoj prodaji robe supstancijalnim normama.

⁶ Čl. 19. stav 1. i 33. stav 1. Haškog Jednoobraznog zakona o međunarodnoj prodaji robe.

⁷ “Drugim rečima, obaveza isporuke nije izvršena ako je predata stvar koja ima mane. To je jedan aspekt sinteze koji je izvršen u Jednoobraznom zakonu. Drugi aspekt sinteze je u sveobuhvatnom karakteru saobraznosti stvari ugovoru. Pojam saobraznosti obuhvata *ne samo kvalitet nego i kvantitet stvari i samu prirodu stvari*. Sledstveno tome obaveza isporuke nije ispunjena i prodavac će odgovarati zbog neispunjenja kako onda kad predata stvar ima kvalitativne mane, tako i kada je predata manja ili veća količina od ugovorene, kao i onda kada je predata neka druga stvar ili stvar neke duge vrste (*aliud*).” Krulj, V., *Dejstva ugovora o kupoprodaji – svojina, predaja, rizik, cena*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1972, str. 113.

konvencija⁸ predviđajući da je prodavac dužan "... isporučiti robu u količini, kvalitetu i vrsti kako je to predviđeno ugovorom i pakovanu ili zaštićenu na način predviđen u ugovoru".⁹ Međutim, ni Haški zakon niti Bečka konvencija nisu uspeli da objedine sistem pravnih sredstava tako da ista pravna sredstva budu dostupna poveriocu za sve oblike neizvršenja ugovora već su, uvažavajući prednosti koje zahtev za sniženje cene donosi stranama ugovornicama u rešavanju problema nastalih usled isporuke robe nesaobrazne ugovoru, prihvatili posebno regulisanje u ovom slučaju.¹⁰

Prigovor na nesaobraznost robe kao uslov sticanja prava kupca na pravna sredstva

Da bi se u konkretnom slučaju utvrdilo da li je prodavac isporučio saobraznu robu ili ne, neophodno je prethodno tačno odrediti sadržinu njegove obaveze u pogledu količine i kvaliteta (vrste robe i ambalaže) i uporediti to sa aktuelnim stanjem izvršenja ugovora, pa ako oni nisu usklađeni onda kupac može steći pravo na pravna sredstva. Međutim, u ovom posebnom slučaju kupac mora da ispuni i jedan dodatni uslov da bi to svoje pravo održao, a to je da je prodavcu blagovremeno i uredno prigovorio na nedostatke. Drugim rečima, obaveza stavljanja prigovora je sankcionisana gubitkom prava na upotrebu pravnih sredstava.¹¹

⁸ Konvencija Ujedinjenih Nacija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*), usvojena u Beču 1980. godine, stupila na snagu 1988. godine, 12 meseci posle deponovanja desetog instrumenta ratifikacije, prihvatanja, odobravanja ili pristupanja.

⁹ Član 35. stav 1. Konvencije.

¹⁰ Zahtev za sniženje cene kao posebno pravno sredstvo kupca predviđaju i Načela evropskog ugovornog prava (*Principles of European Contract Law*) u članu 9:401, dok ono nije poznato u UNIDROIT Načelima međunarodnih trgovinskih ugovora (*UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*). Međutim, kupac bi prema UNIDROIT Načelima mogao postići sličan rezultat ako bi se pozovao na pravo koje mu daje član 6.2.3. da, zbog nastalih teškoća u izvršenju, zahteva promenu ugovornih termina i naknadnim sporazumom sa prodavcem dogovori promenu ugovorene cene, odnosno ako to odobri sud na kupčev zahtev u slučaju da se prodavac sa tim ne saglasi.

¹¹ Tako, na primer, nemačko, austrijsko i švajcarsko pravo izričito predviđaju ovu obavezu kupca (§377 HGB; §§ 377. 378 austrijskog HGB; član 201. švajcarskog Obligationen zakoni-ka), premda je ona u nemačkom i austrijskom pravu ograničena na trgovačke prodaje. I naše pravo uslovljava kupčeva pravna sredstva u ovom slučaju činjenicom da je on blagovremeno i uredno obavestio prodavca o nedostacima (član 488. stav 1. ZOO), a isto predviđa i Bečka konvencija (član 39). U američkom pravu kupac je, takođe, dužan da obavesti prodavca o nedostacima saobraznosti robe da bi stekao pravo na pravna sredstva (§2-607 stav. 3. tačka a) Jednoobraznog trgovač-

Rok u kome se prigovor mora uložiti. – Da bi proizvodio pravno dejstvo prigovor na nesaobraznost mora se podneti u okviru predviđenog roka, koji se u uporednom pravu ne određuje uvek u istom trajanju.¹² Tako, na primer, u nemačkom pravu kupac mora uložiti prigovor na nedostatke bez nepotrebnog kašnjenja, odnosno odmah,¹³ pri čemu rok počinje da teče od dana prijema robe za vidljive nedostatke, odnosno od dana otkrivanja nedostataka ako su oni skriveni. Slično rešenje predviđa i naše pravo¹⁴. U anglosaksonskim pravima, kao i u holandskom pravu, dovoljno je prigovoriti u razumnom roku nakon otkrivanja nedostatka¹⁵, što je i rešenje Bečke konvencije¹⁶. Konvencija, pored toga, određuje da prigovor

kog zakonika), dok je u engleskom pravu ovaj prigovor nužan samo u slučaju da kupac ima nameru da odustane od ugovora (Član 35. stav 1. *Sale of Goods Act*).

¹² Ipak, kupac ne gubi pravo na pravna sredstva čak i kada propusti da uloži prigovor ako je prodavac postupio suprotno načelu savesnosti i poštenja (npr. zlonamerno je prečutao da stvar ima nedostataka, sprečio je kupca da pregleda robu ili da balagovremeno podnese prigovor, itd). To izričito predviđaju, na primer: naše pravo (član 485. ZOO), norveško pravo (§44 *Sale of Goods Act*), rusko pravo (član 483. stav 3. Građanskog zakonika Ruske federacije), ali i Bečka konvencija (član 40). Ova situacija je u nekim pravima rešena tako što je kupcu dopušteno da, i po isteku predviđenih rokova, uloži prigovor na nedostatke, na primer, član 203. švajcarskog Obligacionog zakonika, §375 stav 5. nemačkog HGB, član 33. švedskog *Sale of Goods Act*, itd.

¹³ § 377 HGB. Slično pravilo predviđeno je i u austrijskom pravu (§§ 377, 378 HGB), kao i u švajcarskom pravu (član 201. Obligacionog zakonika). U italijanskom i portugalskom pravu rok je određen precizno i to u trajanju od 8 dana od dana otkrivanja nedostataka (član 1495. stav 1. italijanskog CC i član 471. portugalskog CC).

¹⁴ U našem pravu su propisani različiti rokovi za građanske i trgovačke prodaje: u prvom slučaju prigovor se mora uložiti u roku od 8 dana, a u drugom slučaju odmah (čl. 481. stav 1. i 482. stav 1. ZOO).

¹⁵ §2-607 stav. 3. tačka a) Jednoobraznog trgovačkog zakonika; član 35. engleskog *Sale of Goods Act*. Isto rešenje predviđa i holandsko pravo (član 7:23.1. BW).

¹⁶ Član 39. stav 1. Konvencije. Određivanje trajanja razumnog roka, budući da je reč o standardu, vrši se s obzirom na okolnosti konkretnog slučaja. Tako, na primer, on ne može biti isti za robu podložnu kvarenju i onu koja to nije, pa se u prvom slučaju razumno vreme može meriti i satima (na primer, Vrhovni sud Austrije je u svojoj odluci br. 19980630 od 30. juna 1998. godine odlučio da kada se ugovor o prodaji odnosi na sezonsko voće tada razumni rok treba meriti satima i to u rasponu od 6 do 12 sati, izvod iz odluke dostupan na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980630a3.html>). Pored toga, rok može zavistiti i od toga da li kupac želi da zadrži robu po sniženoj ceni, ili namerava da odbije njen prijem, jer u ovom drugom slučaju ispravno bi bilo tolerisati kraći rok kako bi prodavac mogao da se organizuje bilo da otkloni nedostatak bilo da preuzima robu. Kada nema posebne potrebe za hitnim delovanjem, tada određivanje trajanja ovog perioda može biti diskutabilno i u odlukama sudova koji su primenjivali Bečku konvenciju zapaženo je da se on određivao veoma različito i da je u tome značajnu ulogu imalo lex fori. Tako su nemački sudovi prihvatili njegovo kratko trajanje, dok su američki sudovi kao blagovremene dopuštali i prigovore uložene nakon protoka više meseci. U poslednje vreme, međutim, praksa sudova je nešto ujednačenija, što je podržala i pravna teorija, te se obično toleriše rok od mesec dana ako nema posebnih razloga da on bude

na nedostatak saobraznosti može biti poslat u krajnjem roku od dve godine računajući od dana stvarne predaje robe kupcu¹⁷, a to predviđa i većina nacionalnih prava, premda ovaj rok ne određuju u istom trajanju. Tako, na primer, u nemačkom i ruskom pravu on iznosi dve godine¹⁸, u švajcarskom pravu je godinu dana¹⁹, dok je u našem pravu predviđen rok od šest meseci.²⁰ U svakom slučaju, u pitanju su kratki rokovi jer se tako onemogućava kupac da, odugovlačeći sa ulaganjem prigovora oteža ili osujeti dokaz o stanju robe, ali i da bi se prodavac brzo obavestio o eventualnim problemima u realizaciji ugovora kako bi, s obzirom na postojeće okolnosti, uskladio svoje buduće aktivnosti. Odredbe koje uređuju pitanje roka za stavljanje prigovora na nesaobraznost su, po pravilu, dispozitivne prirode i strane mogu ugovorom predvideti njegovo duže ili kraće trajanje.

Sadržina prigovora. – Pravni sistemi obično ne predviđaju posebne zahteve u pogledu sadržine izjave kojom kupac prigovara na nedostatke robe, ali je po prirodi stvari nužno da ona sadrži dovoljno podataka na osnovu kojih prodavcu može biti potpuno jasno da je reč o prigovoru koji aktivira pravo na pravna sredstva, a ne o nekoj drugoj izjavi ili zahtevu.²¹ U tom smislu kupac mora precizno da navede o kakvim je nedostacima reč²², kao i da prodavcu pruži dovoljno in-

kraći ili duži. O ovome videti više: Schwenzer, I., Art. 39, u, Schlechtriem & Schwenzer (Schwenzer, I., ed.), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3e éd., Oxford, Oxford University Press, 2010, str. 630-633.

¹⁷ Stav 2. člana 39. Ipak, ovo pravilo nije bez izuzetaka i kupac ne gubi sva pravna sredstva predviđena za slučaj nesaobraznosti ako ne pošalje prigovor (obaveštenje) kada je prodavac znao za nedostatke robe ili je za njih morao znati a nije ih saopštio kupcu i kada kupac ima razumno opravdanje što nije poslao traženo obaveštenje u razumnom roku (čl. 40. i 44). U ovom drugom slučaju kupac zadržava pravo na sniženje cene kao i na naknadu štete, ali ne i pravo na izgublenu dobit. Ipak, prava iz člana 44. moraju se koristiti u okviru predviđenog prekluzivnog roka u trajanju od dve godine.

¹⁸ §438 BGB; član 477. stav 2. Građanskog zakonika Ruske federacije.

¹⁹ Član 210. stav 2. švajcarskog Obligacionog zakonika

²⁰ Član 482. ZOO.

²¹ Tako, na primer, ako kupac zahteva isporuku druge robe onda to još uvek ne znači da on istovremeno i prigovara na nedostatke; potrebno je da prodavac na osnovu tog zahteva kupca može da zaključi da je razlog za novu porudžbinu nesaobrazna isporuka (primer naveden prema Kröll, S., Art. 39, u, *UN Convention on Contract for the International Sale of goods (CISG)*, Kröll, S., Mistelis, L., Pilar, P. V. (eds.), C.H. Beck, Hart Publishing, Nomos, München, Oxford, 2011, str. 602-603).

²² To, međutim, ne znači da je kupac dužan da potpuno navede sve nedostatke da bi prigovor proizvedio pravno dejstvo, jer takav zahtev nije uobičajen u uporednom pravu. Međutim, ovde treba praviti razliku između situacije kad kupac prigovara na kvalitet i situacije kada on prigovara na manju količinu robe: samo u drugom slučaju je nužno da on potpuno precizno navede količinu robe koja nedostaje, jer jedino tako prodavac može znati koliko još robe treba da pošalje da bi ispunio svojo ugovornu obavezu.

formacija koje potvrđuju da je u pitanju njegova, a ne nečija druga roba.²³ Jasno je da sadržina konkretnog prigovora, u praksi, u bitnoj meri zavisi od karaktera robe koja je predmet ugovora, ali i od samog kupca, njegovih znanja i sposobnosti. Tako se precizniji prigovori očekuju od eksperta za robu na koju se ugovor odnosi, ali se i od onih koji nisu eksperti očekuje da nedostatke navedu dovoljno precizno jer opšti prigovori, kao na primer: “roba je lošeg kvaliteta”, “mašine se moraju popraviti”, “nije onako kako smo očekivali”, itd. nisu dovoljno određeni da bi se uzimali u obzir.²⁴

U uporednom pravu se, po pravilu, ne predviđa ni da je kupac dužan da u okviru prigovora na nedostatke izjavi i koja pravna sredstva ima nameru da postavi, a takav zahtev ne bi ni bio opravdan ako se ima u vidu da su rokovi za odušiljanje prigovora kratki te da kupac nema dovoljno vremena da odluči i o tom pitanju²⁵. Ni Bečka konvencija ne predviđa da je kupac dužan da u prigovoru navede i zahteve koje namerava da postavi, osim u slučaju da se opredeli za zamenu robe ili za otklanjanje nedostataka opravkom, kada to mora učiniti istovremeno sa prigovorom ili u razumnom roku po njegovom stavljanju²⁶.

Forma prigovora: – U uporednom pravu, po pravilu, nema posebnih zahteva ni u pogledu forme prigovora na nedostatke, a suprotno rešenje moglo bi da optereti međusobne odnose strana ugovornica i tako uspori odvijanje međunarodnog prometa roba. Stoga, ovaj prigovor može biti saopšten usmeno, putem

²³ Naš Zakon o obligacionim odnosima predviđa da prigovor, pored bližeg opisa nedostataka, mora da sadrži i poziv prodavcu da pregleda stvar, dok Bečka konvencija, na primer, taj zahtev ne postavlja (uporediti član 484. stav 1. ZOO i član 39. stav 1. Konvencije).

²⁴ Videti, na primer: odluku OLG Oldenburg u predmetu br. 13 U 5/00 od 28. aprila 2000. godine, izvod iz odluke dostupan na <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/000428g1.html>; odluku LG München u predmetu br. 17 HKO 3726/89 od 3. jula 1989. godine, izvod iz odluke dostupan na <http://www.cisg.law.pace.edu/cases/890703g1.html>; odluku OLG Köln u predmetu br. 27 U 58/96 od 8. januara 1997. godine, izvod iz odluke dostupan na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970108g1.html>; odluku LG Coburg u predmetu 22 O 38/06 od 12. decembra 2006. godine, izvod iz odluke dostupan na <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/061212g1.html>. O zahtevima sadržine prigovora na nedostatke prema Bečkoj konvenciji videti više: Kröll, S., Art. 39, u, *UN Convention on Contract for the International Sale of goods (CISG)*, op. cit., str. 602–607; Schwenger, I., Art. 39, u, *Schlechtriem & Schwenger Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit., str. 624–627.

²⁵ Ipak, strane mogu ugovorom ovo pitanje rešiti i na drugačiji način.

²⁶ Zahtev za isporuku druge robe kao zamene kao i zahtev za otklanjanje nedostataka opravkom su dostupni samo kupcu i to samo u slučaju da prodavac isporuči robu nesaobraznu ugovoru (član 46. st. 2. i 3. Bečke konvencije). U pitanju su posebna prava kupca koja predstavljaju zahtev za izvršenje ugovora. O ovom pitanju videti više: Jovičić, K., *Zahtev za izvršenje ugovora prema Bečkoj konvenciji o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe*, u, *Pravni život* br. 11/2011, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2011, str. 396–402.

odgovarajućeg pismena, u elektronskoj formi ili na svaki drugi način premda je, radi pravne sigurnosti, poželjno da bude u formi koja je podobna da ostavi valjani trag, odnosno koja može poslužiti kao dokaz da je prigovor uložen.

Obračun sniženja cene

Kod zahteva za sniženje cene suštinsko je pitanje načina obračuna. U načelu, cena se smanjuje srazmerno razlici između vrednosti isporučene robe i vrednosti koju bi ona imala da je saobrazna ugovoru, ili za iznos razlike u vrednosti između stvari bez nedostatka i stvari sa nedostatkom. Prema tome, razlikuju se dve metode obračuna sniženja cene: relativna metoda i linearna metoda. Većina prava koja uređuju zahtev za sniženje cene prihvata obračun prema tim metodama²⁷, dok posebno rešenje nalazimo u francuskom pravu po kome se sniženje cene vrši na osnovu procene eksperta²⁸.

Relativna metoda obračuna sniženja cene. – Prema ovoj metodi ugovorena cena se umanjuje u istoj srazmeri u kojoj se umanjuje vrednost robe zbog nedostatka. U pitanju je način obračuna koji se vrši po matematičkoj formuli izvedenoj na osnovu sledeće proporcije: odnos snižene i ugovorene cene jednak je odnosu između vrednosti robe sa nedostatkom i vrednosti robe bez nedostatka. Tako se dolazi do formule obračuna po kojoj se vrednost isporučene robe (robe sa nedostatkom) deli sa vrednošću koju bi ta roba imala da je saobrazna ugovoru, pa se tako dobijeni iznos pomnoži sa ugovorenim cenom. Rezultat, odnosno iznos koji se dobije predstavlja umanjenu cenu koju kupac treba da plati prodavcu.²⁹

Linearna metoda obračuna sniženja cene. – Primenom ove metode ugovorna cena se ne umanjuje srazmerno umanjenoj vrednosti isporučene robe zbog

²⁷ Na primer, §441. BGB; član 205. stav 1. švajcarskog Obligationnog zakonika; član 498. našeg Zakona o obligacionim odnosima; član 50. Bečke konvencije; član 9:401 Načela evropskog ugovornog prava.

²⁸ Član 1644. francuskog CC.

²⁹ O relativnoj metodi obračuna videti: Huber, P., Mullis, A., *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners*, Sellier, European Law Publishers, München, 2007, str. 252; Müller-Chen, Art. 50, u, Schlechtriem & Schwenzler *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit., str. 774; Will, M., Art. 50, u, Bianca-Bonell *Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè, Milan, 1987, str 372–373; Bach, I., Art. 50, u, Kröll, S., Mistelis, L., Pilar, P. V. (eds.), *UN Convention on Contract for the International Sale of goods (CISG)*, C.H.Beck, Hart Publishing, Nomos, München, Oxford, 2011, str. 758–759; Gärtner, A., *Britain and the CISG: The Case for Ratification – A Comparative Analysis with Special Reference to German Law*, Kluwer Law International, The Hague, 2000–2001, dostupno na <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/gartner.html#iia>.

nedostataka, već za iznos koji odgovara razlici između vrednosti stvari bez nedostatka i vrednosti stvari sa nedostatkom. Tako, na primer, ako je vrednost isporučene robe manja za 1.000 dinara u odnosu na vrednost koju bi ta roba imala da je saobrazna ugovoru, onda se ugovorena cena umanjuje za iznos od 1.000 dinara.³⁰

Kod obračuna sniženja cene postavlja se pitanje relevantnog vremena i mesta obračuna. U odnosu na vreme prema kome treba utvrđivati vrednost robe u uporednom pravu se najčešće predviđa da je to vreme vreme zaključenja ugovora ili vreme isporuke. Ako bi se uporedila ova dva rešenja onda bi se, sa stanovišta pravne sigurnosti, prednost dala drugom budući da se vreme isporuke kod ugovora o međunarodnoj prodaji robe, po pravilu, lakše utvrđuje nego vreme zaključenja ugovora. Sem toga, obračun sniženja cene prema vremenu zaključenja ugovora nije uvek moguć, na primer, kada se ugovor odnosi na robu koju tek treba proizvesti ili pribaviti, dok taj problem ne postoji kada se obračun veže za vreme isporuke. Upravo zbog toga Bečka konvencija, kao i većina nacionalnih prava, predviđa da je za obračun sniženja cene relevantno vreme isporuke, čime se odstupilo od rešenja haškog Jednoobraznog zakona o međunarodnoj prodaji robe po kome se uzima u obzir vreme zaključenja ugovora.³¹ Za razliku od Bečke konvencije, naš Zakon o obligacionim odnosima obračun sniženja cene vezuje, kao i Haški zakon, za vreme zaključenja ugovora.³² Kada je o pitanju mesta relevantnog za obračun reč, tada se u zakonskim tekstovima retko nalazi odgovor pa bi ovu pravnu prazninu trebalo rešavati polazeći od činjenice da su vreme i mesto obračuna blisko povezani. Tako, ako je merodavno vreme isporuke onda treba uzeti da je merodavno i tržište mesta isporuke, odnosno, ako je merodavno vreme zaključenja ugovora onda je za obračun relevantno mesto njegovog zaključenja.

Upoređujući navedene metode može se zaključiti da relativna bolje odgovara interesima međunarodne trgovine, najviše zbog toga što omogućava očuvanje efekata originalnog ugovora. Drugim rečima, ako je kupac kupio suviše skupo, ili suviše jeftino, smanjenje cene primenom relativne metode mnogo manje utiče na promenu ugovorenog odnosa između vrednosti robe i njene cene, nego što bi na

³⁰ O ovome videti više: Draškić, M., Stanivuković, M., *Ugovorno pravo međunarodne trgovine*, Savremena administracija, Beograd, 2005, str. 352.

³¹ U pitanju je član 46. Haškog jednoobraznog zakona o međunarodnoj prodaji robe. O razlozima koji su uticali da se to rešenje ne prihvati u Bečkoj konvenciji videti više: Will, M., Art. 50, u, *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law*, op. cit., str. 368–369. I Načela evropskog ugovornog prava predviđaju da je za obračun relevantno vreme isporuke (član 9:401).

³² Član 498. ZOO. Ovo rešenje je zadržano Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije. Videti: *Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije, Knjiga II, Obligacioni odnosi*, Generalni sekretarijat Vlade Srbije, Beograd, 2009. godine, član 550, str. 183. Isto rešenje predviđa, na primer, i nemačko pravo (§441 BGB).

to uticala primena linearne metode.³³ Upravo takvo rešenje sadrži Bečka konvencija, kao i naš Zakon o obligacionim odnosima³⁴.

Zahtev za sniženje cene prema Bečkoj konvenciji

Bečka konvencija uređuje zahtev za sniženje cene kao posebno pravno sredstvo kupca, koje on može realizovati i bez angažovanja suda ili arbitraže pa se ono označava i kao njegovo unilateralno pravo. Ova tvrdnja, međutim, nije sporna samo kada se prodavac ne usprotivi navedenom zahtevu kupca, ali ako on na to ne pristane onda će o sniženju cene konačno odlučiti sud ili arbitraža. U svakom slučaju, treba imati u vidu da nije isti položaj kupca u situaciji kada je unapred platio i kada to još nije učinio: u prvom slučaju on zahtevom za sniženje cene traži od prodavca da mu vrati deo plaćenog iznosa a to se, po pravilu, teže postiže nego da zahteva sniženje cene u drugom slučaju, tj. ako još uvek nije platio. Imajući u vidu da se kod značajnog broja ugovora o međunarodnoj prodaji robe ugovara avansno plaćanje, onda prednost zahteva za sniženje cene kao unilateralnog prava kupca nema neki veći praktični značaj.³⁵

Pravilo koje reguliše zahtev za sniženje cene formulisano je u članu 50. Konvencije, čija prva rečenica glasi: "Ako roba nije saobrazna ugovoru kupac može, bez obzira na to da li je cena već plaćena ili nije, sniziti cenu srazmerno razlici između vrednosti stvarno isporučene robe u vreme isporuke prema vrednosti koju bi u to vreme imala roba saobrazna ugovoru." Na osnovu citiranog pravila izdvaja se osnovni uslov koji mora biti ispunjen da bi kupac stekao ovo pravo i to je da je prodavac isporučio robu koja nije saobrazna ugovoru³⁶. Zahtev za sniženje cene

³³ Huber, P., Mullis, A., *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners*, op. cit., str. 252; Müller-Chen, Art. 50, u, Schlechtriem & Schwenzler *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit., str. 774; Draškić, M., Stanivuković, M., *Ugovorno pravo međunarodne trgovine*, op. cit., str. 352.

³⁴ Član 498. ZOO glasi: "Sniženje cene se vrši prema odnosu između vrednosti stvari bez nedostatka i vrednosti stvari sa nedostatkom, u vreme zaključenja ugovora".

³⁵ O ovom pitanju videti više: Chengwei, L., *Price Reduction for Non-Conformity: Perspectives from the CISG, UNIDROIT Principles, PECL, and Case Law*, dostupno na: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei2.html>.

³⁶ Ipak, zahtev za sniženje cene se, u principu, ne primenjuje kada prodavac isporuči manju količinu robe s obzirom da Konvencija to pitanje uređuje posebnim pravilom (član 51), po kome kupac može u tom slučaju upotrebiti bilo koje pravno sredstvo (uključujući i zahtev za sniženje cene), ali samo u pogledu dela robe koji nedostaje. Kada bi se primenio odgovarajući obračun sniženja cene u odnosu na nedostajuću količinu robe, tada bi se došlo do toga da kupac prodavcu ne treba ništa da plati za robu koju nije dostavio, što je isto kao i da je raskinuo ugovor u odnosu na tu

nije dostupan ni u jednom drugom slučaju neizvršenja ugovora od strane prodavca, čak ni kada on isporuči robu sa nedostacima u pravu.³⁷ Konvencija ne predviđa da je potrebno da nedostatak saobraznosti ispunjava zahteve bitne povrede ugovora³⁸ pa je svaki nedostatak, uključujući i beznačajan, dovoljan osnov za aktiviranje ovog prava kupca.³⁹

Nesaobraznost robe, međutim, nije sama po sebi dovoljna; neophodno je da je kupac prodavcu blagovremeno i uredno zbog toga prigovorio. Obaveza slanja prigovora, iako nije predviđena članom 50, proizlazi na osnovu člana 39. Konvencije⁴⁰, premda kupac može sniziti cenu i kada nije prigovorio, ali tada mora imati

robu pa zahtev za sniženje cene u ovom slučaju nema veći praktični značaj. Konvencija, takođe, posebnim pravilom reguliše i slučaj kada prodavac isporuči veću količinu robe (član 52).

³⁷ Većina komentatora Bečke konvencije smatra da kupac nema pravo da zahteva sniženje cene zbog isporuke robe sa pravnim nedostacima, na primer: Schlechtriem, P., *Uniform Sales Law – The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Manz, Viena, 1986, str. 79; Bach, I., Art. 50, u, *UN Convention on Contract for the International Sale of goods (CISG)*, op. cit., str. 755. I Müller-Chen navodi da je kupac u tom slučaju dovoljno zaštićen zahtevom za naknadu štete te da sniženje cene i nema nekog većeg praktičnog značaja (Müller-Chen, Art. 50, u, Schlechtriem & Schwenger *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit., str. 772), a ovaj stav podržava i Schwenger (Schwenger, I., Art. 41, u, Schlechtriem & Schwenger *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit., str. 658). Međutim, u literaturi se nailazi i na suprotno shvatanje, koje pre svih zastupaju autori koji pod zahtevom saobraznosti robe obuhvataju i zahtev da ona nema nedostataka u pravu. Tako, na primer, Enderlein, F., Maskow, D., *International Sales Law, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods – Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods, Commentary*, Oceana, New York–London–Rome, 1992, str. 195. Za razliku od Bečke konvencije, u našem pravu je izričito je predviđeno da kupac može zahtevati sniženje cene i zbog isporuke robe sa nedostacima u pravu (član 510. ZOO).

³⁸ Bitnu povredu ugovora uređuje član 25. Konvencije, koji glasi: “Povreda ugovora koju učini jedna strana smatraće se bitnom ako se njome prouzrokuje takva šteta drugoj strani da je suštinski lišava onog što je opravdano očekivala od ugovora, izuzev ako takvu posledicu nije predvidela strana koja čini povredu niti bi je predvidelo razumno lice istih svojstava u istim okolnostima”. O bitnoj povredi ugovora videti opširnije: Perović, J., *Bitna povreda ugovora – Međunarodna prodaja robe*, Službeni list SCG, Beograd, 2004, str. 122–166.

³⁹ Za razliku od našeg Zakon o obligacionim odnosima, koji izričito predviđa da se beznačajni nedostaci ne uzimaju u obzir (član 478. stav 3.), Konvencija nema takvo pravilo, ali to i nema nekog praktičnog značaja u krajnjem rezultatu jer kupac, da bi ostvario sniženje cene po Bečkoj konvenciji, mora da dokaže da je vrednost robe smanjena, a on ne može u tome uspeti ako je nedostatak bez značaja. O ovome videti više: Müller-Chen, Art. 50, u, Schlechtriem & Schwenger *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit., str. 772; Bach, I., Art. 50, u, *UN Convention on Contracts for the Internatioinal Sale of Goods (CISG)*, op. cit., str. 751.

⁴⁰ Član 39. stav 1. glasi: “Kupac gubi pravo da se poziva na nedostatak saobraznosti robe ako o tome nije prodavcu poslao obaveštenje u kome je naveo prirodu nedostatka, u razumnom roku od trenutka kad ga je otkrio ili morao otkriti”. Stavom 2. istog člana je predviđeno da kupac, koji ne pri-

razumno opravdanje zbog čega to nije učinio⁴¹. Kod ovog pravnog sredstva kupca postavlja se i pitanje roka u kome on može prinudnim putem realizovati sniženje cene pa kako Konvencija o tome nema pravilo kupac, pod uslovom da je blagovremeno i uredno prigovorio na nedostatke, gubi mogućnost da to učini kad istekne rok u kome takvu tužbu može podneti prema merodavnom nacionalnom pravu.

U pravnoj literaturi ima mišljenja da je izjava, kojom kupac zahteva od prodavca da snizi cenu, takođe, uslov za sticanje njegovog prava na ovo pravno sredstvo jer kupac i ne može drugačije ostvariti svoja prava sem ako ne učini izjavu kojom se na ta prava poziva. Međutim, brojni autori osporavaju ovo shvatanje ukazujući da navedena izjava ne može biti uslov budući da pravilo člana 50. ne predviđa da je kupac dužan da *izjavi* sniženje cene, već samo da on *može* sniziti cenu. I kada je o ovom pitanju reč tada treba razlikovati situaciju kada je kupac platio cenu u celosti od situacije kada nije uopšte platio ili je platio manje: samo u prvom slučaju on, po pravilu, čini izjavu kojom od prodavca traži da mu vrati deo cene⁴², dok u drugom slučaju kupac jednostavno može platiti manje ili ne platiti ostatak cene i tako realizovati njeno sniženje a da se nije izričito pozvao na to svoje pravo. S obzirom da se u tekstu Konvencije ne može naći pravilo na osnovu koga bi se kupcu uskratilo pravo da snizi cenu ako to izričito ne izjavi, niti se takav stav zastupa u sudskoj praksi, može se zaključiti da takva izjava nije uslov za sticanje njegovog prava na ovo pravno sredstvo.⁴³

Drugom rečenicom člana 50. je predviđeno da kupac ne može da snizi cenu ako prodavac otkloni bilo koje neizvršenje svojih obaveza, u skladu sa pravilima

govori u roku od dve godine od dana stvarne predaje, gubi pravo da se poziva na nedostatak saobraznosti. Dovoljno je da je kupac poslao takvo obaveštenje, a rizik u njegovom prenosu snosi prodavac na osnovu opšteg pravila člana 27. Konvencije, po kome "...kad je jedna strana neko obaveštenje, zahtev ili drugo saopštenje učinila u skladu sa ovim delom i na način koji se smatra odgovarajućim u datim okolnostima, zadocnjenje ili greška u prenosu saopštenja ili činjenica da saopštenje nije stiglo ne lišava tu stranu prava da se na to saopštenje poziva."

⁴¹ Videti član 44. Konvencije.

⁴² Kupac, u principu, nije dužan da zahtevajući sniženje cene istovremeno precizira i iznos njenog umanjenja. Međutim, on to, po logici stvari, čini ako traži od prodavca da mu vrati deo cene. Sem toga, kada se zahtev za sniženje cene realizuje pred sudom ili arbitažom tada kupac, po pravilu, mora navesti tačan iznos cene koju traži zato što imperativna procesna pravila države suda ili arbitraže redovno predviđaju da tužbeni zahtev mora biti precizno određen.

⁴³ Za detaljnu analizu ovog pitanja, sa stavovima koji se zastupaju u pravnoj doktrini kao i u praksi primene Bečke konvencije videti više: Đorđević, M., *Declaration of Price Reduction Under the CISG, Much Ado About Nothing?*, u, *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution* (Liber Amicorum Eric Bergsten), Kröll, S., Mistelis, P., Perales Visacasillas & Rogers, V., (eds.), Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2011, str. 551–569.

iz članova 37. ili 48. Konvencije.⁴⁴ Drugim rečima, ako prodavac uspe da, u okviru roka isporuke ili po njegovom isteku, otkloni nesaobraznost u izvršenju bez nanošenje kupcu nerazumnih nepogodnosti niti troškova, onda kupac gubi pravo da zahteva sniženje cene jer za to više nema osnova budući da je prodavac izvršio ugovor. Konvencija, dakle, daje prioritet prodavčevom pravu da otkloni nedostatke u izvršenju pod predviđenim uslovima⁴⁵ i kupac ne bi mogao bez posledica da odbije da primi isporuku u skladu sa tim članovima⁴⁶.

Kada je kupčev zahtev za sniženje cene osnovan, tada se cena snižava “srazmerno razlici između vrednosti stvarno isporučene robe u vreme isporuke prema vrednosti koju bi u to vreme imala roba saobrazna ugovoru.”, dakle, primenom obračuna zasnovanog na relativnoj metodi. Relevantno vreme obračuna je vreme isporuke, a polazeći od činjenice da se vreme i mesto obračuna nalaze u bliskoj vezi, u literaturi preovlađuje shvatanje da je za obračun značajno mesto isporuke⁴⁷. Ipak, kod ugovora o prodaji koji uključuju prevoz robe, kao i kod ugovora o prodaji robe u tranzitu, neki autori preporučuju korekciju mesta isporuke tako da se uzme u obzir mesto destinacije⁴⁸ jer je to mesto u kome kupac, faktički, pre-

⁴⁴ Konvencija predviđa da prodavac ima pravo da otkloni nedostatak saobraznosti u okviru roka isporuke (član 37.), odnosno da otkloni nedostatke u izvršenju i nakon proteka tog roka (član 48). Ovo pravo prodavca, koje Konvencija uređuje kao njegovo posebno pravno sredstvo, nije poznato u nacionalnim pravima, sa izuzetkom američkog prava (član 2–508 stav 2. Jednoobraznog trgovačkog zakonika SAD). Međutim, i u pravima koja predviđaju zahtev za izvršenje ugovora u naknadnom roku prodavac ima mogućnost da otkloni nedostatke u izvršenju i po isteku roka isporuke, ali je to više uređeno kao pravo kupca nego kao pravo prodavca.

⁴⁵ U literaturi nije sporno da ovo prodavčevo pravo ima prioritet i u odnosu na ostala pravna sredstva kupca. Videti: Schwenzer, I., Art. 37, u, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit., str. 444; Kröll, S., Art. 37, u, Kröll, S., Mistelis, L., Perales Viscasillas, P., (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit., str. 555; Bach, I., Art. 50, u, Kröll, S., Mistelis, L., Perales Viscasillas, P., (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit., str. 755.

⁴⁶ Ako bi se kupac usprotivio vršenju prava prodavca na osnovu čl. 37. i 48. Konvencije, onda bi on time sprečio prodavca da izvrši ugovor i u tom slučaju bi, shodno pravilu člana 80. po kome: “Jedna strana ne može se pozivati na neizvršenje druge strane ako je to neizvršenje prouzrokovano njenom radnjom ili propustom”, izgubio pravo na pravna sredstva.

⁴⁷ Videti: Müller-Chen., Art. 50, u, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit., str. 776; Enderlein, F., Maskow, D., *International Sales Law*, op. cit., str. 197. I sudska praksa potvrđuje da je za obračun relevantno mesto isporuke, na primer, odluka OLG Graz u predmetu 6 R 194/95 od 9. novembra 1995. godine, izvod iz odluke dostupan na: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951109a3.html>. Ako mesto isporuke nije određeno ugovorom, onda se ono određuje prema dispozitivnim pravilima člana 31. Konvencije.

⁴⁸ Na primer, Müller-Chen., *ibidem*. Međutim, iako se predlog korekcije vremena isporuke u pomenutim slučajevima zasniva na jakom argumentu, koncept isporuke robe je precizno određen članom 31. Konvencije, pa bi bilo takvo odstupanje od njene primene bilo suprotno Konvenciji.

uzima robu, odnosno, on tek tada stiče mogućnost da je pregleda i utvrdi nedostatke.⁴⁹

Kupac može zahtevati sniženje cene samo alternativno sa zahtevom za ispunjenje ugovora i izjavom o raskidu ugovora, ne i istovremeno sa tim pravnim sredstvima⁵⁰. Međutim, on može zajedno sa sniženjem cene podneti i zahtev za naknadu štete⁵¹, što mu omogućava da, pored toga što će prodavcu platiti manje, nadoknadi i drugu štetu koju je usled nesaobraznosti robe pretrpeo⁵². Ipak, zahtev za sniženje cene ima posebni značaj za kupca u dve situacije: prvo, kada prodavac uspe da se oslobodi od ugovorne odgovornosti na osnovu člana 79. Konvencije⁵³, i drugo, kada je vrednost robe na koju se ugovor odnosi pala od momenta zaključenja ugovora do momenta isporuke, odnosno kada je roba pro-

Za ovo shvatanje videti: Huber, P., Mullis, A., *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners*, op. cit., str. 253.

⁴⁹ O ovom pitanju je bilo i drugih predloga, na primer, da se odredi da je u tom slučaju relevantno mesto kupčevog sedišta, ali je predlog da se takva odredba unese u tekst Konvencije odbijen (predlog su sačinile delegacije Argentine, Španije i Portugala) sa obrazloženjem da Konvencija ne treba da uređuje takve detalje, te da sedište kupca ne mora biti mesto isporuke, odnosno destinacije (o ovome videti: OR, str. 358-359, navedeno prema Müller-Chen., op. cit., str. 777). U literaturi je privukao pažnju i predlog Michaela Willa, po kome pitanje relevantnog mesta za obračun treba rešavati u tri koraka: kao prvo, trebalo bi uzeti mesto prve destinacije robe, pa ako ono nije odgovarajuće onda bi kao drugo trebalo uzeti mesto isporuke, a ako ni ono ne odgovara, onda je relevantno mesto sedišta kupca (Will, M., Art. 50, u, *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law*, op. cit., str. 375).

⁵⁰ Kada bi istovremeno zahtevao sniženje cene i izvršenje ugovora, kupac bi tada dobio više od onoga na šta po ugovoru ima pravo (dobio bi saobraznu robu po nižoj ceni). Isti razlog isključuje istovremeno postavljanje zahteva za sniženje cene i raskida ugovora.

⁵¹ Pravni osnov za zahtev za naknadu štete u ovom slučaju je član 45. stav 1. tačka b), po kome kupac može, ako prodavac ne izvrši bilo koju svoju obavezu, zahtevati naknadu štete predviđenu u čl. 74-77.

⁵² Šteta koju kupac nadoknađuje može biti, na primer, indirektna šteta, naknada za troškove koje je imao u vezi sa pregledom robe, i dr. Ipak, zahtev za naknadu štete i zahtev za sniženje cene ne mogu se istovremeno realizovati ako bi to vodilo duploj kompenzaciji za isti gubitak. O ovom pitanju više: Müller-Chen., Art. 50, u, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit., str. 779; Bach, I., Art. 50, u, Kröll, S., Mistelis, L., Perales Viscasillas, P., (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, op. cit., str. 765-767. I u našem pravu kupac može zajedno sa sniženjem cene zahtevati i naknadu štete (član 488. ZOO).

⁵³ Po našem pravu, na primer, ova činjenica nema veći praktični značaj za kupca kako zbog toga što je odgovornost prodavca za materijalne nedostatke određena objektivno (član 478. stav 1. ZOO), tako i zbog toga što naknada štete i sniženje cene nisu alternativna pravna sredstva u ovom slučaju prema Zakonu o obligacionim odnosima, već kupac može zahtevati naknadu štete isključivo kao prateću sankciju uz neko drugo pravno sredstvo predviđeno za slučaj isporuke robe sa nedostacima, uključujući i uz zahtev za sniženje cene (član 488. st. 1. i 2. ZOO).

data po ceni višoj od tržišne cene. U prvom slučaju zahtev za sniženje cene je za kupca nezamenjiv jer mu zahtev za naknadu štete nije dostupan, dok u drugom slučaju on, po pravilu, dobija više upotrebom ovog pravnog sredstva umesto naknadom štete, što je posledica činjenice da se naknada štete i sniženje cene vrše po različitim obračunima.⁵⁴

ZAKLJUČAK

Kada je o zahtevu za sniženje cene reč, tada se može postaviti pitanje koja je osnovna svrha ovog, posebnog prava kupca. Na osnovu činjenice da kupac, putem sniženja cene, često biva u potpunosti obeštećen, na prvi pogled izgleda da ovo pravno sredstvo i naknada štete imaju isti cilj. Međutim, značajne razlike koje postoje između ova dva instituta takav zaključak dovode u pitanje. Kao prvo, kupac putem sniženja cene nadoknađuje samo razliku u vrednosti isporučene robe i vrednosti koju bi ona imala da je saobrazna ugovoru, ni jedan drugi gubitak koji je eventualno zbog toga pretrpeo, dok kod naknade štete vlada načelo potpune naknade, odnosno njen je cilj da poveriočevo imovno stanje dovede na ono u kome bi bilo da je ugovor uredno izvršen.⁵⁵ Kao drugo, kupac koji je zadržao robu po nižoj ceni i uspeo na njoj da zaradi, na primer, preprodajući je ili iznajmljujući, nije dužan da to uzme u obzir prilikom obračuna iznosa za koji će cena biti umanjena, niti bi njegov zahtev za sniženje cene mogao biti isključen ako bi taj dobitak bio veći od razlike u vrednosti isporučene i ugovorene robe, dok bi ove okolnosti uticale na odmeravanje iznosa obeštećenja. Sem toga, kupac nije dužan da preduzima mere u cilju smanjenja ili otklanjanja štete koju trpi zbog nesaobrazne isporuke da bi realizovao sniženje cene, dok se od njega to očekuje i uzima u obzir prilikom odmeravanja visine obeštećenja. Iznos snižene cene, isto tako, ne

⁵⁴ Obračun sniženja cene se, po pravilu, vrši primenom relativne metode, dok se naknada štete vrši, po pravilu, primenom linearne metode. Interesantan je podatak da praksa nemačkih sudova u primeni člana 50. Konvencije pokazuje da kupci koriste zahtev za sniženje cene čak i u situacijama kada bi ostvarili više da su zahtevali naknadu štete, što se može objasniti jedino činjenicom da je postupak realizacije sniženja cene brži i jednostavniji (navedeno prema: Gärtner, A., *Britain and the CISG: The Case for Ratification – A Comparative Analysis with Special Reference to German Law*, op. cit.).

⁵⁵ U kontinentalnim pravima, koja polaze od koncepta rimskog prava, ideja potpune naknade štete ostvaruje se nadoknadom stvarne štete (*damnum emergens*) i izmakle koristi (*lucrum cessans*), dok je naknada štete u pravnim sistemima *common law* imala drugačiji razvojni put i smatra se da je ona potpuna kada je dovoljna da namiri poveriočev *expectation interest*, tj. interes izvršenja ugovora, zajedno sa njegovim *reliance interestom*, tj. interesom da nadoknadi troškove i gubitke koje je imao zato što se pouzdao da će prodavac izvršiti ugovor.

zavisi od predvidljivosti, što je zahtev koji se u uporednom pravu gotovo svuda postavlja kada je o naknadi štete reč. Na osnovu svega toga se zaključuje da koncept sniženja cene nije identičan konceptu naknade štete, te da se sniženje cene može ostvariti i nezavisno od toga da li je kupac usled isporuke robe nesaobrazne ugovoru pretrpeo štetu ili ne.

Ako se stvari posmatraju iz ugla prodavca, onda se kao najvažnije izdvaja to što isplatom manjeg iznosa nego što je ugovoreno na ime cene on dobija vrednost koja odgovara stvarnoj, umanjenoj vrednosti isporučene robe. Drugim rečima, da je kupac platio punu cenu za takvu robu prodavac bi dobio više nego što je pružio na ime ispunjenja ugovora. Snižanjem cene se ugovor, u suštini, prilagođava novonastalim okolnostima i tako se ponovo uspostavlja ravnoteža međusobnih ugovornih davanja, koja se poremetila zato što je prodavac neuredno izvršio ugovor. Zbog toga, za sniženje cene se pre može reći da ima za cilj da spreči neosnovano obogaćenje prodavca, nego da obešteti kupca.

KATARINA JOVIČIĆ, Ph.D.,
Research Associate, Institute of Comparative Law,
Belgrade

CLAIM FOR THE PRICE REDUCTION IN THE CONTRACT FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS

Summary

When the seller in the contract of international sale of goods delivers the goods not in accordance with the contract, the buyer acquires the right, under the conditions provided for by applicable law, to use certain remedies against him. In such situation the buyer, in general, possesses all the remedies provided for other types of breach of the contract. Moreover, in many legal systems the buyer is also received recognition the special right - the right to claim the price reduction from the seller. In this paper the buyer's claim for the price reduction is to be analyzed by considering the conditions and limitations in its application according to characteristic rules of national laws, after which the solutions of Vienna Convention are exposed in detail. In the concluding remarks the purpose of this special buyer's right is examined and indicates that it is rather the prevention of the seller's unjust enrichment than the buyer's compensation.

JELENA VUKADINović

NEKE KARAKTERISTIKE UGOVORA O FRANŠIZINGU U UPOREDNOM PRAVU I U PREDNACRTU SRPSKOG GRAĐANSKOG ZAKONIKA

U V O D

Posao franšizinga spada u kategoriju novih (modernih)¹ ugovora privrednog prava koji je u nekoliko poslednjih decenija često korišćen u poslovnoj praksi i pre nego što je bio zakonom regulisan.² O tome svedoče brojni ugovori zaključeni ne samo između domaćih i stranih subjekata, kojima je omogućeno poznatim stranim firmama da posluju na domaćem tržištu, nego i ugovori između domaćih subjekata u unutrašnjem prometu. S druge strane, ovaj posao je bio predmet interesovanja i pravne teorije koja se bavila analizom ne samo pojedinih pitanja, već i ugovora o franšizingu kao posebnog pravnog posla.³ Ove i druge okolnosti su uti-

Mr Jelena Vukadinović, istraživač saradnik Instituta za uporedno pravo, demonstrator na Ekonomskom fakultetu, Beograd.

¹ J. Perović, "How to Secure Contract Performance? Distribution, Franchise and Financial Leasing in Serbian Law", *Ekonomika preduzeća*, br. 3–4, mart–april 2012, Beograd, 2012, str. 149.

² U uvodnim napomenama studije komisije za izradu Građanskog zakonika, koja je naslovljena kao "Rad na izradi Građanskog zakonika Republike Srbije," Vlada Republike Srbije, Beograd, nov. 2007. str. 289, kao deo obrazloženja za regulisanje ovog posla u novom Građanskom zakoniku, se navodi i ova konstatacija.

³ Vid. M. Draškić, *Ugovor o franšizingu*, Beograd, 1982; I. Spasić, *Franšizing posao*, Beograd, 1996; T. Milenković-Kerković, *Franšizing – tajna uspeha*, Niš, 1997; M. Parivodić, *Pravo međunarodnog franšizinga*, Beograd, 2003.

cale na domaćeg zakonodavca da se opredeli da u Prednacrta novog Građanskog zakonika Republike Srbije (u daljem tekstu Prednacrta), u okviru “novih privrednih ugovora” predvidi i pravila za ugovor o franšizingu. Time se, međutim, zakonodavac nije i definitivno opredelio da ugovor o franšizingu ostane u konačnoj verziji Zakonika. Svoju rezervu (i dilemu) Komisija je izrazila u uvodnom obrazloženju, stavom da “u slučaju da se prihvati kao opravdano regulisanje ugovora o franšizingu u okviru Građanskog zakonika, ...”⁴ dat je samo “jedan mogući model ugovora.” Takav stav predstavljao je povod da u radu budu analizirana predložena rešenja i da se, nakon toga, zauzme stav o opravdanosti ili o potrebi⁵ zakonskog regulisanja ovog ugovora kao novog ugovora u privredi.”

U tom cilju su razmatranja u radu podeljena u tri dela. U prvom delu će biti reči o nastanku i opštem pojmu ugovora o franšizingu u uporednom pravu. U drugom delu će biti analizirana pravna priroda ugovora, dok će u trećem delu više reči biti o obavezi otkrivanja podataka.

NASTANAK I POJAM FRANŠIZINGA U UPOREDNOM PRAVU

Poreklo franšizing posla

Franšizing posao je nastao u poslovnoj praksi kao odgovor na praktične potrebe trgovaca da unaprede svoje poslovanje i položaj na tržištu tako što bi za svoj poslovni koncept “vezali” i druge subjekte, a ne samo klasične kupce. Kroz stvaranje i razvijanje ovog posla poznati trgovci su nastojali da svoje poslovanje prošire izvan tradicionalnih kanala prodaje u želji da kao poslovne partnere dobiju ne samo kupce sa suprotstavljenim interesima, već i saradnike u prodaji i u prihvatanju njihovog načina poslovanja. Uključivanjem primalaca franšize u sopstveni (već razvijeni) poslovni sistem, davaoci franšize su smanjivali ulaganje sopstvenog kapitala u prodajnu mrežu i menjali “strukturu prodaje”, tako što više nisu prodavali samo čistu robu ili uslugu, već i stečeno znanje i iskustvo koje je bilo uključeno u “poslovni sistem”. To je i razlog što je franšiza u raznim oblicima korišćena i pre nego što je ugovor o franšizingu bio pravno regulisan. Takvo kašnjenje prava u odnosu na praksu, nije karakteristično samo za ovaj posao, već i za

⁴ O celishodnosti regulisanja ovog ugovora vid. P. Šulejić, “Franšizing, lizing, faktoring – otvorena pitanja kod regulisanja ovih ugovora u Građanskom zakoniku Srbije”, *Pravo i privreda*, br. 5-8/2008, str. 500 i dalje.

⁵ U tom cilju Komisija za izradu Građanskog zakonika Republike Srbije, očekuje “izjašnjavaње stručne javnosti o potrebi zakonskog regulisanja tih ugovora” (misli se na nove ugovore autonomnog privrednog prava). Vid. *Građanski zakonik Republike Srbije*, druga knjiga, *Obligacioni odnosi*, Beograd, 2009, tač. 13, str. 8.

druge “nove poslove privrednog prava”, kao što su faktoring, forfeting i ugovor o distribuciji,⁶ koji se i dalje nazivaju “novim” iako se neki od njih koriste više od pola veka.

U rudimentarnom obliku franšizing je bio poznat još u starom veku. Tako se navodi da su pojedini poslovi sa karakteristikama franšizinga u Kini i Japanu bili poznati još u I veku pre nove ere.⁷ Međutim, franšizing poslovnog formata, koji je preteča današnjih javno pravnih franšiza je nastao u srednjovekovnoj Engleskoj, kao oblik (forma) u kojoj su feudalci pojedinim licima davali isključiva prava da obrađuju zemlju, organizuju vašare, skupljaju poreze, kao protivčinidbu za vršenje vojne službe, ali i za neka druga davanja ili imovinu.⁸ Tek kasnije će, prvo u SAD, nastati ugovor o franšizingu u obliku u kome je danas poznat. Pedesetih i šezdesetih godina XIX veka se javlja prvi pravi oblik distributivnog franšizinga, odnosno franšizing distribucije proizvoda i vezuje se za korišćenje *Singer* mašina za šivenje. Nakon korišćenja *Singer* šivaćih mašina, usledili su i franšizing poslovi iz oblasti pružanja usluga, poput restorana brze hrane i lanaca hotela.⁹ Ovakav poslovni koncept kasnije je proširen i na Evropu,¹⁰ tako da je danas prisutan veliki broj franšizing poslova iz oblasti pružanja usluga,¹¹ proizvodnje i prodaje robe.¹² Kao rezultat trgovačke prakse, ugovor o franšizingu se menjao u skladu sa potrebama tržišta i na taj način širio i dopunjavao svoj predmet - tzv. “franšizu.”¹³

U razvoju franšizing poslovanja mogu se razlikovati dve faze: faza tradicionalnog i faza integralnog franšizing koncepta.¹⁴ Tradicionalni ugovor o franšizingu karakteriše samo ustupanje prava davaoca franšize korisniku franšize, da vrši ekskluzivnu prodaju određene robe, odnosno da vrši pojedine usluge. Kasnije, pedesetih godina prošlog veka, se pored tradicionalnih vidova franšizing poslova-

⁶ Ovi poslovi su u Prednacrtnu grupisani u “nove ugovore autonomnog privrednog prava”, *n.delo*, tač. 13.

⁷ Franšizing posao kao poslovni koncept bio je poznat u Kini i njenim kolonijama pod nazivom *Mai Toi* (zakup stola) ugovor za vođenje gostionica.

⁸ C. Rosenfield, *The Law of Franchising*, New York 1970, str. 4-8. Isto i M. Parivodić, *n.delo*, str. 37.

⁹ R. Vukadinović, *Međunarodno poslovno pravo*, posebni deo, Kragujevac, 2009, str. 263.

¹⁰ U ovom smislu se navodi da su već 1840. godine u Engleskoj i Nemačkoj proizvođači piva dali franšizu jednom broju gostionica da služe i ekskluzivno prodaju njihovo pivo.

¹¹ Hotel International, Merlot lanci hotela, Intercontinental, Mc Donald's.

¹² Trgovački lanci poput Benettona, Bersha, Mango, Zara i sl.

¹³ Franšiza predstavlja skup elemenata (usluge, stvari, prava, metode poslovanja itd) koje davalac franšize ustupa za određenu naknadu korisniku franšize putem ugovora o franšizingu.

¹⁴ M. Jović, “Franšizing u praksi, istine i zablune”, *Kooperacija uslov opstanka malih privrednika i velikih korporacija*, Vrnjačka Banja, 1990, str. 4.

nja, javlja i novi oblik franšizing poslovanja, tzv. "franšizing poslovnog formata." Iz ovog oblika će se razviti i tzv. master ugovor o franšizingu.¹⁵ Franšizing poslovnog formata pored klasične distribucije, ustupanja prodaje ili vršenja usluga, predviđa i druga prava, uglavnom prava iz oblasti intelektualne svojine, pa se iz tih razloga i ekonomska osnova ovog ugovora širila. Posmatrajući posao franšizinga kao integralni proces, ugovor o franšizingu predstavlja vertikalni ugovor u kome preduzetnik koji je razradio svoje poslovanje robom ili uslugama, uvodi u svoj lanac poslovanja drugog, manje poznatog preduzetnika, u cilju formiranja jedinstvenog sistema i jačanja takvog sistema kao i iz razloga sticanja većeg profita.¹⁶

Međutim, ove podelu su relativne s obzirom na razlike koje u tom kontekstu postoje u američkoj praksi s jedne, i pravu EU, s druge strane. Tako se u američkoj praksi pravi razlika između jedinstvenog (direktnog) i višestrukog (složenog) franšizinga i sporazuma o master franšizingu.¹⁷ U pravu Evropske unije¹⁸ klasifikacija franšizing posla je izvršena sa stanovišta predmeta ugovaranja, pa su poznate tri vrste franšizing posla: industrijski tj. proizvodni, robni tj. distributivni i uslužni tj. franšizing usluga. Danas se najčešće zaključuju ugovori o master franšizingu.

Izvori prava

Iako je od vremena nastanka ugovora o franšizingu prošlo dosta godina, ovaj ugovor je uglavnom još uvek neimenovani pravni posao. Samo u malom broju nacionalnih prava ugovor o franšizingu je regulisan posebnim propisima.¹⁹ Između država koje su u unutrašnjem pravu ovaj ugovor regulisale, pravi se razlika na one koje su to učinile u okviru jedinstvenih građanskih ili trgovačkih zakonika²⁰ i onih koje su ovaj ugovor regulisale posebnim zakonima (ili propisima).²¹

¹⁵ M. Parivodić definiše ugovor o master franšizingu na sledeći način: "Ugovorom o master franšizi davalac franšize daje (često ekskluzivno) pravo sub-franšizeru da na određenoj teritoriji otvara sopstvene lokale i da franšizira trećim licima-subfranšizatima (ili samo franšizatima) za naknadu (po pravilu početnu i trajnu)," u M. Parivodić, *n. delo*, str. 68.

¹⁶ Više I. Spasić, *n. delo*, str. 16 i dalje.

¹⁷ Vid. više o podelama : R. Vukadinović, *n. delo*, str. 263.

¹⁸ Navedeno prema R. Vukadinović, *n. delo*, str.264. Vid. više kod I. Spasić, *n. delo*, str. 58.

¹⁹ Popis država u kojima je ovaj posao zakonski regulisan vid. u "Rad na izradi Građanskog zakonika...", *n. delo*, str. 291 i u: Annex 3 to the UNIDROIT Guide to International Franchise Arrangements, dostupno na: <http://www.unidroit.org/english/guides/2007franchising/annex.htm>

²⁰ Albanija, Belorusija, Estonija, Gruzija, Rusija, Litvanija, Moldavija.

²¹ Belgija, Brazil, Kanada (provincije Alberta, Ontario, Ostrvo Princa Edvarda), Indonezija, Italija, Kazakstan, Francuska (prva evropska zemlja koja je donela zakon o otkrivanju informacija – Loi Dubin, 1989), Koreja, Švedska.

Može se izdvojiti i treća grupa država koje posao franšizinga regulišu odredbama koje su sadržane u nizu propisa, kao što su Hrvatska i Makedonija.²²

Razlike postoje i u metodološkom pristupu, koji je korišćen u regulisanju ove materije. Moguće je izdvojiti tri pristupa. Prvi pristup karakterišu norme kojima je regulisano obligaciono pravno dejstvo između davaoca i korisnika franšize. Drugi pristup karakteriše regulisanje predugovornih obaveza davaoca franšize u cilju otkrivanja podataka korisniku franšize, dok je za treći pristup karakteristično regulisanje administrativno-pravnog okvira u kome se odvija posao franšizinga, kao što je zahtev za registracijom, odnosno odobrenjem ugovora o franšizingu od strane nadležnog državnog organa.²³

U pravu Evropske unije ovo pitanje je tretirano u sklopu poštovanja pravila o konkurenciji i regulisano je Uredbom Komisije br. 330/2010 o primeni člana 101(3) Ugovora o funkcionisanju EU na kategorije vertikalnih sporazuma i dogovorne prakse,²⁴ kao i u Nacrtu Zajedničkog okvira za upućivanje.²⁵ Od autonomnih izvora, od značaja su opšti uslovi poslovanja franšizing organizacija, kao što su opšti uslovi međunarodnog franšizing udruženja – IFA, MTK Model ugovor o međunarodnom franšizingu, kao i Evropski kodeks o etici u franšizingu.²⁶

Na međunarodnom planu, posao franšizinga je regulisan UNIDROIT Model zakonom o (predugovornom) otkrivanju podataka u franšizing poslovanju iz 2002²⁷ i Vodičom za međunarodne master franšizing sporazume.²⁸

U Srbiji se na ugovor o franšizingu primenjuju “opšti uslovi poslovanja, opšti principi obligacionog prava, kao i pravila srpskog Zakona o obligacionim odnosima, predviđena za druge, srodne ugovore (ugovor o licenci, ugovor o prodaji, ugovor o zakupu, ugovor o trgovinskom zastupanju, i sl.)”²⁹

²² O regulisanju franšizing posla u Hrvatskoj i Makedoniji, vid. više u *Civil Law Forum for South East Europe, Collection of studies and analyses*, First Regional Conference, Cavtat, 2010. Volume III, str. 169 i dalje. Ovakav pristup je primenjen i u pravu Španije i Meksika.

²³ Više R. Vukadinović, *n.delo*, str. 265.

²⁴ Commission Regulation 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices Official Journal L 102, 23.4.2010, str. 1–7.

²⁵ *Draft Common Frame of Reference*, Book IV, Part E, Chapter 4: Franchise contracts, 2009.

²⁶ Usvojen od strane Evropske asocijacije franšizanata od 23.09.1972. Dostupan na: <http://www.eff-franchise.com/spip.php?rubrique13>

²⁷ UNIDROIT Model Franchise Disclosure Law, 2002. Dostupno na: <http://www.unidroit.org/english/modellaws/2002franchise/2002modellaw-e.pdf>.

²⁸ UNIDROIT Guide to International Master Franchise Arrangements, 1998, rev. 2007. Dostupno na: <http://www.unidroit.org/english/documents/1998/study68/s-68-17-e.pdf>.

²⁹ J. Perović, “Moderni ugovori- franšizing”, *Civil Law Forum for South East Europe, Collection of studies and analyses*, First Regional Conference, Cavtat, 2010. Volume III, str. 226.

Pojam ugovora o franšizingu

U domaćoj teoriji postoje brojne definicije ugovora o franšizingu.³⁰ Tako profesor Vukadinović definiše ugovor o franšizingu kao ugovor kojim se “jedna strana davalac franšize (franšizer) obavezuje da će drugom licu korisniku franšize (franšizatu) ustupiti pravo prodaje robe ili usluga pod posebnim znakom ili imenom franšizera ili prava da koristi njegov jedinstveni način prodaje, a druga ugovorna strana se obavezuje da za to plati naknadu i da se u svom poslovanju pridržava preuzetih obaveza.”³¹ Na sličan, ali opširniji način, ugovor o franšizingu je u Prednacrtu (član 1257) definisan kao: “Ugovorom o franšizingu jedna strana – davalac franšizinga, ustupa isključiva prava prodaje robe ili vršenja usluga drugoj strani - primaocu franšizinga, ovlašćujući ga da istupa pod njegovim zaštićenim imenom (firmom), da koristi njegove licence (trgovačke i robne žigove) i druge znakove razlikovanja, da koristi njegove tehničke i komercijalne metode poslovanja, znanja i iskustva (*know-how*), marketing, uz pružanje stručnih usluga i pomoći u obučavanju i poslovanju korisnika, a uz konstantno pravo davanja instrukcija i nadzora nad poslovanjem korisnika, a druga ugovorna strana – primalac franšizinga, plaća za ustupljena prava i izvršene usluge odgovarajuću naknadu davaocu.”³² Ugovor o franšizingu je na sličan način definisan i u Nacrtu Zajedničkih pravila o upućivanju.³³ Prema odredbama člana 1262. davalac franšizinga je

³⁰ Vid. više npr : V. Kapor, S. Carić u *Ugovori robnog prometa*, težište prestacija stavljaju na periodične isporuke robe tj. vršenje usluga davaoca franšize, Beograd, 1976, str. 453 i 454; za razliku od M. Jovića koji akcenat stavlja na ustupanje komercijalne formule u “Franšizing- savremeni sistem distribucije” u *Marketing* 1/1974, str. 21. Više o def. ovog pojma vid. M. Draškić, *n. delo*, str.13 i dalje; M. Parivodić, *n. delo*, Beograd, 2003, str. 32 i dalje; M. Vasiljević, *Trgovinsko pravo*, Beograd, 2006, str. 267 i dalje; R. Vukadinović, *n. delo*, str. 266; J. Perovic, *n. delo*, str. 149 i dalje.

³¹ R. Vukadinović, *n.delo*, str. 266.

³² Čl. 1257. U jednom delu pravne teorije se široko postavljena definicija u Prednacrtu obrazlaže potrebom da se ugovorom o (složenom) franšizingu obuhvate i jednostavniji i noviji oblici koji će se javiti u praksi. Vid. T. Milenković-Kerković, “Ugovor o franšizingu ponovo u Srbiji - pojmovo određenje i bitni elementi *de lege ferenda*”, *Pravo i privreda*, br. 5–8/2008, str. 625; I. Spasić, “Pravna regulativa o franšizingu (Rešenja međunarodnih unifikacijskih akata i Prednacrtu GZ Srbije)”, *Pravo i prireda*, 4–6/2011, str. 782. Znatno kraću definiciju sadrži hrvatski zakon o trgovini, prema kome “Ugovorom o franchisingu franchise-proizvođač, specijalizirani trgovac na veliko i tvrtka koja je razvila uspješni oblik uslužnog poslovanja ustupa uz finansijsku naknadu primatelju franchise-trgovcu na malo ili tvrtki uslužne djelatnosti, pravo uporabe franchise radi prodaje određenih vrsta robe i/ili usluga.” Pregled ostalih definicija vid. na <http://www.eff-franchise.com/spip.php?rubrique21>. poslednji pristup: 20.07. 2012. kao i: http://www.franchise.org/uploadedFiles/Files/Executive_Summary_Franchise_Laws_World.pdf.

³³ U Nacrtu Zajedničkih okvira za upućivanje, čl. 4:101 (Draft Common Frame of Reference, Chapter IV, Section I, IV. E- 4: 101. Scope) ovaj posao je definisan kao “ugovor kojim jedna

dužan da u cilju isključive prodaje robe ili vršenja usluga, primaocu omogući da koristi sva svoja njegova isključiva prava: pravo upotrebe firme, pravo korišćenja robnog ili uslužnog žiga, modela, i drugih znakova razlikovanja, metoda marketinga i ostalih znanja i iskustva u promociji i prodaji robe i usluga.³⁴ Davalac franšizinga je dužan i da obezbedi stalno informisanje primaoca o svim činjenicama koje omogućavaju uspešno poslovanje, da sporovodi obuku i usavršavanje osoblja primaoca u preuzimanju i vođenju posla, da pruži pomoć primaocu u slučaju spora oko registracije i licenciranje žiga. Korisnik se obavezuje da plati određenu sumu novca, kao naknadu za ustupljena prava, čija se visina utvrđuje, u principu, prema procentu od ostvarene dobiti ili prometa.

PRAVNA PRIRODA UGOVORA O FRANŠIZINGU

Karakteristike ugovora o franšizingu

Opšte karakteristike: Ugovor o franšizingu je dvostrano obavezan ugovor sa trajnim izvršenjem prestacija i ugovor koji se zaključuje s obzirom na svojstva ličnosti. Ugovor se po pravilu, zaključuje u pisanoj formi.³⁵ Ugovorne strane, osim elemenata *intuitu personae*, karakteriše i ekonomska nejednakost. Davalac franšize je po pravilu ekonomski jača strana koja nastoji da nametne svoje opšte uslove poslovanja i tipske ugovore.

Bitni elementi ugovora. – Prema odredbama člana 1258. Prednacrta, ugovor o franšizingu naročito sadrži: označenje ugovornih strana, privrednu delatnost u kojoj se posao obavlja, isključiva prava koja se ugovorom prenose, iznos, rokove i način plaćanja naknade, teritoriju na kojoj se koriste preneti isključiva prava. Osim naznačenja privredne delatnosti u kojoj se posao obavlja, ovo su uobičajeni elementi ugovora o franšizingu. Kada je reč o “privrednoj delatnosti u kojoj se posao obavlja”, nije jasno na šta je zakonodavac mislio. Jezičko tumačenje upućuje na zaključak da je u pitanju delatnost u smislu propisa o razvrstavanju delatnosti, ali nije jasno zbog čega bi se to smatralo bitnim elementom ugovora. S obzirom da se o tome može zaključiti na osnovu vrste isključivih prava koja se ugovorom

strana davalac franšize (franšizer) daje uz naknadu drugoj strani – primaocu franšize (franšizatu), pravo da vodi posao u okviru franšizerove mreže sa ciljem da isporučuje određene proizvode u ime i za račun davaoca, a primalac ima pravo i obavezu da koristi davaočevo trgovačko ime ili trgovački znak ili druga prava intelektualne svojine, know how i poslovni metod.”

³⁴ Član 1262. Prednacrta.

³⁵ Prema čl. 1259. Prednacrta Građanskog zakonika, propisana je pisana forma ugovora kao konstitutivan element punovažnosti ugovora.

prenose, čini se da je uputnije bilo označiti robu ili usluge kojima će davalac snabdevati primaoca franšize.

Radi analize, ugovor o franšizingu se može posmatrati sa ekonomskog i pravnog stanovišta. U ekonomskom smislu, ugovor o franšizingu predstavlja tip poslovne saradnje, odnosno kooperacije.³⁶ U pravnom smislu, ugovor o franšizingu je složeni pravni posao koji sadrži elemente različitih ugovora i pravnih poslova, kao što su: zastupanje, distribucija i na koji se primenjuju pravila iz različitih oblasti, kao što su: finansijske investicije, intelektualna svojina, pravo konkurencije, fiskalno pravo, pravo zaštite potrošača i drugih.³⁷ U tom kontekstu, u daljim izlaganjima pažnja će biti posvećena analizi odnosa ugovora o franšizingu i ugovora o trgovačkom zastupanju, distribuciji i licenci.

Ugovor o franšizingu i ugovor o trgovinskom zastupanju

Prema članu 790. Zakona o obligacionim odnosima, ugovorom o trgovačkom zastupanju obavezuje se zastupnik da se stalno stara da treća lica zaključuju ugovor sa njegovim nalagodavcem i da u tom smislu posreduje između njih i nalagodavca, kao i da po dobijenom ovlašćenju zaključuje ugovore sa trećim licima u ime i za račun nalagodavca, a ovaj se obavezuje da mu za svaki zaključen ugovor isplati određenu naknadu (proviziju).³⁸ U ugovoru o franšizingu elementi ugovora o nalogu se mogu naći u obavezi korisnika franšize da poštuje uputstva davaoca franšize, da se stara o poboljšanju celokupnog poslovnog formata davaoca, kao i u obavezi obaveštavanja.

Osim u tzv. unutrašnjem odnosu, sličnosti između ova dva posla postoje i u spoljnom odnosu, tj. u pravnoj i ekonomskoj poziciji u kojoj se nalaze primaoci franšize i zastupnici u poslovima sa trećim licima. I jedan i drugi prema trećim licima nastupaju kao (pravno i ekonomski) nezavisni subjekti,³⁹ odvojeni i različiti od svojih "nalagodavaca". Sličnosti postoje i u trajnosti ovih ugovora koji se po pravilu zaključuju na duži vremenski period.

³⁶ Vid. više I. Spasić, *n. delo*, str. 14.

³⁷ Vid. UNIDROIT Vodič za međunarodne master franšizing sporazume, podnaslov II. str. 8–11.

³⁸ Čl. 790. ZOO. Prema čl. 1039. Prednacrtu: "Ugovorom o trgovinskom zastupanju obavezuje se zastupnik da će za vreme trajanja ugovora pregovarati sa trećim licima o zaključenju ugovora u ime i za račun nalagodavca i da će, ako je tako ugovoreno, i zaključivati ugovore sa trećim licima u ime i za račun nalagodavca, a nalagodavac se obavezuje da će zastupniku za svaki ugovor koji je on zaključio ili koji je zaključen njegovim delovanjem platiti određenu proviziju".

³⁹ Objekat poslovanja primaoca franšize mora biti na jasan način obeležen, da se radi o korisniku franšize da ne bi došlo do zabune da treće lice zaključuje ugovor direktno sa davaocem franšize.

Razlike između ova dva ugovora postoje u načinu na koji davaoci franšize i nalagodavci vrše kontrolu. Davalac franšizinga vrši pojačanu kontrolu nad poslovanjem korisnika franšize, za razliku od nalagodavca koji nema pravo kontrole čitavog poslovanja zastupnika, već se kontrola iscrpljuje samo na poštovanju datih upustava. Razlike postoje i u načinu nastupanja prema trećim licima. Dok primalac franšize zaključuje poslove u svoje ime i za svoj račun, zastupnik to čini u ime i za račun nalagodavca. To praktično znači da zastupnik, po prethodno dobijenom ovlaštenju, zaključuje ugovore u ime i za račun nalagodavca, postupajući isključivo po dobijenim upustvima nalagodavca. Pri tome može ulagati sopstvena sredstva samo za redovno vršenje ovih poslova. Ukoliko bi zastupnik uložio sredstava za posebne troškove,⁴⁰ koje je učinio u korist nalagodavca ili po njegovom nalogu, troškovi će biti naknadno regresirani.

Korisnik franšize u poslovanje ulaže sopstvena sredstva, zaključuje poslove sa trećim licima u svoje ime i u okviru svojih poslovnih prostorija i preuzima sopstveni rizik za izvršenje tako zaključenih poslova. On je u svom poslovanju nezavisan bez obzira što je u širem smislu ograničen upustvima davaoca franšize. Prilikom zaključenja ugovora primalac franšize se obavezuje da štiti interese davaoca i da unapređuje njegov poslovni koncept, ali on to ne čini isključivo i samo za interes davaoca, već i sopstveni. Ako bi korisnik franšize istupao u svoje ime, ali isključivo u interesu davaoca franšize, onda bi se ovaj ugovor mogao smatrati kao ugovor o trgovinskom zastupanju.⁴¹

Razlike postoje i u načinu plaćanja naknade. Korisnik franšizinga plaća naknadu za ulazak u posao, dok zastupnik dobija odgovarajuću naknadu nakon izvršenog ugovora.⁴² Ove razlike ukazuju da se ugovor o franšizingu ne može izjednačiti sa ugovorom o trgovinskom zastupanju iako sadrži neke od njegovih elemenata.

Ugovor o franšizingu i ugovor o distribuciji

Ugovor o distribuciji,⁴³ kao i ugovor o franšizingu predstavlja “novi” ugovor koji je nastao u poslovnoj praksi privrednih subjekata u prekograničnoj prodaji robe ili vršenju usluga. Prekogranično poslovanje se najčešće obavlja angažova-

⁴⁰ Vid. komenatar R. Kašanin u: *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, red. S. Perović, Beograd, 1996, “Pojam redovnih i posebnih troškova (troškova učinjenih u korist nalagodavca), predstavlja pravni standard i ceni se zavisno od situacije”.

⁴¹ M. Draškić, *n. delo*, str. 98.

⁴² Vid. više I. Spasić, *n. delo*, str. 121.

⁴³ Više o ugovoru o distribuciji vid. J. Perović, *n. delo*, str. 156; kao i J. Perović, “Sporne odredbe ugovora o međunarodnoj distribuciji”, *Pravo i privreda*, br. 4–6/2010, Beograd, str. 359–377.

njem posebnih lica – posrednika na domaćem tržištu. Posrednici se angažuju jer bolje poznaju domaće prilike od prodavca i specijalizovani su za prodaju određene vrste robe. Pod opštim pojmom posrednika se u praksi (i u svakodnevnom govoru) podrazumevaju različita lica: zastupnici, komisionari, klasični posrednici. Jedan od posrednika preko koga strani proizvođač vrši prodaju svoje robe na domaćem tržištu jeste i distributer.

Distributer je lice kome je proizvođač omogućio da u svoje ime i za svoj račun prodaje robu na posebnoj teritoriji ili zoni.⁴⁴ Distributer nastupa u svoje ime i za svoj račun te se pojavljuje na tržištu kao samostalni trgovac. U tom cilju distributer kupuje proizvode od proizvođača (dobavljača) da bi ih kasnije preproudao na određenoj teritoriji. U praksi se razlikuju ugovori o ekskluzivnoj i neeksluzivnoj (ili običnoj) distribuciji.⁴⁵ Međutim, za potrebe ovog rada biće analiziran samo odnos korisnika franšize i ekskluzivnog distributera, koji je regulisan posebnim ugovorom o isključivoj distribuciji.

Između ugovora o isključivoj distribuciji i ugovora o franšizingu postoje sličnosti i razlike. Sličnosti postoje u pravu ekskluzivne prodaje ili vršenju usluga koje imaju distributer i korisnik franšize. Ugovor o ekskluzivnoj distribuciji daje distributeru ekskluzivno pravo prodaje određenog proizvoda na određenoj teritoriji, pri čemu se dobavljač obavezuje da neće snabdevati druge distributere u istoj oblasti. Međutim, distributer ima pravo da prodaje i proizvode drugih proizvođača, ako ugovorom to pravo nije isključeno. I korisnik franšizinga dobija pravo isključive prodaje, ali za razliku od ugovora o ekskluzivnoj distribuciji, korisnik franšizinga ima obavezu da trguje, odnosno, prodaje proizvode, ili da vrši usluge samo davaoca franšize.⁴⁶ Obavezu obaveštavanja o aktivnostima koje se odnose na izvršenje ugovora, tržišnim uslovima, konkurenciji, zahtevima trećih lica vezanih za prava intelektualne svojine kao i povredama tih prava, imaju i distributer i korisnik franšize. Međutim, čini se da je obaveza distributera znatno blaža u poređenju sa obavezom korisnika franšize, koji pored nabrojanih obaveza može imati niz drugih.⁴⁷

Razlike postoje i u načinu plaćanja naknade za ustupljena prava. Distributer kupuje robu tj. proizvode od proizvođača tj. uvoznika, i kasnije je prodaje po

⁴⁴ R. Vukadinović, *n. delo*, str. 245.

⁴⁵ U Prednacrta je napravljena razlika između opšteg pojma distribucije i posebnih slučajeva distribucije. Kao posebni slučajevi distribucije navedeni su ugovori o ekskluzivnoj i selektivnoj distribuciji kao i ugovor o ekskluzivnoj kupovini. (čl. 620. i 621). Ista podela postoji i u Zajedničkom okviru za upućivanje (IV. E. - 5:101.)

⁴⁶ Vid. više V. Stojilković, *Međunarodno privredno pravo*, Beograd, 2001, str. 156; UNIDROIT Vodič za međunarodne master franšizing sporazume, str. 10.

⁴⁷ Vid. članove 1264 i 1265. Prednacrta.

svojoj kalkulaciji i uslovima koji vladaju na tržištu. Razlika u ceni koju ostvari prilikom prodaje i kupovine proizvoda predstavlja njegovu dobit.⁴⁸ Naknada koju dobija proizvođač, odnosno trgovac na veliko, je uračunata u cenu koju plaća distributer.⁴⁹ U franšizing poslu, korisnik franšize plaća naknadu davaocu franšize direktno, jednokratno ili u ratama. Razlika postoji i u pravnoj prirodi (unutrašnjeg) odnosa koji se uspostavlja između dobavljača i distributera, odnosno davaoca i primaoca franšizinga. Dobavljač sa distributerom zaključuje ugovor o prodaji robe, u kome je jedna od osnovnih obaveza prodavca (distributera) da preda stvar (robu). Kod ugovora o franšizingu, osnovna obaveza davaoca franšize je prenos ili ustupanje franšize.⁵⁰ Nakon što dobije ugovorenu robu, distributer se ponaša kao klasičan kupac:⁵¹ nastupa u svoje ime i za svoj račun, sam pravi kalkulaciju cene pa će i odgovornost zbog povrede ugovornih obaveza biti znatno strožija. Prema trećim licima odgovara isključivo distributer. Kod ugovora o franšizingu, davalac i primalac franšize odgovaraju solidarno po zahtevima od strane trećih lica prema primaocu, u vezi robe koju je proizveo davalac. U Prednacrta je predviđena supsidijarna odgovornost davaoca franšizinga po zahtevima trećih lica prema primaocu franšize u slučaju nesaobraznosti svojstava robe ili usluga koje na osnovu ugovora primalac prodaje trećim licima.⁵²

Ugovor o franšizingu i ugovor o licenci

Ugovorom o licenci obavezuje se davalac licence da sticaocu licence ustupi, u celini ili delimično, pravo iskorišćavanja pronalaska, tehničkog znanja i iskustva, žiga, uzorka ili modela, a sticalac licence se obavezuje da mu za to plati određenu naknadu.⁵³ Postoje razni oblici ugovora o licenci zavisno od predmeta prenosa. Za ova razmatranja je od značaja uporediti ugovor o licenci robnog ili uslužnog žiga i ugovor o franšizingu. Osnovna sličnost koja postoji između ova dva ugovora ogleda se u njihovim predmetima. Pod žigom se podrazumeva pravo kojim se štiti znak koji u prometu služi za razlikovanje robe, odnosno usluga jednog lica od iste ili slične robe, odnosno usluga drugog lica. Ugovorom o licen-

⁴⁸ R. Vukadinović, *Spoljnotrgovinsko poslovanje*, Kragujevac, 2011, str. 201.

⁴⁹ M. Draškić, *n. delo*, str.105.

⁵⁰ UNIDROIT Vodič za međunarodne master franšizing sporazume, str. 10.

⁵¹ Prema čl. 620 Prednacrta: "Ugovorom o distribuciji se jedna ugovorna strana – snabdevač, obavezuje da drugu ugovornu stranu-distributera, kontinuirano snabdeva proizvodima, a distributer se obavezuje da te proizvode kupuje radi njihove prodaje drugim licima - klijentima, u svoje ime i za svoj račun".

⁵² Čl. 1266. Prednacrta.

⁵³ Član 686. ZOO, čl. 921. Prednacrta.

ci žiga ovo pravo se prenosi sticaocu licence radi njegovog korišćenja u prometu odnosno robe ili kod vršenja dogovorene usluge. I kod ugovora o franšizingu davalac ustupa primaocu, između ostalog, i pravo "da koristi njegove licence (trgovačke i robne žigove)..."⁵⁴ U tom smislu suštinu ugovora o franšizingu čini licenca žiga.

Međutim, postoje i razlike. Razlike postoje u predmetu i u načinu kontrole korišćenja prenetog prava. Predmet ugovora o franšizingu predstavlja ustupanje *celokupnog* poslovnog formata, u kome je sadržana i licenca uslužnog žiga tj. trgovačkog imena. Pored prenosa celokupnog formata poslovanja, ustupa se i *know how*-a poslovanja. Kod ugovora o licenci davalac prenosi samo licencu koja se, doduše, može odnositi na različita prava, ali se retko dozvoljava primaocu licence pristup tehnologiji koju koristi davalac licence. Kod prenosa licence žiga zahteva se da primalac ima već stečena znanja i iskustvo u daljem razvijanju licence žiga, dok se kod ugovora o franšizingu, iako je franšiza složenija, licenca prenosi licu od koga se ne zahteva prethodno znanje. Potrebna znanja korisnik će steći kasnijom obukom. Primalac franšize će zajedno sa davaocem razvijati poslovni koncept, trudeći se da u sistem uključe nove primaoca, dok je kod ugovora o licenci, davalac licence već samostalno razvio licencu. Stoga razvijanje već postojeće licence nije primarni cilj ovog ugovora. Sa druge strane primalac franšizinga u svojim poslovnim prostorijama nudi proizvode ili usluge koji su napravljeni po licenci davaoca, te tako potrošači očekuju isti kvalitet kao kod davaoca franšize, često ne praveći razliku između poslovnice davaoca i primaoca franšize. Na taj način se postiže uniformnost ovog poslovnog formata, u kome primalac franšize ima obavezu da ustupi davaocu franšize sva unapređenja sistema koja razvije tokom poslovanja. Iz tih razloga su u franšizingu poslu ekonomski i pravni odnosi dosta složeniji u odnosu na primaoca i davaoca licence, gde se često izbegava obaveza trajnog ustupanja inovacije.⁵⁵

Razlike se ogledaju i u kontrolisanju iskorišćavanja prenete licence. U ugovoru o licenci davalac licence kontroliše način na koji korisnik iskorišćava predmet ugovora, ali nema pravo da kontroliše poslovni format, odnosno, način na koji korisnik licence vodi svoj posao. Kod ugovora o franšizingu prenos licence, predstavlja samo deo ukupnog paketa koji se prenosi, pri čemu davalac franšize ima pravo da kontroliše celokupni poslovni format, odnosno, način rada primaoca franšize.⁵⁶

⁵⁴ Čl. 1257. Prednacrta.

⁵⁵ Detaljnije o razlikama ugovora o licenci i ugovora o franšizingu vid. M. Parivodić, *n. delo*, str. 148 i dalje.

⁵⁶ UNIDROIT Vodič za master franšizing sporazume, str. 9.

OBAVEZA OTKRIVANJA PODATAKA

Prema metodu pravnog regulisanja ugovora o franšizingu, već je napomenuto da se razlikuju tri pristupa, zavisno od toga kojim elementima ugovora se daje poseban značaj. Jedan pristup karakterišu norme (odredbe) kojima je regulisan odnos između davaoca i primaoca frašizinga (*relationship law*), za drugi pristup su karakteristične norme o obavezi obaveštavanja (*disclosure law*), dok su za treći pristup od posebnog značaja norme o registraciji ugovora. Ovde će biti reči samo o potrebi posebnog regulisanja obaveze obaveštavanja davaoca franšize, sa aspekta svrhe ili potrebe i u pogledu sadržine predloženih rešenja. Kod ocene svrhe posebnog načina regulisanja otkrivanja podataka u predugovornoj fazi osnovna teza se svodi na odgovor na pitanje da li se ista svrha može postići primenom postojećih rešenja. Postojeća rešenja bi, pre svega, trebalo tražiti u opštim odredbama ZOO (i u Prednacrtnu) koje se odnose na način vođenja pregovora i predugovornu odgovornost.

Uobičajeno je da se kod regulisanja bilo kog pravnog posla, a posebno kod ugovora, naročita pažnja posvećuje pravnom dejstvu zaključenog ugovora. Ovo je logično ako se ima u vidu da se ugovori zaključuju da bi bili izvršeni,⁵⁷ jer se samo tako mogu ispuniti očekivanja koje su strane imale od ugovora i zbog kojih su se upustile u pregovore. Otuda se regulisanju prava i obaveza ugovornih strana iz nastalog ugovora posvećuje posebna pažnja. U slučaju ugovora o franšizingu ove odredbe su nazvane "*relationship law*". Nije, međutim, uobičajeno da se u slučajevima kada postoje opšta pravila koja regulišu vođenje pregovora i sve ono što prethodi nastanku ugovora, posebnim pravilima dodatno regulišu pregovori. Ipak, kod regulisanja ugovora o franšizingu veliki broj zakonodavaca je posebnu pažnju posvetio regulisanju obaveze davanja obaveštenja u fazi pregovora, odnosno načinu vođenja pregovora. U prilog posebnog značaja koji bi trebalo dati ovoj obavezi navodi se činjenica da je u okviru UNIDROIT donet Model zakon o otkrivanju podataka u franšizing poslovanju.⁵⁸

Sadržinu obaveze otkrivanja podataka u generalnom smislu čini obaveza davaoca franšize da primaoca franšize obavesti o svim bitnim elementima prava koje ustupa i elementima svog poslovanja koji su od značaja za korisnika pri odlučivanju da li će zaključiti odnosni ugovor.⁵⁹ U Model zakonu je ova obaveza vrlo

⁵⁷ S. Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1970, str. 311.

⁵⁸ UNIDROIT Model zakon o otkrivanju podataka u franšizing poslovanju. Pitanje otkrivanja podataka regulisano je i u Nacrtnu Zajedničkog okvira za upućivanje, čl. 2:101 (Draft Common Frame of reference, IVE-2:101).

⁵⁹ Firma, statusni oblik i sedište davaoca franšize, adresa glavnog centra poslovanja davaoca; drugi naziv, pored firme, pod kojim davalac vodi ili namerava da vodi posao; adresa njegovog poslovanja u zemlji u kojoj se nalazi primaoc franšize, opis poslovnog iskustva davaoca franšize, a posebno: koliko dugo se bavi poslom koji namerava da franšizira primaocu; imena, poslovne adresa,

široko određena (čl. 6) i obuhvata dve vrste informacija: koje dokumenti *moraju* da sadrže (tač. 1) i koje *bi trebalo* da sadrže (tač. 2). U prvom slučaju su u pitanju informacije koje u normalnim okolnostima *nisu uključene* u sporazum o franšizi od kojih se najveći broj odnosi na davaočevu i korisnikovu mrežu, a ne na prava i obaveze strana. Druge se odnose na otkrivanje informacija koje su normalno uključene u sporazum o franšizi.⁶⁰ Prema sadržini, informacije koje je potrebno otkriti se odnose na: prava intelektualne svojine, pravo kontrole davaoca franšize i prava i obaveze ugovornih strana, i druge informacije koje budući korisnik može zahtevati da bi doneo odluku o ugovoru. Nacionalna prava u kojima je ova obaveza posebno regulisana su uglavnom sledila rešenja iz UNIDROIT Model zakona.

U UNIDROIT Model zakonu ova obaveza je nametnuta samo davaocu, ali ne i primaocu franšize. Opravdanje za takvu vrstu neekvivalentnosti je nađeno u ekonomski jačoj poziciji u kojoj se nalazi davalac franšize.⁶¹

Metod posebnog regulisanja ove obaveze nije prihvaćen samo u manjem broju nacionalnih prava.⁶² Bez obzira što je reč o manjem broju nacionalnih prava, sama ta činjenica otvara pitanje: da li je postojanje prava otkrivanja podataka (*disclosure law*) neophodno i da li su korisnici franšize u ovim državama manje zaštićeni.

Prilikom izrade UNIDROIT Model zakona, ekspertska grupa je posebno regulisanje obaveze obaveštavanja obrazložila potrebom zaštite korisnika franšize, kao slabije ugovorne strane⁶³ i rizikom da bi bez ovakve obaveze davalac franšize kao ekonomski jača strana mogao da nametne svoje opšte uslove poslovanja.⁶⁴

Čini se da se ovakav pristup temelji na dve pretpostavke: da je davalac franšize ekonomski jača strana i da su opšti uslovi poslovanja sami po sebi diskri-

položaje koje zauzimaju, poslovna iskustva i kvalifikacije svih lica koja imaju značajne odgovornosti u upravi davaoca u vezi sa franšizom; relevantne pojedinosti o svakoj utvrđenoj krivičnoj i građanskoj odgovornosti u poslednjih pet godina ili o istovrsnim postupcima koji su u toku u vezi sa franšizom ili drugim poslovima, a odnose se na prevaru, netačno ili nepotpuno informisanje, i druge slične radnje: davaoca franšize, povezanih lica davaoca koja se bave franšizingom i dr. Pored nabrojanih, u Model zakonu (čl. 6) su navedeni i drugi elementi koje je potrebno otkriti, kao što su: podaci u vezi sa stečajem, insolventnošću u proteklih pet godina, ukupnom broju primaoca franšize, podatke o stanju intelektualnih prava i sl.

⁶⁰ Vid. objašnjenje u UNIDROIT Model zakon o otkrivanju podataka u franšizing poslovanju, tač. 76.

⁶¹ Vid. tač. 33 Objasnjenja UNIDROIT Model zakon o otkrivanju podataka u franšizing poslovanju.

⁶² Rusija, Ukrajina, Litvanija, Estonija, Gruzija, Kazahstan i Belorusija.

⁶³ Vid. tač. 33 Objasnjenja UNIDROIT Model zakon o otkrivanju podataka u franšizing poslovanju.

⁶⁴ U ovom smislu i I. Spasić, "Pravna regulativa o franšizingu (rešenja međunarodnih unifikacijskih akata i Prednacrta GZ Srbije)", *Privreda i pravo*, 4-6/2011, str. 781.

minatorni, pa bi u odsustvu obaveze obaveštavanja, njihova primena dovela primaoca franšize u neravnopravni položaj. Međutim, kako jača ekonomska snaga jednog od pregovarača ili buduće ugovorne strane sama po sebi nije nedozvoljena, takva ekonomska neravnopravnost sama po sebi ne iziskuje stvaranje posebnih pravila. Stoga ni jedno pravo ne pravi razliku u regulisanju trgovačkih ugovora, između jakih i slabijih strana, u smislu da stvara posebna pravila za jedne i za druge. U pravnom pristupu je do skora jedino pravljena razlika u pravnom regulisanju ugovora između trgovaca (kao profesionalca) i netrgovaca, a u novije vreme sa potrošačima.

Što se tiče bojazni da bi ekonomski jača strana nametnula svoje opšte uslove poslovanja, polazi se od pretpostavke da su takvi opšti uslovi poslovanja, po prirodi stvari, nepravični. Pošto se davaoci franšizinga ne mogu sprečiti da ih primenjuju, čini se da se propisivanjem obaveze davanja podataka zapravo žele korigovati takvi opšti uslovi poslovanja. Ako je to i jedina ili osnovna svrha, onda se to moglo postići drugim, već poznatim, načinima kontrole: administrativnom, sudskom i od strane javnog mnjenja. Stoga se opravdanost, a posebno nužnost obaveze obaveštavanja teško može tražiti u ovom osnovu ili razlogu. Sa druge strane, nije pouzdano u ekonomskom smislu proglašavati svakog davaoca franšize ekonomski jačom stranom samo zbog toga što raspolaže poznatom robom ili uslugom.

Što se tiče pravnog opravdanja za posebno regulisanje obaveze otkrivanja podataka, valjalo bi razlikovati nacionalna prava u kojima postoji obaveza savesnog vođenja pregovora i odgovornost po načelu *culpa in contrahendo*, i prava u kojima ova obaveza nije poznata ili nije neposredno propisana nacionalnim propisima. Bez obzira na izvesne razlike, u prvu grupu spadaju gotovo sve zemlje pisanog prava.⁶⁵ Ako je cilj propisivanja obaveze otkrivanja podataka o franšizi bio da se pojača ili ustanovi načelo savesnog vođenja pregovora, onda bi trebalo razlikovati prava u kojima je ovo načelo već poznato i ostala prava. U pravima u kojima je ovo načelo poznato, savesnost i poštenje obuhvata i obavezu pregovarača da otkriju detalje budućeg posla, što svakako obuhvata i obavezu detaljnog otkrivanja podataka o predmetu samog ugovora. Nepoštovanje ovog načela povlači odgovornost zasnovanu na *culpa in contrahendo*. Čak i ako se primenom *culpa in contrahendo* ne bi mogli pokriti svi slučajevi nesavesnog vođenja pregovora, ona vrsta nesavesnosti ili nepoštenja koja je dovela do toga da predmet ugovora ne bude potpuno određen ili određiv može biti sankcionisana pravilom o ništavosti takvog ugovora zbog neodređenog predmeta.⁶⁶ Stoga se u pravima koja poznaju *culpa in contrahendo* adekvatna zaštita zbog povrede obaveze obaveštavanja

⁶⁵ Detaljnije u: Dodatak 3 UNIDROIT Model zakon o otkrivanju podataka u franšizing poslovanju.

⁶⁶ Više o predmetu ugovora vid. J. Perović, *Međunarodno privredno pravo*, Beograd, 2011, str.251 i dalje.

može obezbediti ili primenom pravila o predugovornoj odgovornosti ili pravila o nastanku ugovora.

Među državama koje su ovo pitanje regulisale u svojim nacionalnim propisima, pravi se razlika između onih koje su ovu obavezu predvidele u smislu generalne obaveze predugovornog obaveštavanja bez navođenja elemenata koji se moraju otkriti prilikom pregovaranja, uređujući sa druge strane, veoma detaljno ugovorne obaveze između davaoca i korisnika franšizinga.⁶⁷ Drugu grupu čine države, uglavnom zemlje *common law* sistema, koje ovo pitanje regulišu dosta detaljno nabrajajući koje sve obaveze moraju biti otkrivene putem *numerous clauses*.⁶⁸

Na prvi pogled potpuno drugačija situacija postoji u pravima koja ne poznaju obavezu savesnog vođenja pregovora. U ovu grupu se obično navode prava zasnovana na *common law*, pre svega pravo SAD i Engleske. Navedene razlike se obrazlažu različitim pristupom pregovorima. Anglosaksonsko pravo na pregovore gleda sa ekonomskog aspekta, dok kontinentalni pravници nastoje da u pregovore unesu i dozu moralnosti.⁶⁹ Otuda su pregovori, osim u izuzetnim slučajevima⁷⁰ (npr. kod poslova *uberrimae fidei*)⁷¹ u *common law* neobavezujući i strane mogu odustati od njih u svakom momentu, bez navođenja razloga. Ipak, bez obzira što obaveza pregovaranja u dobroj veri (*good faith*) zaista nije normativno regulisana, ona postoji u "prikrevenim oblicima."⁷² Tako se na predugovornu odgovornost u engleskom pravu praktično može pozvati u slučajevima: delikta ili pogrešnog predstavljanja (*tort of misrepresentation*, sa dve podvrste), neosnovanog obogaćenja (*unjust enrichment*) i na osnovu kolateralnih ugovora (*collateral contracts*).⁷³

U treću grupu država koje pitanje otkrivanja podataka u praksi rešavaju na poseban način spadaju Nemačka i Austrija. Bez obzira što u njihovim pravima

⁶⁷ Albanija, Kina, Rumunija, Malezija.

⁶⁸ Dodatak 3 UNIDROIT Model zakon o otkrivanju podataka u franšizing poslovanju.

⁶⁹ V. Ivančić, Predugovorna odgovornost, *Pravnik*, 40, 2 (83), Zagreb, 2006, str. 147.

⁷⁰ Više o predugovornoj odgovornosti u Lando načelima: <http://www.storme.be/c2-3.pdf>.

⁷¹ S. Colombo, "The Present differences between the Civil Law and Common Law Worlds with Regard to Culpa in Contrahendo," *Tilburg Foreign Law Review*, Vol 2:341 (1993) str. 345.

⁷² A. Farnsworth, "Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations", *87 Colum. L. R.* 217 (1987); S. Colombo, *n. delo*, str. 343. i dalje.

⁷³ Za uporednu praksu vid. T. R. Ehrecke, Die Haftung wegen Abbruch der Vertragsverhandlungen im Grenzüberschreitenden Rechtsverkehr – auf der Grundlage des deutschen, französischen, englischen und UN-Kaufrechts – Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors des Rechts der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes, Saarbrücken, 2007. http://scidok.sulb.uni-saarland.de/volltexte/2008/1436/pdf/Dissertation_Thomas_Robert_Ehrecke.pdf.

ugovor o franšizingu nije regulisan na poseban način, sudovi pitanje otkrivanja podataka rešavaju pozivanjem na opštu obavezu obaveštavanja u skladu sa opštim principima ugovornog prava.⁷⁴

I u pravnoj teoriji ne postoji jedinstveno shvatanje. Prema shvatanju jedne grupe autora,⁷⁵ obaveza otkrivanja podataka i davanja obaveštenja je obaveza koja karakteriše ovaj posao i čini ga različitim od drugih. Drugi autori smatraju da se ovo pitanje može rešiti primenom opštih pravila i principa ugovornog prava.⁷⁶ Pri tome se polazi od rešenja koje je prihvaćeno u domaćem i u delu kontinentalnog prava, prema kome se strane koje vode pregovore moraju rukovoditi (tj. ograničiti svoju slobodu) principima: autonomije volje i savesnosti i poštenja. To praktično znači da strane koje vode pregovore, iako nemaju obavezu i da zaključe ugovor, pregovore moraju voditi u dobroj volji, korektno i u cilju zaključenja ugovora, poštujući princip savesnosti i poštenja.⁷⁷ Obaveza savesnosti se ne odnosi samo na ponašanje za vreme trajanja ugovora već i na vreme pregovaranja. Tome u prilog govori formulacija člana 12. ZOO, prema kojoj su učesnici dužni da se pridržavaju savesnosti i poštenja ne samo u ostvarivanju, već i “u zasnivanju obligacionih odnosa.” Svrha pregovora i jeste da se strane upoznaju sa predmetom budućeg ugovora (a samim tim i obavezama koje iz toga proizilaze). Stoga je teško pretpostaviti da obaveza strane koja vodi pregovore da drugu stranu upozna sa elementima budućeg ugovora, ne obuhvata obavezu davaoca franšizinga da otkrije one detalje koji su obuhvaćeni u “*disclosure law*.” Otuda se od strane koja prenosi franšizu se i prema opšti pravilima ugovornog prava i pravilima o vođenju pregovora očekuje da drugu stranu upozna sa svim bitnim elementima predmeta. To praktično znači da je, u skladu sa načelom savesnosti i poštenja (u vođenju pregovora), davalac franšize dužan da pruži potrebna obaveštenje i otkrije pojedine elemente iz svog poslovanja.⁷⁸

Koji elementi treba da budu otkriveni prilikom pregovaranja zavisi od svakog konkretnog slučaja. Dužnost obaveštavanja će biti šira “ako postoji nejednakost strana koje pregovaraju, na primer ako prodavac poseduje izvesna stručna znanja ili iskustvo koji nedostaju kupcu. Ona će biti uža i manje izražena, ako je reč o pregovaračima koji su podjednako upućeni u tehničke pojedinosti posla o kome pregovaraju, ili profesionalcima u istoj oblasti aktivnosti.”⁷⁹

⁷⁴ M. Parivodić, *n. delo*, str. 252 i dalje.

⁷⁵ I. Spasić, *n. delo*, str. 781; T. Milenković-Kerković, *n. delo*, str. 624.

⁷⁶ R. Vukadinović, *n. delo*, str. 266 (iako ne izričito).

⁷⁷ Vid. više J. Perović, *n. delo*, 259 i dalje.

⁷⁸ Član 5 Nacrta, odnosno čl. 12 ZOO i komentar D. Stojanovića uz čl. 12. ZOO, u: *Komenar Zakona o obligacionim odnosima*, red. S. Perović, Beograd, 1996, knj. I, str. 15.

⁷⁹ M. Orlić, *Zaključenje ugovora*, Beograd, 1993, str. 31 i beleška 81

ZAKLJUČAK

Opređenjem da odredbe o ugovoru o franšizingu unese u Prednacrt novog Srpskog Građanskog zakonika, srpski zakonodavac je priznao i ozakonio autonomno postojanje ovog posla u poslovnoj praksi i prihvatio tendenciju manjeg broja nacionalnih prava u kojima je je ovaj posao pravno regulisan. Međutim, time nije zauzet i konačni stav ni u pogledu opstanka ugovora o franšizingu kao imenovanog pravnog posla u budućem Građanskom zakoniku, ni u pogledu predloženih rešenja, već su rešenja stavljena na javnu raspravu. U tom smislu su u radu analizirana predložena rešenja sa ciljem da se odgovori na dva pitanja: ima li mesta ugovoru o franšizingu u novom GZ i da li je celishodno posebno regulisati obavezu davaoca franšize da otrije podatke u predgovorima.

U pogledu prvog pitanja autor smatra da ugovor o franšizingu zaslužuje mesto među imenovanim ugovorima privrednog prava i da će se na taj način postići veća pravna sigurnost, nego ako bi se ovaj posao i dalje prepustio regulativi autonomnoj poslovnoj praksi. Što se tiče obaveze posebnog regulisanja otkrivanja podatka, navedeni su razlozi koji govore u prilog stava da bi na ovu obavezu trebalo primeniti opšta pravila o predugovornoj odgovornosti. U prilog takvog stava govore i potreba očuvanja koherentnosti ugovornog prava koja bi, u suprotnom, otvorila put ka stvaranju novih pravila koja bi, pored postojećih o predugovornoj odgovornosti, važila za pojedine vrste novih ugovora. Takva tendencija bi mogla predstavljati uvod u novu fragmentaciju prava koja je suprotna logici kodifikacije.

JELENA VUKADINOVIĆ, LL.M.,
Research Associate, Institute of Comparative Law
Demonstrator at Faculty of Economics, Belgrade

SOME CHARACTERISTICS OF THE FRANCHISE CONTRACT IN THE DRAFT CIVIL CODE OF SERBIA AND COMPARATIVE LAW

Summary

The franchise contract is agreement of the modern commercial practice and falls into the category of unnamed contracts of autonomous commercial law. In the development of the Civil Code of Serbia, the question arose whether the franchise contract should be regulated by law. In this viewpoint, author of this paper analyses the solutions provided by the Draft Civil Code of Serbia. Thereafter, author sums up observation and emphasizes the need and justification for the legal regulation of this contract as a "New Commercial Contract." The paper is divided into three parts. The first part of this paper deals with the issue of origin, and general notion of franchising in comparative law. The second part is an analysis of the legal nature of franchise contract, and the third part of this paper is dedicated to the issue of disclosure law.

PREDRAG ŠULEJIĆ

METOD REGULISANJA ZAKONSKIH NORMI KOJE SE ODOSE NA UGOVOR O OSIGURANJU

Jedno od najvažnijih pitanja koje se postavlja pred zakonodavcem prilikom regulisanja ugovornih odnosa jeste pitanje da li ustanoviti imperativne ili dispozitivne norme. Drugim rečima, da li i u kojoj meri ograničiti osnovno načelo autonomije volje i koji se cilj time želi postići. Kada je reč o ugovoru o osiguranju to pitanje se razmatra kroz prizmu potrebe zaštite jedne ili druge ugovorne strane ili drugih lica koja učestvuju u nastajanju i realizaciji pravnih odnosa, ali i kroz pitanje potrebe zaštite nekih osnovnih ustanova na kojima se zasnivaju pravni odnosi osiguranja. Na primer, ugovornim stranama se ne može prepustiti da ugovore pokrivanje osiguranjem namerno prouzrokovane štete, jer je to u suprotnosti sa javnim poredkom i moralom, ali je nepotrebno zabraniti im da ugovore pokriće izgubljene dobiti pored nastale stvarne štete. Jasno je da je u prvom primeru potrebno koristiti imperativnu normu, dok je u drugom slučaju u pitanju dispozitivna norma. Međutim, problem se komplikuje kada postoji potreba zaštite jedne ugovorne strane (po pravilu osiguranika kao slabije ugovorne strane) koja se može postići odstupanjem od ustanovljene imperativne norme – na primer, zakon je predvideo da je rok u kome je osigurač dužan da isplati naknadu iz osiguranja najduže četrnaest dana od obaveštenja da se osigurani slučaj dogodio, odnosno od kada je utvrđeno postojanje njegove obaveze, a ugovorne strane

Prof. dr Predrag Šulejić, član Predsedništva Udruženja pravnika Srbije.

predvide kraći rok, to jest, povoljniju mogućnost za osiguranika kome je u interesu da što pre dobije naknadu iz osiguranja. I ova mogućnost – odstupanje od imperativne norme u korist jedne ugovorne strane korsti se u uporednom pravu, a nju poznaje i naš Zakon o obligacionim odnosima. Ove odedbe u neizmenjenom obliku preuzete su u Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije, od 2009. godine.¹ Postoje, dakle, kod regulisanja ugovora o osiguranju tri vrste zakonskih normi: imperativne, dispozitivne i tzv. poluprinudne norme. Ovde će biti prikazan domen primene ovih normi i potreba (mogućnost) drugačijeg regulisanja u budućem Građanskom zakoniku Republike Srbije korišćenjem rešenja iz uporednog prava osiguranja, kao i regulative Evropske unije.

U regulisanju pravnih odnosa kod ugovora o osiguranju zakonodavac može postaviti kao načelo imperativnost ili dispozitivnost pravnih normi. Stvar je procene zakonodaca koji će princip prihvatiti, zavisno od toga koji cilj želi da postigne ovim normama. Tako, ograničenje slobode ugovaranja putem imperativnih normi čini se bilo u interesu osiguranika ili zajednice rizika, bilo u interesu trećih lica. Međutim, imperativnim normama se takođe može štiti i osigurač od spekulativnih postupaka osiguranika. Na taj način ovim normama se može uspostaviti ravnoteža u pravnim odnosima, tj. ugovorna ravnopravnost i sigurnost u poslu osiguranja. Ova ravnopravnost se teško može postići dispozitivnim normama, imajući u vidu da je osigurač taj koji sačinjava opšte uslove osiguranja u kojima sigurno neće predvideti klauzule ugovora na svoju štetu. U nekim stranim zakonima posvećenim ugovoru o osiguranju pretežan deo normi je imperativnog karaktera².

Naš Zakon o obligacionim odnosima jasno se opredeljuje za načelo imperativnosti: “Ugovorom se može odstupiti samo od onih odredaba ove glave u kojima je to odstupanje izričito dopušteno, kao i od onih koje pružaju ugovaračima mogućnost da postupe kako hoće” (član 900. st. 1).³

¹ “Prednacrt, Građanski zakonik Republike Srbije”, druga knjiga – Obligacioni odnosi”, Beograd, 2009, član 1166. Treba napomenuti da je isto rešenje sadržavala i Skica za Zakonik o obligacionim odnosima i ugovorima profesora Mihaila Konstantnovića, Beograd, 1969. godine.

² U Francuskom Zakoniku o osiguranju, od 1976 (kasnije menjan i dopunjavan 1989, 1992, 1994, 2008) od ukupno 86 članova posvećenih ugovoru o osiguranju samo 18 mogu biti modifikovana ugovorom; u nemačkom zakonu od 2007. godine (Zakon o ugovorima o osiguranju Republike Nemačke) o osiguranju veliki je broj tzv. prinudnih normi (od kojih se ne može odstupiti) a takođe je veliki broj tzv. relativno prinudnih normi (od kojih se ne može odstupiti na štetu osiguranika). Isto je i u švajcarskom zakonu o osiguranju (Federalni zakon o ugovoru o osiguranju, od 2008, čl. 97. i 98).

³ Za razliku od Zakona o obligacionim odnosima, u kome je prihvaćeno načelo imperativnosti propisa, u Zakonu o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi, koji reguliše materiju plovidbenih osiguranja, zbog prirode odnosa i naročito ekonomskog položaja ugovornih strana, smatralo se da

Poznati su razlozi zbog kojih se u kopnenom osiguranju tradicionalno prihvata načelo imperativnosti zakonskih propisa: to je već pomenuta potreba očuvanja ravnopravnosti ugovornih strana od kojih je jedna (osigurač), po pravilu ekonomski jača i u mogućnosti da putem adhezionog ugovora (čiju sadržinu ona određuje unapred opštim uslovima) drugoj strani nametne uslove koji joj ne odgovaraju. Još je važnije da nije svrha imperativnih propisa samo zaštita jedne ugovorne strane – oni takođe treba da obezbede primenu nekih osnovnih principa na kojima počiva delatnost i posao osiguranja i čijom povredom bi bila dovedena u pitanje sama suština osiguranja. To su, na primer: pravilo da se već nastupeli rizik ne može pokriti osiguranjem ako je zainteresovanoj strani to bilo poznato – jer se onda uklanja aleatorni karakter ugovora o osiguranju (član 898. st. 2. Zakona o obligacionim odnosima); namerno prouzrokovan osigurani slučaj od strane osiguranika, ugovarača ili korisnika osiguranja ne obavezuje osigurača ni na kakva davanja (član 920. Zakona); prava iz imovinskih osiguranja mogu imati samo lica koja su u času nastanka štete imala materijalni interes da se šteta ne dogodi – u suprotnom svrha osiguranja ne bi bila zaštita od rizika nego sredstvo hazardiranja sa slučajem (član 924. Zakona); iznos naknade iz osiguranja ne može biti veći od štete koju je osiguranik pretrpeo nastupanjem osiguranog slučaja – osiguranje ne sme da se pretvori od sredstava naknade izgubljenih dobara u sredstvo za bogaćenje (član 925. st. 2); osigurač se oslobađa obaveze da korisniku isplati osiguranu sumu ako je on namerno izazvao smrt osiguranika (član 950); ništave su odredbe ugovora koje lišavaju osiguranika prava na naknadu samo zato što posle nastupanja osiguranog slučaja nije ispunio neku od propisanih ili ugovorenih obaveza – **jer takva sankcija predstavlja kaznu, što nije svojstveno imovinskom pravu gde može biti predviđena samo naknada štete** (član 918. Zakona). I tako dalje.

Odredba člana 900. Zakona o obligacionim odnosima umnogome olakšava tumačenje karaktera zakonskih normi o ugovoru o osiguranju, jer je pretpostavka da su one imperativne ukoliko 1- nije izričito dopušteno da se od njih može odstupiti, i 2 – ukoliko one ne pružaju mogućnosti ugovornicima da postupe kako hoće. Tako, na primer, može se i drugačije ugovoriti od onoga što predviđa zakon o slučaju odgovornosti osigurača za štetu na osiguranju stvari koja potiče od njenih nedostataka (član 930); za pokriće štete koje su prouzrokovane usled ratnih operacija ili pobuna (član 931); u pogledu primene pravila proporcionalnosti kod

nema potrebe za imperativnim normama u onoj meri kao u drugim osiguranjima. Otuda su propisi u ovom zakonu uglavnom dispozitivne norme koje dolaze do primene tek ako ugovornici nisu predvideli drukčije rešenje (imperativne norme su primenjene samo u slučajevima regulisanja nekih osnovnih principa osiguranja – član 768. ZPUP).

podosiguranja (čl. 936); kod prenosa ugovora o osiguranju na pribavioca osigurane stvari (član 937); kod obaveze osigurača kada je nesrećni slučaj ili smrt osiguranika nastupila usled ratnih operacija.

Koristeći izraze: “ako što drugo nije ugovoreno”, “osim ako je drukčije ugovoreno” Zakon o obligacionim odnosima jasno označava norme koje su dispozitivnog karaktera.

Međutim, specifičnost je ugovora o osiguranju u odnosu na ostale ugovore koje reguliše Zakon o obligacionim odnosima u tome, što pored čisto imperativnih i dispozitivnih normi postoji i treća grupa pravnih normi - tzv. *poluprinudnih normi*. Prema tekstu čl. 900. st. 2. Zakona: “Odstupanje od ostalih odredbi, ukoliko nije zabranjeno ovim ili kojim drugim zakonom, dopušteno je samo ako je u nesumnjivom interesu osiguranika”.

Ova je odredba od velikog praktičnog značaja, jer pruža ugovornim stranama mogućnost veće slobode ugovaranja. Ova sloboda je, međutim, ograničena, sa jedne strane, u tome što se ne može odstupiti od onih odredaba kojima se štite osnovni principi ustanove osiguranja, a sa druge strane, interesima osigurača. U tim granicama treba proceniti šta je odstupanje u interesu osiguranika.⁴

⁴ Može se smatrati da je odstupanje učinjeno u korist osiguranika na primer, u sledećim slučajevima: prema članu 908. Zakona, ako je ugovarač osiguranja namerno netačno prijavio ili prećutao neku okolnost koja je od uticaja na odluku osigurača da zaključi ugovor, ovaj može zahtevati poništenje ugovora – opšti uslovi osiguranja, naprotiv, (isto kao i za slučaj nenamernog propusta ugovarača u izvršenje ove obaveze), ne idu odmah na poništenje ugovora nego na srazmerno povećanje premije (Opšti uslovi za osiguranje imovine, član 14. st. 4); u članu 913. predviđa se da obaveza osigurača počinje narednog dana od uplate premije osiguranja, ako je ugovoreno da se ona plaća prilikom zaključenja ugovora – može se ugovoriti da osigurač počne da nosi rizik i ranije, jer je to nesumnjivo u interesu osiguranika (obrnuto, ne bi odgovaralo njegovom interesu da se odloži početak obaveze osigurača); zakon sadrži pravilo da ugovor o osiguranju prestaje po samom pravu ako premija ne bude plaćena u roku od godine dana po dospelosti – ovo je rešenje dosta strogo za osiguranika, jer on ne mora znati da je ugovor prestao i tako ostati bez pokrića, pa bi u njegovom interesu svakako bilo da ga osigurač prethodno obavesti o mogućnosti prestanka ugovora; u slučaju povećanja rizika u tolikoj meri da osigurač ne bi zaključio ugovor da je takvo stanje postojalo u momentu njegovog zaključenja, zakon daje osiguraču pravo da raskine ugovor (član 914. st. 3) – moglo bi se umesto raskida ugovorom predvideti pravo osigurača da traži srazmerno povećanje premije; zakon predviđa obavezu osiguranika da obavesti osigurača o nastupelom osiguranom slučaju najdualje u roku od tri dana od kada je za to saznao, pod pretnjom obaveze naknade štete osiguraču koju bi ovaj zbog toga imao (član 917) – mogao bi se predvideti i duži rok za obaveštavanje osigurača (međutim, svaka teža sankcija, kao na primer, gubitak prava, ne bi bila dopuštena, kao što ni uslovljavanje isplate osigurane sume nekim radnjama osiguranika ne bi moglo biti odstupanje u njegovu korist); zakon je predvideo da je rok u kome je osigurač dužan da isplati naknadu iz osiguranja najduže četrnaest dana od obaveštenja da se osigurani slučaj dogodio, odnosno od kada je utvrđeno postojanje njegove obaveze – pošto je u interesu osiguranika da što pre dobije naknadu, ovaj rok bi ugovorom mogao da bude i skraćen; ako su prilikom zaključenja nadosiguranja ugovorne stra-

Prednosti ovakvog načina regulisanja putem poluprinudnih normi, međutim, osporavane su u jednom delu doktrine kod nas.⁵ Osnovna zamerka sastoji se u tome što se smatra da su odredbe formulisane u članu 900.st.1 i st.2. sasvim uopštene i da prilikom tumačenja predstavljaju izvor pravne nesigurnosti, a to se naročito odnosi na tumačenje izraza: odstupanje “u nesumnjivom interesu osiguranika” kod poluprinudnih normi. U nedostatku sudske prakse (gde bi se videlo da li postoje teškoće sudova oko tumačenja prirode neke norme o ugovoru o osiguranju), osporavana se mišljenja pojedinih autora koji su navodili primere o tome da li u konkretnim slučajevima postoji opravdanje za odstupanje u interesu osiguranika ili ne postoje.

Smatra se, po ovom mišljenju, da su poluprinudne norme suviše i da ugovor o osiguranju treba regulisati samo sa dve grupe normi: dispozitivnim i prinudnim.

U prilog tome navode se i sledeći razlozi: u novije vreme u uporednom pravu, posebno na nivou propisa Evropske unije, kao i zemalja članica donet je niz propisa u cilju zaštite osiguranika kao slabije ugovorne strane, kao na primer: obaveza osigurača pre zaključenja ugovora na davanje predugovornih isprava ugovaraču; obaveza osigurača da upozori ugovarača na nedoslednosti u pokriću; obaveza osigurača da osiguranika upozori na početak pokrića; pravo osiguranika na prigovor u slučaju odstupanja sadržaja polise od ponude osigurača; pravo osiguranika da odustane od zaključenog ugovora bez navođenja razloga za raskid; klauzule o zloupotrebi ugovora o osiguranju (nekorektne klauzule); obaveza dostavljanja informacija nakon promena uslova ugovora, itd. Imajući sve ovo u vidu, ovi autori postavljaju pitanje da li je našem ugovornom pravu osiguranja

ne postupale savesno, prema odredbi zakona (čl. 932) dolazi do sniženja sume osiguranja i srazmernog smanjenja premije, ali osigurač zadržava nesmanjenu premiju za tekući period – prema opštim uslovima osiguranja imovine (čl. 23. t. 2) smanjuje se iznos premije koji odgovara sniženoj sumi osiguranja od dana kada je sniženje zatraženo, i to je odstupanje svakako u korist osiguranika; u osiguranju života ugovarač osiguranja može da traži od osigurača na ime predujma deo osigurane svote do visine otkupne vrednosti polise (čl. 955) – odgovaralo bi interesima osiguranika da se ugovorom predvidi i veća suma od ove koju predviđa zakon. (Ovi primeri su preuzeti iz knjige istog autora “Pravo osiguranja”, Beograd, 2005, str. 51-2).

⁵ Slavnić, Jovan: “Primena nekih odredaba Zakona o obligacionim odnosima zajedničkih za imovinska osiguranja i osiguranja lica” Zakon o obligacionim odnosima, knjiga o desetogodišnjici, Beograd, 1988, tom II, str. 28; Isti autor, “Ugovor o osiguranju u novom Građanskom zakoniku Republike Srbije, diskusija na okruglom stolu, “Revija za pravo osiguranja”, br. 4/2008, str. 64–67; isti autor, “Predlog tema za javnu raspravu o rešenjima koja nisu prihvaćena u Predancrtu Građanskog zakonika Republike Srbije u odnosu na ugovor o osiguranju”, Revija za pravo osiguranja, br. 1/2012, str. 33.

kao oblik zaštite osiguranika kao slabije ugovorne strane potreban još i sistem poluprinudnih normi.⁶

Da bi se na osnovu svega izloženog došlo do argumentovanog stava o načinu na koji treba postupiti u odnosu na metod zakonskih regulisana u našem novom Građanskom zakoniku (da li zadržati sistem regulisanja kako je to učinjeno u Zakonu o oblgacionim odnosima, ili učiniti neke izmene), potrebno je proučiti rešenja koja su prihvaćena u uporednom pravu, pre svega u zemljama koje imaju razvijen sistem regulisanja pravnih odnosa osiguranja. Zadržaćemo se na primerima francuskog prava, nemačkog i švajcarskog prava, kao i nekih dokumenata u pravu Evropske unije.

U Francuskoj je donet Zakonik o osiguranju (Code des assurances) 1976. godine (kasnije u nekoliko navrata menjan i dopunjavan) u koji je inkorporiran Zakon o ugovoru o osiguranju od 1930. godine. Ovaj deo Zakonika, pod naslovom "Ugovor" sadrži 86 članova. Francuski zakonodavac, najpre, polazi od principa imperativnosti normi kojima se reguliše ugovor o osiguranju. U članu L 111.2. propisano je izričito da se ne mogu menjati ugovorom odredbe ovog zakona, izuzev onih koje daju stranama takvu mogućnost, a koje su sadržane u posebno nabrojanim članovima zakona –sledi nabrojavanje 18 članova koji sadrže mogućnost odstupanja⁷. Francuski pisci gotovo jednodušno opravdavaju prihvaćeno načelo imperativnosti navodeći opšte prihvaćeno stanovište da postoji potreba zaštite slabije ugovorne strane –osiguranika, jer je osigurač taj koji formuliše opšte uslove osiguranja, ali i osigurača od mogućih zloupotreba od strane osiguranika; zatim, zakon mora da zaštiti osnovne institute na kojima se zasniva posao osiguranja, čime se štiti zajednica rizika osiguranika, a sve se svodi na očuvanje javnog poredka i morala⁸. Šta više, zapažena je i tendencija slabljenja slobode ugovaranja pod uticaje sudske prakse koja je više naklonjena zaštiti osiguranika, kao i jačanja zakonodavne intervencije u vršenju kontrole poslovanja osigurača.⁹

⁶ Slavnić, J.: op. cit., Revija za pravo osiguranja, br. 4/2008, str. 66.

⁷ Primera radi, te odredbe se odnose na: mogućnost ugovaranja osiguranja za tuđ račun ili "za račun koga se tiče"; na izdavanje polise po naredbi ili na donosioca (sa izuzetkom osiguranja života); na obavezu osiguranika da prijavi zaključeno saosiguranje ili višestruko osiguranje; odstupanje od pravila proporcionalnosti – osiguranje na prvi rizik; osiguranje izgubljene dobiti; štete nastale usled svojstva osigurane stvari: pokriće ratnih rizika; mogućnost odricanja od prava subrogacije od strane osigurača; napuštanje osigurane stvari; odstupanje od pravila o pokriću troškova pravne zaštite u osiguranju od odgovornosti; zaključivanje ugovora o osiguranju života od strane drugog lica; prenos potraživanja iz ugovora o osiguranju života cesijom ili indosamentom; itd.

⁸ F. Gretz, *Connaitre comprendre la loi sur le contrat d assurance terrestre*, 1980, str. 15.

⁹ M. Picard, A. Besson, *Les assurances terrestres en droit francais*, Paris, 1964, tome 1, str. 56.

Međutim, postoje i kritike koje se upućuju ovakvom načinu regulisanja ugovora o osiguranju u francuskom pravu. Ističe se posebno sledeći argument: u nekim od nabrojanih članova zakona u kojima je dopuštena autonomija volje (dispozitivne norme) sadržane su i imperativne norme od kojih se ne može odstupiti. Na primer, u članu L 121.8 predviđeno je u st.1. da se može ugovoriti pokriće šteta nastalih usled nekog ratnog rizika (dispozitivna norma), a u stavu 2. istog člana predviđeno je ko snosi teret dokazivanja, na sledeći način: kada ovi rizici nisu pokriveni osiguranjem na osiguraniku je da dokaže da je šteta nastala iz nekog dugog događaja van onih koji su nastali ostvarivanjem ratnih rizika, a na osiguraču je da dokaže da je šteta nastala ostvarivanjem ratnih rizika. Nesporno je, dakle, da je norma u stavu 1. dispozitivna, ali, kada osigurač prihvati pokriće ratnih rizika, norma iz stava 2. postaje imperativna i pravilo o teretu dokaza, predviđeno u stavu 2. ne može se ugovorom menjati¹⁰. Drugi karakterističan primer odnosi se na mogućnost odstupanja od pravila o subrogaciji (član L 121.12). Ovaj član zakona nabrojan je sa ostalima od kojih se voljom ugovornika može slobodno menjati. Uprkos tome, postoje neslaganja oko domašaja ove norme: osigurač se može odreći prava na subrogaciju (što se često dešava u osiguranju od požara), ali, ako odluči da ostvari svoje pravo prema licu koje je prouzrokovalo štetu, on to može učiniti samo po pravilima o subrogaciji. Pri tome, on ne može da povredi granice koje zakon postavlja u interesu osiguranika, a koje su sadržane u istom propisu; ta ograničenja su imperativne prirode i odnose se na sledeće: pravo osigurača prema trećem licu nastaje isplatom naknade osiguraniku i ne može se ugovorom predvideti da nastaje u momentu nastanka štete; osigurač može od trećeg odgovorog lica da potražuje naknadu samo u visini isplaćene sume osiguraniku; osigurač ne može da se koristi subrogacijom na štetu osiguranika (u slučaju kada ga nije u potpunosti obeštetio osiguranik ima prednosti u odnosu na osigurača prema štetniku); nije dopuštena subrogacija u slučaju kada je štetu prouzrokovalo neko lice u bliskoj vezi sa osiguranikom. Ova nabrojana ograničenja su imperativne prirode i ona se označavaju kao norme ustanovljene u cilju zaštite javnog poredka.¹¹

Ova mešavina imperativnih i dispozitivnih normi izazivala je teškoće u praksi francuskih sudova¹². Pri tome, osnovno rukovodno načelo sudovima je oslanjanje na javni poredak: zaštita osiguranika i sloboda ugovaranja idu zajed-

¹⁰ Isto, str. 298.

¹¹ L. Sicot, H. Margeat, *Precis de la loi sur le contrat d assurances*, Paris, 1962, str. 212; Picard – Besson, *op. cit.*, str. 461-2.

¹² L. Sicot, H. Margeat, *op. cit.*, str. 22.

no uvek kada to nije suprotno zahtevima javnog poredka.¹³ U odnosu na karakter normi koje koristi francuski zakonodavac pri regulisanju ugovora o osiguranju konstatuje se sledeće: svi navedeni članovi zakona kojima se može odstupiti od odredaba zakona daju ugovornim stranama mogućnost izbora različitih rešenja; ali, u njima se takođe nalaze bilo imperativne norme, bilo ograničenja, bilo obaveza korišćenja jedne od ponuđenih mogućnosti pri čemu se isključuju sve ostale. Otuda je nužna analiza svakog posebnog zakonskog teksta da bi se odlučilo šta je u skladu sa javnim poretkom a šta nije.¹⁴

Sistem francuskog prava, koji razlikuje samo dve vrste normi, imperativne i dispozitivne, pri čemu se od imperativnih normi može odstupiti samo u zakonom nabrojanim članovima, ima određene nedostatke, jer, iako se kao jedan od glavnih razloga za prihvatanje načela imperativnosti navodi potreba zaštite osiguranika, u praksi se u slučaju spora pribegava istraživanju da li je odstupanje u skladu sa javnim poretkom, a to vodi određenoj nesigurnosti. Nema jasnog kriterijuma za procenu opravanosti odstupanja, jer ne postoji kriterijum “odstupanje u korist osiguranika”, odnosno “ne na štetu osiguranika”, koji su bliže određeni od kriterijuma “u skladu sa javnim poretkom”, pri čemu je, kako je gore navedeno, potrebna analiza svakog posebnog zakonskog teksta da bi se odlučilo šta je u skladu sa javnim poretkom, a šta nije.

U nemačkom Zakonu o ugovoru o osiguranju, od 2007. godine, korišćena je posebna tehnika označavanja vrste prihvaćenih normi. Pored toga što se u pojedinim članovima određuje da se ugovorom predviđeno rešenje apsolutno ne može menjati (na primer: ništavan je sporazum kojim se osiguranik odriče prava da osporava ugovor zbog zablude – paragraf 5. st. 4; ništav je sporazum kojim se osigurač oslobađa plaćanja zatezne kamate – par.1. st. 3), na kraju svakog odeljka u posebnom članu navode se odredbe tog odeljka koje se ne mogu menjati na štetu osiguranika. Tako, na primer, u odeljku o premiji osiguranja (paragrafi 33–42) posebnom odredbom se određuje koje odredbe se ne mogu menjati na štetu osiguranika (kod premije koja se plaća putem trajnog naloga – skidanjem sa računa, obaveza je osiguranika da prenese premiju tek kada osigurač to zahteva u tekstualnoj formi; pravo osigurača na raskid ugovora zbog docnije osiguranika, osim ako osiguranik nije kriv za neplaćanje premije; odugovlačenje sa plaćanjem tekućih premija – ostavljenje naknadnog roka za plaćanje osiguraniku i pravne posledice kada nastupi osiguran slučaj nakon isteka tog roka, pravo otkaza ugovora od strane osigurača; prevremeni prestanak ugovora; otkaz kod povećanja premije), dok se za ostale odredbe ovog odeljka (dospevanje premije nakon iste-

¹³ Isto, str. 20.

¹⁴ F. Gretz, op. cit., str. 16.

ka roka od dve sedmice po prijemu polise osiguranja; plaćanje premije od strane trećih lica; mesto plaćanja premije; prebijanje) izričito ne kaže da li se mogu menjati (ovog puta u korist bilo koje ugovorne strane). Ovaj način regulisanja unosi više izvesnosti u tumačenju karaktera zakonskih normi, u odnosu na francuski sistem, jer, prvo, sadrži odredbe apsolutno prinudne, u odnosu na koje suprotno ugovaranje proglašava ništavim, i drugo, sadrži kriterijum dozvoljenog odstupanja u konkretnim slučajevima, ali "ne na štetu osiguranika", koje su ustvari poluprinudne norme, gde postoji mogućnost odstupanja u korist jedne ugovorne strane. Iz ovoga se može izvući zaključak da u nemačkom pravu osiguranja postoje tri vrste normi: imperativne, dispozitivne i poluprinudne.

U švajcarskom pravu (Zakon o ugovoru o osiguranju, od 1908. godine, posle zadnje revizije stupio na snagu 1. januara 2008. godine), koji sadrži 104 člana, polazi se od načela imperativnosti: u delu koji nosi naslov: "Imperativne odredbe", predviđena su dva pravila. U članu 97. nabrojana su 16 članova čije odredbe ne mogu biti ugovorom izmenjene. U članu 98. nabrojane su odredbe 46 članova od kojih se ugovorom ne može odstupiti na štetu ugovarača ili korisnika osiguranja. Na taj način, postoji kategorija apsolutno prinudnih normi¹⁵ kao i kategorija poluprinudnih normi, koje se ne mogu menjati na štetu jedne ugovorne strane¹⁶

¹⁵ To su, na primer: ugovor je ništav ako se u momentu njegovog zaključenja rizik već ostvario ili je prestala mogućnost da se ostvari; obaveza plaćanja premije postoji za ceo period osiguranja ako ja ugovor rasknut ili je prestao pre dospelosti; osigurač nije u obavezi ako je osigurani slučaj prouzrokovan namerno od strane ugovarača ili korisnika osiguranja; prećutno produženje ugovora ne može se odnosti na period duži od godinu dana; kod nesavesno zaključenog nadosiguranja osigurač nije u obavezi da isplati naknadu iz osiguranja, a zadržava pravo na premiju; kod dvostukog osiguranja postoji obaveza osiguranika da o tome obavesti osigurača, koji, u slučaju nesavesnog osiguranika nije u obavezi prema osiguraniku; u slučaju dvostrukog osiguranje svaki osigurač odgovara za štetu u proporciji između sume osiguranja koju je on prihvatio i ukupnog iznosa osiguranih suma; pravo koje proističe iz osiguranja lica ne može biti dato u zalogu ili cedirano, ili preneto prostom predajom polise, već je potrebna pismena forma i predaja polise, kao i pismeno obaveštenje osigurača o tome; ugovor o osiguranju za slučaj smrti drugog lica je ništav bez pismenog pristanka tog lica datog pre zaključenja ugovora; itd.)

¹⁶ Na primer: ponuda za zaključenje ugovora učinjena osiguraču vezuje ponudioca 14 dana ukoliko on nije odredio kraći rok za prihvatanje ponude; smatra se da je prihvaćen predlog za produženje ili modifikovanje ugovora ako osigurač ne odbije taj predlog u roku od 14 dana; osigurač je u obavezi da ugovarača osiguranja pre zaključenja ugovora obavesti o svom identitetu i osnovnim elementima ugovora – koji se u ovom članu nabrajaju; ako osigurač ne ispuni svoju obavezu informisanja osiguranika ovaj ima pravo da raskine ugovor, a to mora učiniti pismenim putem, pri čemu se ovo pravo na raskid gasi 4 nedelje pošto je ugovarač osiguranja saznao za povredu obaveze informisanja, a najkasnije godinu dana od tog saznanja; u slučaju neslaganja sadržine polise i ugovora, ugovarač ima pravo da traži usaglašavanje četiri nedelje od prijema iste, u suprotnom, smatra se merodavnom sadržina polise; itd.).

U nizu prava o ugovoru o osiguranju ne postoje opšte norme u kojima se nabrajaju odredbe koje su imperativne ili koje su dispozitivne. Tako je, na primer, u Zakonu o ugovoru o osiguranju Republike Grčke, od 1997. godine. Postoji, najpre, jedna norma opšteg kraktera po kojoj svi uslovi sadržani u polisi osiguranja treba da vode računa o redovnim interesima ugovarača osiguranja, kao i osiguravani i treba da jasno budu navedeni i napisani razumljivim jezikom, pri čemu, sporazumi koji bi prećutno značili odricanje od prava da se traži poništaj ugovora o osiguranju zbog greške nisu obavezujući za ugovarača osiguranja (član 3. st. 8).¹⁷ Zatim, postoje konkretne norme u kojima se predviđa mogućnost drukčijeg ugovaranja u odnosu na rešenje predviđeno u toj normi (na primer: ako je osiguravajuće pokriće odobreno bez odlaganja, može se ugovoriti odricanje ugovarača osiguranja od prava na informacije propisane u posebnom članu zakona; ugovorom se može odstupiti od pravila po kome pokriće ne stupa na snagu ako premije ne bude plaćena u celosti ili ne bude plaćena prva rata premije; itd.).

Slično je i kod Zakona o ugovoru o osiguranju Republike Češke, od 2003. godine, koji u brojnim posebnim članovima predviđa odstupanje od predviđene norme “ukoliko drukčije nije ugovoreno.”¹⁸

U oba predhodna slučaja (Češka i Grčka) ostaje, međutim, pitanje tumačenja karaktera normi u kojima niti je zabranjeno drukčije regulisanje, niti je predviđena mogućnost ugovornog odstupanja. Drugim rečima, nedostaju norme kojima bi se *numerus clausus*, ili na drugi način (uopšteno) predvidela dopuštenost ili zabranjenost odstupanja od prihvaćenih normi. Takve tendencije postoje u nekim aktima u pravu Evropske unije.

Reč je, pre svega, o dokumentu koji nosi naslov “Principi evropskog ugovornog prava osiguranja”, koji je objavljen 2009. godine kao rezultat desetogodišnjeg rada tzv. Grupe za osiguranje koju je osnovala Evropska komisija sa zahtovom da sačini nacrt “Opšteg refentnog okvira” za evropsko ugovorno pravo,

¹⁷ Prevod ovog zakona objavljen je u Reviji za pravo osiguranja, br. 2/2007.

¹⁸ Primera radi, može se drukčije ugovoriti: pokriće osiguranjem događaja koji se ostvario pre zaključenja ugovora; razna obaveštenja u vezi ugovora o osiguranju ne moraju biti u pismenoj formi; tekuća premija ne mora biti plaćena prvog dana perioda osiguranja; u slučaju nastupanja osiguranog slučaja posle čega osiguranje prestaje, može se odstupiti od pravila da osigurač ima pravo na premiju za ceo period osiguranja; u slučaju pogoršanja rizika ugovorom se može predvideti povoljniji položaj osiguranika od onoga koji ja normom predviđen; rok od tri meseca posle prijave osiguranog slučaja u kome postoji obaveza osigurača da izvrši procenu štete i eventualno osiguraniku isplati nesporni deo naknade može ugovorom biti produžen; od pravila o suspenziji ugovora ako premija ne bude plaćena dva meseca po dospelosti može se ugovorom odstupiti; ugovorne strane mogu predvideti dan pestanka ugovora o osiguranju i način izvršavanja međusobnih ugovornih obaveza; može se pored stvarne štete ugovoriti i osiguranje izgubljene dobiti; kod osiguranja pravo na naplatu premije od strane vodećeg saosigurača može se ugovorom izmeniti; itd.

čiji posebni deo čine pomenuti Principi. Ovaj dokument privlači velikom pažnju u krugovima osiguranja u EU iako je još u fazi doktrinarnog akta, nedovršenog i predviđenog kao neobavezujućeg, opcionalnog instrumenta čija primena zavisi od autonomije volje ugovornih strana – kao alternativni režim ugovornog prava osiguranja kojim se može zameniti nacionalno ugovorno pravo. Za potrebe ovog rada od interesa je videti kako je određen karakter normi koje se u ovom dokumentu predviđaju¹⁹.

Najpre, u Principima evropskog ugovornog prava osiguranja (PEUPO) polazi se od načela imperativnosti normi kojima se regulišu odnosi osiguranja, koje imaju u prvom redu za cilj da pruže zaštitu osiguraniku kao slabijoj ugovornoj strani. Pri tome, posebnom odredbom je predviđeno koja pravila su “apsolutno” imperativna, to jest, od kojih se ugovorom ne može odstupiti, a zatim je predviđeno da se od svih ostalih odredaba može odstupiti pod uslovom da ovo odstupanje nije na štetu ugovarača osiguranja, osiguranika, ili korskornika naknade iz osiguranja. Ova zadnja grupa normi se u literaturi naziva “poluprinudni propisi”. Najzad, predviđa se mogućnost odstupanja u korist bilo koje ugovorne strane u slučajevima nekih rizika koji se u posebnom aneksu nabrajaju: grupa rizika vezanih za transportna osiguranja, rizici vezani za profesionalnu aktivnost osiguranika u obavljanju industrijske ili trgovačke aktivnosti, rizici kredita i jemstva, kao i tzv. veliki rizici u nabrojanim vrstama osiguranja (rizici kod kojih je reč o osiguraniku veće ekonomske snage- koji prelazi određeni kriterijum visine obrta kapitala ili broja zaposlenih). Na taj način, imperativni karakter normi prihvaćen u PEUPO ograničen je na ugovore o osiguranju masovnih rizika, kod kojih se osiguraniku pruža zaštita kao slabijoj ugovornoj strani, bilo da je reč o potrošačkim ili nepotrošačkom ugovorima, uključujući i ugovore o osiguranju koje zaključuju mala i srednja preduzeća, dok kod ugovora o osiguranju tzv. velikih rizika nema potrebe za posebnom zaštitom osiguranika, pa ni za imperativnim normama.²⁰

Jedan opšti zaključak koji se nameće posle iznetog pregleda uporednog prava u regulisanju ugovora o osiguranju govori o tome da se, prvo, u cilju zaštite osnovnih ustanova osiguranja i ravnoteže ugovornih strana, polazi od načela imperativnosti zakonskih normi; drugo, da se, posebno, u cilju zaštite slabije ugovorne strane – osiguranika koriste tzv. poluprinudne norme; i treće, da se u granicama određenih zakonom predviđaji i dispozitivne norme (odstupanja kada to

¹⁹ Detaljnije o sadržaju ovog dokumenta i reagovanju pravnih pisaca u EU videti: S. Đorđević, Principi evropskog ugovornog prava osiguranja – budući opcionalni instrument prava EU, *Revija za pravo osiguranja*, br. 2/2011.

²⁰ Isto, str. 24: Razlika između ugovora o osiguranju velikih rizika i ugovora o osiguranju masovnih rizika je u tome što se na prve ne može primeniti regulativa o zaštiti potrošača, čak i onda kada je samo jedna ugovorna strana potrošač.

nije zakonom izričito zabranjeno ili je zakonom izričito dopušteno). Razlike postoje u pogledu načina na koji se ovi ciljevi ostvaruju: 1. čine se nabiranja u jednom (ili dva) člana zakona normi od kojih se uopšte ne može odstupiti, ili se u konkretnoj normi zabranjuje odstupanje od pravila koja ona sadrži; 2. predviđaju se kriterijumi za odstupanje od imperativne norme, bilo na opšti način, kao: “u korist” jedne ugovorne strane” ili “ne na štetu” određene ugovorne strane, bilo da se nabiraju takve norme u posebnom članu zakona; 3. u pojedinim konkretnim normama izričito se dopušta ugovaranje na drukčiji način (dispozitivne norme).

Po mišljenju pisca ovih redova postoje u metodu nabiranja zakonskih normi i prednosti i nedostaci. Prednosti su u tome što se otklanja neizvesnost i arbitrarnost kod tumačenja predviđenih nepreciznih kriterijuma (na primer: “u skladu sa javnim poretkom”, “u nesumnjivom interesu...”, “ne na štetu”). Nedostaci su u tome što kod nabiranja uvek postoji opasnost da se neki propis ispusti, a, nasuprot, sprečava se veća kreativnost suda ili drugog organa koji bi tumačio dopuštenost ugovornog odstupanja. Zapravo, preuveličava se opasnost arbitrarnosti pri tumačenju norme od koje se može sporazumno odstupiti, jer bi drukčije bili suprotno zdravoj logici stvari: na primer, kod odstupanja u interesu osiguranika – gde je u najvećem broju slučajeva očigledno i notorno poznato da je reč o takvom odstupanju (na primer: skraćivanje roka za isplatu naknade iz osiguranja; srazmerno povećanje premije umesto raskida ugovora; itd.).

U našem Zakonu o obligacionim odnosima, čija su rešenja gore prikazana, postoje tri grupe normi: 1. apsolutno prinudne, kod koji je odstupanje zakonom zabranjeno, ili kada to “nije izričito dopušteno” – što znači da se polazi od pretpostavke imperativnosti na opšti način, ili se, pored toga, u nekoj konkretnoj normi zabranjuje suprotan sporazum²¹; 2. odstupanje od ostalih odredaba zakona je dopušteno pod uslovima: a) “ako je u nesumnjivom interesu osiguranika” i b) ako nije zabranjeno ovim ili drugim zakonima (poluprinudna norma); 3. odstupanje je dopušteno u korist bilo koje ugovorne strane, ako ne postoje ograničenja pod 1. i 2. (dispozitivne norme). U našem ZOO nisu, dakle, predviđene *numerus clausus* norme koje su imperativne, one koje su poluprinudne i one koje su dispozitivne. Umesto toga, dati su pomenuti kriterijumi tumačenja i rešenja u pojedinim konkretnim normama.

Na osnovu svega napred izloženog, postavlja se pitanje koji bi metod trebalo prihvatiti u našem novom Građanskom zakoniku. Jedno bi rešenje bilo da postojeće rešenje o prirodi normi kod ugovora o osiguranju u našem Zakonu o

²¹ Na primer: ako je osiguranik slučaj prouzrokovan namerno od strane ugovarača, osiguranik ili korisnik, osigurač nije obavezan ni na kakva davanja, a “suprotna ugovorna odredba nema pravnog dejstva” – član 920).

obligacionim odnosima treba zadržati (kao što je to slučaj u svim zemljama bivše Jugoslavije – koje su nasledile isti zakon o obligacionim odnosima i kasnije ga u nečemu menjale i dopunjavale). Drugi pristup je da postojeće rešenje treba menjati po ugledu na neka od gore iznetih rešenja u uporednom pravu. U našoj pravnoj literaturi izneti su u tom smislu neki predlozi upućeni Komisiji za izradu našeg novog Građanskog zakonika.²² Istaknuto je nekoliko predloga:

Po jednom, treba prihvatiti sistem švajcarskog prava: u posebnom članu zakona treba nabrojati odredbe čija je primena obavezna, a zatim, nabrojati u posebnom članu odredbe članova (stava, rečenice) koje se ne mogu menjati na štetu ugovarača, osiguranika ili korisnika osiguranja. Po drugom predlogu, treba uneti član kojim se *numerus clausus* predviđaju odredbe čija je primena obavezna, a zatim, na opšti način odrediti da se od svih ostalih odredaba ugovorom može odstupiti ukoliko to nije na štetu ugovarača, osiguranika ili korisnika osiguranja – sa izuzecima u slučaju tzv. velikih rizika (sistem Principa evropskog ugovornog prava osiguranja). Po trećem predlogu, u svakom odeljku (ili glavi) zakona na kraju u posebnom članu nabrojati odredbe koje se ne mogu sporazumom menjati na štetu osiguranika ili korisnika osiguranja (sistem nemačkog prava).

Komisija za kodifikaciju će, nesumnjivo, pažljivo razmotriti sve ove predloge, a autoru ovog teksta čini se najprihvatljivijim sledeće rešenje: formulisati u jednoj normi odredbe zakona koje se uopšte ne mogu menjati sporazumom ugovornih strana (to su, pre svega odredbe kojima se štite osnovne ustanove osiguranja). Zatim, opštom normom predvideti da se od svih ostalih odredbi ugovorom može odstupiti ukoliko to nije na štetu ugovarača, osiguranika ili korisnika osiguranja. Pored ovih pravila (odnosno, u okviru ovih pravila), ostaje da se i u konkretnim normama može da predvidi bilo zabrana suprotnog ugovaranja (proglašavanjem nevažećim takve sporazume, ili njihovu ništavost), bilo, pak, da se predvidi dopuštenost odstupanja u korist bilo koje ugovorne strane. Na taj način bi se postiglo ostvarivanje nekoliko ciljeva: prvo, očuvalo bi se načelo imperativnosti (radi nekoliko puta gore isticanih ciljeva koji se njime zadovoljavaju), drugo, na poseban način bi se sačuvala zaštita osiguranika kao slabije ugovorne strane i, treće, bila bi očuvana i autonomija volje ugovornih strana (u okvirima zakonom dopuštenim).

²² Vidi gore, str. 4. fus nota br. 5.

PREDRAG ŠULEJIĆ, Ph.D.,
Professor, Faculty of Law University of Belgrade

THE METHOD OF REGULATING THE LEGAL REQUIREMENTS
RELATING TO INSURANCE CONTRACTS

Summary

One of the most important questions to be asked before legislators in the regulation of contractual relations is the question of whether dispositive or imperative to establish norms. In other words, whether and to what extent, limit the basic principle of autonomy of the will and the purpose it seeks to achieve. When it comes to the insurance contract is a matter for purposes of protection through the prism of one or the other contracting party or other persons involved in the creation and implementation of legal relations, but also the question of the need to protect certain basic institutions underlying legal issues of insurance. For example, contractors can not be left to cover the insurance contracts intentionally caused damage, because it is contrary to public order and morality, but it is unnecessary to forbid them to cover the lost profits in addition to actual damages incurred. It is clear that in the first example to be used peremptory norm, while in the second case dispositive norm. However, the problem is compounded when there is a need to protect one party (the insured, as a rule) that can be achieved by departing from established peremptory norm - for example, the law stipulated a more favorable alternative for the insured whose interest is it that as soon as receive benefit. And this possibility - the deviation of imperative norms in favor of one party, accepted in comparative law, exists in our Law of Obligations. Provisions of this in an unmodified form taken in preliminary draft of the Civil Code of the Republic of Serbia, since 2009. There are, therefore, the regulation of the insurance contract three types of legal norms: the imperative, and so dispositive and so-called half imperative norms.

The author studies in this article a domain of application of these standards and requirements (optional) different regulation in the future Civil Code of the Republic of Serbia using solutions from comparative insurance law and regulations of the European Union. Part of article author devotes to his proposals regarding method of regulation that need to be applied in the Serbian legislation. The author of this article seems to be most acceptable to the following solution: to formulate a standard provision of the law that does not change the agreement between the parties (that is, first of all, provisions protecting the basic institutions insurance). Then, the general norm to predict that of all other provisions of the contract may be waived if it is not at the expense of the contractor, the insured or to the beneficiary. In addition to these rules (ie, within the rules), it remains to be in specific standards may provide for any prohibition on contracting the opposite (declaring void those agreements, or their nullity), was, however, to predict the variation in favor of the admissibility of any contractual side. This would be achieved by achieving the following goals: first, to preserve the principle of the imperative character (for several times up named goals for which they meet), and second, in a special way to preserve the protection of the insured, as weaker partie and, third, it would be preserved and the autonomy of the parties (in the framework of the law permitted).

ŠIME IVANJKO

PRAVNI ODNOS IZMEĐU POSREDNIKA U OSIGURANJU I DRUŠTVA ZA OSIGURANJE

U V O D

Stalno povećavanje prisutnosti i važnosti osiguranja u životu ljudi i društva u cjelini, a posebno u gospodarstvu, te globalizacija na europskom tržištu traže nove teorijske i praktične mogućnosti izbora najprimjernijeg osiguranja, koje odgovara potrebama suvremenog života kod pojedinog osiguranika. U traženju novih pristupa zaključivanju osiguranja vrlo važnu ulogu imaju *posrednici* u osiguranju (u daljnjem tekstu; posrednik ili broker), kao tradicionalni savjetnici osiguranika, koji pružaju tehničku, organizacijsku, pravnu i drugu pomoć osiguranim i društvima za osiguranje (u daljnjem tekstu; osiguratelj) doprinoseći time kvaliteti sklapanja i sadržaja ugovora te praćenju provedbe prava i obveza za vrijeme trajanja ugovora o osiguranju.¹ Na našim prostorima za vrijeme socijalizma i dogovorne ekonomije nije bilo dozvoljeno djelovanje posrednika u oblasti osiguranja, jer su tu ulogu obavljali osiguratelji (zajednice osiguranja) sa svojom mrežom zastupnika u radnom odnosu sa osigurateljem.²

Posrednici u osiguranju odnosno brokeri igraju ključnu ulogu na zajedničkom tržištu osiguranja u Europskoj uniji te su stoga Europski parlament i Vijeće

Dr Šime Ivanjko, profesor emeritus, Pravni fakultet Univerziteta u Mariboru.

¹ G. Riedlsperger,.: Die Zukunft des Versicherungsmaklers. LexisNexis, Wien, 2007, str. 3.

² Vidi detaljnije, Šime Ivanjko, Zavarovalno pravo, Zavarovalno-poslovni inštitut, Maribor, 2009, str. 45.

već 1976. donijeli Direktivu o posrednicima u osiguranju, njihovom statusu i djelovanju, 1991. posebnu preporuku državama članicama EU o potrebi regulacije posredovanja u osiguranju i konačno 9. decembra 2002 sada važeću Direktivu o posrednicima u osiguranju, koja je u postupku izmjenjena i dopuna.³

Na prostorima bivše SFRJ sve novo nastale države donijele su propise o posrednicima u osiguranju oslanjajući se u pravilu na rješenja koja sadrži spomenuta Direktiva EU iz 2002.⁴

POVIJEST POSREDOVANJA U OSIGURANJU

Prvi podaci o posredovanju u osiguranju i isplati provizije za posredovanje mogu se naći u knjigama tvrtke Francesco e Bene Compagni u Firenci u 1319. U tim knjigama je zabilježeni podatak o izračunu premije, koja je uključivala i naknadu "po serseria dio rischio" za brokera u Pisi. U prošlosti se posredovanje u osiguranju pojavljuju u području pomorskog osiguranja. Prve police u pomor-

³ Rad na noveliranju Direktive iz 2002 (IMD 2) traje već nekoliko godina, time da se najviše spornih pitanja otvara u vezi sa pitanjem objavljivanja visine provizije za zaključivanje ugovora o osiguranju i o načinu plaćanja provizije. Prijedlogu o obaveznom objavljivanju visine provizije odupiru se posebno njemački osiguratelji, smatrajući da to ne doprinosi zaštiti osiguranika. Prema njihovom mišljenju obračun provizije je ovisan o obujmu posla posrednika koji nije poznat osiguraniku. Njemački osiguratelji su protiv razmišljanja o tome da bi osiguranici plaćali proviziju neposredno posredniku, Vidi detaljnije Stellungnahme des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. zum Richtlinienvorschlag der EI-Kommission ueber Versicherungsvermittlung (Neufassung) od 3.7. 2012. I GDV – *Positionspapier zur Revision der EU-Richtlinie zur Versicherungsvermittlung* (<http://www.gdv.de/tag/imd2/>).

⁴ Nakon raspada SFRJ doneseni su u novostvorenim državama propisi o posrednicima u osiguranju u devedesetim godinama prošlog stoljeća i početkom ovog stoljeća; Slovenija je donijela Zakon o osiguranju (Zakon o zavarovalništvu – ZZavar), Uradni list, 13/2000, popravak, 91/2000, 12/2001, 21/2002, 52/2002, 91/2002, 29/2003, 50/2004, 65/2004 i pročišćeni tekst br. 99/2010). Detaljnije pravno uređivanje položaja i poslovanja posredovanja u osiguranju bilo je uređeno u Hrvatskoj donošenjem posebnog Zakona o posredovanju i zastupanju u osiguranju 5. ožujka 1999, koji je kasnije ukinut i ista materija sadržajno unesena u Zakon o osiguranju (Narodne novine, br. 151/05,87/08i 82/09). Ovaj zakon uređuje poslove posredovanja i zastupanja u osiguranju te uvjete za obavljanje tih poslova kao i nadzor nad njihovim djelovanjem. U Federaciji BiH je donesen Zakon o posredovanju u privatnom osiguranju Službene novine Federacije BiH, br. 24/2005. U Republici Srpskoj isto tako donesen je Zakon o posredovanju u osiguranju (Službeni glasnik Republike Srpske, br. 17/05 i 64/05) sa jednakim rješenjima, kao u Federaciji. U Republici Srbiji je posredovanje u osiguranju normirano u Zakonu osiguranju ("Сл. гласник РС", br. 55/2004, 70/2004 – ispr., 61/2005, 61/2005. 101/2007, 63/2009 – odluka US i 107/2009). U Republici Makedoniji posredovanje je uređeno također u Zakonu o osiguranju (Zakon za osiguravanje, Sl. vesnik na R Makedonija, br. 35/2001).

skom osiguranju izdaju javni bilježnici u 14. i 15. stoljeću, a za njihovo izdavanje primali su posebne nagrade. Najstarija poznata policia u području osiguranja izdana je 1347. godine u Italiji. U literaturi se često citira navod na polici, koji se odnosi na podatak, da je policia napravljena od strane brokera Pagnozzo d'Angnolo u Veneciji a u vezi sa prijevozom tereta na brodu Marzillana iz Venecije u Split. U povijesti je poznato, da je brokeri osiguranja predstavljaju urbanu elitu. Zanimljivo, položaj brokera u osiguranju bio je uređen Statutom Barceloni 1435. godine. U navedenom statutu, u člancima od XVII do XX, navedene su odredbe o ograničavanju iznosa provizije za posrednika u osiguranju i obveza poštivanja propisanih kriterija za obračun provizije. Poblje odredbe o posredovanju u osiguranju mogu se naći u statutima Firence od 28.1.1523. godine. U takozvanom Zlatnom razdoblju razvoja Nizozemske u 15. i 16. stoljeću posrednici (brokeri) igraju u području pomorskog prometa važnu ulogu. U 1720. godini u Amsterdamu djeluje više od 100 posrednika u osiguranju. U arhivskim knjigama u Hamburgu iz 1588. zabilježen je podatak, da osiguratelj prihvatio policu od brokera, iako premija nije plaćena što dokazuje, da su brokeri u tom razdoblju uživali veliko povjerenje osiguratelja. U Hamburgu je 1642. donesena pravna odredba o poslovanju i ulozi posrednika u osiguranju.

U prošlosti posrednici u osiguranju pojavljuju se i djeluju u velikim gospodarsko razvijenim gradovima Europe. Uloga posrednika u osiguranju u Njemačkoj je bila od posebnog interesa, budući da 1938. registrirano više od 300 tvrtki, koje su se bavila posredovanjem u osiguranju. Zanimljivo, posrednici u osiguranju se ranoj povijesti osiguranja pojavljuju znatno ranije nego zastupnici osiguranja, time, da je u 19. stoljeću broj zastupnika prelazi broj posrednika te se prodaja osiguranja u pravilu vrši putem djelovanja zastupnika (agenata) osiguranja zbog konkurentnih i drugih razloga. Određene vrste posrednika u osiguranju, koje su bliže razumijevanju današnjih zastupnika mogu se naći u Engleskoj već 1765. godine i to u skupini neživotnih osiguranja. U njemačkim zemljama su 1802. godine zastupnici bili manje poznati nego posrednici; tako je u Hamburgu među 30 posrednika bilo tek 5 zastupnika.⁵

Iako posljednjih 50 godina na prostorima bivše SFRJ nisu bili poznati posrednici u osiguranju kao profesionalni djelatnici u prodaji usluga osiguranja, jer su ondašnje zajednice osiguranja bile suzdržane do organiziranja samostane djelatnosti posrednika. Tadašnje zajednice osiguranja pribavljale su osiguranje putem zastupnika, koji su u pravilu bili zaposleni kod istih zajednica osiguranja. Položaj zastupnika u osiguranju je bio zakonsko reguliran u Zakonu o obveznim

⁵ O povijesti posrednika u osiguranju vidi detaljnije ,Hans Möller, *Recht und Wirklichkeit der Versicherungsvermittlung*, Hamburg, 1944, str 5- 11.

odnosima,⁶ koji je kao savezni zakon SFRJ, uređivao prava, obveze i odgovornost zastupnika u postupku sklapanja i izvršavanja ugovora o osiguranju. Posebnih statusnih propisa o zastupnicima osiguranja nije bilo jer samostalnih zastupnika tadašnji pravni sistem nije poznavao.

Posredovanje u osiguranju pojavljuju se na našim prostorima nakon promjena društveno ekonomskog poretka, spontano bez pravne podloge i to nakon osamostaljenja republika bivše SFRJ time, da su početkom 90-ih godina osiguratelji još suzdržani do djelovanja posrednika, koji su se samoinicijativno pojavili na tržištu osiguranja. U početku se posrednici nisu bitno razlikovali po načinu i metodama rada od zastupnika osim, da su radili samostalno u svoje ime i za svoj račun za jednog ili više osiguratelja.

POSREDNIK U OSIGURANJU U PRAVU EU

Važnost posrednika u osiguranju u EU, odnosno prije u Evropskoj ekonomskoj zajednici (EEZ), pokazuje i činjenica, da su u posljednjih 40. godina donesene dvije direktive i jedna preporuka o položaju, pravima i obvezama posrednika u osiguranju. Posrednik u osiguranju igra osrednju ulogu u prodaji osiguravajućih i reosiguravajućih produkata u EU.⁷ Prvi korak k ostvarivanju prava posrednika osiguranja je bio učinjen donošenjem Direktive o posrednicima z dne 13.12.1976. godine o mjerama za efikasno provođenje prava do osnivanja i slobode obavljanja usluga u oblasti osiguranja. Ova direktiva primjenjivala se do početka primjene odredaba nacionalnog zakonodavstva, u koja je ova direktiva bila implementirana. S obzirom na promjene na tržištu osiguranja u EZ je 18.12.1991. godine donesena i preporuka komisije broj 92/48 EEZ o posrednicima osiguranja, koja je pomogla uskladiti nacionalne zakonske odredbe uvjetima za obavljanje poslova posredovanja. Sredinom 90. tih godina pristupilo se izradi posebne direktive o posrednicima u osiguranju, koja bi obuhvatila novo nastale promjene na tržištu osiguranja, a osobito dala osnovu za obavljanje posredničkih poslova banaka i nekih financijskih institucija. Cilj direktive je bila njezina primjena na sve osobe, čija je djelatnost obavljanje usluga posredovanja između trećih osoba prema naknadi, koja može biti u novcu ili u nekom drugom obliku gospodarske koristi,

⁶ Uradni list SFRJ, št. 29/78, 39/85 in 57/89, vidi član 906, koji je ostao isti u novom Obliga-cijskom zakoniku Republike Slovenije (Uradni list RS, br. 83/2001) i u Zakonu o obveznim odnosi-ma Republike Hrvatske (Narodne novine, br. 35/2005, koji je stupio na snagu 1.siječnja 2006).

⁷ Harald Kraus, Sedanja in prihodnja ureditev statusa in dejavnosti zavarovalnih posredni-kov v Evropi, Dnevi slovenskega zavarovalništva, zbornik, Ljubljana, 1999, str. 25.

ovisno od efikasnosti djelovanja posrednika. Direktiva je trebala, da uskladiti djelovanje posrednika i s ostalim direktivama, a osobito koje odnose na pitanje usluga informacijskog društva i zaštite potrošača na financijskom tržištu.⁸

Na osnovu navedenog donesena je 9.12.2002. godine Direktiva 2002/92/EZ Evropskog parlamenta i Vijeća kojom je Direktiva 77/92/EEZ je ukinuta dok dio odredaba preporuke Komisije 98/257 EEZ od 30.03.1991. godine ostao na snazi, koja se odnosi na vansudsko rješavanje sporova potrošača i posrednika u osiguranju. Direktiva jasnije određuje određene pojmove, kao što je posrednik u osiguranju i razgraničava poslove posredovanja od sličnih poslova, koji se obavljaju u oblasti osiguranja. Direktiva iz 2002 se ne odnosi na usluge posredovanja, ako se radi o zaključenju ugovora o osiguranju, za kojeg je potrebno poznavati samo sadržaj jednog ugovora o osiguranju, i ako se takav ugovor odnosi na imovinsko osiguranje, čija premija godišnja nije veća od 500 EUR, a trajanje nije dulje od pet godina. Direktiva detaljnije propisuje obvezu država članica EU, da urede pitanje registracije posrednika u osiguranju, kako fizičkih tako i pravnih osoba, koja se bave ovim uslugama. Prema direktivi svaki posrednik u osiguranju, a odnosi se to i na posrednike u reosiguranju, moraju imati odgovarajuće znanje i sposobnost te ispunjavati uvjete za obavljanje tog posla, koje određuju članice u svom zakonodavstvu. Način provjeravanja tog znanja je u nadležnosti pojedinih država. Posrednici moraju biti ugledne osobe u svojoj sredini. Ne smiju biti kažnjene za krivična djela iz oblasti zaštite vlasništva i krivična djela u vezi sa financijskom uslugama. Kako posrednici nastupaju za svoje ime i za svoj račun i odgovaraju za moguću štetu nastalu neprofesionalnim radom sa svojim klijentima, direktiva određuje, da mora svaki posrednik biti osiguran od odgovornosti, kod čega osigurana suma ne smije biti manja od 1milijun EUR za svaki pojedini zahtjev, odnosno ukupno milijuni po EUR godišnje za sve moguće odštetne zahtjeve ili mora imati na raspolaganju imovinsku vrijednost, čiju visinu propisuju država članica. Posebni uvjet po direktivi je, da posrednici moraju imati stalna financijska sredstava u visini 4% godišnje sume primljenih premija, od čega je minimum 15 tisuća EUR. Posrednik u osiguranju mora primarno biti sposoban napraviti analizu rizika i koncept osiguranja za osiguranika obzirom na rizike od kojih je ugrožen.⁹

⁸ Arnold Furminski, *Das Image der Versicherung*, Zeitschrift für die ges. Versicherungsvesen, broj 3/1979.

⁹ O djelovanju posrednika u praksi vidi detaljnije, Franjo Musić, *Iskreno ulaganje u sebe – siguran dobitak za sve*, *Svijet osiguranja*, Zagreb, broj 1/2004, str. 61, isti autor, *Pasivna prodaja polica osiguranja*, *Svijet osiguranja*, broj 1/2003, str. 63, isti autor, *Kvalitetna organizacija kućnog ureda – uvjet uspješnog rada*, *Svijet osiguranja*, broj 2/2004, str. 63, isti autor, *Kako postati i ostati vrlo dobar posrednik i zastupnik u osiguranju*, *Svijet osiguranja*, Zagreb, broj 5/2003, str. 63.

U prijedlogu nove direktive o posrednicima u osiguranju se ističe potreba po minimalni harmonizaciji uređenja položaja i poslovanja posrednika u pojedinim državama članica EU sa posebnim naglaskom zaštite osiguranika kao potrošača. Uvjeti registracije ostaju isti time da se uvodi jedinstven elektronički registar EIOPA. Djelovanje posrednika je u javnom interesu. Naglašena je obveza obavještanja osiguranika o osnovama i načinu obračunavanja visine provizije. O tome tko plaća proviziju prijedlog nove direktive ne sadrži posebnih odredaba,

Brižna analiza rizika je ocjena mogućih opasnosti, koje ugrožavaju budućeg osiguranika i služi kao pretpostavka za izradu koncepta osiguranja, kao i osnova za donošenje odluka o izboru osiguratelja.¹⁰

Za posrednika je bitna uloga savjetnika osiguraniku u izboru vrste i opsega osiguravajućeg pokrića i u izboru osiguratelja a posebno zaštita njegovih interesa.¹¹

USKLAĐIVANJE SA DIREKTIVOM O POSREDNICIMA U EU

S obzirom na postojeću direktivu EU Slovenija je prva implementirala njezin sadržaj u slovensko zakonodavstvo. U osnovi su njezina rješenja unesena i u zakonodavstvo država na prostorima bivše SFRJ.¹² Kod usklađivanja spomenutih zakonskih propisa posebna pozornost je posvećena odnosu između posrednika i ugovaratelja osiguranja odnosno osiguranika. Osim u Sloveniji nema odredaba u drugim državama kakav je odnos između ugovora o posredovanju po obveznom pravu i ugovora o posredovanju kojeg zaključuje posrednik bilo sa ugovarateljem osiguranja ili društvom za osiguranje. Primjereno bi bilo odrediti dali se odredbe obveznog prava, koje se odnose na ugovor u posredovanju u cijelosti ili smisleno primjenjuju za ugovore o posredovanju u oblasti osiguranja.¹³ U vezi sa određivanjem statusa posrednika osiguranja treba utvrditi jasniju razliku između osoba koje obavljaju posredovanje na osnovi odgovarajuće dozvole i moraju biti upisani u registar od osoba koje se bave sličnim posredničkim poslovima na tržištu.

¹⁰ U Njemačkoj se traži, da posrednik u osiguranju mora pismeno voditi razgovore sa svojim komitentom; voditi mora posebni zapisnik o razgovorima sa komitentom od 15.1 2005.

¹¹ Šime Ivanjko. Zavarovalni posrednik in svetovalec – poklic prihodnosti. Agens (Ljublj.), 1999, br. 7, str. 14.

¹² Gledaj, Denis Štok, Proces usklađivanja hrvatskog zakonodavstva iz područja osiguranja sa stečevinama EU, Hrvatski časopis Osiguranje br. 3/2005, str. 20.

¹³ U slovenskom pravu se odredbe Obligacijskog zakonika koje se odnose na ugovor o posredovanju primjenjuje smisleno i na ugovor o posredovanju u osiguranju, time da posredniku nije potrebno voditi posrednički dnevnik (stav. 3 član 219. Zzavar).

Posebno se to odnosi na osobe koje daju informacije o osiguranju uz prodaju svoje robe odnosno usluga. Takve osobe se ne smatraju posrednicima u osiguranju. Ono što posebno razlikuje slovenska rješenja koja su u skladu sa direktivom od rješenja u u drugim državama je jasnije utvrđivanje obveze posrednika u osiguranju da štiti interese osiguranika. Iako posrednik nije zastupnik osiguranika on je dužan posebno štiti njegove interese a zakonom je treba propisati u kojim interesima je riječ. Isto tako mora posrednik štiti interese osiguratelja pa je s toga treba propisati za koje interese osiguratelja mora također brinuti. Jasnije je treba opredijeliti obveze posrednika u odnosu do osiguranika osobito u pogledu stručnih davanja savjeta i u pogledu analize potreba osiguranika. Pitanje vođenja posredničkog dnevnika odnosno potrebne evidencije treba regulirati zakonom.

Zakonom je treba propisati dužnost posrednika, da izradi posebni elaborat o rizicima kojima je osiguranik izložen.¹⁴ Osiguranik je dužan provjeriti policu osiguranja kao i uvjete osiguranja. Dužnost posrednika pružiti pomoć osiguraniku za vrijeme nastanka osiguranog slučaja je jedna od prioritarnih dužnosti, što je suprotno je rješenju u Federaciji BiH, gdje je to moguće posebno dogovoriti.¹⁵ Treba riješiti i slučajeve, u kojima posrednik osiguranja može dogovoriti plaćanje provizije sa strane osiguranika ali isto tako što je i pravna praznina slovenskog prava, urediti što to znači za osiguratelja, ako je plaćao proviziju osiguranik; otvoreno je pitanje, da li mora osiguratelj u tom slučaju umanjiti premiju osiguranja umanjenu za iznos plaćane provizije.¹⁶ Ono što je posebno treba upozoriti sa aspekta zaštite osiguranika, da je nužno u spomenutim zakonskim propisima obvezati posrednika osiguranja, da uspostavi postupak rješavanja žalbi i sporova sa komitentima. Radi se internim sporovima i o rješavanju sporova sa komitentima mirnim putem (arbitražom) odnosno u postupku internog rješavanja žalbi. Moguće će biti imenovati ombusmana u oblasti osiguranja, kao što je to učinjeno u Sloveniji. U zakonskim propisima je treba opredijeliti također položaj ovisnog ili pseudoposrednika, koji je ekonomsko i drukčije usko povezan sa osigurateljem i

¹⁴ U praksi je sporan status i odnos između osiguratelja i posrednika, koji kontaktiraju sa korisnicima usluga osiguranja. Njihove se odgovornosti i obveze često završavaju čim se sklopi ugovor između osiguratelja i osiguranika. Ako se osiguraniku dogodi šteta, osiguranik stupa u neposredni kontakt sa osigurateljem, a posrednik čak i ne zna da je štete bilo. Posebno je to prisutno kod zaključenja obaveznog osiguranja vozila, gdje posrednici često diktiraju uvjete osiguranja u vezi sa različitim popustima.

¹⁵ Vidi drugi stav 8. člana Zakona o posredovanju u privatnom osiguranju” i ukoliko je ugovoreno, pomaže pri obradi i izvršenju tih ugovora a naročito u slučaju odštetnog zahtjeva”.

¹⁶ Ovo pitanje ima i znatne posljedice na poreznom planu. Ako je zakonom određeno da osiguranik može platiti proviziju, onda takvo plaćanje ima jednaki značaj sa aspekta poreza kao i provizija, koju plaća osiguratelj.

u stvari obavlja poslove posredovanja u ovisnom odnosu do njega. Isto tako treba urediti i položaj pomoćnog posrednika, to je osobe, koja se bavi s skupljanjem informacija odnosno obavlja pomoćne poslove za posrednika u osiguranju. Takva osoba ne smije prema direktivi EU potpisivati nikakve dokumente u vezi sa zaključenjem ugovora niti davati bilo kakve savjete budućim osiguranicima. Položaj, prava i obveze te odgovornost ovisnog i pomoćnog posrednika je slovenski zakonodavac u skladu sa spomenutom direktivom uredio u zakonu.¹⁷

POJAM POSREDOVANJA U PRAVU DRŽAVA NA PROSTORIMA BIVŠE SFRJ

U slovenskom pravu posrednik u osiguranju definira se kao osoba, koja posreduje kod zaključenja ugovora osiguranju za jednog ili više osiguratelja.¹⁸ Zakonodavac detaljnije pokušava konkretizirati sadržaj posredovanja, kao nastojanja posrednika dovesti ugovaratelja osiguranja u vezu sa osigurateljem, da bi s njim pregovarao o sklapanju ugovora o osiguranju. Posredovanjem smatraju i aktivnosti odnosno radnje, koje su povezane sa pripremom na zaključenje ugovora o osiguranju kao i pružanje pomoći kod rješavanja prava iz obaveze, a posebno kod rješavanja odštetnih zahtjeva upućenih osiguratelju. (1. i 2. točka član 219. ZZavar). Hrvatski zakonodavac definira posrednika u članku 241. Zakona o osiguranju kao fizičku osobu koja je dobila ovlaštenje za obavljanje poslova posredovanja u osiguranju i reosiguranju. Poslovi posrednika odnose se na pregovaranje s društvom za osiguranje čiji je predmet nastojanje da se budućem ugovaratelju osiguranja, sukladno njegovim zahtjevima, odnosno potrebama, omogući zaključenje ugovora o osiguranju.¹⁹ Uz spomenuti djelokrug poslovima posrednika smatraju se i poslovi koji se odnose na pripremu za sklapanje ugovora o osiguranju i pomoć pri izvršavanju prava iz ugovora o osiguranju, a posebno pri rješavanju odštetnih zahtjeva naslovljenih na društvo za osiguranje odnosno društvo za reosiguranje.²⁰ Posrednik smije obavljati poslove posredovanja u osiguranju samo na temelju zaposlenja u društvu za posredovanje u osiguranju.

¹⁷ U Sloveniji je posebno detaljnije uređen položaj, prava i obveze ovisnog in pomoćnog posrednika (stav. 2 i 3 član 230 ZZavar).

¹⁸ Po čijem nalogu nastupa posrednik ni je predviđeno u slovenskom pravu pa se u teoriji smatra, da ugovor o posredovanju mogu zaključiti samo posrednik i osiguranik, osim ako se radi o ovisnom posredniku.

¹⁹ A. M Matusche: Pflchten und Haftung des Versicherungsmaklers. Düsseldorf, 1990, str. 12.

²⁰ O djelovanju posrednika u praksi vidi detaljnije, Franjo Musić, Iskreno ulaganje u sebe – siguran dobitak za sve, Svijet osiguranja, Zagreb, broj 1/2004, str. 61, isti autor, Pasivna prodaja

U Republici Srbiji članom 72. Zakona o osiguranju poslovi posredovanja su dovođenje u vezu ugovaratelja osiguranja odnosno osiguranika sa osigurateljem radi pregovaranja o zaključenju ugovara o osiguranju po nalogu osiguratelja, osiguranika ili ugovaratelja osiguranja. Status posrednika je na jednak način opredjeljen u Republici Crnoj Gori prema članu 51. Zakona o osiguranju.

U Federaciji BiH pojam posredovanja obuhvaća posrednika u užem smislu, (broker) i zastupnika. Broker u osiguranju prima proviziju od društva i djeluje uz potpunu slobodu u pogledu izbora društva. Na isti način određuje se položaj i uloga brokera u osiguranju Republici Srpskoj (član 12. Zakona o posredovanju u osiguranju).

Definicija u spomenutim propisima u Federaciji BiH i u Republici srpskoj je slična slovenskoj definiciji, međutim postoji i razlika; u slovenskom ZZavar nema odredbe da posrednik nastupa samostalno u ime osiguranika kao što je to u propisima oba entiteta BiH.²¹ U slovenskom pravu naglašava se, da posrednik nastupa u svoje ime i za svoj račun ali da mora štiti interese osiguranika. Uspoređujući definiciju posredovanja u slovenskom pravu i pravu entiteta BiH, treba istaći, da ima razlike u pristupu statusa brokera u odnosu do osiguranika. U pravu BiH posrednik nastupa kao punomoćnik osiguranika, (ili komisionar) dok se to ne može tvrditi u slovenskom pravu s gdje nastupa u svoje ime i za svoj račun. Broker u pravu oba entiteta BiH pomaže kod obrade i izvršenju ugovora o osiguranju, ako je to posebno dogovoreno.²² Prema stavu 2. člana 8. Zakona o posredovanju u privatnom osiguranju broker je dužan pomagati osiguraniku kod podnošenja odnosno rješavanja odštetnih zahtjeva, ako je to izričito dogovoreno. Ovdje ostaje otvoreno pitanje da li se radi o odštetnim zahtjevima iz ugovora o osiguranju kod kojih je broker posredovao ili broker može pomagati oštećenima u slučaju odštetnih zahtjeva kod ugovora o obaveznim i neobaveznim osiguranjima od odgovornosti, kod kojih broker nije posredovao.²³ U slovenskom pravu može biti

polica osiguranja, Svijet osiguranja, broj 1/2003, str. 63, isti autor, Kvalitetna organizacija kućnog ureda – uvjet uspješnog rada, Svijet osiguranja, broj 2/2004, str. 63, isti autor, Kako postati i ostati vrlo dobar posrednik i zastupnik u osiguranju, Svijet osiguranja, broj 5/2003, str. 63.

²¹ Vidi drugi stav člana 8 Zakona o posredovanju u privatnom osiguranju; "Broker u osiguranju je pravno ili fizičko lice koje samostalno obavlja djelatnosti, čiji je isključivi profesionalni cilj da u ime osiguranika, u pogledu osiguranja ili reosiguranja rizika, dovede u vezu lica koja traže osiguranje ili reosiguranje i društva za osiguranje ..."

²² Smatramo, da se radi o pomoći, koju nudi broker osiguraniku. U slovenskom pravu je to zakonska dužnost posrednika.

²³ U osiguranju ne radi se uvijek o odštetnim zahtjevima iako se u praksi zahtjevi prema osiguratelju nisu odštetni. Kod imovinskih osiguranja na osnovu police o osiguranju na pr. požara, od osiguratelja se ne traži naknada štete već isplata osigurnine. Pojam odštetnih zahtjeva se odnosi samo na naknadu štete kod osiguranja odgovornosti. Po prirodi stvari posrednik neće pomaga-

posrednik organiziran u bilo kakvom oblikom trgovačkog društva u skladu sa Zakonom o trgovačkim društvima²⁴, dok se prema propisima u BiH može brokersko društvo osnovati samo kao dioničko društvo ili društvo sa ograničenom odgovornošću, što znači, da su u Federaciji BiH ne može baviti poslom društvo osoba. U hrvatskom pravu poslove posredovanja osiguranja mogu kao jedinu djelatnost obavljati samo trgovačka društva, osnovana kao dionička društva i društva sa ograničenom odgovornošću sa sjedištem u R Hrvatskoj te podružnice stranih društava za posredovanje u osiguranju (stav 1. članak 4. Zakona o osiguranju. U hrvatskom pravu uz djelatnost posredovanja posrednik u osiguravanju može još obavljati poslove savjetovanja, nuditi pomoć u obradi i procjene rizika i šteta.

Makedonsko pravo približno na isti način kako i spomenuta zakonodavstva opredjeljuje položaj posrednika kao brokersko društvo time, da se odredbe ovog zakona ne odnose na posrednike, koji rade u ime i za račun osiguratelja (član 128. Zakona za osigurivanje).

Analizirajući odredbe o posrednicima u spomenutim državama možemo konstatirati da su rješenja u svim propisima slična ili jednaka te u načelu usklađena sa odredbama Direktive o posredovanju u osiguranju uz potrebu da još neka pitanje treba doraditi u skladu sa postojećom direktivom odnosno noveliranom direktivom EU koja se očekuje u toku ove godine.

PLAĆANJE PROVIZIJE POSREDNIKU, KAO SPORNO PITANJE?

U pojedinim državama članicama EU, se u novije vrijeme pojavljuje pitanje osnovanosti plaćanja provizije posrednicima za njihov rad sa strane društava za osiguranje. U posljednje vrijeme je to pitanje postalo aktualno i u Sloveniji gdje se pokreće pitanje spornosti dosadašnje prakse prema kojoj osiguratelji plaćaju proviziju posrednicima.²⁵ U Finskoj je već donesen zakon, koji uređuje po-

ti oštećenoj trećoj osobi kod podnošenja zahtjeva za naknadu štete na osnovu ugovora o osiguranju odgovornosti, kod kojeg je posredovao, jer bi to značilo raditi protiv interesa njegovog osiguranika. Direktiva iz 2002. upotrebljava samo zahtjev a ne odštetni zahtjev.

²⁴ Zakon o gospodarskih družbah (ZGD) je donesen 1993. uz niz kasnijih promjena i dopuna, čistopis je objavljen u Uradnom listu. RS, br. 65/2009.

²⁵ Detaljnije: P. Grilc, M. Juhart, Plačila provizij zavarovalnim posrednikom, Podjetje in delo, Ljubljana br. 2/2012, str. 259-270. Autori zastupaju stajalište da je plaćanje provizije sa strane osiguratelja nema osnove u pravu i da je to običaj, koji se razvio u prošlosti. Smatraju, da takav običaj nije osnovano prenositi u slovensko pravo. Slično stajalište zastupa također J. Veberič, Nekateri pravni izzivi zavarovalnega posredovanja. Pravna praksa, br. 22/12, str. 15-18, koji naglašava da je potrebno mijenjati zakonski propis o zabrani potraživanja plaćanja provizije od ugovaratelja osigu-

ložaj posrednika i njegovo odnos između posrednika i osiguratelja v vezi sa plaćanjem provizije; proviziju je obvezan plaćati naručitelj. To rješenje odstupa od većine država članica EU o obvezi osiguranika o plaćanju provizije posredniku.²⁶ U obrazloženju takve odredbe navode se i razlozi kao što je neovisnost posrednika i zaštita osiguranika kao potrošača te jasno razlikovanje između posrednika i zastupnika. U vezi sa donošenjem nove direktive o posrednicima je to pitanje jedno od spornih pitanja s obzirom, da se osiguratelji žele osloboditi obveze plaćanja

U pravnoj literaturi nema uvijek jasne pravne osnove za opće prihvaćenu praksu, da osiguratelj plaća proviziju posredniku, koji radi za interese osiguranika.²⁷ U mnogim zakonskim propisima nema odredaba o obvezi plaćanja provizije. Ako posrednik radi u svoje ime i za svoj račun po nalogu osiguranika to bi prema općim pravilima obveza plaćanja posrednika bila na strani nalogodavca a ne na osiguratelja. Ako je nalogodavac osiguratelj je isti dužan snositi njegove troškove posredovanja.

Slovenski zakonodavac u članu 219. ZZavar predviđa, da posrednik zaključuje sa budućim osiguranikom ugovor o posredovanju, ali ne smije od osiguranika tražiti bilo kakvu naplatu troškova odnosno provizije osim ako nije pismeno dogovoreno, da će osiguranik plaćati proviziju posredniku. O obvezi osiguratelja da plaća proviziju posredniku nema izričite odredbe. Obveza osiguratelja za plaćanje provizije posredniku proizlazi iz zaključivanja a contrario na osnovu zabrane da posrednik traži naknadu troškova ili provizije od osiguranika. U praksi nema ugovora o posredovanju prema kojima bi proviziju plaćao osiguranik a ne osiguratelj. Tu novinu unose osiguranici pravne osobe sa sjedištem u stranim državama, jer na taj način smanjuju premiju. S obzirom, da takva praksa opterećuje osiguratelje je razumljivo, da se osiguratelji pokušavaju osloboditi od spomenute obveze, koja neposredno nije predviđena u zakonu.

ranika. U. Zupančič također predlaže izmjene važećeg zakona u vezi sa plaćanjem provizije u svom članku Posredniška provizija pri zavarovalnem posredovanju, Podjetje in delo, 2010, št. 5, str. 818.

²⁶ Vidi detaljnije, finski Zakon posrednicima (Laki vakuutusedustuksesta, 570/2005), koji je stupio na snagu 1.9.2005. Na osnovu odredbe člana 26, koji određuje, da mogu posrednici i primati naknadu u vezi sa provizijom samo od naručitelja tj. ugovaratelja osiguranja. Ova odredba se u skladu sa člankom 49. stav 6. spomenutog zakona počela primjenjivati tri godine kasnije tj. 1.9. 2008. U Danskoj postoji slično uređenje time da se zabrana plaćanja provizije sa strane osiguratelja odnosi samo na određene ugovore sa fizičkim osobama a ne na ugovore i sa pravnim osobama. Zabrane se ne odnosi ina posredovanje kod ugovora o socijalnim osiguranjima. U Danskoj spomenuta zabrana nije apsolutna, kao u Finskoj. Osiguratelj može plaćati proviziju ako se radi o kolektivnim osiguranjima. Slična rješenja nalazimo i u Norveškom pravu. Vidi detaljnije, Izvještaj Ministarstva za financije Finske objavljeno 20.9.2012. na <http://www.ekml.ee/uus/index.php?picfile=55>.

²⁷ P. Grilc, M. Juhart, Plačila provizij zavarovalnim posrednikom, Podjetje in delo, br. 2/2012, str. 259.

Plaćanje provizije posredniku sa strane osiguratelja je tradicionalna praksa u Europi, koja ima u prošlosti korijene u općoj praksi, da je osiguranik plaćao premiju osiguratelju preko posrednika te je posrednik obračunao svoju proviziju od uplaćene premije prije prijenosa uplaćene premije osiguratelju. Glavni razlog za takvo rješenje je tradicionalni odnos između osiguratelja i posrednika, kojeg se još uvijek smatra kao suradnik i poslovni partner osiguratelja. Ovo rješenje slijedi tradicionalni operativni sustav i plaćanje posredovanja u osiguranju, u skladu s načelima plaćanje nagrade za uspješno obavljeno posredovanje. Tumačenje zakonske zabrane posredniku da zahtijeva plaćanje naknade od osiguranika znači da je osiguravajuće društvo dužno plaćati posredniku naknadu za uspješno obavljeno sklapanje ugovora o osiguranju.

Obaveza osiguratelja da plaća proviziju temelji se na činjenici da premija osiguranja također uključuje dio koji se odnosi na troškove sklapanja ugovora o osiguranju, (režijski dodatak). To znači da isplata provizija pada na teret osiguranika, a ne osiguravajućeg društva. Budući da osiguranik plaća premiju i troškove sklapanja osiguranja, logično je da zakonodavac zahtijeva osiguratelja da se troškove sklapanja osiguranja u obliku provizije isplaćuju posredniku osiguranja. S te točke gledišta, osiguratelj nije materijalno oštećen, bez obzira tko je bio naručilac posredovanja.

U Republici Hrvatskoj postoji slično uređenje plaćanja provizije posrednicima, kao u Sloveniji.²⁸

Srpski Zakon o osiguranju nema odredaba o plaćanju provizije posredniku. Međutim iz pojedinih odredaba zakona može se zaključiti da proviziju plaća društvo za osiguranje a ne osiguranik. Tako se smatra da postoji suprotnost interesa prema članu 85. Zakona o osiguranju, ako je posrednik ugovorio pravo na uvećanu proviziju, u odnosu na uobičajenu proviziju. O dogovoru o uvećanoj proviziji mora posrednik obavijestiti osiguranika.²⁹ Prema članu 149. istog zakona nadzor Narodne banke Srbije nad poslovanjem društva za osiguranje obuhvata i troškove provizije za posredovanje i zastupanje u osiguranju.

Pitanje uređenja plaćanja provizije je jednako, kao u Srbiji, uređeno i u Zakonu o osiguranju Crne Gore, (član 63. i 117).

²⁸ "Društvo za posredovanje u osiguranju, odnosno posrednik u osiguranju nema pravo od ugovaratelja osiguranja, odnosno osiguranika zahtijevati plaćanje provizije ili kakvu drugu naplatu osim ako nije ugovorom s ugovarateljem osiguranja izričito pisano drugačije ugovoreno" (stavak 2, članak 259. Zakona o osiguranju).

²⁹ Radi se u pravilu o spornoj kontingentnoj proviziji, čiji iznosi odstupaju od "uobičajene posredničke zarade" u osiguranju, a koja se isplaćuje posrednicima u sferi osiguranja od osiguravajućih društva, shodno udjelu u dobiti ostvarenom po tom osnovu, čime su ovi posrednici dodatno motivirani u sumnjivoj praksi prodaje osiguranja.

U Federaciji BiH Zakon o posredovanju u privatnom osiguranju sadrži izričitu odredbu o tome, da broker u osiguranju prima proviziju od društva za osiguranje i djeluje uz potpunu slobodu u pogledu izbora društva za osiguranje (član 8).

U Republici Srpskoj postoji potpuno jednako rješenje u članu 12. Zakona o posredovanju u osiguranju uz dodatak da je broker u osiguranju je pravno i ekonomski nezavisan od društava za osiguranje.

Posrednik u osiguranju radi koristan rad za osiguratelja, osiguranika i društveno okruženje. Kada je u pitanju plaćanje posrednika za njegov rad se pojam plaćanje obuhvaća različite vrste naknade za rad i troškove.

Provizija pripada posredniku samo ako je zaključeno osiguranje što znači da posrednička provizija je naknada za uspjeh u zaključenju ugovora u +o osiguranju. Posrednik u osiguranju pravo na proviziju stječe početkom važenja ugovora o osiguranju. U pravilu mora biti plaćana premija. Ako je ugovorom s ugovarateljem osiguranja izričito pisano ugovoreno da posrednik u osiguranju ima pravo na proviziju od ugovaratelja osiguranja ili bilo kakvu drugu naplatu, nema pravo od osiguratelja zahtijevati proviziju ili bilo kakvu drugu naplatu po istom ugovoru o osiguranju odnosno reosiguranju u kojima je posredovao. Dogovoren način plaćanja i visina provizije ne smije se naknadno mijenjati.

Ako je zaključen ugovor o osiguranju posrednik ne može zahtijevati naknadu od osiguranika i od osiguravajućeg društva ako je dobio nalog od oba naručitelja, kao što je to uobičajeno kod drugih ugovora o posredovanju. Međutim ako je posrednik izvršio određene radnje po nalogu jedne od strane u ugovoru o posredovanju može posrednik tražiti naknadu troškova od naručitelja ako je to bilo posebno dogovoreno. U tom slučaju se ne radi o proviziji na osnovu ugovora o posredovanju nego o ugovora o nalogu. Druga važna činjenica je, da provizija uključuje i troškove posrednika, koji su povezani sa izradom analize rizika, savjetovanja o izboru osiguratelja, procjenu pojedinačnih činjenica i dr.

Naknada za posredovanje u osiguranju pripada za uspješne pregovore o zaključenju ugovora o osiguranju, koja uključuje sve troškove posrednika. Praksa pokazuje da se može provizija utemeljiti na različitim osnovama ovisno o radnom opterećenju i odnosu posrednika do osiguranika i osiguratelj. U teoriji i praksi suvremene provedbe osiguranja posrednička naknada ima dvije komponente, ovisno o tome je li posrednik bio aktivan samo kod zaključenja osiguranja (zaključna provizija) ili je preuzeo obvezu da osigurava osiguratelju i pravodobno plaćanje premije osiguranja (inkaso provizija). Ako je posrednik preuzeo obvezu da će se brinuti i za trajnost budućeg ugovaranja osiguranja govorimo o proviziji za trajnu skrb ugovaranja osiguranja kod istog osiguratelja. Realizacija osiguranja je praktički najvažniji uvjet za određivanje dospijeća plaćanja zaključne provizije. Ako nije ništa dogovoreno, smatra se da je društvo za osiguranje obvezno plaćati

proviziju posredniku ako je naknadno došlo do otkaza osiguranja bez krivnje posrednika, ali u tom slučaju nema pravo na dio provizije koja se odnosi na plaćanje naknade za brigu oko ugovora o osiguranju (provizija za skrbništvo).

U slučaju da je osiguratelj izdao samo list pokrića a ugovor o osiguranju nije još zaključen posrednik nema pravo na proviziju, iako pravno gledano ugovor se privremeno zaključuje i izdavanjem lista pokrića.³⁰ Osiguratelj ima pravo prije isplate provizije provjeriti dali je posrednik obavio svoj dio posla u skladu sa pravilima struke i ako je osiguratelj nalogodavac i u skladu sa nalogom za posredovanje (član 222. ZZavar). Osiguratelj provjerava zaključenje ugovora subjektivno i objektivno. Kod pitanja pravnog uređenja provizije treba razlikovati nastanak prava do provizije i pravo do provizije.

Nastanak prava do provizije je vezan izdavanjem police osiguranja osiguratelja a pravo na isplatu provizije uvjetovano je i plaćanjem premije. Pravo na proviziju prestaje ako je ugovor o osiguranju postao nevažeći i posredniku je uzrok nevaljanosti ugovora bio poznat. Posrednik nije odgovoran za ispunjenje obveza ugovornih stranaka tj. osiguratelja i osiguranika.

U vezi sa pitanjem i stajalištem da u svim ostalim posredničkim poslovima nalogodavac plaća proviziju posredniku ili dijele proviziju ugovorne stranke ako su obje dale nalog za posredovanje, treba istaći, da se i kod posredničke provizije u osiguranju u osnovi primjenjuje isto načelo da nalogodavac plaća proviziju posredniku. Kako je već spomenuto u obračunatu premiju za osiguranje, koju plaća osigurani, osiguratelj uvijek unosi i troškove akvizicije ili pribave osiguranja bilo da akviziciju osiguranja obavlja preko zastupnika – svojih djelatnika – ili preko posrednika. Premija se sastoji iz osnovne tehničke-funkcionalne premije i troškova, kao dijela premije za obavljanje djelatnosti osiguranja u koju se ubraja i provizija za posrednika. Prema tome osiguratelj ne plaća proviziju iz svojih sredstava ako je nalogodavac posredniku osiguranik jer tu proviziju plaća posredno preko premije u svakom slučaju osiguranik. Radi se samo o tehnici plaćanja; umjesto da neposredno plaća osiguranik dio premije u vidu provizije posredniku on ju plaća je jednokratnom iznosu osiguratelju, koji ju je dužan odstupiti posredniku. Radi sa zapravo samo o racionalnom i transparentnom te brzom i sigurnijem načinu odnosno postupku plaćanja naknade posredniku za njegov rad. Kako je već napomenuto navedeni propisi polaze od tradicionalnih rješenja plaćanja provizije osiguranika preko osiguratelja, time da se omogućava i neposredno plaćanje provizije sa strane osiguranika ako je to tako dogovoreno. Razumljivo je da se u tom primjeru treba smanjiti premija za dio koji se odnosi na naknadu za djelatnost osiguratelja.

³⁰ U njemačkom pravu teorija i sudska praksa naglašavaju da posrednik ima pravo na proviziju kada nastupi osiguravajuće pokriće. (Zustandekommen).

ZAKONSKO OBVEZNI ODNOS IZMEĐU POSREDNIKA I OSIGURATELJA

U praksi je sporno pitanje kakav je pravni odnos između posrednika, koji je dobio nalog za posredovanje od ugovaratelja osiguranja i osiguratelja. To se pitanje postavlja upravo zbog tradicionalnog pravila da osiguratelj plaća proviziju. Ako među njima nema pravnog ugovornog ili zakonskog uređenog odnosa onda je plaćanje provizije neosnovano. Ako je nalogodavac osiguratelj onda je ugovorni odnos osnova za obvezu plaćanja provizije.

S obzirom na ukazanu činjenicu, da zakon u nekim državama zabranjuje potraživanje provizije od ugovaratelja osiguranja temeljem tumačenja argumentum a contrario dolazimo do zaključka, da zakonodavac, posredno u slučajevima kada je posredniku dao nalog ugovaratelj osiguranja ipak uspostavlja zakonski obvezni odnos, koji je temelj za obveznost plaćanja provizije.

Međutim, bez obzira sa kojom je ugovornom stranom posrednik sklopio ugovor odnosno dobio nalog za posredovanja zakon propisuje u svim državama uključujući i Direktivu o posrednicima kogentnim normama propisuje posebne obveze posrednika do ugovaratelja osiguranja i osiguranika (obveza analize rizika, zaštita interesa, pružanje pomoći za vrijeme trajanja osiguranja i dr.) i do osiguratelja (obveza poštivanja legalnih prava osiguratelja u vezi sa valjanošću ugovora i plaćanje provizije u vidu odstupanja onog dijela premije koji se odnosi na naknadu za djelatnost). Ovu posebnost zakonskog dopunskog uređenja odnosa između ugovornih stranaka u teoriji nazivamo zakonsko obvezni odnos, koji je posebice jasno opredijeljen kod odnosa posrednika sa osigurateljem, kada je posrednički ugovor zaključen između posrednika i ugovaratelja osiguranja. To je i razlog da zakonodavac u svim pa i EU posvećuje posredovanju u osiguranju posebnu pozornost donošenjem propisa sa obveznim normama o položaju, pravima i obvezama posrednika u osiguranju stranaka iz ugovora o posredovanju i iz ugovora o osiguranju. Posrednik je po prirodi stvari u zakonsko uređenom odnosu do ugovaratelja osiguranja i osiguranika te osiguratelja bez obzira na to sa kojom od spomenutih ugovornih osoba je zaključen ugovor o posredovanju odnosno od koje spomenute osobe je dobio nalog za posredovanje.

ZAKLJUČAK

Posrednici u osiguranju igraju u svijetu tradicionalno važnu ulogu u djelatnosti osiguranja. Kako posrednika nije bilo u bivšem sistemu SFRJ to još uvijek poslije dvadeset godina njihovog djelovanja na našim prostorima odnos do njihove uloge je sporan sa mnogom otvorenih pitanja usprkos donošenju zakonskih

propisa o njihovoj djelatnosti u skladu sa načelima koja su tradicionalno prisutna stoljećima u djelatnosti osiguranja u Europi i kao takva preuzetu u Direktivu o posrednicima u EU. Ulaskom pojedinih država u članstvu EU trebati će posrednicima pokloniti više pažnje kao jednom od bitnih čimbenika za kvalitetno obavljanje djelatnosti osiguranja i zaštitu osiguranika. U tome će svakako doprinijeti i očekivana novela spomenute Direktive sa kojom će trebati uskladiti i postojeće propise i mijenjati dosadašnju neadekvatnu praksu djelovanja posrednika, koja se mnogo ne razlikuje od djelovanja zastupnika.

ŠIME IVANJKO, LL.D.,
Professor emeritus, Faculty of Law
University in Maribor

LEGAL RELATIONSHIP BETWEEN BROKER AND INSURANCE COMPANY

Summary

Insurance brokers exercise very important role in the world insurance business. No intermediaries were known in insurance in previous Yugoslavia. From that time on their role in insurance was often disputable. It is evident that not all relevant issues are resolved in spite of new the legislation enacted. Situation improved in the EU when a directive was enacted covering insurance brokers activities. Slovenia had adopted the EU directive. Particular attention was paid to relationship between the broker and assured. It should be underlined that the Slovenian legislation has given to relationship between the broker and assured more concern. It is the brokers' obligation to protect interests of the assured. This obligation in the Slovenian legislation was made more transparent than in legislations of other countries. Though the broker is not the agent of the assured, the broker is obliged to protect the assured's interests.

It is expected that the EU will enact a new directive covering brokers activities. Consumers will be more protected. Particular attention was given to the base and manner of payment of charges. In the directive proposal there is no provision relating to obligation who is obliged to pay brokers charges.

ZORAN RADOVIĆ

NAČELO DOBRE VERE I NAČELO OBEŠTEĆENJA U OSIGURANJU

U V O D

Načelo dobre vere i načelo obeštećenja ugrađeni su u delatnost osiguranja. Više teorija razmatraju suštinu osiguranja.¹ Najbliža nam je teorija po kojoj je ugovor u imovinskom osiguranju ugovor o naknadi štete. Osiguranik ne treba ni u kom slučaju da primi više no što iznosi šteta koju je pretrpeo.²

U zasnivanju obligacionih odnosa i ostvarivanju prava i obaveza iz tih odnosa učesnici su dužni da se pridržavaju načela savestnosti i poštenja (Zakon o obligacionim odnosima). Za ugovor o osiguranju važna su dva načela bez kojih se ne može zamisliti normalno funkcionisanje osiguranja. To su načela maksimalne dobre vere i obeštećenja.³

Dr Zoran Radović, naučni savetnik Instituta za uporedno pravo, Beograd, u penziji.

¹ Mogu se podeliti u više grupa: teorija zasnovane na ekonomskom pojmu osiguranja, teorija zasnovana na potrebi i nuždi, teorija zasnovana na pravnom pojmu osiguranja, teorija zasnovana na tehničkom pojmu osiguranja (teorija kompenzacije rizika putem saosiguranja), Hans Moller, *Modern theories of the meaning of insurance and insurance contract*, I International congress on insurance law, Rome, 1962. O teorijama o osiguranju, N.V. Nikolić, *Ugovor o osiguranju*, Beograd, 1957, str. 37–42.

² Vladimir Jovanović, *Prava osiguravača prema trećem odgovornom licu*, Beograd, 1957, str. 26.

³ Veljko Tomašić, *Transportno osiguranje*, Beograd, 1987, str. 46.

IZVORI PRAVA OSIGURANJA OBLIGACIONOG KARAKTERA

Pod izvorima prava, koji regulišu odnose stranaka u osiguranju, podrazumevaju se oblici u kojima su pravila za utvrđivanje međusobnih prava i obaveze iz odnosa osiguranja.⁴

Osnovno načelo našeg prava je princip dobrovoljnosti u sklapanju ugovora. Ipak, neka osiguranja su obavezna i moraju biti predviđena zakonom. Zakonom se uređuju pitanja zasnivanja i dejstva pravnih odnosa u obaveznim osiguranjima.⁵ Obligacioni odnosi uređeni su većim brojem zakonskih propisa. Najvažniji među njima su:⁶ Zakon o obligacionim odnosima (ZOO); Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi (ZPUP).

Izvori prava osiguranja obligacionog karaktera su takođe opšti uslovi osiguranja, poslovni običaji, sudska praksa i pravna nauka. Opšti uslovi osiguranja, koje donosi osiguravač, ograničeni su imperativnim zakonskim normama. Nema ju karakter državnog normativnog akta.⁷

OBLIGACIONI ODNOSI U OSIGURANJU

U pravnim odnosima osiguranja najvažniji subjekti su osiguravač, ugovarač osiguranja i osiguranik. Ova lica imaju različit pravni položaj i ulogu. Osiguravač je lice koje se bavi poslovima pružanja usluga osiguranja preuzimanjem rizika. Obavezuje se da će naknaditi štetu licu koje polaže pravo na naknadu ako nastupi osigurani slučaj predviđen ugovorom o osiguranju. Ugovarač osiguranja je lice koje zaključuje osiguranje u svoje ime za račun osiguranika.⁸ Često je ugovarač osiguranja istovremeno i osiguranik. Engleski zakon ne pravi razliku između ugovarača osiguranja i osiguranika. Ugovarač ima određena prava i obaveze nezavisno od prava i obaveza osiguranika.⁹ Ima dužnost prijavljivanja okolnosti od značaja za ocenu rizika na osnovu kojih osiguravač donosi odluku da li će ugovor zaključiti i pod kojim uslovima.

Pored osiguravača, ugovarača osiguranja i osiguranika, povremeno imamo i korisnika osiguranja. Osnovna razlika između osiguranika i korisnika osigura-

⁴ Milorad Maksimović, *Osiguranje poverenja (Fidelity insurance), Osiguranje i privreda*, Zagreb, br. 9–10/71, str. 13.

⁵ Predrag Šulejić, *Pravo osiguranja*, Beograd, 2005, str. 47.

⁶ Ivica Jankovec i Zoran Miladinović, *Pravo osiguranja*, Niš, 2006, str. 34.

⁷ Branko Jakaša, *Pravo osiguranja*, Zagreb, 1972, str. 14.

⁸ Veljko Tomašić, *Ugovor o plovidbenom osiguranju*, Beograd, 1990, str. 33.

⁹ Drago Pavić, *Pomorsko imovinsko pravo*, Split, 2006, str. 440.

nja je u tome što je osiguranik stranka u ugovoru dok korisnik nije.¹⁰ U ugovoru o osiguranju, po potrebi, nastupa vinkulatar, lice u čiju korist je ugovor o osiguranju sklopljen. Bez saglasnosti vinkulatara osiguravač ne sme osiguraniku isplatiti naknadu štete.

NAČELO DOBRE VERE

Načelo dobre vere predstavlja jedno od osnovnih načela ugovora u osiguranju.¹¹ Kod svakog ugovora o osiguranju stranke treba prilikom njegovog sklapanja i ostvarivanja prava da postupaju u dobroj veri odnosno da se pridržavaju načela savestnosti i poštenja (ZOO). Međutim, za razliku od ostalih ugovora u imovinskom osiguranju, nije dovoljno da ugovorne strane postupaju samo u granicama obične savestnosti. Kod ugovora u osiguranju dužnost savestnog postupanja naročito je naglašena. Za takvu savestnost se obično upotrebljava izraz "maksimalna dobra vera" (uberrima fides). Ukoliko jedna ugovorna strana nije postupala u skladu sa ovim načelom, drugu ugovornu stranu ugovor ne obavezuje.¹² Ovo načelo usvojeno je u engleskom pravu osiguranja u osamnaestom veku. Dobra vera zabranjuje svakoj ugovornoj strani da prikriva što privatno zna, čime bi drugu stranu navelo da ugovor zaključi zbog nepoznavanja činjeničnog stanja. Ovde su dva momenta važna. Prvi, ugovorač osiguranja zna šta je za osiguravača važno da zna, a što mora da zna, i drugi, osiguravač mora imati poverenje u ugovorača da neće zloupotrebiti obavezu prema njemu koju mu je zakon propisao.

Obaveza ugovorača osiguranja da osiguravaču prijavi sve okolnosti značajne za ocenu rizika, koje su bitne za donošenje njegve odluke da li će i pod kojim uslovima ugovoriti osiguranje, predviđena je zakonom (ZOO). Sličnu obavezu ugovorača predvideo je i drugi zakon (ZPUP). Od ugovorača osiguranja se zahteva da "pošteno misli", da istupa "u dobroj veri", drugim rečima da bude savestan.¹³ Dok se laž, prevara i obmana ne tolerišu ni kod jednog ugovora, sklapanju ugovora o osiguranju prethodi jedna faza koja kod drugih ugovora nije svojstvena. Lice koje ima nameru da sklopi ugovor o osiguranju ne samo što ima obavezu što tačnije i potpunije da odgovori na postavljena pitanja osiguravača već je i obavezno da mu samoinicijativno pruži podatke koji mogu biti od značaja za ocenu

¹⁰ Bliže, Šulejić, str. 119.

¹¹ Lat. Bona fides, engl. Good faith, nem. Glauben i franc. Bonne foi, Drago Pavić, Pomorsko osiguranje, pravo i praksa, Split, 2012, str. 99.

¹² E.R.H. Ivamy, Chalmers' Marine Insurance Act, 1906, London, 1993, str. 24.

¹³ Đorđe Mirković, Osiguranje, njegovi izvori, vrste, načini njegovog nastajanja i zaključivanja, njegovo pravno dejstvo, s naročitim osvrtom na obavezu osiguravača, Beograd, 1960, str. 174.

rizika. Zakonom je propisano da ugovorač osiguranja ima obavezu da osiguravača pre zaključenja ugovora obavesti ako se radi o saosiguranju ili dvostrukom osiguranju (ZPUP).

Obe ugovorne strane su dužne da postupaju sa maksimalnom dobrom verom i u toku izvršenja ugovora o osiguranju. Ako je osiguravač po zaljučenom ugovoru naknadio štetu nesavestnom osiguraniku ima pravo da traži da mu osiguranik povрати primljenu naknadu štete. Postoje znatne razlike između pojedinih inostranih zakona u pogledu sankcija za neizvršenje dužnosti prijavljivanja i davanja tačnih obaveštenja važnih za konkretno osiguranje kao i kasnije obaveze osiguranika prema osiguravaču.¹⁴ Najstrožije sankcije predviđa engleski Zakon o pomorskom osiguranju od 1906. godine. Prema njemu, svako neprijavljivanje podataka o okolnostima važnim za zaključivanje osiguranja, ima za posledicu da osiguravač može poništiti ugovor o osiguranju bez obzira da li je do povrede te dužnosti došlo krivicom osiguranika i bez obzira da li su u pitanju okolnosti koje su bile od značaja za eventualne štete. U svakom slučaju, propuštanje ugovorača osiguranja da tačno i pravovremeno osiguravaču prikaže sve materijalne činjenice, koje utiču na donošenje odluke osiguravača da li će i pod kojim uslovima osiguranje zaključiti, može da ima dalekosežne posledice za sam ugovor.¹⁵

Osiguravači i brokeri osiguranja takođe su dužni poštovati načelo dobre vere kada ugovoračima osiguranja objašnjavaju uslove osiguranja kada ih navode da ugovor o osiguranju zaključe.¹⁶

Nepoštovanje načela dobre vere može biti pozitivno (davanje netačnih podataka) i negativno (neprijavljivanje materijalnih podataka).¹⁷ Ako ugovorač osiguranja prikrije podatke koji su za osiguravača relevantne u pitanju je prevara. Ako jedna strana izazove zabludu kod druge ugovorne strane ili je održava u zabludi u nameri da je time navede na zaključenje ugovora, druga strana može zahtevati poništaj ugovora i onda kada zabluda nije bitna (ZOO).

Načelo dobre vere se takođe primenjuje u životnom osiguranju.

NAČELO OBEŠTEĆENJA

Posao osiguranja je ugovor o organizovanju zaštite od rizika.¹⁸ Osnovni cilj imovinskog osiguranja sastoji se u tome da pruži obezbeđenje osiguranicima i da

¹⁴ Bliže, Tomašić, Ugovor o plovodbenom osiguranju, str. 59–60.

¹⁵ Zoran Radović, Osiguranje izvoznih kredita, Beograd, 1989, str. 42.

¹⁶ E.R.H. Ivamy, General principles of insurance law, London, 1970, szt. 876.

¹⁷ Robert H. Brown, Victor Dover, A handbook to marine insurance, London, 1970, str. 350.

¹⁸ Nikola V. Nikolić, Ugovor o osiguranju, Beograd, 1957, str. 40.

im se u slučaju ostvarenja osiguranog slučaja naknadi šteta koju su pretrpeli. Ugovori koji nemaju za cilj davanje naknade za pretrpljenu štetu bili bi ništavi jer im nedostaje pravni osnov.

Osiguranje za osiguranika ne sme da predstavlja izvor obogaćenja. Visina naknade ne sme biti veća od štete koju je pretrpeo osiguranik (ZOO). Dva su osnovna razloga za prihvatanje načela obeštećenja:¹⁹ a) opasnost od namernog prozrokovanja osiguranog slučaja i b) opasnost od opklade i kocke. U našem pravu princip obeštećenja predstavlja bitno svojstvo osiguranja imovine.

Praktične posledice primene načela obeštećenja jesu sledeće:

- osiguranici mogu biti samo lica koja imaju ili mogu očekivati da će imati opravdani interes na osiguranom predmetu, tj., da osigurani slučaj ne nastupi;
- naknadu za nastalu štetu, za gubitak ili oštećenje predmeta osiguranja koja je pokrivena osiguranjem, mogu tražiti samo lica koja su usled toga stvarno pretrpela štetu; prilikom podnošenja zahteva za naknadu štete osiguranici su dužni, na zahtev osiguravača, podneti dokaz o postojanju svog interesa;²⁰
- osigurati se mogu samo predmeti koji imaju određenu materijalnu vrednost koja se može izraziti u novcu;
- osiguranik ima pravo dobiti naknadu samo do iznosa štete koju je pretrpeo; u transportnom osiguranju dozvoljeno je osigurati očekivanu dobit (kod osiguranja robe u prevozu, ZPUP);
- ako je isti predmet osiguran od istih rizika kod dva ili većeg broja osiguravača, osiguranik može tražiti naknadu štete samo do iznosa stvarne štete koju je pretrpeo; kod dvostrukog osiguranja nema kumuliranja naknade štete iz osiguranja.

Naš zakon (ZPUP) pravi dosledno razliku između interesa kao elementa svojstva osiguranika (tj. subjektivni interes) i interesa na osiguranom predmetu (tj. objektivni interes). Osiguranik može biti samo lice koje ima interes na osiguranom predmetu, tj. interes da ne nastupi osigurani slučaj. Po našem zakonu, interes je bitan da jedno lice postane osiguranik. Interesi osiguranika na osiguranom predmetu su raznovrsni, npr. interes hipotekarnog poverioca na nepokretnosti ili interes kupca na robi.

Interes je materijalan ako zbog nastupanja osiguranog slučaja pretil opasnost nastanka štete koja se može proceniti u novcu. Materijalni interes mora biti opravdan. Lice koje ima neopravdan materijalni interes ne može biti osiguranik (ZOO). Osigurljiv intreres ne predstavlja bitan elemenat ugovora o osiguranju već preduslov za valjanost ugovora.

Ugovorne klauzule ponekad nastoje da zaobiđu primenu načela obeštećenja, npr., klauzula “s interesom ili bez njega” ili “bez drugog dokaza osim same

¹⁹ Šulejić, str. 300.

²⁰ Bez pravnog svojstva materijalni interes se ne može ni osiguranjem ostvariti, Šulejić, str. 310.

polise". Takve polise se nazivaju "časne polise". U našem pravnom sistemu ne bi trebalo priznati valjanost tih klauzula s obzirom da se one protive osnovnom principu osiguranja kao instituta za naknadu šteta.²¹

UGOVORNE OBAVEZE

S obzirom na značaj privredne grane osiguranja, za društvo u celini, od velikog je značaja da se na pravedan način (fair) izvrši podela obaveza između ugovornih strana.²² Ugovor o osiguranju je dvostrano obavezujući i teretni ugovor. Zaključivanjem ugovora nastaju obaveze za ugovorne strane. Ugovorne obaveze osiguravača, ugovorača osiguranja i osiguranika proizlaze iz pojma i osobina ugovora o osiguranju. Predstavlja ugovor kojim se ugovorač osiguranja obavezuje da plati određeni iznos (premiju) osiguravaču koji se sa svoje strane obavezuje da u slučaju nastanka događaja, koji predstavlja osigurani slučaj, isplati osiguraniku ili nekom trećem licu naknadu odnosno ugovorenu svotu.²³

Budući da su ugovorač osiguranja i osiguranik, u odnosu na osiguravača ekonomski slabija strana, osiguravač ima obavezu da obezbedi primenu načela jednakopravnosti i jednakovrednosti.²⁴ Evropska unija je donela direktivu o nekorektnoj trgovačkoj praksi lica prema potrošačima (Direktiva 2005/29/EC Skupštine i Saveta Evrope). Zabranjeni su postupci trgovaca prema potrošačima koji mogu imati bitan uticaj na donošenje njihove odluke u vezi sa kupovinom proizvoda.²⁵ Ukoliko jedna od ugovornih strana ne poštuje svoje obaveze druga strana ima pravo da ugovor o osiguranju raskine.²⁶

Obaveze ugovorača osiguranja

Obaveze ugovorača osiguranja, u delu našeg razmatranja, utvrđene su zakonskim propisima (ZOO i ZPUP). Obaveze su prinudno-pravne prirode.²⁷

²¹ Jakaša, str. 44.

²² Anthony Diamond, The law of marine insurance – has it a futurer?, Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, February 1986, str. 415.

²³ Bliže, Ivica Jankovec i Zoran Miladinović, str. 268.

²⁴ Marko Pavliha, Zavarovalno pravo, Ljubljana, 2000, str. 157.

²⁵ Bliže, Jovan Slavnić, Nekorektna trgovačka praksa i oblast osiguranja, Pravni život, Beograd, br. 11/2006, str. 515.

²⁶ Tine-Lise Wilhelmsem, Duty of disclosure, duty of good faith, alteration of risk and warranties, CMI yearbook 2000, str. 369, Antwerp.

²⁷ Nikola N. Nikolić, Obaveze ugovorača osiguranja pri zaključenju ugovora o osiguranju, Osiguranje i privreda, Zagreb, br. 7–8/1983, str. 43.

a) *Prijava okolnosti od značaja za ocenu rizika.* – Prijava okolnosti od značaja za ocenu rizika od strane osiguravača predstavlja jednu od njegovih osnovnih dužnosti. Ako ugovorač osiguranja prilikom zaključivanja osiguranja, ne prijavi sve okolnosti koje je znao ili morao znati, a koje su od značaja za ocenu težine rizika, ili ako ih netačno prijavi, osiguravač ima pravo da od ugovorača osiguranja traži da naknadno plati razliku između premije koja odgovara stvarnoj težini rizika i ranije plaćene premije.²⁸ Od ove obaveze ugovorač osiguranja se oslobađa ako su u pitanju okolnosti koje su opšte poznate ili koje je osiguravač znao ili se opravdano može pretpostaviti da ih zna.

Dužnost prijavljivanja važnih okolnosti za ocenu težine rizika je dvostruka. S jedne strane ugovorač osiguranja je dužan prijaviti sve okolnosti koje je znao ili morao znati, i s druge, svi podaci moraju biti tačni. Ova dužnost ugovorača osiguranja je pitanje pravičnosti (fairness). Ne bi bilo na mestu od osiguravača tražiti da izvrši procenu jednog rizika bez informacija koje može dobiti samo od ugovorača osiguranja. U suprotom, ugovorači ne bi bili u jednakom položaju.²⁹

b) *Prijava okolnosti bitnih za donošenje odluke o osiguranju.* – Ako ugovorač osiguranja namerno ili iz krajnje nepažnje ne prijavi osiguravaču prilikom zaključenja ugovora sve okolnosti koje je znao ili morao znati, a koje su bitno uticale na donošenje odluke o zaključenju i uslovima osiguranja ili ako ih netačno prijavi, osiguravač ima pravo da traži poništenje tako zaključenog osiguranja.

Ugovorač osiguranja treba samoinicijativno da prijavi napred navedene okolnosti za koje je ugovorač osiguranja mogao pretpostaviti da će bitno uticati na odluku osiguravača. U vezi sa sankcijama za neprijavljivanje okolnosti koje su bitno uticale na odluku osiguravača, zakon pravi razliku između slučajeva kada ugovorač osiguranja nije te okolnosti prijavio namerno (dolus), iz krajnje nepažnje (culpa lata) i slučajeva kada je do povrede ove dužnosti došlo slučajno ili iz obične nepažnje. Samo u prvva dva slučaja ugovor je rušljiv. Osiguravač može takav ugovor poništiti ili naplatiti odgovarajuću premiju po njegovom nahođenju. Ako osiguravač želi da raskine ugovor on mora dokazati da je bio naveden od ugovorača osiguranja da ugovor zaključi na osnovu dobijenih netačnih podataka.³⁰ Mora dokazati postojanje uzročne veze između odluke da ugovor zaključi i podataka na osnovu kojih je ugovor zaključio.³¹ Bez mogućnosti da raskine ugovor, osiguravač bi bio primoran da nosi rizik koji nije hteo.

²⁸ Ova obaveza u engleskom pravu postoji još od 18. veka (presuda Carter v Boehm, 1766), Insurance Law Reports Vol. 3, Theme: Non-disclosure of material facts, Volume 3, London, 1982.

²⁹ Trine-Lise Wilhelmsen, Duty of disclosure, duty of good faith, alteration of risks and warranties, Comite Maritime International, Yearbook 1994, Sidney, str. 348.

³⁰ Graydon S. Staring, Marine Insurance – is the doctrine of “utmost good faith” out of date; CMI Yearbook 1994, Sidney II, str. 291.

³¹ Patrick J. Griggs, Marine Insurance, CMI Yearbook 1994, Sidney II, str. 299.

Sve do isplate štete osiguraniku, osiguravač može poništiti ugovor bez obzira da li je osiguranik bio savestan ili nije. Posle isplate štete, osiguravač neće moći poništiti ugovor sem ako je naknada isplaćena nesavestnom osiguraniku. Pod nesavesnim osiguranikom smatra se svaki osiguranik koji je prilikom zaključenja ugovora o osiguranju znao da ugovorač osiguranja nije ispunio svoju dužnost u vezi sa prijavljivanjem okolnosti bitnih za donošenje odluke osiguravača.³²

Obaveze osiguranika

Obaveze osiguranika mogu biti propisane zakonom ili ugovorene.

Obaveze osiguranika da osiguravaču prijavi okolnosti od značaja za ocenu rizika postoje i za vreme trajanja osiguranja. Slučaj: osiguranik je izgubio brod za vreme ratnih operacija u Presijskom zalivu pošto je mina pogodila brod. Propustio je da obavesti osiguravača o ovoj okolnosti. Da ga je pravovremeno obavestio, osiguravač bi imao pravo da odustane od ugovora za pokriće ratnih rizika, sa otkaznim rokom od sedam dana, ili da naplati dodatnu premiju, kako je ugovorom o osiguranju broda bilo predviđeno. Osiguranik je izgubio spor protiv osiguravača (presuda Black King Shipping Corp. v Massie /The "Lisbon Pride"/).³³

Osiguranik je prilikom podnošenja odštetnog zahteva dužan postupati u skladu sa načelom dobre vere. Od njega se očekuje da dokaže prirodu, uzrok i visinu štete ili učini verovatnim njegovo pravo na naknadu štete.

Obaveze osiguravača

Obaveze osiguravača nastaju već kod zaključivanja osiguranja. Osiguravač je dužan da savestno upozna ugovorača osiguranja o uslovima pod kojima će se ugovor o osiguranju zaključiti. Obaveza obaveštavanja, o uslovima osiguranja, utvrđena je za osiguravača zakonom (vidi opšte uslove ugovora, čl. 142, ZOO). Osiguravač je dužan da svoje obaveze prema osiguraniku ispunjava u skladu sa načelom dobre vere. Neće postupiti u skladu sa ovim načelom, ako bez razloga, odugovlači sa naknadom štete osiguraniku³⁴ ili ako šikanira osiguranika nepotrebnim zahtevom za dostavljanje dopunske dokumentacije.³⁵

³² Veljko Tomašić, Ugovor o plovidbenom osiguranju, str. 63.

³³ Article The Duty of utmost good faith in insurance law: where it is in the 21st century. Defence Counsel Journal, January 2002. <http://www.accessmylibrary.com/article-1G1-83521458/duty-utmost-good-faith.html>, 22.05.2010.

³⁴ The Insurance Company Duty of Good Faith to you, http://law.freeadvice.com/insurance_law/insurers_bad_faith/insurance-duty-good-faith, 10.04.2012.

³⁵ Fight Bad-faith Insurance Companies, <http://www.badfaithinsurance.org/>, 10.04.2012.

Najvažnija obaveza osiguravača jeste naknada štete osiguraniku. Pravna obaveza osiguravača sastoji se u ispitivanju odgovornosti osiguranika i preduzimanju njegove odbrane od preteranih odštetnih zahteva.³⁶ Pre nego što osiguraniku štetu naknadi osiguravač će ceniti osnovanost odštetnog zahteva i nastojati da opravdane zahteve osiguranika reši bez sudskog spora.

Od osiguravača se očekuje da postupa savestno i brižljivo. Da li je osiguravač postupao brižljivo, bilo je sporno pitanje, čiji odgovor je morao da da engleski sud.³⁷ Odredba engleskog zakona sadrži sledeću odredbu: svaka okolnost je materijane prirode koja će uticati na odluku brižljivog (prudent) osiguravača da li će preuzeti rizik. U SAD je pred sudom postavljeno pitanje da li postoji razlika između razložnog i brižljivog osiguravača. Brižljiv osiguravač poklanja veći stepen pažnje svom poslu. Sud je morao da odgovori na pitanje da li je osiguravač u konkretnom slučaju bio brižljiv.³⁸ Da li se brižljivost jednog osiguravača procenjuje u odnosu na prosečnog osiguravača ili na osiguravača u konkretnom slučaju? Brižljivost osiguravača, prema presudi engleskog suda, procenjuje se na osnovu činjeničnog stanja u konkretnom slučaju.³⁹

Osiguravač ima obavezu da prijavi materijalne okolnosti bitne za procenu rizika od strane reosiguravača. Brižljivost osiguravača prema reosiguravaču procenjivao je sud.⁴⁰

NAKNADA ŠTETE

Koje sve okolnosti treba da se steknu da bi osiguranik ostvario pravo na naknadu pretrpljene štete, koje štete su isključene iz osiguranja, itd., određuje širinu pokrića. Osiguravač će štetu naknaditi osiguraniku ukoliko utvrdi sledeće: da je osiguranik u trenutku nastanka štete imao materijalni interes da se osigurani slučaj ne dogodi; da se zahtev za naknadu štete odnosi na predmet koji je bio osiguran; da nije bio naveden od ugovorača osiguranja na zaključenje ugovora, npr., ako ugovorač nije prijavio sve okolnosti bitne za procenu rizika; da se zahtev za

³⁶ Vojislav Sokal, *Osiguranje od odgovornosti u svetu i kod nas i naši aktuelni zadaci*, Beograd, 1981. str. 49.

³⁷ E.R.H. Ivamy, London, 1969, str. 46.

³⁸ Legal research How-To, <http://boards.answers.findlaw.com/n/pfx/forum.aspx?msg=8998.2&nav=messages&we>, 03.04.2012.

³⁹ Materijalna činjenica je ona koja je takve prirode da će uticati na brižljivog osiguravača da proceni rizik (presuda Pan Atlantic Ins. Co. Ltd. v Pine top Xo. Ltd. od 1995).

⁴⁰ Presuda engleskog suda W.I.S.E. Underwriting Agency Ltd and Dornoch Ltd v Grupo Nacional Provincial S.A. 1993., *Waltons & Morse LLP, Bulletins*, <http://www.Waltonsandmorse.com/Bulletins2.jsp?ID=13>, 22.05.2010.

naknadu štete odnosi na štetu koja je nastala kao posledica osiguranog rizika; da osiguranik svojim postupcima ili propustima nije prouzrokovao ili doprineo nastanku štete; da osiguranik ima pravo na naknadu štete u iznosu koji potražuje.

Osiguravači naknadu štete često uslovljavaju preuzimanjem izričitih obaveza od strane osiguranika. U ugovor o osiguranju unose jemstva (warranties) osiguranika. Osiguranik jemči osiguravaču da će nešto u toku trajanja osiguranja preduzeti ili da određeno činjenično stanje u vezi sa predmetom osiguranja postoji, npr., da će skladište biti opremljeno protivpožarnom zaštitom ili da brod neće promeniti nacionalnost. Ukoliko predmet osiguranja bude uništen nastupanjem ugovorenog rizika, kao što su požar i poplava, osiguranik gubi pravo na naknadu štete u slučaju da nije ispunio jemstvo bez obzira što su požar i poplava bili uzrok gubitku predmeta osiguranja.⁴¹ Ovo rešenje engleskog prava osiguranja nije prihvaćeno od najvećeg broja kontinentalnih zemalja. Ugovorom o osiguranju često se predviđa da ugovor o osiguranju prestaje da proizvodi pravno dejstvo u izričito navedenim slučajevima, npr., ako brod isplovi iz predviđene geografske širine u more u kome je plovidba ugrožena od santi leda u određeno godišnje doba.

ZAKLJUČAK

Poverenje koje ugovorači treba da imaju jedan u drugog ispunjava se primenom načela dobre vere, savestnosti stranaka. Šeksipirov Šajlok (Shylock) i Bassanio u "Venecijanskom trgovcu" razmišljali su da li da poklone poverenje Antoniju koji je tražio zajam za plovidbeni poduhvat. Bavio se opasnim poslom. U slučaju neuspeha mogao je da ode u stečaj. Šajlok nije bio religiozan čovek. Znao je da raj ne može da postoji bez pakla kao ni kapitalizam bez stečaja: "Mornari na brodu samo su ljudi ali postoje pacovi na zemlji i u vodi, lopovi i pirati, opasnosti vode, vetra i stena". Psihologija moralnosti ispituje impulse koji navode čoveka da vara. O tome da li je greh u čoveku iskonski poriv, vode se diskusije, što nije predmet našeg razmatranja.

Što je veće poverenje među ljudima društvo je zdravije. Poverenje nagriza "kultura kompenzacije" u kojoj živimo. Svako ko može da naplati nešto od drugog to najčešće i čini. U tome pomažu sudije i lekari. Ako naknadu štete treba da plati osiguravač, sudija i lekar neće zagledati u dušu tužioca i pacijenta.

Načelo dobre vere, prihvaćeno od engleskog suda u osamnaestom veku, mora biti primenjeno. Sankcije za ugovorača osiguranja koji se nije pridržavao ovog načela treba i dalje primenjivati. Gubitak prava osiguranika na naknadu štete zbog

⁴¹ Jemstvo je uslov kojeg osiguranik mora u celosti ispuniti (engleski Pomorski zakon od 1906).

nepridržavanja ovog načela treba ograničiti: ni jedna činjenica se neće smatrati bitnom za osiguravača koja za razboritog ugovorača osiguranja nije bila bitna; ni jedno netačno prijavljivanje činjenica ne treba da ugrozi pravo osiguranika na naknadu štete ako ugovorač osiguranja može dokazati da je postupao savestno.

Ugovorač osiguranja koji navodi osiguravača na zaključenje ugovora i posledice takvog postupka na zaključeni ugovor zavise od činjenice da li su podaci dati osiguravaču bili netačni. Ako su takvi podaci bili od materijalnog značaja za brižljivog osiguravača, da li će ugovor o osiguranju zaključiti i pod kojim uslovima, osiguravač ima pravo da ugovor raskine. Dužnost prijavljivanja postoji nezavisno od namere. Ugovorač osiguranja nije ispunio svoju dužnost prema osiguravaču već samom činjenicom što je osiguravaču uskratilo mogućnost da se pravovremeno upozna sa bitnim podacima. Prikrivanje materijalnih podataka povezano je sa *allegatio falsi* zbog čega ugovor prestaje da proizvodi pravna dejstva ab initio po načelu pravičnosti. Međutim, osiguravač može odlučiti da ugovor zadrži i od osiguranika naplati dodatnu premiju.

Rešenje engleskog prava osiguranja, prema kome svako neprijavlivanje tačnih podataka o okolnostima važnim za zaključivanje osiguranja, ima za posledicu da osiguravač može poništiti ugovor o osiguranju bez obzira da li je do povrede te dužnosti došlo krivicom ugovorača osiguranja i bez obzira da li su u pitanju podaci od značaja za eventualne štete, nije prihvatljivo. Suprotno je načelu dobre vere. S obzirom da evropske kontinentalne zemlje takvo rešenje nisu prihvatile poželjno bi bilo izvršiti harmonizaciju prava osiguranja u ovom delu. Ne bi trebalo uvoditi strožije sankcije prema osiguraniku imperativnim zakonskim normama. Interese osiguravača strogim imperativnim normama ne treba štiti. Međutim, ne bi trebalo osiguravaču uskratiti mogućnost da ugovor o osiguranju raskine ukoliko je ugovor zaključio na osnovu nedozovljenog pristupa zaključenju ugovora od strane ugovorača osiguranja. U suprotnom slučaju, nesavestna lica bila bi podstaknuta da bez rizika za sebe ugovaraju osiguranje i da na taj način prazne fondove osiguravača namenjene za plaćanje šteta. Teret dokaza da li osiguravač ima pravo na raskid ugovor leži na osiguravaču koji treba da dokaže da je prikrivanje činjenica od strane ugovorača osiguranja bilo odlučujuće da ugovor zaključi. Ne može se dozvoliti osiguraniku da se poziva na nepoštovanje načela savestnosti i poštenja od strane osiguravača, koji je odbio da mu naknadi štetu, zbog toga što ugovorač osiguranja nije prijavio sve bitne okolnosti da donošenje njegove odluke. Ugovorač osiguranja ovo načelo nije ni sam poštovao. Nema mesta prezumciji da je ugovorač "nevin".

Načelo obeštećenja je bitno za delatnost osiguranja. Ugovor o imovinskom osiguranju, po svojoj prirodi, predstavlja ugovor o naknadi štete. Ugovor o osiguranju nije ugovor na sreću. Osiguranik može biti samo lice koje ima ili može

očekivati da će imati materijalni interes da osigurani slučaj ne nastupi. Prilikom podnošenja odštetnog zahteva osiguravaču mora dokazati postojanje svog interesa. Interes je bitan za svojstvo osiguranika. Međutim, osigurljiv interes ne predstavlja bitan element ugovora o osiguranju već preduslov za valjanost tog ugovora.

Primena načela dobre vere i načela obeštećenja u osiguranju obezbeđuje siguran napredak privredne grane osiguranja u ovom veku.

ZORAN RADOVIĆ, LL.D.,
Institute of Comparative Law, Belgrade

PRINCIPLES OF GOOD FAITH AND INDEMNITY IN INSURANCE

Summary

A contract of insurance is a contract of utmost good faith. The good faith forbids either party, the insurer and insured, that by concealing what he privately knows to draw the other party into a bargain from his ignorance of that fact and from believing the contrary. Equity between contracting parties is essential. The first, that the insured is the one who knows most of the insurer needs to know, but does not know, and second, the insurer must trust the insured to give him reliable information. The insured must disclose to insurer, before the contract is concluded, every material circumstance which he knows. Every material circumstance is material which would influence the judgement of a prudent insurer whether he will take the risk. If the insured fails to make such disclosure the insurer may avoid the contract under certain conditions. Not, in case of innocent non-disclosure. Duty of disclosure of material facts is a positive not a negative duty.

The principle of good faith, as confirmed by the English insurance law, provides that if the utmost good faith is not observed either by insurer or insured, the contract may be avoided by other party. This is not acceptable. It is against the principle of good faith. But right of the insurer to avoid the contract because of non-disclosure of relevant facts by the insured should be limited in the following manner: no fact should be deemed material unless it would have been considered so by a reasonable insured; no incorrect disclosure of material fact by the insured should be held against him where he could prove that it was true to the best of his knowledge.

The principle of indemnity is essential for non-life insurance in view that the contract of insurance is the contract of indemnity. The insured will be indemnified for the damage suffered provided he can prove he had an insurable interest in the subject matter insured. Insurance is not a gaming contract. To constitute an insurable interest of the insured it is indispensable that he proves that the peril he had insured against, could cause damage to him. This interest must be real. Insurable interest does not represent an essential element of the insurance contract but it is the precondition of existence of insurance contract.

ODNOS OSIGURANJA OD ODGOVORNOSTI DIREKTORA I PRAVILA POSLOVNE PROCENE

PRAVILO POSLOVNE PROCENE (BUSINESS JUDGMENT RULE)

Uvodna razmatranja. – Pravilo *business judgment rule*, kao tvorevina *common law*, sigurno predstavlja jedan od najznačajnijih i najprisutnijih instituta modernog kompanijskog prava.¹ Iako institut duge tradicije, još uvek ne postoji jedinstvena teorija koja objašnjava suštinu pravila i postavlja granice njegove primene.²

Poznato je da sve odluke direktora i uopšte članova uprave, kao subjekata ovlašćenih na vođenje poslovanja, neće rezultirati ostvarenjem dobiti za kompaniju. Kao rezultat, direktori mogu biti lično odgovorni za korporativne gubitke. Kako bi se izbegla ovakva situacija – koja deluje demotivišuće na direktore i njihove preduzetništvo – uvedeno je pravilo poslovne procene, odn. poslovne odluke.³ Prema ovom pravilu, direktori i menadžeri se mogu osloboditi odgovornosti

Dr Nataša Petrović-Tomić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

¹ Slobodno se može reći da ovo pravilo prožima kompanijsko pravo: ono ima za cilj zaštitu članova uprave, rešavanje sukoba interesa između akcionara i članova uprave, preispitivanje odluka za koje postoji sumnja da su donete usled nedostatka pažnje, itd.

² K. B. Davis, "Once More, the Business Judgment Rule", *Wis. Law Review*, No. 573/2000, 573.

³ Ovo pravilo nije novina dvadeset i prvog veka i izmenjenih uslova poslovanja, već potiče iz američkih presedana starih 160 godina.

za štetu koju su svojim odlukama prouzrokovali kompanijama ako su odluke rezultat njihove stručne poslovne procene.⁴

Prema stavu Vrhovnog suda države Delavera (koji je ovo pravilo formulisao pre skoro dva veka), “pretpostavka je da su prilikom donošenja poslovne odluke direktori korporacije postupali dovoljno informisano, savesno, u razumnom uverenju da postupaju u najboljem interesu kompanije”. Suština i značaj ovog pravila je da ono stvara pretpostavku savesnosti direktora i odlučivanja u “najboljem interesu kompanije”, ukoliko su ispunjeni određeni uslovi.⁵ *Business judgment rule* isključuje sudsku kontrolu članova uprave ako su se u svom poslu pridržavali pretpostavki poslovne procene.⁶

Pretpostavke primene pravila poslovne procene

Poslovna odluka. – Prvi element ovog pravila je *poslovna odluka*. Poslovna procena prethodi poslovnoj odluci i involvira veći ili manji stepen oslanjanja na mišljenja stručnjaka za odgovarajuću oblast poslovanja. Primena pravila poslovnog odlučivanja u velikoj meri bazira se na uvažavanju volje akcionara, koji su izabrali direktore određene stručnosti i iskustva za vođenje poslovanja njihove kompanije, odnosno koji su odlučili da ulože u kapital kompanije na čijem čelu se nalazi određena uprava.⁷ Ovde je potrebno zapaziti da je zaštita direktora dvostruko uslovljena. Najpre, odluka mora biti iz delokruga ovlašćenja direktora.⁸ Drugo, ona mora biti iz delokruga kompanije, tj. njenog predmeta poslovanja.⁹

⁴ “Oni, primenom ovog pravila, ne odgovaraju za obične greške ili zablude pri poslovnoj proceni (tzv. “loša procena”), bilo pravne, bilo faktičke”. V. M. Vasiljević, *Korporativno upravljanje – pravni aspekti*, Pravni fakultet u Beogradu i Proinvest, Beograd, 2007, 164; J. Pua Ng, “The Business Judgment Rule: Cheking the Autocracy in the Boardroom”, *UST Law Review*, Vol. LII, 2007-2008, 153.

⁵ V. M. Melbinger, *Overview of Corporate Governance and Fiduciary Responsibilities for Board of Directors and Compensation Committee Members*, 4-5. Dostupno na: <http://www.thecochlangroup.com/pdf/2q06/corporategovernance.pdf>.

⁶ V. S. M. Landefeld, D. F. Taylor, R. H. Hoskins, “Cost-Effective Improvements in Governance: Enhancing Communications Among Board Committees”, *Corporate Governance Advisor*, Vol. 16, No. 1, 2008, 4.

⁷ C. A. Laguado Giraldo, “Factors Governing the Application of the Business Judgment Rule: an empirical Study of the USA, UK, Australia and the EU”, *Universitas. Bogota (Colombia)*, No. 11/2006, 123.

⁸ To znači da direktori koji su prekoračili granice svojih ovlašćenja, čak i ako su doneli odluku u interesu kompanije, ne mogu računati na sigurnu luku pravila poslovne procene.

⁹ Stari Zakon o privrednim društvima (“*Službeni Glasnik RS*”, broj 125/04, dalje: stari ZOPD) sadrži izričitu normu da su ugovori zaključeni izvan okvira delatnosti društva pravnovalja-

Kako se u teoriji ističe, predmet primene pravila poslovne procene je kako doneta odluka (činjenje), tako i nedoneta odluka (nečinjenje).¹⁰

Informisanost pri odlučivanju. – Drugo, procena mora biti zasnovana na adekvatnoj informisanosti. Iz ovoga proizlazi da je poštovanje pravila poslovne procene povezano sa dužnošću pažnje, kao i dužnošću dobrog upravljanja kao njenom konkretizacijom (eng.: *duty of good governance*). Ova dužnost zahteva donošenje poslovne odluke od strane direktora koji je dovoljno informisan o predmetu odluke, koji nema interes u konkretnom poslu i koji je uveren da je doneta odluka u najboljem interesu privrednog društva.¹¹ Postupanje u skladu sa pravilom poslovne procene zahteva da direktori moraju sprovesti istragu ili se razumno osloniti na nekoga ko je to učinio umesto njih.¹² Nakon toga, oni moraju blagovremeno primiti izveštaj u pisanoj formi i nakon razmatranja svih relevantnih činjenica doneti odluku.¹³ Ukoliko se ne angažuju treća lica da umesto direktora prikupe odgovarajuće informacije, direktori moraju pokazati odgovarajući stepen pažnje kako prilikom prikupljanja i selekcije informacija, tako i prilikom njihove procene. Pravilo poslovne procene može pružiti zaštitu samo onim direktorima koji su bili u zabludi (pogrešna procena), a ne i onima koji su usled nedostatka dužne pažnje doneli loše poslovne odluke.

Interes kompanije. – Treće, interes kompanije. Da bi se mogli pozivati na pravilo poslovne procene, direktori moraju iskoristiti sve raspoložive izvore in-

ni, osim ako privredno društvo ne dokaže nesavesnost i trećeg lica, s tim da objavljivanje registracije delatnosti nije dovoljan dokaz za to (čl. 25 st. 4). Novi Zakon o privrednim društvima (*“Službeni Glasnik RS”*, broj 36/2011, dalje: novi ZOPD) propisuje da pored pretežne delatnosti društvo može da obavlja i druge delatnosti nezavisno od toga da li je to upisano u osnivački akt ili statut, ako se radi o delatnostima koje nisu zakonom zabranjene i ne sadrži normu o sudbini pravnih poslova izvan delatnosti (čl. 4, 6, 33 st. 2 i 3). Tumačenjem ovog i Zakona o obligacionim odnosima (čl. 54) dolazimo do zaključka da je sankcija za ovakve poslove administrativnopravna, a ne građansko-pravna.

¹⁰ Tako se direktori mogu oslanjati na zaštitu pravila poslovne procene u pogledu izveštaja o statusnoj promeni, u pogledu odgovornosti za tačnost i potpunost usvojenih finansijskih izveštaja. Isto tako, odbor direktora koji nije doneo odluku o opozivu prokure može pokušati da to nečinjenje podvede pod pravilo poslovne procene. Detaljnije: M. Vasiljević, “Građansko pravo i Business Judgment Rule”, Usklađivanje Poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske Unije (2011), Beograd, 2011, 22–23.

¹¹ V: N. Petrović Tomić, *Osiguranje od odgovornosti direktora i članova upravnog odbora akcionarskog društva*, Pravni fakultet, Beograd, 2011, 69.

¹² R. Ek, *Haftungsrisiken für Vorstand und Aufsichtsrat*, Verlag C. H. Beck, München, 2005, 14.

¹³ Jasno je da dužnost pažnje u određenim situacijama nalaže dužnost neslaganja u mišljenju. Direktor koji je uveren da odluka nije u interesu kompanije ne sme se prikloniti odluci i volji većine, već treba svoje neslaganje uneti u zapisnik sednice. V. J. P. Mallor Bowers L. T., A. J. Barnes, A. W. Langwardt, *Business Law: The Ethical, Global and E-Commerce Environment*, Thirteenth Edition, McGraw Hill International Edition, Boston, 2007, 1015.

formisanja i nakon toga brižljivo doneti odluku rukovodeći se interesom kompanije.¹⁴ Smatraće se da je ovaj uslov ispunjen ako direktori svoje interese nisu pretpostavili dužnostima koje imaju prema kompaniji.¹⁵ Drugim rečima, interes direktora kao fizičkih lica angažovanih za vođenje poslovanja niko ne negira, ali prilikom vršenja dužnosti interes kompanije je za njih mora biti primaran.

Ratio primene

Pravilo *business judgment rule* sprečava sud da poslovnu procenu direktora zameni sopstvenom. Polazeći od pretpostavke da su direktori najpozvaniji i najspособniji da donose poslovne odluke i vrše procene, ono zabranjuje sudovima da svojim odlukama supstituišu poslovnu procenu direktora.¹⁶

Postavlja se pitanje zašto pravilo poslovne procene predstavlja ovakvu prepreku odgovornosti direktora? Prvo i osnovno objašnjenje je da sudska intervencija tj. preispitivanje odluka borda kompromituje njegova ovlašćenja. Ovo pravilo omogućava direktorima da rade svoj posao.¹⁷ U skladu sa maksimumom "ljudski je grešiti", direktorima se pruža prostor za suvereno vođenje poslovanja.¹⁸ Pravilo protekcionističkog karaktera opravdava i potreba zaštite preduzetništva i inicijative direktora.¹⁹ Sve poslovne odluke involviraju određeni stepen rizika sa kojim racionalni i brižljivi direktori moraju računati.²⁰ Imajući u vidu ovo, odgovornost

¹⁴ Iz ovoga proizlazi da direktor ne sme biti u sukobu sa interesom kompanije, jer u suprotnom otpada primena ovog pravila.

¹⁵ Budući da se dužnost rada u interesu kompanije svodi na fiducijarnu, odnosno dužnost lojalnosti, jasno je da za primenu pravila poslovne procene nije dovoljno samo uvažavanje dužnosti pažnje (kako se u teoriji naglašava i preneglašava!), već i fiducijarne dužnosti.

¹⁶ V. J. P. Mallor et al, *nav. delo*, 1014-1015.

¹⁷ Osim toga, pravilo poslovne procene je logičan nastavak principa izbora kompetentnih lica za direktore i uopšte članove korporativnih organa. Ako su već na rukovodećim pozicijama stručna i sposobna lica, instituti poput pravila poslovne procene i osiguranja od odgovornosti direktora izraz su poverenja u njihovu poslovnu procenu.

¹⁸ Suština ovog pravila je da sudovi uvažavaju poslovne odluke bez proveravanja i preispitivanja. Odluke su izuzete od naknadnog razmatranja, pod uslovom da su ispunjene sve pretpostavke koje garantuju da je direktor delovao na osnovu valjanih informacija i sa uverenjem da je odluka u interesu društva. Kao rezultat, čak i greške (zablude) u proceni, neće dovesti do lične odgovornosti direktora.

¹⁹ U teoriji se ovo pravilo posmatra i kao kompromis između odgovornosti i ekonomske efikasnosti. U: C. A. Laguado Giraldo, *nav. članak*, 118.

²⁰ I akcionari poseduju veliki stepen tolerancije na rizične poslovne poduhvate. Oni su, najpre, na to motivisani principom ograničene odgovornosti za obaveze društva, koji njihovu ličnu imovini čini nedostiznom zahtevima poverilaca. Drugo, akcionari po pravilu poseduju diverzifikovani portfolio akcija, što im omogućava da u velikoj meri eliminišu rizik konkretne kompanije.

direktora ne bi smela da proizlazi iz donošenja *korisnih, a rizičnih* odluka.²¹ Kako se u teoriji ističe, poslovne odluke su retko crne ili bele; one se najčešće zasnivaju na pažljivom i smislenom rasuđivanju i izboru između brojnih opcija i alternativa.²² Najveća opasnost od sudskog preispitivanja poslovnih odluka leži u tome da sudovi neće biti u stanju da prave razliku između stručnih i nemarnih menadžera, jer se loše posledice često *ex post* čine predvidivim i zato se stvara pogrešan utisak da su se *ex ante* mogle sprečiti.²³ Ako odgovornost direktora proizlazi iz loših posledica, bez uzimanja u obzir *ex ante* kvaliteta odluke ili procesa donošenja iste, to će obeshrabriti direktore da u budućnosti preuzimaju i najmanji poslovni rizik.²⁴

Drugo, direktori se podstiču da prihvataju funkcije (i da ostaju na njima). Da nije pravila koje direktore štiti od posledica loše procene, malo ko bi se prihvatao funkcije direktora znajući da svaka njegova odluka može biti napadnuta pred sudom.²⁵ Strah od lične odgovornosti je mnogo manji ako je korporativno upravljanje obogaćeno pravilom poput poslovne procene.

Treće (i po našem mišljenju najbitnije), sudije nisu eksperti za biznis i poslovanje. Oni, po pravilu, nemaju dodatna znanja iz kompanijskog prava neophodna za razumevanje, a samim tim, i kvalitetno prosuđivanje poslovnih rizika, poslovnih odluka i svega što može biti predmet korporativnih sporova.²⁶ Sudovi i sudije se moraju držati van korporativnog odlučivanja. Da pravilo poslovne procene ne postavlja granice sudske kontrole poslovne procene direktora, svaka tužba protiv direktora mogla bi poslužiti kao povod za preispitivanje opravdanosti

²¹ Rizici su sastavni deo poslovanja, a direktori moraju imati ovlašćenje da odluče da li je konkretan rizik vredan preuzimanja! U: C. A. Laguado Giraldo, M. P. Diaz Canon, "Modern Conception of Business Judgment Rule: A Case Study on Delaware Jurisprudence", 2005, 16. Dostupno na: <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/824/82400501.pdf>.

²² C. Barzen, H. Brachmann, M.P. Braun, *D&O-Versicherung für Kapitalgesellschaften, Haftungsrisiken der Geschäftsleitung und ihre Deckung*, VVW, Karlsruhe, 2003, str. 26; S. M. Bainbridge, "The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine", *Vanderbilt law Review*, Vol. 57:1, 2004, 112–113.

²³ S. M. Bainbridge, *nav. članak*, 114.

²⁴ S. M. Bainbridge, *nav. članak*, 114–115.

²⁵ T. Wilson Burns, "Securities Lawsuits and D&O Insurance", *Corporate Board*, No. 5, 2008, 24.

²⁶ Ovaj argument jedino ne važi kada se radi o sudijama iz američke države Delaver, koja se smatra "centrom korporativnog univerzuma". Većina sudija iz ove države ima prethodno iskustvo kao pravni savetnik upravnog ili nadzornog odbora, kao zastupnik specijalizovan za korporativne sporove ili poseduje akademsku specijalizaciju iz ove oblasti. Osim toga, na njihovo bolje poznavanje kompanijskog prava utiče i činjenica da je najveći broj američkih kompanija registrovan upravo u ovoj državi. Sudije koje odlučuju u korporativnim predmetima stavljaju na kocku svoju reputaciju ukoliko nisu eksperti za poslovno pravo shvaćeno u najširem smislu. U: S. M. Bainbridge, *nav. članak*, 120–121.

konkretne procene.²⁷ U meri u kojoj se poslovna procena i poslovne odluke izuzimaju od sudskog preispitivanja, direktori se štite od lične odgovornosti.

O PRAVNOJ PRIRODI PRAVILA POSLOVNE PROCENE

Materijalnopravno poimanje: doktrina uzdržavanja versus standard odgovornosti

Pitanje pravne prirode pravila poslovne procene nema samo teoretski značaj. Za utvrđivanje odnosa ovog pravila sa institutima zaštitne funkcije poput osiguranja od odgovornosti potrebno je opredeliti se da li je ovo materijalno ili procesno pravilo. Ako se opredelimo za materijalnopravno shvatanje, pravilo poslovne procene se može posmatrati kao faktor koji utiče na dostupnost osiguranja od odgovornosti. Ali, ako pođemo od toga da je pravilo poslovne procene čisto procesno pravilo, njegov značaj za osiguranje od odgovornosti direktora biće potpuno drugačiji. Ono, dakle, neće biti smetnja za pokretanje postupka protiv direktora zbog tobožnje povrede dužnosti pažnje, već će uticati na teret dokazivanja (koji je na onome ko tvrdi da se direktor nije pridržavao svojih dužnosti). Pri takvom tumačenju, ovo pravilo ne uživa tretman okolnosti od značaja za ocenu rizika (kako će u daljem radu biti pokazano) i ima potpuno drugačiji učinak na osiguranje od odgovornosti direktora. Ono, naime, tada utiče samo na smanjenje troškova odbrane (oni bivaju veći ili manji, već prema tome u kojoj fazi postupka direktor istakne prigovor vođenja poslovanja u skladu sa business judgment rule).

U materijalnopravnom poimanju pravila poslovnog prosuđivanja postoje, najpre, dva potpuno različita gledišta. Prema jednom stanovištu, pravilo poslovne procene je *standard odgovornosti* prema kome sudovi preispituju odluke direktora i uopšte uprava kompanija. Prema drugom stanovištu, ovo pravilo je ustvari *pravilo uzdržavanja*, koje sprečava sud da preispituje odluke direktora, osim ako su ispunjene pretpostavke za preispitivanje.²⁸ Postavlja se pitanje koje od ovih - očito kontradiktornih tumačenja suštine pravila poslovne procene - više odgovara stvarnom stanju stvari. Polazeći od toga da su direktori adresati dužnosti prema društvu, nepoštovanje neke od mnogobrojnih dužnosti implicira njihovu odgovornost. Pitanje je samo prema kom standardu se ta odgovornost utvrđuje i u kom stepenu su sudovi ovlašćeni da prilikom utvrđivanja osnova odgovornosti zadiru u poslovnu logiku i procenu direktora. Ako se pođe od toga da je pravilo poslovne procene standard odgovornosti, sudovi stoje na stanovištu da ono štiti direktore od odgovornosti u meri u kojoj se oni ponašaju u skladu sa dužnošću

²⁷ B. Lebas, *La responsabilité du dirigeant, comment prévenir et se protéger?*, Editions du Puits Fleuri, Héricy, 2007, 45–46.

²⁸ S. M. Bainbridge, *nav. članak*, 87.

pažnje i načelom savjesnosti.²⁹ Direktori koji su prekršili dužnost pažnje ne mogu dobiti zaštitu pravila poslovne procene; pravilo je, naime, osporeno dokazivanjem da su direktori prekršili dužnost pažnje.³⁰

Za razliku od dominantnog ubeđenja – po kome ovo pravilo predstavlja “štit” ili “sigurnu luku” direktora – skloni smo da pravilo posmatramo iz ugla funkcije kojoj služi u modernom korporativnom upravljanju. U tom smislu navodimo doktrinu uzdržavanja (*The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine*). Polazna tačka ove teorije je tvrdnja da je i ovo pravilo – kao i najveći deo pravila kompanijskog prava – kreirano kao izraz kompromisa između suprotstavljenih vrednosti: ovlašćenja i odgovornosti.³¹ Ove vrednosti ukazuju na potrebu da se, s jedne strane, zaštiti ovlašćenje direktora da vode poslovanje kompanije i donose poslovne odluke, a da se, istovremeno, direktori učine odgovornim za svoje odluke. Iako se danas mnogo više insistira na odgovornosti direktora - kao odgovoru na učestale korporativne skandale i krahe - ona ne sme postati jedini instrument rešavanja problema korporativnog upravljanja.³² Moderno pravo mora uvažiti potrebu da se nosiocima upravljačko-izvršnih funkcija u kompanijama obezbedi *razumna mera diskrecionih ovlašćenja*. Jedno od pravila koje služi ostvarenju pomenutog cilja je pravilo poslovnog prosuđivanja, koje treba da spreči sudove da ulaze u meritum poslovne procene i oportunist iste osporavaju na osnovu sopstvene procene.

Teorija uzdržavanja posmatra pravilo poslovnog prosuđivanja kao pretpostavku sudskog uzdržavanja od preispitivanja odluka za koje se tvrdi da postoji povreda dužnosti pažnje.³³ Sudovi se, stoga, uzdržavaju od preispitivanja merituma ponašanja direktora, osim ako tužilac uspe da ospori pretpostavku sa-

²⁹ Ima autora koji smatraju da ovo pravilo samo pomera barijere odgovornosti sa obične nepažnje ka gruboj nepažnji i nameri. U: S. M. Bainbridge, *nav. članak*, 90.

³⁰ Ali, ako se ovo pravilo poima kao standard odgovornosti ono, ipak, makar vrlo ograničeno, omogućava preispitivanje kvaliteta odluke direktora. S. M. Bainbridge, *nav. članak*, 91.

³¹ S. M. Bainbridge, *nav. članak*, 84.

³² Moguće je izdvojiti bar ti obeležja direktorske funkcije, koja predstavljaju povod širenja njihove odgovornosti. Prvo, *brojnost ovlašćenja* direktora, koja se u eri korišćenja savremenih tehničko-tehnoloških dostignuća stalno umnožavaju. Drugo, *diskrecioni karakter* ovlašćenja, koji se štiti pravilom poslovne procene. Kada se brojnosti ovlašćenja doda diskrecioni karakter, jasno je da to predstavlja plodno tle za najrazličitije zloupotrebe. Treće, budući da je njihov položaj takav da po prirodi stvari podrazumeva dužnost rada u interesu subjekata čiji su interesi često kolidirajući, jasno je da se direktori lako mogu naći u poziciji sukoba interesa. Jedan od načina na koji se direktori nastoje odvratiti od nezakonitog ponašanja je upravo ekstenzija odgovornosti. V: J. A. Purcell, J. A. Loftus, “Corporate social responsibility: Expanding directors’ duties or enhancing corporate disclosure”, *Australian Journal of Corporate Law*, Vol. 21, No. 2, 2007, 144–145.

³³ S. M. Bainbridge, *nav. članak*, 90.

vesnosti.³⁴ U skladu sa ovom teorijom, sudovi se neće mešati u poslovnu procenu direktora, osim u slučaju prevare, nezakonitosti ili sukoba interesa. Ovlašćenja direktora da vode poslovanje kompanija mora biti apsolutno kada se kreću u granicama zakona i sud nema pravo da svojim rasuđivanjem menja njihovo.³⁵ Ali, koncipiranje pravila poslovne procene kao standarda uzdržavanja ne znači potpunu zabranu sudu da preispituje odluke direktora.³⁶ Odluke zasnovane na kršenju zakona, odluke koje involviraju sukob interesa ili prevaru ostaju predmet preispitivanja. Sprečavanje suda da ispituje pomenute odluke bilo bi u suprotnosti sa javnim poretkom.³⁷

Osnovni problem u vezi sa koncipiranjem pravila poslovne procene kao standarda odgovornosti istovremeno je i – po našem mišljenju – ključan argument u prilog prihvatanja doktrine uzdržavanja. Dok pomenuta doktrina pretpostavlja sudsku uzdržanost (ali ostavlja mogućnost intervencije u adekvatnim okolnostima), dotle koncipiranje pravila poslovne procene kao standarda odgovornosti čini intervenciju sudova pravilom, a ne izuzetkom!³⁸ U prvom slučaju, dakle, važi pretpostavka protiv preispitivanja odluka: sudovi tada preispituju činjenice, ali ne da bi utvrdili kvalitet odluke, već da bi utvrdili da li je proces donošenja iste kompromitovan postojanjem ličnog interesa, nezakonitosti ili već nekog drugog ponašanja koje samo po sebi znači kršenje dužnosti.³⁹

Procesnopravno shvatanje

Pored ovih materijalnopravnih pogleda na pravilo poslovne procene, postoji i *procesnopravno shvatanje*. Naime, u delu teorije i sudske prakse ovo pravilo

³⁴ Ibid.

³⁵ Ovakvo shvatanje proizlazi iz stava po kome direktori kompanije nisu agenti akcionara (kako se to uobičajeno tvrdi), već nosioci izvornih i nedelegiranih ovlašćenja. Detaljnije: S. M. Bainbridge, *nav. članak*, 97, 102.

³⁶ Poenta doktrine uzdržavanja nije u tome da sud ne može ni da pita da li su tuženi direktori povredili pravilo dužne pažnje, savesnosti ili lojalnosti, kao materijalnih konstitutivnih elemenata pravila *business judgment rule*. Poenta je u tome da kad ove pretpostavke nisu oborene od strane tužioca, tj. kada postoje sve pretpostavke za primenu ovog pravila, tada nema prostora za sudsko ulaženje u meritum – materijalnopravni aspekt poslovne odluke direktora. V.: S. M. Bainbridge, *nav. članak*, 93–99.

³⁷ Primena teorije uzdržavanja nema za posledicu zaštitu direktora uključenih u neki oblik zloupotrebe, ali svakako pruža zaštitu direktorima koji su napravili propust ili grešku u proceni, čak i ako su propusti takve težine ili prirode da se opasno približavaju nemarnosti! S. M. Bainbridge, *nav. članak*, 109.

³⁸ S. M. Bainbridge, *nav. članak*, 127.

³⁹ S. M. Bainbridge, *nav. članak*, 128.

se shvata kao procesnopravna pretpostavka, prema kojoj “u donošenju poslovnih odluka, direktori postupaju informisano, u dobroj veri i u uverenju da je to u najboljem interesu kompanije.” Ovako shvaćeno pravilo poslovne procene određuje teret dokazivanja u postupku pokrenutom protiv korporativnih direktora. Taj teret je na tužiocu koji dovodi u pitanje poslovne odluke – a samim tim i poslovnu procenu direktora – i koji treba da obori pretpostavke na kojima se zasniva njegova primena. Ako mu to pođe za rukom, neće postojati “sigurna luka” za direktore i oni će morati da pristupe svojoj odbrani.⁴⁰ Ali, to ne stvara *per se* odgovornost direktora.⁴¹

NAŠE PRAVO

Kada je reč o našem pravu, o pravilu poslovne procene kao delu pozitivnog prava može se govoriti tek od donošenja Zakona o privrednim društvima 2004. godine. Prema ovom zakonu, direktori (kao i ostala lica koja u smislu ovog zakona imaju dužnosti prema privrednom društvu) su dužni da svoju procenu zasnivaju na informacijama i mišljenjima lica stručnih za odgovarajuću oblast za koje veruju da su u tom pogledu savesna i kompetentna.⁴² Za razliku od starog, novi ZOPD kao da odustaje od primene instituta poslovne procene. Stari ZOPD je već u naslovu člana pominjao pravilo poslovne procene (prosudivanja), dok novi ZOPD samo reguliše dužnost pažnje. Prema novom ZOPD, *lica koja imaju posebne dužnosti prema društvu dužna su da u tom svojstvu izvršavaju svoje poslove savesno, sa pažnjom dobrog privrednika, i u razumnom uverenju da deluju u najboljem interesu društva.*⁴³ Pod pažnjom dobrog privrednika u smislu stava 1. ovog člana podrazumeva se stepen pažnje sa kojom bi postupalo razumno pažljivo lice koje bi posedovalo znanje, veštine i iskustvo koje bi se osnovano moglo

⁴⁰ Dakle, ako se obore pretpostavke na kojima počiva pravilo poslovne procene, teret dokaza se pomera. J. P. Ng, *nav. članak*, 156.

⁴¹ Najzad, ono što se sa sigurnošću nameće kao zaključak je da pravilo poslovnog prosudivanja u pravno-tehničkom smislu i nije pravilo. Ono predstavlja *standard* koga se sudovi pridržavaju i koji određuje da li će se odluke direktora preispitivati, tj. u kojoj meri će se zadirati u njihov meritum prilikom preispitivanja. U.: C. A. Laguado Giraldo, *nav. članak*, 121.

⁴² Stari ZOPD, čl. 32 st. 2.

⁴³ Novi ZOPD, čl. 63 st. 1. Budući da u našem pravu postoje različiti standardi pažnje, (standard “pažnje dobrog privrednika” i standard “pažnje dobrog stručnjaka” iz čl. 18 ZOO), opredeljenje novog ZOPD indirektno govori o uverenju da kod nas još uvek nije stvorena profesija direktora, koju obavezuju posebna pravila struke i običaji. Smatramo da je ovo rešenje našeg prava posve specifično, uslovljeno obeležjima tržišta i promenama koje su još u toku. Kako kod nas još uvek traje proces uspostavljanja tržišnog mehanizma, s jedne strane, i kako se profesija direktora u novom svojinskom okruženju tek nazire, s druge strane, to nije moguće pledirati za primenu standarda “pažnje dobrog stručnjaka” u pogledu ponašanja direktora. Tako i: M. Vasiljević, “Razvoj regulative upravljanja kompanijama u uporednom pravu i pozitivno pravo Srbije”, *Pravni Život*, br. 10/2010, 27.

očekivati za obavljanje te dužnosti u društvu.⁴⁴ *Smatra se da pomenuta lica mogu da svoje postupanje zasnivaju i na informacijama i mišljenjima lica stručnih za odgovarajuću oblast, za koje razumno veruju da su u tom slučaju savesno postupala.*⁴⁵

Dakle, novi zakon daje primat dužnosti pažnje definisanoj u skladu sa evropskokontinentalnim shvatanjem, dok se o pravilu poslovne procene može govoriti samo posredno.⁴⁶

Naime, direktorima se dozvoljava da poslovne odluke zasnivaju i na informacijama i mišljenjima lica stručnih za odgovarajuće oblasti, pod uslovom da su uvereni da su ta lica savesno postupala. Direktori koji, dakle, nisu mogli doneti poslovnu odluku samo na osnovu sopstvenog zalaganja i postupanja u skladu sa dužnošću pažnje imaju mogućnost da angažuju lica – stručnjake za odgovarajuće oblasti – i da na osnovu njihovog mišljenja donesu poslovnu odluku. Zapravo, dužnost pažnje im to nalaže ako njihova znanja nisu dovoljna za vršenje funkcije direktora.⁴⁷ Lice koje postupa na ovakav način nije odgovorno za štetu koja iz takve procene nastane za privredno društvo.⁴⁸

Iako se na prvi pogled može učiniti prevelikom, stepen promene koju donosi novi statusni zakon, u krajnjoj liniji, zavisice od načina njenog interpretiranja od strane sudija privrednih sudova. U zavisnosti od toga kako je sudije shvate,

⁴⁴ Novi ZOPD, čl. 63 st. 2.

⁴⁵ Novi ZOPD, čl. 63 st. 4.

⁴⁶ Pitamo se da li između evropskokontinentalnog standarda pažnje i anglosaksonskog standarda poslovne procene zaista postoji suštinska razlika. Notorno je da je jedan od elemenata (i to najvažniji!) pravila poslovne procene upravo dužnost pažnje tj. informisanost pri odlučivanju kao njena manifestacija. I u evropskokontinentalnim pravima koja ne poznaju standard *business judgment rule* od direktora se zahteva da poslovne odluke donose dužnom pažnjom. U čemu je onda ključna razlika? Smatramo da je razlika između evropskokontinentalnog i anglosaksonskog prava više kvantitativna nego kvalitativna. Dok su američki sudovi po tradiciji koncentrisani na utvrđivanje ispunjenosti tri elementa pri donošenju poslovnih odluka, dotle sudovi u kontinentalnom pravu proveravaju da li je tom prilikom poštovana dužnost pažnje. I kod jednih i kod drugih sudbina direktora i njihovih odluka zavisi prvenstveno od stepena uvažavanja dužnosti pažnje, samo što se ona u anglosaksonskom pravu razlaže na tri elementa.

⁴⁷ Prema stavu švajcarskog federalnog suda, kada se donosi odluka za koju član upravnog odbora nema dovoljan nivo znanja, on je u obavezi da traži mišljenje eksperata pre izjašnjavanja. Ali, kako ispravno ističu američki sudovi, uloga eksperata je da pomognu u donošenju odluke koja je u interesu društva, a ne da zamene odluku! (V. E. N. Veasey, S. A. Radin, "Desney Decision Refuses to Assess Director Liability and Provides Important Guidance to Directors", *Corporate Governance Advisor*, Vol. 13, No. 6, 2005, 4). Ne postoji zahtev da direktori "u potpunosti" slede savet stručnjaka za odgovarajuću oblast. Bitno je da su prilikom razmišljanja o tome kakvu odluku doneti razmotrili i mišljenje eksperata.

⁴⁸ Kako se u teoriji ističe "u korelaciji sa standardom *business judgment rule*, standard "dužnosti pažnje" direktora vodi faktički ka standardu krajnje (grube) nepažnje". V. M. Vasiljević, *Korporativno...*, 157.

promena može biti samo jezičko-tehnička (utvrđivanje da li je direktor postupao u skladu sa dužnošću pažnje umesto utvrđivanje pretpostavki pravila poslovne procene) ili suštinska (zadiranje u meritum poslovnog odlučivanja umesto dosadašnjeg uzdržavanja od sudske intervencije u poslovne odluke). Naime, u Srbiji - kao državi u kojoj još uvek nije zaokružen proces privrednih reformi i uvođenja modernih principa korporativnog upravljanja - sudije nisu prošle potreban nivo stručnog usavršavanja za odlučivanje u kompanijskim i uopšte privrednim stvarima i nemaju dovoljno iskustava za rešavanje ovih sporova. Pošto su na terenu koji im nije potpuno blizak i kojim nedovoljno vladaju, sudije (a još više kompanije o čijim odlukama se radi) mogu imati ozbiljan problem ako se upuste u preispitivanje merituma donetih poslovnih odluka.⁴⁹ To može stvoriti pravnu nesigurnost.⁵⁰

Međutim, pomenuta odredba novog zakona je mnogo problematičnija u delu koji propisuje da direktori koji pruže dokaz da su postupali u skladu sa ovim članom nisu odgovorni za štetu koja iz takvog postupanja nastane za društvo. Ovakvom formulacijom se konstituiše *pretpostavka odgovornosti direktora i nepostupanja u interesu društva do suprotnog dokaza*, tj. dokazivanja ispunjenosti svih pretpostavki na kojima se bazira dužnost pažnje. Umesto pretpostavke savesti direktora kompanija - koja predstavlja jednu od tekovina dobrog korporativnog upravljanja - novi srpski kompanijski propisi uvode pretpostavku odgovornosti i negiraju pogodnosti pravila poslovne procene.⁵¹ U tom smislu se može reći da naše pozitivno pravo vapi za osiguranjem od odgovornosti direktora.

Elementi pravila *Business Judgement Rule* u novom zakonu prisutni su u meri u kojoj se direktorima i uopšte članovima uprave pruža zaštita od odgovornosti mogućnošću da se pozovu na mišljenje stručnih lica na koje su se prilikom donošenja poslovne odluke oslonili. Ovo pravilo skreće pažnju na sam proces donošenja odluke, a ne na njen rezultat.⁵² Postavlja se pitanje da li je postojanje ovog pravila dodatni razlog da se insistira na uvođenju osiguranja od odgovornosti, budući da pozivom na njega direktori mogu skinuti sa sebe odgovornost, a kom-

⁴⁹ Novim zakonom oni su praktično dobili *carte blanche* za tako nešto. Kako se lica koja imaju dužnosti prema društvu obavezuju da poslove izvršavaju savesno...i sa pažnjom dobrog privrednika, konstituiše se pravo suda da ispituje i procenjuje da li se direktor ponašao u skladu sa pomenutom dužnošću. Da li će sud, pri tom, biti u stanju da se drži samo zakonskog prava i ostane na terenu dužnosti pažnje, bez zadiranja u integritet poslovnog odlučivanja direktora, pitanje je!

⁵⁰ Druga je stvar to što se u našim prilikama sudije najčešće uzdržavaju od preispitivanja poslovnih odluka i bez postojanja striktno zakonske zabrane. Iz ovih razloga smatramo da su potresi koje je zakonodavac izazvao korišćenjem promenjene formulacije manji nego što se na prvi pogled može pomisliti.

⁵¹ U. M. Vasiljević, "Građansko pravo i Business Judgment Rule", 35.

⁵² T. R. Brown, *Corporate Directors' Organization Reports on Risks of Director Liability and Means of Prevention*, 2. Dostupno na: http://www.constructionweblinks.com/Resources/Industry_Reports_Newsletteres/Feb_20_2006/corp.html.

panija biti oštećena? Šta je sa stručnjacima koje su direktori konsultovali? Budući da oni ne odgovaraju za štetu koja je uzročno povezana sa njihovim stručnim mišljenjem, postavlja se pitanje ko će u krajnjoj liniji snositi štetne posledice? Prema stavu Vrhovnog suda države Delavera izraženom u čuvenom slučaju *Caremark International*, ako direktor u dobroj veri učini napor da se informiše i dobro izvrši poslovnu procenu, smatra se da je postupao u skladu sa dužnošću pažnje, bez obzira na posledice takve odluke.⁵³ Međutim, posle kraha *Enron*-a, *Worldcom*-a i drugih korporativnih skandala, reforme korporativnog upravljanja čiji je akcenat bio na uvođenju novih odgovornosti direktora, uticali su na smanjenje značajna pravila poslovne procene.⁵⁴

ODNOS SA OSIGURANJEM OD ODGOVORNOSTI DIREKTORA

Uticao pravila poslovne procene na osiguranje

Osiguranje od odgovornosti direktora u razvijenim sistemima korporativnog upravljanja služi kao protivteža propisima o odgovornosti. Insistiranje na ličnoj odgovornosti članova uprave kompanija – kako je praksa pokazala – može imati za posledicu neprihvatanje ovih funkcija, odnosno napuštanje istih zbog straha od ugrožavanja ličnih dobara (materijalnih i nematerijalnih).⁵⁵ Povećana odgovornost direktora i prateći efekti u vidu permanente kontrole svih segmenata poslovanja, pokretanja tužbi protiv njih i negativne medijske pažnje utiču na atraktivnost direktorskih funkcija. Čak ni visoke naknade, koje se isplaćuju licima na direktorskim pozicijama, često nisu dovoljan razlog da se preuzme tolika odgovornost.⁵⁶ Iz ugla direktora, izloženost odgovornosti je pretnja, jer njihovu ličnu imovinu izlaže riziku. Članovi uprave smatraju rizik odgovornosti suviše velikim i ne mogu sudbinu svoje lične imovine prepustiti volji kompanije da u konkretnom slučaju (ne) izvrši obeštećenje.⁵⁷ Kako rizik od odgovornosti raste,

⁵³ V. *Delaware Courts of Chancery Redefines "Goth Faith" Duties of Board of Directors*, Corporate Governance Advisory, 2003, 3.

⁵⁴ V. M. Lipton, "Some Thoughts for Boards of Directors in 2006", *Corporate Governance Advisor*, Vol. 14, No. 1, 2006, 1–2.

⁵⁵ Lična odgovornost direktora je veliki teret i može delovati *destimulativno* na spremnost da se prihvati direktorska funkcija ili da se na njoj ostane.

⁵⁶ Lica kojima se nudi da postanu direktori poslednjih decenija, najpre, razmatraju sve negativne konsekvence tog angažmana, da bi tek na kraju uzeli u obzir visinu naknade. Dok se pre deset godina govorilo da, ako se direktori ponašaju oprezno ne treba im osiguranje od odgovornosti, danas se dobri direktori ne mogu privući bez njegove kupovine. P. Reynolds, "Differences in D&O Coverage", *Canadian Underwriter*, No. 11, 2006, 62.

⁵⁷ Kompanija, po mišljenju direktora i članova uprave, nije u stanju da im obezbedi adekvatno sredstvo zaštite od štete.

troškovi vršenja direktorske funkcije rastu i bivaju deo troškova sa kojima treba računati prilikom vršenja profesije. Kada se dostigne najveći tj. nivo rizika koji je za direktore neprihvatljiv, kvalitetni pojedinci (koji se mogu baviti i drugim poslovima) odustaju od direktorskih funkcija.⁵⁸ Ukoliko akcionarsko društvo, koje im nudi angažman raspolaze nekim spoljnim sredstvom zaštite od odgovornosti, utoliko će biti lakše odlučiti se. U ovakvim okolnostima osiguranje od odgovornosti predstavlja izlaz: ono olakšava snošenje posledica kršenja strogih zahteva dužnosti pažnje, kao i ostalih dužnosti direktora.⁵⁹ Čak i ukoliko direktori prihvate funkcije i pored nepostojanja osiguranja, kvalitet njihovog rada biće u najmanju ruku drugačiji usled stalnog straha od posledica preduzetih aktivnosti. Lična odgovornost je veliko breme i ukoliko se ne neutrališe na adekvatan način, može uticati na kvalitet poslovanja.

Pošavši od ovakvog značaja osiguranja od odgovornosti direktora za unapređenje korporativnog upravljanja, postavlja se pitanje u kakvom je ono odnosu sa pravilom poslovne procene. Da li su ovi instituti kompatibilni ili isključujući? Odnos osiguranja od odgovornosti direktora i pravila poslovne procene determiniše nekoliko faktora. U teoriji i sudskoj i osiguravajućoj praksi postoji saglasnost oko toga da pravilo poslovne procene vrši bar dvostruki uticaj na osiguranje od odgovornosti direktora.

– Prvo, pravilo poslovne procene uživa tretman *okolnosti od značaja za ocenu rizika* u osiguranju od odgovornosti direktora.⁶⁰ Osiguravač ceni sve okolnosti koje determinišu rizik upravljanja u određenoj kompaniji. S pravom se tvrdi da praksa korporativnog upravljanja ima direktan uticaj na dostupnost i cenu osiguranja od odgovornosti direktora.⁶¹ Osiguravači osiguranja od odgovornosti direktora procenjuju kolika je verovatnoća da će određeni tim menadžera biti

⁵⁸ M. R. Kaplan, R. Harrison, "Defusing the Director Liability Crisis: the Strategic Management of Legal Threats", *Institute of Management Sciences*, Vol. 4, No. 3, 1993, 416.

⁵⁹ Direktorima je naročito bitno da vide da ih kupljeno osiguranje štiti od akcionarskih tužbi, jer su sudovi u svojim odlukama povodom ovih tužbi protekcionistički nastrojeni prema akcionarima. S. V. Aalten, "D&O Insurance in the Age of Enron: Protecting Officers and Directors in Corporate Bankruptcies", *Annual Review of Banking & Financial Law*, Vol. 22, 2003, 460.

⁶⁰ Korporativno upravljanje kompanije je jedan od elemenata od značaja za ocenu rizika. Kako je pravilo poslovne procene posebno značajan segment dobrog korporativnog upravljanja, to od njega zavisi dobijanje osiguravajućeg pokrića. U: J. Dobiac, "I Came, I Saw, I Underwrote: D&O Liability Insurance's Past Underwriting Practices and Potential Future Directions", *Connecticut Insurance Law Journal*, Vol. 14:2, 2008, 500, 507.

⁶¹ N. Petrović Tomić, "Directors and Officers Liability Insurance and Corporate Governance: Mutual Influences – Comparative Experiences as a Model for Serbian Law", M. Vasiljević, R. Kulms, T. Josipović, M. Stanivuković (edit.), *Private Law Reform in South East Europe*, Liber Amicorum Christa Jessel-Holst, Faculty of Law, University of Belgrade, 2010, 221–231.

izložen akcionarskim i drugim tužbama.⁶² Rizik upravljanja potencijalnih osiguravnika ceni se u momentu zaključenja ugovora, kao i prilikom svakog obnavljanja pokrića. Primena pravila poslovne procene srazmerno smanjuje broj slučajeva odgovornosti direktora, a shodno tome i slučajeva nastanka obaveze osiguravača da isplati naknadu iz osiguranja.⁶³ Postojanje ovakvog pravila omogućava direktorima da u mnogim slučajevima budu ekskulpirani od moguće odgovornosti. Znajući u kojoj meri veći ili manji stepen direktorske odgovornosti utiče na troškove i dostupnost osiguranja ovog rizika, jasno je da postojanje *business judgment rule* direktno povećava šanse direktora-osiguravnika da dobiju adekvatno pokriće po iole povoljnim uslovima. To je posebno značajno u uslovima krize osiguranja od odgovornosti direktora.

– Drugo, pravilo poslovne procene dovodi do *smanjenja premija i veće dostupnosti osiguranja*, kao i ostvarenja ušteda od strane kompanija. Ovo pravilo, naime, utiče ne samo na neplaćanje naknada šteta proizašlih iz utvrđene odgovornosti direktora, već se direktorno odražava i na smanjenje troškova odbrane od tužbenih zahteva uperenih protiv direktora-osiguravnika. Naime, čak i ukoliko se postupak protiv direktora okonča donošenjem presude *in favorem*, troškovi odbrane i uopšte parničjenja mogu biti ogromni i predstavljati veliki teret za osiguravača.⁶⁴ Značaj pravila poslovne procene je ogroman, jer omogućava da se već u ranoj fazi postupka dokaže ispunjenost pretpostavki njegove primene i da se donese presuda povoljna po osigurane direktore.⁶⁵ Pošto, pored iznosa dosuđenih naknada šteta, troškovi odbrane određuju stepen izloženosti direktora, a sa-

⁶² Međutim, anketa udruženja evropskih osiguravača je pokazala da kriterijumi procene rizika osiguranja od odgovornosti članova organa uprave društava nisu uvek i jedino u direktnoj relaciji sa rizikom odgovornosti. Detaljnije: D. Bandle, *L'assurance D&O, Analyse de l'assurance responsabilité civile des dirigeants de sociétés en droit suisse, comparé aux solutions en droit français et anglais*, Schulthess, Zurich, 1999, 106.

⁶³ N. E. Barton, "Developments in the Business Judgment Rule and Relationship to D&O Insurance," u D. J. Block, A. Driver, (edit.) *The Crisis in Directors' and Officers' Liability Insurance: Advising Corporations on Alternatives, Indemnification & the Business Judgment Rule*, Law & Business, 1986, 88.

⁶⁴ U nekim poznatim slučajevima, troškovi odbrane su dostigli tolike iznose da iz ugla osiguravača nije bilo razlike u odnosu na slučaj kada je osiguranik osuđen da plati naknadu štete tužiocu.

⁶⁵ Međutim, u tome istovremeno leži i zamka za direktore i njihove osiguravače. Postavlja se pitanje šta će biti ako se primenom ovog pravila ne izbegne odgovornost, već se usled kolebanja sudske prakse – što se u poslednje vreme dešava – pred osiguravače postavi veći broj odštetnih zahteva od očekivanih? Kako će se to odraziti na funkcionisanje osiguranja od odgovornosti direktora budući da su osiguravači pravili drugačije proračune o budućim štetama? Iz ovog razloga smatramo da neujednačena primena pravila poslovne procene može delovati negativno na osiguranje od odgovornosti direktora i dovesti do poremećaja na ovom tržištu, što u krajnjoj liniji šteti interesima direktora.

mim tim i osiguravača, evidentno je da se pravilo poslovne procene mora odraziti na smanjenje premija osiguranja od odgovornosti direktora.

Da li je osiguranje od odgovornosti, ipak, nepotrebno?

Iako se ovo pravilo prvenstveno posmatra imajući u vidu zaštitu koju pruža direktorima i u tom smislu se može pozitivno oceniti, ne mogu se zanemariti konsekvence koje stvara po privredno društvo i sva ostala potencijalno oštećena lica. Razlika koju povlači primena pravila poslovne procene u odnosu na osiguranje od odgovornosti je u tome što se menja argument u prilog njegovog uvođenja. Kako ovo pravilo dovoljno štiti integritet odlučivanja direktora, to mnogi njegovim iznošenjem ističu nepotrebnost osiguranja od odgovornosti direktora. Mi mislimo suprotno. Svest direktora o zaštiti i u slučaju zablude i loše procene može ih (bar u izvesnoj meri) učiniti manje opreznim kod donošenja odluka i tako ugroziti interes privrednog društva. Obezbeđenje zaštite privrednog društva, pre nego obezbeđenje zaštite direktora, je razlog da se insistira na uvođenju osiguranja od odgovornosti. Ukoliko direktori pozivom na pravilo poslovne procene izbegnu odgovornost za donete poslovne odluke to istovremeno ne znači da će i samo društvo biti ekskulpirano od odgovornosti.⁶⁶ Osim toga, jedno je štititi diskreciona ovlašćenja direktora kao nosilaca poslovanja, a sasvim drugo preduzeti mere zaštite od posledica koje njihovo korišćenje može izazvati. Najzad, u najezdi pooštravanja odgovornosti direktora, pravilo poslovne procene se različito primenjivalo u zavisnosti od okolnosti slučaja i više nije moglo služiti kao "luka spasa".

U tom smislu je indikativna primena pravila poslovne procene u slučaju *Smith v. van Gorkom* od strane Vrhovnog suda Delavera.⁶⁷ Odbor direktora javne kompanije *Trans Union Corporation*, sastavljen od pet izvršnih i pet neizvršnih direktora, je u ovom slučaju odobrio fuziju, ne raspolažući, pri tom, ni predlogom ugovora o fuziji i ostalom dokumentacijom od značaja za informisano odlučivanje. Do toga je došlo na insistiranje glavnog izvršnog direktora Van Gorkoma, čije usmeno predstavljanje nameravanog posla je trajalo manje od dva sata.⁶⁸ Primenjujući standard *business judgment rule*, Vrhovni sud je pošao od pretpostavke da "direktori moraju da postupaju na bazi dobre informisanosti, savesno

⁶⁶ Moderno kompanijsko pravo obeležava *trend uvođenja odgovornosti direktora* i uopšte članova organa privrednog društva prema trećim licima, uz zadržavanje odgovornosti i samog društva prema tim licima. U: M. Dreher, S. Thomas, "Die D&O-Versicherung nach der VVG-Novelle 2008", *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, Heft 1, 2009, 32–33.

⁶⁷ D. R. Honnabach, "Smith v. Van Gorkom: Managerial Liability and Exculpatory Clauses—A Proposal to Fill the Gap of the Missing Officer Protection", *Washburn Law Journal*, Vol. 45, 2006, 307–342.

⁶⁸ Van Gorkom je, pri tom, ostalim direktorima prečutao da direktor finansijskog sektora nije bio uključen u pregovore i da je o fuziji obavešten tek tog jutra.

i sa uverenjem da deluju u najboljem interesu korporacije”. Sud takođe navodi: “mi mislimo da je koncept grube nepažnje prikladan za procenu da li je standard informisanosti u smislu primene pravila *business judgment rule* dostignut.” Način postupanja odbora direktora je ključan pokazatelj stepena njegove pažnje.⁶⁹ Kako je u konkretnom slučaju odbor direktora doneo odluku na bazi nedovoljne informisanosti – što implicira grubu nepažnju – nikako nije moglo biti govora o razumnoj ili potrebnoj pažnji. Zato je sud – na veliko iznenađenje korporativne javnosti – proglasio odgovornim odbor direktora, što je izazvalo oštru debatu na temu opravdanosti odgovornosti direktora za imovinske posledice kršenja dužnosti pažnje.⁷⁰ To je, uostalom, jedan od razloga uvođenja osiguranja od odgovornosti direktora.⁷¹

Slučajevi poput *Smith v. van Gorkom* ukazuju na smanjenje značaja pravila poslovne procene i zaštitne funkcije koju ono vrši. Smatramo da je to još jedan argument u prilog osiguranja od odgovornosti direktora. *Može se, čak, reći da ovo osiguranje sve više preuzima funkciju koju je do skora vršilo pravilo poslovne procene.* Njegovim uvođenjem doprinosi se ne samo osećaju zaštite direktora od odgovornosti, već se iskazuje poverenje u kompetentnost i poslovni moral direktora, od čijih odluka zavisi sudbina kompanije.⁷² Pošto direktori znaju da promenljiva sudska praksa u pogledu primene pravila poslovne procene povećava stepen njihove izloženosti ličnoj odgovornosti, to će oni više ceniti osiguravajuću zaštitu. Kolebanja sudske prakse utiču na to da osiguranje od odgovornosti direktora polako postaje deo dobre prakse korporativnog upravljanja i institut koji direktori sve više cene.

Između osiguranja od odgovornosti i pravila poslovne procene postoji jedan sličnost. Oni služe istom cilju: zaštititi članova uprave, s tim što je osiguranje instrument koji pruža sveobuhvatniju zaštitu. Osiguranjem od odgovornosti čla-

⁶⁹ Stavljanjem akcenta na sam postupak donošenja odluke od strane direktora, američki sud je otvorio vrata doktrini proceduralnog standarda pažnje. U: D. R. Honnabach, *nav. članak*, 311.

⁷⁰ Kao reakcija, mnoge američke države su izmenile kompanijske propise i uvele mogućnost da se, pod određenim uslovima, ograniči ili isključi odgovornost direktora za imovinske posledice kršenja dužnosti pažnje. Primer prava koje je uvelo ovakvu zakonsku mogućnost je pravo američke države Delaver (*Delaware*). Zakon ove države dozvoljava korporaciji da u ugovor o osnivanju unese odredbu kojom eliminiše ili ograničava ličnu odgovornost direktora za novčane štete proizašle iz kršenja fiducijarnih dužnosti, osim za kršenje dužnosti lojalnosti korporaciji ili akcionarima, ponašanje suprotno načelu savesnosti i poštenja i bilo koje kršenje dužnosti koje je imalo za posledicu prisvajanje lične koristi (tzv. *chapter cap*). V.: C. Campbell, J. Birds, “The Protection of Corporate Directors in England and the USA”, *Anglo-American Law Reviv*, Vol. 26, 1997, 467

⁷¹ B. H. Scheifele, *Die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Manager in den Vereinigten Staaten von Amerika*, VVW, Karlsruhe, 1993, 77.

⁷² S. H. Duggin, S. M. Goldman, “Restoring Trust in Corporate Directors: the Disney Standard and the “New” Good Faith”, *American University Law Review*, Vol. 56:2, 2006, 219.

novi uprave se štite ne samo od odgovornosti zbog kršenja dužnosti pažnje, već i od odgovornosti zbog nekih oblika kršenja dužnosti lojalnosti!⁷³ Iz ugla pravnog okvira korporativnog upravljanja najbitnije je to da ova dva instituta u sadejstvu nemaju za posledicu obezbeđenje prevelike zaštite direktora i pružanje osećaja da će svaki njihov propust biti pod okriljem pravila poslovne procene ili osiguranja od odgovornosti. Mogućnost da se postane odgovoran za ozbiljne propuste u vođenju polovanja mora postojati i pored instituta koji vrše zaštitnu funkciju. Samo tako će direktori biti dovoljno motivisani i dovoljno slobodni da kvalitetno vode poslovanje.

Podatak da pravilo poslovne procene kod nas nije dovoljno razvijeno može delovati podsticajno na uvođenje osiguranja od odgovornosti direktora. U zavisnosti od toga kako se tumači, izmenjena kompanijska regulativa može postati oruđe u rukama sudija i instrument sprovođenja stroge politike odgovornosti članova korporativnih organa. Kao takva, ona preti da ostvari negativan učinak na prihvatanje direktorskih funkcija i ostajanje na njima. Zato je potrebno raditi na uvođenju osiguranja od odgovornosti direktora kao pratećeg elementa pravnog okvira korporativnog upravljanja. Davanje primata dužnosti pažnje definisanoj prema evropskokontinentalnim standardima vodi sumraku doktrine poslovne procene i iziskuje primenu instituta kojima se relativizuje odvratajuća funkcija odgovornosti. Takav institut je svakako osiguranje od odgovornosti direktora.

*Pravilo poslovne procene i osiguranje u kontekstu prava direktora
na pogrešno prosuđivanje (prava na grešku)*

Iako je odvratajuća funkcija odgovornosti jedna od paradigmi korporativnog upravljanja, ona nije sama sebi cilj. Odgovornost korporativnih organa ima smisla i vrši određenu funkciju samo ako je pravilno koncipirana. Ona se, naime, mora posmatrati kroz prizmu dva pitanja. Prvo, da li su propusti lica na upravljačko-rukovodećim pozicijama nešto što se može – ili čak mora – tolerisati? Drugo, da li svi propusti treba da imaju isti tretman? Čini nam se da se direktorima mora priznati *pravo na grešku* tj. zabludu u smislu pogrešne poslovne procene. U prilog tome može se navesti dužnost pažnje, čija suština nije u rezultatu primenjenog stepena dužne pažnje, već u samom procesu dolaženja do poslovne odluke.⁷⁴

⁷³ T. W. Burns, "Complete Guide to D & O Insurance", *Directorship*, No. 07, 2007, 18.

⁷⁴ Osim toga, zašto bi se položaj direktora kao svojevršnih profesionalaca razlikovao od položaja ostalih lica koja pružaju intelektualne usluge – ako je već opšteprihvaćeno da je greška element profesionalnog rizika, koji prati određenu profesiju i koji se pokriva osiguranjem od profesionalne odgovornosti. Smatramo da članovi korporativnih organa ne treba da budu izuzetak u tom smislu.

Priznati direktorima pravo na grešku ne znači dati im mogućnost donošenja poslovnih odluka, bez ikakve svesti i bojazni o eventualnim posledicama istih. Pravo na grešku odnosi se samo na obične propuste tj. pogrešne poslovne procene koje involviraju običnu nepažnju. Svaki drugi oblik postupanja direktora – koji podrazumava kršenje dužnosti sa namerom ili usled grube nepažnje – predstavlja ciljno ponašanje iz ugla odgovornosti i ono mora biti sankcionisano bar imovinskom, a u zavisnosti od okolnosti slučaja i statusnom i krivičnom odgovornošću.⁷⁵ Smatramo da su u tom smislu pravilo poslovne procene i osiguranje od odgovornosti direktora kompatibilni. Dok se pravilom poslovne procene direktorima pruža zaštita od odgovornosti za poslovne odluke koje involviraju običnu nepažnju; osiguranjem od odgovornosti ta se zaštita potvrđuje. Ako se nekim čudom desi da direktor postane odgovoran i za običnu nepažnju (šanse za to su vrlo male), osiguranje stupa na scenu i pokriva tu odgovornost.

Imajući u vidu ono što se očekuje od odgovornosti direktora, mora se naglasiti da osiguranje koje im kompanija kupuje takođe mora biti regulisano u skladu sa istim principima. Ono treba da doprinese stvarnom životu i promeni propisa o odgovornosti: ekskulpiranjem članova uprave u slučajevima sa kojima se računa kao sastavnim delom vođenja poslovanja (pogrešna poslovna procena i obična nepažnja), odnosno ostavljanjem na njihov teret slučajeva koji su dovoljno teški da opravdavaju sankciju imovinske odgovornosti (namera i gruba nepažnja). Samo osiguranje koje je spojivo sa svrhom lične odgovornosti članova uprave je korektiv odgovornosti.

ZAKLJUČAK

Pravilo poslovne procene, kao i osiguranje od odgovornosti direktora su instituti kojima je zajedničko obeležje ista ciljna funkcija: zaštita direktora od lične odgovornosti. S obzirom na istu funkciju, logično je postaviti pitanje opravdanosti njihovog istovremenog postojanja, s jedne, kao i međusobnog uticaja, s druge strane. Iako danas ima mnogo zagovornika pooštavanja lične odgovornosti direktora, smatramo da pomenuti instituti nisu suvišni i da u sadejstvu nemaju za posledicu obezbeđenje prevelike zaštite direktora. Pravilo poslovne procene može pružiti zaštitu samo onim direktorima koji su bili u zabludi (pogrešna procena), a ne i onima koji su usled nedostatka dužne pažnje doneli loše poslovne odluke. Osiguranje od odgovornosti direktora, takođe, pruža zaštitu samo u slučajevima koji se mogu podvesti pod pojam osiguranog slučaja, a koji je definisan u skladu sa imperativnim propisima kompanijskog prava. Drugim rečima, oni su kom-

⁷⁵ Samo odgovornost pri čijem regulisanju se vodi računa o tome da ne bude ugroženo pravo na grešku direktora, tj. koja ne počiva na premisi da su svi direktori loši i da ih treba disciplinovati, može se nazvati mehanizmom korporativnog upravljanja.

patibilni sa odvrćajućom funkcijom odgovornosti. Zapravo, kada je reč o našem pravu izražavamo zebnju da će nova srpska regulativa kompanijskog prava postati velika smetnja prihvatanju direktorskih funkcija i uopšte razvoju dobrog korporativnog upravljanja. Obavezati direktora da se ponaša pažnjom dobrog privrednika i uz to predvideti da je teret dokazivanja da je zaista tako na njemu, a ne na onome ko tvrdi da je došlo do kršenja dužnosti, preveliki je teret. Direktori, dakle, u našem pravu trenutno mogu samo maštati o statusu kakav uživaju njihove američke kolege, čiji pravni sistem inkorporira standarde zaštite poslovnih odluka od naknadnog sudskog preispitivanja. Pri takvom stanju stvari preostaje im da sve nade usmere ka osiguranju od odgovornosti direktora. Osiguranje koje se kod nad tek uvodi i koji će se sigurno u budućnosti suočiti sa brojnim izazovima jedino je što direktorima može pružiti zaštitu od odštetnih zahteva, kojih će ubuduće biti mnogo više.

NATAŠA PETROVIĆ-TOMIĆ, Ph.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

RELATIONSHIP BETWEEN DIRECTORS AND OFFICERS LIABILITY INSURANCE AND BUSINESS JUDGMENT RULE

Summary

Business judgment rule is certainly one of the institute of modern corporate governance of which much was expected since its introduction into our law by the Companies Act from 2004. Judges of commercial courts, as well as directors and companies, were taken by the hope of Anglo-Saxon institute because of its protective function. However, the new Company Law gives up this standard and returns to the domestic standard of duty of care. That is why is getting so actual the issue of protection of directors and the members of corporate authorities from liability. Since the implementation of new law, their liability is estimated according to the standard of duty of care, the question is how it will affect directors and officer's liability insurance. Will the return of duty of care to be a source of new directors and officers liabilities? How will it influence the development of the institute of directors and officers liability insurance? The author analyses business judgment rule and chooses the abstention doctrine, according to which this rule represents the presumption of judicial abstention from reviewing business decision of directors. In keeping with this commitment, it is expected that the business judgment rule achieve a positive impact on directors and officer's liability insurance in terms of its price cuts and greater availability on directors and their companies. The author also emphasizes the differences between the two institutes, pointing out the advantages of director's liability insurance. Directors and officers liability insurance is a part of good corporate governance practice, which justifies its existence, regardless of the protective function of institutes such as the business judgment rule.

UVOĐENJE PRAVA OSIGURANJA U STEČAJNI POSTUPAK REPUBLIKE SRBIJE

U V O D

Uvođenje prava osiguranja u stečajni postupak Republike Srbije dogodilo se za vreme važenja Zakona o stečajnom postupku¹ (skraćeno: ZSP). ZSP je stupio na snagu 1. avgusta 2004. godine, ali je počeo da se primenjuje 1. februara 2005. godine. ZSP je bio na pravnoj snazi do 23. januara 2010. godine, stim što su odredbe novog zakona, tj. Zakona o stečaju², u odnosu na realizaciju prava osiguranja u stečajnom postupku počele da se primenjuju 1. jula 2010. godine. Posmatran sa gledišta povezivanja prava osiguranja i stečajnog postupka, ZSP je bio pozitivan propis u periodu od 1. februara 2005. do 1. jula 2010. godine ili nešto više od pet godina, tako da je u tom periodu putem jedne jedine odredbe ZSP-a uvedeno pravo osiguranja u stečajni postupak Republike Srbije. Upravo ta jedna odredba ZSP-a bila je u nepromenjenom tekstu na pravnoj snazi za sve vreme za koje je ZSP bio na pravnoj snazi. Ta odredba bila je locirana u članu 20. stav 1. tačka 6. ZSP. Naime, odredba člana 20. stav 1. tačka 6. ZSP-a je glasila, i to: “Stečajno veće će razrešiti stečajnog upravnika ako utvrdi da stečajni upravnik nije osigurao imovinu za slučaj nastupanja štete posle dva uzastopna upozorenja stečajnog sudije ili odbora poverilaca”. U vreme zaključenja rukopisa, citira-

Mr Slobodan Ilijić, član Predsedništva Udruženja pravnika Srbije.

¹ “Službeni glasnik RS”, br. 84/2004 i 85/2005 – dr. zakon.

² “Službeni glasnik RS”, br. 104/2009.

na odredba ZSP-a je već postala istorijski propis, ali će kao predmet ovog rada biti razmatrana sa onom pažnjom sa kojom se razmatraju pozitivni propisi.

U prilog izbora citirane odredbe ZSP-a za predmet ovog rada mogu da se navedu sledeći razlozi. Prvo, citirana odredba ZSP-a je uzeta za predmet ovog rada stoga što nijedan zakon iz oblasti stečajnog prava, donet tokom druge Jugoslavije, nije predviđao uvođenje prava osiguranja u stečajni postupak. U tom smislu citirana odredba ZSP je bila prvenac u Republici Srbiji, koji je uspostavio vezu između s jedne strane instituta prava osiguranja i s druge strane stečajnog upravnika, kao organa stečajnog postupka. Drugo, povezivanje instituta prava osiguranja i stečajnog postupka je nastalo kao rezultat suptilnog pravnog sadržaja citirane odredbe ZSP-a, a vid tog povezivanja preuzet je i u novom, danas važećem, Zakonu o stečaju. To znači da je iskustvo u primeni ovog pravnog instituta ocenjeno kao pozitivno za stečajni postupak ne samo u periodu u kome je važila citirana odredba ZSP-a. Treće, iako je citirana odredba ZSP-a bila jedini pravni izvor u uspostavljanju veze između instituta prava osiguranja i stečajnog upravnika, ona je izazvala i još uvek izaziva veliku pažnju u stručnoj pravničkoj javnosti, o čemu mogu da posvedoče dalji redovi. Tome interesovanju pravničke stručne javnosti nije mogao da odoli potpisnik ovih redova, pa je upravo tu jedinu odredbu u ZSP-u uzeo za predmet rada.

Izbor citirane odredbe ZSP imao je i četvrtu "dimenziju". Naime, Zakon o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji prestao je da važi stupanjem na snagu ZSP-a. Tokom važenja Zakona o prinudnom poravnanju, stečaju i likvidaciji zabeleženo je da je prosečan stečajni postupak trajao sedam godina i tri meseca³, tako da poverilac stečajnog dužnika na osnovu tog zakona nije mogao brzo da naplati svoje potraživanje. Otuda, jedan od širih ciljeva ZSP je bio da se skрати prosečna dužina trajanja stečajnog postupka. Stim u vezi direktor Agencije za licenciranje stečajnih upravnika je predočila i druge uže ciljeve ZSP-a, kao što su: (1) da je novi ZSP predvideo da stečajni upravnik dobije status preduzetnika, zatim (2) da će stečajni upravnik odgovarati ličnom imovinom ako bude izazvao štetu namerno ili krajnjom nepažnjom, i najzad, (3) da će zahtev za naknadu štete prema stečajnom upravniku zastarevati u roku od tri godine od saznanja oštećenog za štetu ili pak u roku od tri godine od pravnosnažnosti rešenja o zaključenju stečajnog postupka⁴. Dakle, praktična strana citirane odredbe ZSP-a sastojala se u tome što se uklapala i u šire i u uže ciljeve tog zakona.

³ Vesna Gaćeša, direktor Agencije za licenciranje stečajnih upravnika: *Šta predviđa novi Zakon o stečajnom postupku*, Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta Privredna akademija i čas. "Pravo – teorija i praksa" sa 5. naučno-stručnog skupa, održanog februara 2008. na Zlatiboru, na opštu temu "Promene u pravnom sistemu Srbije", Novi Sad, 2008, str.187–197.

⁴ Ibidem.

U odnosu na države bivše SFRJ, putem citirane odredbe ZSP-a Republika Srbija se svrstala među države bivše SFRJ, koje su uvele pravo osiguranja u stečajni postupak. Pre nje Hrvatska je uvela pravo osiguranja u stečajni postupak 1996. godine⁵, a Republika Srpska 2002. godine⁶. Pri tome, u hrvatskom stečajnom pravu stečajni upravnik je bio dužan da se obavezno osigura od odgovornosti za štetu, koju je prouzrokovao svim učesnicima u stečajnom postupku ako je skrivljeno povredio koju od svojih dužnosti utvrđenih Stečajnim zakonom. U stečajnom pravu Republike Srpske stečajni upravnik je bio obavezan da zaključi ugovor o osiguranju od odgovornosti za sve rizike, koji su povezani sa njegovim vršenjem poslova u stečajnom postupku. Drugim rečima, u stečajnim pravima Hrvatske i Republike Srpske bilo je uvedeno obavezno osiguranje od profesionalne odgovornosti stečajnih upravnika. Suprotan primer sadržalo je stečajno pravo Slovenije, u kome uopšte nije bilo predviđeno uvođenje obaveznog osiguranja stečajnog upravnika u stečajnom postupku⁷. Dakle, zakoni iz oblasti stečajnog prava u državama bivše SFRJ imali su različite stavove po pitanju uvođenja prava osiguranja u stečajni postupak, pa je utoliko bilo značajnije da se iz različitih uglova analizira citirana odredba u ZSP.

*Pitanja pokrenuta u javnoj diskusiji prilikom donošenja
Zakona o stečajnom postupku*

U toku javne diskusije o Nacrtu ZSP-a otvoren je niz pitanja na temu povezivanja prava osiguranja i stečajnog postupka. Već u ovoj fazi izrade ZSP-a bila je predviđena odredba po kojoj će stečajni upravnik moći da bude smenjen ukoliko ne zaključi osiguranje. Iz toga su nastala različita mišljenja. Po jednim time je bilo predviđeno uvođenje obaveznog osiguranja od odgovornosti stečajnog upravnika, a po drugim mišljenjima uvođenje prava osiguranja u stečajni postupak na opisan način ne bi imalo karakter obaveznog osiguranja⁸. Na dnevnom redu diskusije našlo se pitanje da li je tada paralelno važeći sistemski zakon o osi-

⁵ "Narodne novine", br. 44/96, 29/99, 129/2000, 123/2003 i 82/2006.

⁶ "Službeni glasnik RS", br. 67/2002, 77/2002, 4/2003 i 96/2003.

⁷ Sergej Simoniti, direktor Pravne službe u AD za reosiguranje "Sava", Ljubljana: *Uvođenje obaveznih osiguranja – Evropska Unija i slovenačka iskustva*, Zbornik radova Udruženja za pravo osiguranja Srbije sa savetovanja, održanog aprila 2008. na Paliću, na opštu temu "Evropski put prava osiguranja Srbije, posebno ugovora o osiguranju", Palić, 2008, str. 70–96.

⁸ Jelisaveta Vasilić, advokat iz Beograda: *Osiguranje stečajnog upravnika od građanske odgovornosti za štete učesnicima u stečajnom postupku*, čas. Udruženja za pravo osiguranja Jugoslavije "Revija za pravo osiguranja", br. 2/2002, str.45–47.

guranju – Zakon o osiguranju imovine i lica – dozvoljavao da se posebnim zakonom, ovde ZSP-om, propiše neki novi oblik obaveznog osiguranja nepredviđen u Zakonu o osiguranju imovine i lica⁹. Bilo je pokrenuto pitanje koje elemente ugovora o osiguranju stečajnog upravnika sa osiguravačem treba ugraditi u ZSP, pa su u odgovoru na to pitanje istaknuta u diskusiji dva elementa. Ta dva elementa su bila, i to: (1) složenost stečaja; (2) način unovčavanja imovine stečajnog dužnika. U vezi sa složenošću stečaja konstatovano je da vrednost stečajne mase ne stoji u srazmeri sa složenošću stečaja i sa visinom rizika za nastanak štete, iz čega je bio izveden zaključak da bi trebalo objektivizirati merila za utvrđivanje složenosti svakog stečaja kao osnova za odmeravanje sume osiguranja i visine premije. U vezi sa načinom unovčavanja imovine stečajnog dužnika, Nacrt ZSP-a je predviđao da će odbor poverilaca davati obavezna uputstva stečajnom upravniku za unovčavanje imovine stečajnog dužnika. Polazeći od tako formulisanog rešenja, izloženo je u diskusiji da bi šteta mogla da nastupi ako stečajni upravnik ne postupa po obaveznim uputstvima odbora poverilaca ili ako stečajni upravnik postupa po obaveznim uputstvima a šteta ipak nastupi ili ako stečajni upravnik nije prethodno upozorio odbor poverilaca na visok stepen izvesnosti nastanka štete¹⁰. Takođe, razmatrano je pitanje izvora sredstava iz kojih bi bilo optimalno da se finansira premija za osiguranje stečajnih upravnika, s obzirom da je u važećem hrvatskom stečajnom pravu bilo predviđeno da se premija obaveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti stečajnog upravnika plaća iz stečajne mase. U javnoj diskusiji po tom pitanju nije bio zauzet jedinstven stav, ali je bilo zapaženo mišljenje da bi prihvatanje rešenja u ZSP-u po uzoru na rešenje u hrvatskom stečajnom pravu imalo za posledicu umanjene stečajne mase, a to nebi bilo u interesu poverilaca. Bilo je pojedinačnih zalaganja da se rešenje ovog pitanja u ZSP-u dovede u vezu sa utvrđivanjem obima osiguravajućeg pokrića stečajnog upravnika, kao i sa formulisanjem isključenja iz ovog osiguranja¹¹.

Tekst Predloga ZSP, koji je bio objavljen 2. februara 2004. godine, u pogledu povezivanja prava osiguranja sa stečajnim postupkom nije izazvao u pravničkoj javnosti onoliko pažnju kakvu je ranije izazvao Nacrt ZSP-a. Da je ova konstatacija bila tačna vidi se iz manjeg broja radova, koji su imali za predmet rešenja Predloga ZSP-a. Izdvojio se ipak doprinos jednog pisca iz oblasti stečajnog prava Srbije, koji je postavio sledeće pitanje – kakav treba da bude sadržaj ZSP-a¹²? Pod

⁹ Ibidem.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem.

¹² Prof. dr Mihailo Velimirović: *Kakav treba da bude sadržaj zakona o stečaju*, Stručno-informativni časopis Intermexa "Pravni informator" br. 3/2004, str. 27–30.

tim naslovom bio je osvetljen niz pravnih instituta stečajnog prava, koje je autor preporučio, ali među tim pravnim institutima budućeg ZSP-u nije bio pomenut pravni institut – povezivanje prava osiguranja i stečajnog upravnika. Po mišljenju potpisnika ovog rada, ovu konstataciju ne treba shvatiti kao kritiku pogleda tog pisca na buduću ZSP, već je valja uzeti za ilustraciju o smanjenom interesovanju pravničke javnosti za institut povezivanja prava osiguranja i stečajnog postupka posle plodne javne diskusije o tome u vreme kada je bio aktuelan Nacrt ZSP-a. Istine radi, isti pisac je po stupanju na snagu ZSP-a poklonio u svom drugom članku adekvatnu pažnju pravnom institutu – povezivanju prava osiguranja i stečajnog upravnika.

Pravna pitanja pokrenuta u javnoj diskusiji prilikom donošenja ZSP-a ukazala su na zainteresovanost stručne pravničke javnosti da se u stečajni postupak Srbije uvede pravo osiguranja. Ona su takođe otkrila solidan nivo znanja najšire pravničke javnosti o pravu osiguranja i o stečajnom postupku.

Interpretacije uvedenog prava osiguranja u stečajni postupak Srbije

U istom broju službenog glasila u kojem je bio objavljen ZSP bio je objavljen i Zakon o Agenciji za licenciranje stečajnih upravnika. ZSP je stupio na snagu 1. avgusta 2004. godine, a istog dana je stupio na snagu i taj zakon. Među najvažnije zakonom propisane nadležnosti te agencije spadalo je da ona vrši nadzor nad radom i da prati razvoj profesije stečajnog upravnika, kao i da prati primenu propisa kojim se uređuje stečajni postupak. U vezi sa tim nadležnostima te agencije, direktor Agencije za licenciranje stečajnih upravnika¹³ se u jednom autorskom tekstu osvrnula na pojedine razloge, zbog kojih stečajni upravnik može da bude razrešen, pa i na razlog iz člana 20. stav 1. tačka 6. ZSP-a. Međutim, direktor navedene agencije nije ulazila u pravne posledice koje mogu da proizađu iz te zakonske odredbe, tako da se interpretacija citirane zakonske odredbe tog autora svela na njeno gramatičko tumačenje.

Više pravnih pisaca analiziralo je ZSP po njegovom stupanju na snagu, pri čemu su se neki više a neki manje osvrtni na institut stečajnog upravnika i pravne odnose sa drugim pravnim institutima. Jednu od najautentičnijih pravnih analiza mesta i uloge stečajnog upravnika u stečajnom postupku po ZSP-u dao je napred citirani pravni pisac. Ta pravna analiza objavljena je pod naslovom – stečajni

¹³ Videti fusnotu br. 3.

upravnik¹⁴, a obuhvatila je sagledavanje mesta i uloge stečajnog upravnika sa različitim aspektata. Izlažući aspekt održavanja stečajne mase, povezanost između prava osiguranja i stečajnog upravnika opisana je sledećim rečima, i to: "U vršenju funkcije upravljanja stečajnom masom stečajni upravnik preduzima sve neophodne mere za održavanje i zaštitu imovine, uključujući i sprečavanje prenosa imovine; vrši se njeno pečačenje ili oduzimanje, ukoliko je to neophodno. Radi toga se kod osiguravajućeg zavoda osigurava imovina stečajnog dužnika iz stečajne mase, i to u celini ili djelomično, ako je to potrebno radi njene zaštite. Stečajni upravnik to čini u dogovoru sa stečajnim sudijom, a na teret stečajne mase". Dakle, iz citiranog naučnog izvora proizilaze dva važna zaključka, i to: (1) da je ZSP nesumnjivo regulisao institut povezivanja prava osiguranja sa stečajnim postupkom; i (2) da je po ZSP-u stečajni upravnik mogao da zaključi s osiguravačem ugovor o osiguranju imovine stečajnog dužnika.

Za razliku od pozitivnopravne analize mesta i uloge stečajnog upravnika u ZSP-u iz prethodne tačke, u stručnoj pravničkoj javnosti bilo je i drukčijih pristupa uvođenju prava osiguranja u stečajni postupak Srbije. Ovakvo zalaganje u praksi vodilo je ka donošenju ili izmena i dopuna ZSP-a ili novog zakona. Naime, ovaj pristup pošao je od toga da osiguranje od odgovornosti stečajnog upravnika prema trećim licima u stečajnom postupku nije regulisano u ZSP-u, posle čega je predloženo da se u zakonodavstvo Srbije o stečaju uvede obavezno osiguranje od odgovornosti stečajnog upravnika¹⁵. Razmatrana su najpre opšta pitanja odgovornosti stečajnog upravnika, a zatim je prikazan pravni režim obaveznog osiguranja od odgovornosti stečajnih upravnika po zakonima Hrvatske i Republike Srpske. Na kraju, izloženo je 14 elemenata pomoću kojih bi trebalo regulisati obavezno osiguranje od odgovornosti stečajnog upravnika u Srbiji. Razume se, neki od opisanih 14 elemenata mogli bi da budu predmet zakonske materije, a neki od opisanih 14 elemenata mogli bi da budu predmet podzakonske materije (opšti i posebni uslovi). Po mišljenju potpisnika ovog rada, stvar je zakonodavne politike da li će obavezno ili dobrovoljno osiguranje biti uvedeno u stečajni postupak Srbije. Takođe, stvar je zakonodavne politike da li će putem osiguranja odgovornosti, odnosno osiguranja imovine stečajnog dužnika ili putem osiguranja od od-

¹⁴ Prof dr Mihailo Velimirović: *Stečajni upravnik*, Zbornik radova Udruženja pravnika u privredi SCG sa 14. Kongresa pravnika u privredi, održanog u Vrnjačkoj banji maja 2005., na opštu temu "Novi zakoni – nova privreda", čas. za privrednopravnu teoriju i praksu "Pravo i privreda", Beograd, 2005, god. 47, br. 3–8/2005, str. 1015–1031.

¹⁵ Vanr. prof. dr Vladimir Čolović: *Obavezno osiguranje od odgovornosti stečajnog upravnika*, Zbornik radova "Privrednog savetnika" a.d. iz Bgd. sa 4. savetovanja pravosuđa "Vršac 2007", održanog marta 2007. u Vršcu, na opštu temu "Stečaj i privatizacija", Vršac, 2007, str. 131–153; Mr Slobodan Ilijić: *Novi vid osiguranja od odgovornosti*, (prikaz četvrtog savetovanja pravosuđa o stečaju i privatizaciji), "Osiguranje" Kompanije "Dunav osiguranje" a.d., br. 347 (mart 2008), str. 64–66.

govornosti iz delatnosti stečajnog upravnika biti uvedeno pravo osiguranja u stečajni postupak Srbije.

*Neka pravna mišljenja o zakonskoj odredbi o uvođenju
prava osiguranja u stečajni postupak Srbije*

Pravni položaj stečajnog upravnika u Srbiji razmatran je iz različitih uglova, a među njima i iz ugla uporednog prava. Takav pristup zabeležen je u jubilarnom broju najstarijeg časopisa za pravne i društvene nauke u Srbiji. Naime, u jednom od prvih poglavlja autor je izložio citiranu odredbu ZSP-a, a zatim je u posebnoj poglavlju poklonio pažnju pitanjima – odgovornosti za štetu i osiguranju od odgovornosti stečajnog upravnika¹⁶. U okviru tog posebnog poglavlja zaključeno je sledeće, i to: da “naš zakonodavac ne uređuje pitanje osiguranja stečajnog upravnika, stim da to ne znači da stečajni upravnici ne mogu da se osiguraju kod osiguravajućih društava, odnosno da zaključe ugovor o osiguranju od građanske odgovornosti”.

Interesovanje stručne pravničke javnosti za citiranu odredbu ZSP-a bilo je izraženo ne samo tokom važenja ZSP-a, nego i po proteku perioda u kome je ZSP bio pozitivni propis. Kao dokaz za tu pojavu može da se navede članak na temu pravnog položaja stečajnog upravnika. U posebnoj poglavlju tog članka pod naslovom – odgovornost za štetu i osiguranje od odgovornosti – autor se osvrnuo na citiranu odredbu ZSP-a na sledeći način, i to: “Našim zakonom o stečajnom postupku iz 2004. godine nije bilo regulisano pitanje obaveznog osiguranja od odgovornosti za sve rizike odgovornosti koji su povezani sa delatnošću stečajnog upravnika. U praksi je ovaj propust regulative rešavan tako što su se stečajni upravnici mogli osigurati kod osiguravajućih društava zaključenjem ugovora o osiguranju”¹⁷.

Oba pravna mišljenja iz ovog poglavlja doprinela su utvrđivanju pravne prirode citirane odredbe ZSP-a. Doprinos prvog mišljenja sastojao se u tome što je konstatovao da je ZSP priznao pravo stečajnom upravniku da zaključi ugovor o osiguranju. Doprinos drugog mišljenja sastojao u tome što je konstatovao da ZSP

¹⁶ Prof. dr Ljubiša Dabić: *Pravni položaj stečajnog upravnika*, čas. Udruženja pravnik Srbije “Arhiv za pravne i društvene nauke” (100 godina izlaženja), Beograd, 2006, god. 93, knj. 98 novog (3) kola, knj. 120 celokupnog izdanja, (jul-decembar 2006), br. 3–4/2006, str. 1301–1329.

¹⁷ Prof. dr Dara Milenović: *Stečajni upravnik*, Zbornik radova Udruženja pravnik Republike Srpske sa savetovanja “Oktobarski pravnički dani”, održanog oktobra 2011. u Banjaluci, na opštu temu “Izgradnja i funkcionisanje pravnog sistema”, čas. za pravnu teoriju i praksu “Pravna riječ”, Banja Luka, god. 8, br. 28/2011, str. 579–592.

nije regulisao obavezno osiguranje od odgovornosti i da je taj propust stečajni upravnik mogao da popuni zaključivanjem nekog drugog ugovora o osiguranju.

*Pravna priroda zakonske odredbe o uvođenju prava osiguranja
u stečajni postupak Srbije*

Odredba člana 20. stav 1. tačka 5. ZSP je regulisala pravo stečajnog veća pod kojim uslovima može da razreši stečajnog upravnika. Stečajno veće svoje subjektivno pravo i obavezu može da realizuje ako stečajni upravnik dva puta uzastopno ne postupi po nalogu stečajnog sudije ili odbora poverilaca u pogledu zaključenja ugovora o osiguranju imovine stečajnog dužnika. Međutim, i stečajni sudija i odbor poverilaca, svaki posebno i oba zajedno, imaju pravo da naredi stečajnom upravniku da pregovara sa osiguravačem i da zaključi ugovor o osiguranju imovine stečajnog dužnika. U tom uskom ograničenom prostoru stečajni upravnik ima pravo i obavezu da pregovara sa osiguravačem i da zaključi ugovor o osiguranju imovine stečajnog dužnika, te taj uski prostor predstavlja pravni ili zakonski osnov za uvođenje prava osiguranja u stečajni postupak Srbije. Drugim rečima, osnovno pitanje uvođenja prava osiguranja u stečajni postupak po ZSP-u bilo je da li u ZSP-u postoji pravni osnov za uvođenje prava osiguranja u stečajni postupak Srbije i ako postoji, kako glasi? Naime, u članu 20. stav 1. tačka 6. ZSP-a su konstituisana subjektivna ovlašćenja stečajnog veća, stečajnog sudije i odbora poverilaca, stim što su se sva tri subjektivna ovlašćenja bila upravljena prema stečajnom upravniku. Jedini prostor prava i obaveza stečajnog upravnika bio je sveden na pravo i obavezu da po nalogu pregovara s osiguravačem i najzad, opet po nalogu, na pravo i obavezu da potpiše ugovor o osiguranju imovine stečajnog dužnika. Sa tim pravima i obavezama stečajnog upravnika popunjena je pravna praznina, na koju je osnovano ukazano. U isto vreme popunjavanje pravne praznine ne znači da su prava i obaveze stečajnog upravnika faktička pitanja. To su stručne radnje, koje jedino i isključivo može da vrši i izvrši stečajni upravnik u okviru njegovih ZSP-om određenih prava i obaveza. Ne samo pregovaranja sa osiguravačem, nego i zaključivanje, odnosno potpis ugovora o osiguranju imovine stečajnog dužnika omogućili su da se formuliše sledeća zakonska pravna norma ili pravni osnov, koja glasi – stečajni upravnik može da osigura imovinu stečajnog dužnika samo po nalogu stečajnog sudije ili odbora poverilaca. Ova zakonska norma je o činjenju stečajnog upravnika je skrivena, odnosno ova zakonska norma nije bila toliko vidljiva na prvi pogled, ali je logična pretpostavka situacije u kojoj stečajni upravnik može da bude smenjen sa funkcije ako ne izvrši dva uzastopna naređenja stečajnog sudije ili odbora poverilaca. Ova zakon-

ska norma je logična, jer da ona nije postojala u ZSP-u, odnosno da nije bila sadržana u članu 20. stav 1. tačka 6. ZSP-a, ne bi bilo moguće predvideti nečinjenje stečajnog upravnika kao razlog za razrešenje stečajnog upravnika. Tek kad se otkrije postojanje i sadržina zakonske dispozicije, odnosno navedene zakonske norme, dobija se pravni ili zakonski osnov za uvođenje osiguranja imovine u stečajni postupak Srbije. Dakle, ZSP je sadržao zakonski ili pravni osnov za uvođenje osiguranja imovine stečajnog dužnika, stim što će ugovor o osiguranju stečajni upravnik s osiguravačem zaključiti u ime i za račun stečajnog dužnika, a premiju osiguranja snosiće stečajne mase.

Drugo pitanje o kome su se javila različita mišljenja još u fazi Nacrta ZSP-a bilo je pitanje da li je putem citirane odredbe ZSP-a omogućeno da se uvede obavezno osiguranje imovine stečajnog dužnika ili je reč o uvođenju dobrovoljnog osiguranja imovine stečajnog dužnika? U oba slučaja stečajni upravnik samo upravlja imovinom stečajnog dužnika i u tom svojstvu najpre pregovara sa osiguravačem, a zatim i potpisuje ugovor o osiguranju imovine. Kod ocene da li se radi o obaveznom ili o dobrovoljnom osiguranju odlučujuće je to što do zaključenja ugovora o osiguranju ne dolazi po izričitoj zakonskoj naredbi upravljenoj prema stečajnom upravniku, već do zaključenja ugovora o osiguranju imovine dolazi po nalogu stečajnog sudije ili po nalogu odbora poverilaca. Pošto se zakonodavac nije obratio direktno adresatu ili stečajnom upravniku, kao zastupniku stečajnog dužnika, radi zaključenja ugovora o osiguranju imovine stečajnog dužnika, smatra se da se u osnovi člana 20. stava 1. tačke 6. ZSP-a nalazi dobrovoljno osiguranje imovine stečajnog dužnika. Da je ZSP išao za tim da predvidi uvođenje obaveznog osiguranja u konkretnom slučaju, on bi izostavio postojanje ijednog nalogodavca stečajnom upravniku, a kako je u odnosu na osiguranje upravo naglasak u članu 20. stav 1. tačka 6. ZSP-a na nalogodavcima stečajnom upravniku za pregovaranje i zaključenje ugovora, nema osnova mišljenje da je ZSP-om ovde omogućeno uvođenje obaveznog osiguranja stečajnog dužnika.

Povodom citirane odredbe ZSP-a dosta "mastila" je potrošeno u izloženoj pravnoj publicistici da bi bilo bolje da je uvedeno obavezno osiguranje od odgovornosti iz delatnosti stečajnog upravnika ili obavezno osiguranje od profesionalne odgovornosti stečajnog upravnika. Citiranom odredbom ZSP-a uvedeno je osiguranje odgovornosti, konkretno osiguranje imovine stečajnog dužnika putem stečajnog upravnika, a ne osiguranje od odgovornosti iz delatnosti stečajnog upravnika ili osiguranje od profesionalne odgovornosti stečajnog dužnika. Nema nikakve sumnje da je osiguranje od odgovornosti za prouzrokovanu štetu u velikoj ekspanziji¹⁸, pa se to odrazilo i na zalaganje domaćih pravnih pisaca da se u

¹⁸ Prof. dr Predrag Šulejić: *Osiguranje od odgovornosti u Novom građanskom zakoniku Republike Srbije*, Zbornik radova Privredne komore Srbije sa konferencije, održane oktobra 2010. na Zla-

ZSP Srbije ugradi osiguranje od odgovornosti iz delatnosti ili pak osiguranje od profesionalne odgovornosti. Cilj uvođenja osiguranja od odgovornosti iz delatnosti stečajnog upravnika ili pak osiguranja od profesionalne odgovornosti stečajnog upravnika jeste obezbeđenje pokrića za treća lica, koja pretrpe štetu od nosioca delatnosti, profesionalca, ovde stečajnog upravnika. Nosilac delatnosti, davalac usluge i sl., ovde stečajni upravnik, može da pričini štetu trećem licu, koja šteta po visini može da prevaziđe vrednost imovine nosioca delatnosti, davaoca usluga, ovde stečajnog upravnika. U slučaju kad je predviđeno osiguranje od odgovornosti, treće oštećeno lice ima sigurnost, jer će direktnim zahtevom za naknadu štete prema osiguravaču odgovornog lica moći da naplati štetu. Za treće oštećeno lice osiguranje od odgovornosti iz delatnosti ili osiguranje od profesionalne odgovornosti je bolje rešenje nego da zahteva naknadu štete neposredno od nosioca delatnosti, davaoca usluge, ovde stečajnog upravnika. Cilj osiguranja odgovornosti, ovde osiguranja imovine stečajnog dužnika jeste zaštita stečajnog dužnika, njegove pokretne i nepokretne imovine, njegovih stvari. Naime, u osiguranju imovine¹⁹ osiguranik (ovde stečajni dužnik) se obezbeđuje od šteta na stvarima (zgradama, mašinama, staklu), koje mogu da nastanu usled mnogih opasnosti čije ostvarenje može da prouzrokuje njihovo oštećenje ili uništenje. Pored toga, osiguranje imovine obuhvata osiguravajuće pokriće za imovinske interese ili imovinska prava, čime se pruža zaštita i od mogućeg gubitka ili umanjenja osiguranikove imovine. Mogući gubitak ili umanjenje osiguranikove imovine može da nastupi od različitih izvora opasnosti (od krađe, od ranijeg osiguranja kredita, od prekida rada i od drugih poslova ili nepredviđenih događaja). Osnovna načela imovinskog osiguranja čine načelo da naknada iz ovog osiguranja ne može da bude veća od stvarne štete, kao i načelo da prava iz ovog osiguranja može da koristi samo lice koje je u trenutku nastanka štete imalo materijalni interes da se šteta ne dogodi. Dakle, citiranom odredbom ZSP-a je omogućeno da se uvede osiguranje imovine stečajnog dužnika putem stečajnog upravnika, koji rukovodi stečajnom masom i koji je dužan da pregovara sa osiguravačem i po odobrenju zaključiti ugovor o osiguranju pokretne i nepokretne imovine tog dužnika.

ZAKLJUČCI

1) Zakonom o stečajnom postupku iz 2004. godine uvedeno je dobrovoljno osiguranje imovine stečajnog dužnika u stečajni postupak Srbije. Ovo je bilo

tiboru, na opštu temu "Osiguranje u CEFTA regionu", Zlatibor, 2010, str. 27–39.

¹⁹ Prof. dr Boris Marović i Doc. dr Nebojša Žarković: *Leksikon osiguranja*, "DDOR Novi Sad" i DP "Budućnost" Novi Sad, 2002, str. 228–229.

prvi put u Srbiji da je uvedeno osiguranje u stečajni postupak i u isto vreme jedini oblik osiguranja imovine stečajnog dužnika tokom nešto više od petogodišnje primene Zakona o stečajnom postupku Srbije.

2) Uvođenjem dobrovoljnog osiguranja imovine stečajnog dužnika u stečajni postupak zakonodavac Srbije se odupro zahtevima da se odmah uvede obavezno osiguranje u stečajni postupak, bilo u vidu obaveznog osiguranja imovine stečajnog dužnika, bilo u vidu obaveznog osiguranja od odgovornosti iz delatnosti stečajnog upravnika ili obaveznog osiguranja od profesionalne odgovornosti stečajnog upravnika.

SLOBODAN ILIJIĆ, LL.M.,
Member Presidency of Lawyers Association of Serbia

INTRODUCTION INSURANCE LAW IN BANKRUPTCY PROCEDURE OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The main subject of consideration in the report was the single one provision of Serbian Law of Bankruptcy. Provision of the article 20. paragraph 1. item 6. states: "Bankruptcy board of judges will dismiss the trustee if it determines that the trustee did not insure the property in case of damage occurrence, after two consecutive warnings of the bankruptcy judge or the creditors board". Quoted legal provision was applied from February the first 2005 till July the first 2010. which is more than five years. After preamble, author presented in the first chapter a number issues raised in public discussion in respect of introduction insurance law in bankruptcy procedure at the moment of the adoption of Bankruptcy Law. In the next chapter, the main interpretation of insurance law, introduced in bankruptcy procedure in Serbia, are exposed. In the third chapter some opinions about the quoted legal provision on the introduction of insurance law in the bankruptcy procedure in Serbia are summarized. Focus of the report was in the fourth chapter. The legal nature of the quoted legal provision about the introduction of insurance law in the bankruptcy procedure in Serbia is explained in this chapter. It was pointed out in the conclusions that the law of bankruptcy for the first time in Serbia introduced a voluntary insurance of debtors property in bankruptcy procedure and that it was the only form of insurance for more than five years of application of the Bankruptcy Law in Serbia. By introducing the voluntary insurance of debtors property in bankruptcy procedure, Serbian legislator resisted demands for the introduction of some forms of compulsory insurance in the bankruptcy procedure.

OSIGURANJE ŽIVOTA ZA SLUČAJ SMRTI KORISNIKA KREDITA

U V O D

Osiguranje je finansijska aktivnost koja se sastoji u tome da privredni subjekti (osiguravajuća društva) prikupljaju finansijska sredstva u vidu premije osiguranja od fizičkih i pravnih lica da bi im u slučaju ostvarivanja rizika predviđenih ugovorom o osiguranju (polisom), isplatili osiguranu sumu.

Osnov osiguranja leži u načelu uzajmnosti i na tom načelu baziraju se pojedine oblasti osiguranja, među koje ubrajamo i životno osiguranje. Na razvoj životnog osiguranja utiču razni faktori a najznačajniji su životni standard i ekonomska stabilnost jedne zemlje. Jedna vrsta životnog osiguranja je i Osiguranje života samo za slučaj smrti korisnika kredita. Zastupljena je u zemljama EU, ali i u našoj zemlji odnedavno i utiče na rast portfelja osiguravajućih kuća koje se bave osiguranjem života. Ekonomskim razvojem i stabilizacijom prilika u zemlji, kao i otvaranjem tržišta omogućeno je rešavanje egzistencijalnih pitanja građana, kupovinom stanova putem kredita dobijenih od poslovnih banaka, a kao jedna od mera obezbeđenja koristi se i polisa osiguranja života korisnika kredita založena u korist banke. Zalaganjem polise osiguranja u korist banke, poverilac (banaka) može naplatiti dospelo potraživanje osiguranika do visine ugovorene osigurane sume ukoliko dođe do nastupanja osiguranog slučaja.¹

Nebojša Stevanović, Kompanija "Dunav osiguranje" ado Beograd, GF Valjevo.

¹ D. Mrkšić, J. Miloradić, N. Žarković: Uvod u osiguranje i životno osiguranje, 2006.

Osiguranje života

Osiguranje života najopširnije se može definisati kao ugovor kojim se osiguravač, nasuprot plaćenih premija, obavezuje da isplati osiguraniku ili licu koje on odredi određenu sumu ili rentu u slučaju smrti osiguranika ili osiguranog lica ili za slučaj doživljenja određenog vremena².

Osiguranje života osim pružanja finansijske zaštite porodici osiguranika, predstavlja i vrstu štednje. Osiguranje života može se razvrstati prema kriterijumima, kao na primer osiguranje života s obzirom na rizik obuhvaćen osiguranjem, zatim podela prema načinu zaključenja ugovora, prema načinu isplate osigurane sume, prema broju osiguranih lica itd.

Ugovorom o osiguranju života ugovarač se obavezuje da plaća premiju osiguravaču, a osiguravač se obavezuje da, kada se dogodi osigurani slučaj, isplati osiguraniku ili korisniku osiguranu sumu, odnosno njen deo.³

Osiguranje života za slučaj smrti

Kod ove vrsta osiguranja, osigurani slučaj nastupa u momentu smrti osiguranog lica. Ono se može posmatrati kao osiguranje na ceo život koji ima štedne elemente i gde korisnik iz ugovora o osiguranju naplaćuje osiguranu sumu i privremeno osiguranje gde je nastanak obaveze osiguravača uslovljen nastupanjem osiguranog slučaja – smrti. Ukoliko osigurani slučaj ne nastane odnosno osiguranik doživi istek ugovora, osigurač zadržava do tada plaćene premije, tj. nema štednje. Osiguranje rizika smrti služi za pokrivanje jedne prelazne potrebe, odnosno zaštite(npr. za plaćanje kredita u slučaju smrti dužnika)⁴.

Osiguranje života samo za slučaj smrti korisnika kredita – pojam

Ova vrsta osiguranja života zauzima sve značajnije mesto u portfelju osiguravajući kuća koje u ponudi imaju i proizvode osiguranja života. Ekspanzija kreditnih aktivnosti u okruženju ali i kod nas, dovelo je do sve veće prisutnosti ri-

² Dr Šulejić: "Pravo osiguranja", 2005.

³ Posebni uslovi za osiguranje života samo za slučaj smrti korisnika kredita-Kompanija "Dunav osiguranje" ado Beograd.

⁴ Dr Šulejić: "Pravo osiguranja", 2005.

ziko osiguranja života korisnika kredita, ali najznačajnije je osiguranje života za slučaj smrti korisnika kredita shodno ekonomskoj moći stanovništva⁵. Ovaj proizvod u potpunosti zadovoljava kako potrebe banaka, tako i potrebe korisnika kredita, pošto je jedno od sredstava obezbeđenja koje zahtevaju poslovne banke. Da bi polisa osiguranja poslužila kao sredstvo obezbeđenja kredita, potrebno je da se kao korisnik za slučaj smrti imenuje banka i to do visine ostatka glavnog duga, a maksimalno do iznosa ugovorene osigurane sume.

Osiguranje života za slučaj smrti korisnika kredita, zaključuje se po Posebnim uslovima za osiguranje života za slučaj smrti korisnika kredita i odgovarajućim tarifama za riziko osiguranje života. Ovom vrstom osiguranja osigurava se samo rizik smrti korisnika kredita. Ako osiguranik doživi ugovoreni rok, ne postoji nikakva obaveza osiguravajućeg društva. Ugovor o osiguranju se zaključuje na određeno vreme odnosno na period trajanja otplate kredita. Osigurati se mogu samo lica od 14-te godine života, s tim da osiguranje prestaje najkasnije u godini kada osiguranik navršava 65 godina života pošto stope za ovu vrstu osiguranja postoje do 65-te godine starosti osiguranika. Uz ovo osiguranje nije moguće zaključiti dopunsko osiguranje od posledica nesrećnog slučaja (nezgode) i ovim osiguranjem može biti obuhvaćeno samo jedno lice.

U zavisnosti od visine osigurane sume ovo osiguranje se ugovara sa lekarским pregledom ili bez lekarskog pregleda. Ako je osiguranje zaključeno *bez lekarskog pregleda* korisniku se isplaćuje 50% od osigurane sume ako smrt nastupi u prvih 6 meseci trajanja osiguranja, a cela osigurana suma ako smrt nastupi posle 6 meseci od početka osiguranja. Ako je osiguranje zaključeno *sa lekarskim pregledom*, a smrt nastupi u toku trajanja osiguranja, korisniku se isplaćuje ugovorena suma bez obzira na protek vremena od početka osiguranja.⁶

Ugovorom o osiguranju života za slučaj smrti korisnika kredita, osiguravač preuzima obavezu da u slučaju smrti osiguranika (kreditnog dužnika) u toku trajanja osiguranja, isplati korisniku osiguranja (banci) osiguranu sumu ili njen deo. Banci koja je zaključila ugovor o kreditu sa osiguranikom u slučaju nastupanja osiguranog slučaja isplaćuje se osigurana suma odnosno njen deo, a sve iznad tog iznosa licu koje je u polisi određeno za korisnika pored banke.

⁵ Dr D. Mrkšić, G. Tomašević-Dražić: Polisa osiguranja života u funkciji dobijanja komercijalnih kredita, zbornik radova: Osiguranje u susret procesu pridruživanja SiCG EU, Palić 2006.

⁶ Prof. dr D. Mrkšić, S. Vuksanović, Koncept Banka osiguranja i primena na tržištu u Srbiji, "Evropski put" prava osiguranja Srbije posebno ugovora o osiguranju, Zbornik radova, Palić 2008, str. 135.

Isključenja i ograničenja u osiguranju života

Osiguravajuće kuće kod drugih vidova osiguranja života, a samim tim i kod osiguranja života za slučaj smrti korisnika kredita, definišu isključenja i ograničenja svojih obaveza i to je sve sadržano u Uslovima osiguranja. Obaveza osiguravača na isplatu osigurane sume ne postoji, ako je smrt osiguranika nastupila usled: ratova, unutrašnjih nemira, pobuna, terorizma; samoubistva osiguranika u toku trajanja osiguranja; izvršenja krivičnog dela ili pokušaja izvršenja, kao i bekstvo nakon takve radnje; korišćenja droge ili alkohola; avionske nesreće, a u vazduhoplovu se nalazio bez odgovarajuće isprave; AIDS-a u prvih 7 godina trajanja osiguranja, a nije rađen test; zle namere jedne od ugovornih starna ili korisnika osiguranja; važne okolnosti koju je ugovarač namerno prećutao ili netačno prijavio; usled upravljanja plovilom, vazduhoplovom, motorrnim vozilom bez službene isprave za upravljanje; kao i pri obavljanju poslova: kaskadera, минера, rudara, akrobate, obezbeđenja javnih ličnosti i političara; oružanih snaga, novinara, reportera, fotografa na područjima zahvaćenim ratom ili revolucijom; profesionalnih vozača trka; kao članovi vojnih snaga.⁷

Osiguranje života za slučaj smrti korisnika kredita može prestati ukoliko osiguranik dođe u situaciju da ne plati premiju o dospelosti. Osiguravač je u obavezi da pismenim putem pozove osiguranika i ostavi rok od mesec dana za plaćanje dospеле premije. Ako osiguranik ni posle 2 meseca od njene dospelosti ne plati premiju osiguravač upućuje opomenu osiguraniku, a banci-davaocu kredita obaveštenje o neplaćanju. Ukoliko premija ne bude plaćena ni nakon 3 meseca od dospelosti, smatraće se da je osiguranik odusato od ugovora o osiguranju, a osiguravajuće društvo mora obavestiti banku o prestanku obaveze na isplatu osigurane sume. Ne postoji mogućnost naplate premije osiguranja života sudskim putem.⁸

U našem pravu, Zakon o obligacionim odnosima predviđa isključenja iz osiguranja i to za samoubistvo (čl. 944), za namerno ubistvo (čl. 950), za ratne opeacije (čl. 952), kao i mogućnost da se ugovorom o osiguranju isključe drugi rizici iz osiguranja (čl. 953)⁹

Pribavljanje osiguranja

Ugovor o osiguranju života za slučaj smrti korisnika kredita, zaključuje se na osnovu pisane ponude koju osiguranik-ugovarač učini osiguravajućem druš-

⁷ Posebni uslovi za osiguranje života samo za slučaj smrti korisnika kredita – Kompanija “Dunav osiguranje” ado Beograd.

⁸ Zakon o obligacionim odnosima, Sl. list SFRJ, 1978, čl. 945.

⁹ Dr Šulejić: “Pravo osiguranja”, 2005.

tvu, ugovora o kreditu koji je zaključen sa bankom, anuitetnog plana (otplata), kao i druge dokumentacije po potrebi.

Ponuda je obrazac koji kreira osiguravač i ona predstavlja osnovni dokument iz kog se crpe podaci za izdavanje polise i stvaranje baze podataka. Ponuda mora biti potpuna, nedvosmislena, jasna i konkretna. Ponuda mora da sadrži i bitne elemente ugovora i to: ugovorne strane, premiju, rizik, lica i osiguranu sumu. Pored ovih elemenata može sadržati i elemente unapred određene Opštim uslovima osiguranja. Ponuda mora biti učinjena od strane ovlašćenog lica i mora biti data u nameri da se zaključi ugovor. Prema Zakonu o obligacionim odnosima (čl. 901), kod ugovora o osiguranju samo pismeno učinjena ponuda vezuje ponudioca za određeno vreme, ima dejstvo u pogledu prihvata od strane osiguravača, kao i momenat zaključenja ugovora. Pismena ponuda učinjena osiguraču za zaključenje ugovora vezuje ponudioca, ako on nije odredio kraći rok, za vreme od 8 dana od dana kada je ponuda prispela osiguravaču, a ako je potreban lekarski pregled za vreme od 30 dana.¹⁰

Unos podataka sa ponude, naplata premije, štampanje polise, priloga uz polisu, kao i praćenje promena u toku trajanja osiguranja vrši se prema posebnim uputstvima koje donose osiguravajuća društva. Kod osiguranja sa lekarskim pregledom uz ponudu se prilaže i izveštaj lekara o zdravstvenom stanju ponuđača iz zdravstvene ustanove u kojoj je pregled obavljen. Uz ovaj dokument ide i mišljenje lekara cenzora koji radi za osiguravača i koji vrši ocenu podobnosti za prijem u osiguranje. Izveštaj lekarske ustanove mora biti u skladu sa instrukcijom o lekarskom pregledu koju takođe propisuje osiguravač.

Kada je u pitanju pribava osiguranja, a posebno trenutak popunjavanja ponude koji prethodi zaključenju ugovora, ugovarač osiguranja i osiguranik imaju određene obaveze, a one se odnose na: a) prijavu okolnosti od značaja za ocenu rizika; b) plaćanje prve premije.

Prijava okolnosti od značaja za ocenu rizika. – Budući da ugovarač-osiguranik bolje od osiguravača poznaje činjenice od značaja za procenu rizika, u pravnim sistemima postoji obaveza osiguranika da u momentu zaključenja ugovora da tačne i potpune podatke o važnim okolnostima. Ova obaveza osiguranika ne proizilazi iz ugovora o osiguranju, već iz zakona, običaja i sudske prakse.

Zakon o obligacionim odnosima u članu 907. jasno kaže "Ugovarač osiguranja dužan je prijaviti osiguravaču prilikom zaključenja ugovora, sve okolnosti koje su od značaja za ocenu rizika, a koje su mu poznate ili mu nisu mogle ostati nepo-

¹⁰ Dr Šulejić: "Pravo osiguranja", 2005.

znate". Za ispravnost ovih podataka osiguranik snosi odgovornost, bez obzira da li je sam popunjavao ponudu za zaključenje ugovora ili je istu samo potpisao.¹¹

Okolnost od značaja za ocenu rizika, može se smatrati svaka okolnost za koju je osigurač postavio pismeno pitanje, a koja bi bila od uticaja na odluku osiguravača da zaključi ugovor uopšte ili da ga zaključi onako kako je zaključen. Okolnosti mogu biti subjektivnog i objektivnog karaktera (npr. postojanje bolesti ili obavljanje određenog zanimanja).

Okolnosti koje osiguranik treba da prijavi i koje mogu dovesti do određenih pravnih posledica, treba da poseduju sledeća svojstva: 1) istinite i potpune; 2) poznate osiguraniku; 3) da postoje do zaključenja ugovora; 4) da su od uticaja na težinu rizika; 5) da nisu poznate osiguravaču.

Nakon zaključenja ugovora o osiguranju, može biti utvrđeno da osiguranik nije dao tačne i istinite podatke o okolnostima bitnim za ocenu rizika. U našem pravu postoji razlika između namerne netačne prijave (prećutkivanja) i nenamerne netačne prijave okolnosti.

Zakon o obligacionim odnosima član 908. navodi da kod namernog prećutkivanja, osigurač može tražiti poništaj ugovora. Do poništaja ne dolazi po samom zakonu, već na zahtev osigurača. pravo da zahteva poništaj ugovora prestaje ako u roku od 3 meseca o dana saznanja za netačnost prijave, ne saopšti ugovaraču da namerava da koristi to svoje pravo.¹²

U članu 909. Zakona o obligacionim odnosima navodi se da ako je osiguranik nenamerno učinio netačnu prijavu okolnosti od značaja za ocenu rizika, osiguravač ima pravo da zahteva povećanje premije srazmerno uvećanom riziku ili zahtevati raskid.¹³

U osiguranju života postoje specifična pravila u pogledu netačne prijave godina starosti osiguranika. Ukoliko stvarne godine života osiguranika prelaze granicu do koje osiguravač vrši osiguranje života, ugovor je ništav. Ako stvarne godine ne prelaze ovu granicu, ugovor je punovažan, a osigurana suma se smanjuje u srazmeri ugovorene premije i premije koja je predviđena za lice tih godina starosti. Ukoliko je ugovor poništen premija mora da se vrati. ako je ugovor punovažan premija se smanjuje, a osigurač mora vratiti razliku između primljenih premija i onih na koje ima pravo, ako su stvarne godine osiguranika veće od prijavljenih (čl. 944 Zakona o obligacionim odnosima).¹⁴

¹¹ Zakon o obligacionim odnosima – čl. 907.

¹² Zakon o obligacionim odnosima – čl. 908.

¹³ Zakon o obligacionim odnosima – čl. 909.

¹⁴ Zakon o obligacionim odnosima – čl. 944.

Plaćanje prve premije. – Premija se po pravilu plaća na početku perioda na koji se odnosi, a ovaj princip je izražen i u članu 912. Zakona o obligacionim odnosima i glasi “premija se plaća u ugovorenim rokovima, a ako treba da se isplati odjednom, plaća se prilikom zaključenja ugovora”. Do plaćanja prve premije prema tome može doći već u momentu zaključenja ugovora ili u vrlo kratkom roku o zaključenju, a po pravilu, početak obaveze osiguravača vezuje se za uplatu prve premije.¹⁵

Zalaganje polise osiguranja

Pravo osiguranika da zalaže polisu osiguranja života, proizilazi iz njegovog šireg prava, po kome sve do nastupanja osiguranog slučaja, osiguranik može punovažno raspolagati svim pravima iz zaključenog osiguranja. Da menja korisnika, ustupa ili zalaže svoja ili korisnikova, itd.

Zalaganje polise može da posluži osiguraniku kao sredstvo za dobijanje kredita i to tako što poverilac koji strahuje od prerane smrti dužnika, dobijanjem polise u zalogu stiče sigurnost da će naplatiti potraživanje iz dužnikovog osiguranja, ako se ovom šta dogodi. Da bi zalaganje polise imalo dejstvo prema osiguravaču potrebno je da on bude pismeno obavešten: 1) o zalaganju polise; 2) da je polis založena određenom poveriocu.

Prema pravilima osiguranja života, ova radnja osiguranika obavezuje osiguravača samo ako je za njih saznao pre nastanka osiguranog slučaja. Zalaganjem polise poverilac može najpre, prema opštim pravilima građanskog prava, da vrši obaveze svog dužnika radi očuvanja njegovih prava, npr. plaćanje premije umesto osiguranika kad ovaj to ne čini. Poverilac može od svog dužnika-osiguranika, da traži povraćaj ovih iznosa do visine stvorene matematičke rezerve. U odnosu dužnik-poverilac, postavlja se pitanje otkupa polise koja je data poveriocu u zalogu. U teoriji prava smatra se da pravo otkupa treba priznati poveriocu, bez obzira na lični karakter prava otkupa, pošto je poverilac više nego korisnik osiguranja, jer polisa služi kao mera obezbeđenja duga koji je dospelo i čiju naplatu osiguranik ne bi mogao da omete.

Naš Zakon o obligacionim odnosima u čl. 954. stav 4. predviđa da poverilac kome je polisa predata u zalogu, može vršiti pravo otkupa, ako potraživanje radi čijeg je osiguranja data zaloga ne bude namireno o dospelosti.¹⁶

¹⁵ Dr Šulejić: “Pravo osiguranja”, 2005.

¹⁶ Dr Šulejić: “Pravo osiguranja”, 2005.

ZAKLJUČAK

Ugovor o osiguranju života samo za slučaj smrti korisnika kredita predstavlja najbolji garant otplate kredita. Iako je praksa i primena ovih polisa kratkog veka, svega par godina, broj zaključenih polisa je poprilačan. I pored nedovoljne informisanosti klijenata o ovoj vrsti osiguranja, oni se lako odlučuju za zaključene ugovore o osiguranju života za slučaj smrti korisnika kredita, pošto taj ugovor omogućava najbržu i najjednostavniju otplatu ostatka duga nakon smrti osiguranika. Ovim ugovorom ne štiti se ne samo banka od rizika neizmirenja obaveze po osnovu kredita, već ima i ulogu finansijskog zaštitnika porodice osiguranika. Napred navedeno upućuje na to da bi osiguravajće kompanije trebalo da sa bankama sklapaju više fleksibilnih ugovora u kojima se javljaju poslovi osiguranja, a koji su vezani za neke bankarske poslove kao npr. Osiguranje života za slučaj smrti korisnika kredita.

NEBOJŠA STEVANOVIĆ

Legal officer, Company "Dunav osiguranje"
BEOGRAD, Valjevo branch

LIFE INSURANCE IN THE CASE OF CREDIT BENEFICIARY DEATH

Summary

Life insurance in event of death of credit beneficiary is the best guarantee of credit repayment. Although the practice and application of these policies are short-lived, only a few years, the number of signed policies is growing. Despite the lack of customer awareness about this type of insurance, they can easily decide to purchase life insurance in a case of death of the borrower, because the policy provides the fastest and easiest payment of remaining debt after the death of the insured. This contract not only protects the bank from the risk of default on credit obligation, but also has the role of the financial security of the family of the insured.

BRANKO LUBARDA

**SAVET ZAPOSLENIH
- DOMAĆE, UPOREDNO I EVROPSKO PRAVO**

MODELI PARTICIPACIJE

Model "jednog koloseka" predstavljanja zaposlenih zasnovan je na kolektivnom pregovaranju, odnosno na ugovornoj osnovi, sa sindikatima kao jednim sagovornikom/partnerom prisutan je u Velikoj Britaniji, Švedskoj, Danskoj, Poljskoj, Litvaniji, Kipru, Malti. Sistem odlikuje jednostavnost, pošto su uloga sindikata i saveta spojene, ali nedostatak ovog modela je u tome što sindikalno neorganizovani zaposleni ostaju van mogućnosti predstavljanja, što ne dolazi možda toliko do izražaja u zemljama sa visokom stopom sindikalizacije (skandinavske zemlje, za razliku od Poljske ili Litvanije).

Model "dualnog sistema" predstavljanja zaposlenih zasnovan je na predstavljanju svih zaposlenih (nezavisno od sindikalnog organizovanja) u izabranom telu od strane svih zaposlenih, koje se po pravilu naziva savet zaposlenih, koji postoji i deluje paralelno sa sindikatom kod poslodavca – npr. u Nemačkoj, Austriji, Francuskoj, Belgiji, Holandiji, Španiji, Grčkoj. Pravo na informisanja i konsultovanje pripada svim zaposlenima, nezavisno (bez posredovanja) od sindikata, što vodi svojevrsnoj konkurenciji između saveta zaposlenih i sindikata. Doduše, u praksi najveći broj članova saveta zaposlenih su sindikalno organizovani, tako da sindi-

kalno organizovani članovi saveta zaposlenih u praksi često vode glavnu reč. Ovaj model poznaje dva osnovna varijeteta: nemački – svi članovi saveta zaposlenih se biraju od strane zaposlenih; francuski – pored neposredno, direktno izabranih članova saveta zaposlenih, jedan broj članova saveta zaposlenih imenuju (reprezentativni) sindikati kod poslodavca. Sistem odlikuje složenost odnosa saveta zaposlenih i sindikata, konkurentnost, uprkos tome što savet zaposlenih po pravilu nema pravo na zaključivanje kolektivnih ugovora o radu, sem posebnih sporazuma – npr. u Nemačkoj ili atipičnih sporazuma – npr. u Francuskoj, niti pravo na štrajk. Izuzetak predstavlja Španija, u kojoj i sindikat kod poslodavca i savet zaposlenih dele pregovaračku moć – pravo na zajedničko kolektivno pregovaranje radi zaključenja kolektivnog ugovora o radu u preduzeću. Prednost dualnog sistema je u većem demokratskom kapacitetu predstavljanja zaposlenih.

Premda je u domaćem pravu (Zakon o radu, 2005) predviđena mogućnost osnivanja saveta zaposlenih, kod poslodavaca koji zapošljava više od 50 zaposlenih, još uvek nije donet poseban zakon o savetu zaposlenih, koji bi uredio uslove za osnivanje, broj članova, način izbora, druga pitanja informisanja i konsultovanja o ekonomskim i socijalnim pravima zaposlenih. Otuda, u praksi predstavljanja zaposlenih u Srbiji pripada modelu “jednog koloseka,” mada proces harmonizacije sa pravom EU ide u prilog zakonskog uspostavljanja modela “dualnog sistema.”

Mešoviti system karakteriše u osnovi predstavljanje od strane sindikata, s tim da su predstavnici sindikalno-neorganizovanih zaposlenih direktno uključeni – Italija, ili kroz dopunski kolosek u preduzećima u kojima nema sindikata – Češka Republika, Latvija, Estonija. Otuda, u češkom pravu, savet zaposlenih može da se osnuje samo u preduzećima određene veličine u kojima nije osnovan sindikat – ukoliko dođe do osnivanja sindikata, savet zaposlenih se raspušta.

Kao što je procenat pokrivenosti zaposlenih dejstvom kolektivnim ugovorima o radu od bitnog značaja za analizu socijalnog dijaloga, sistema kolektivnih ugovora o radu, odnosno primenu kolektivnog radnog prava, tako je i procenat poslodavaca u kojima je došlo do osnivanja saveta zaposlenih od bitnog značaja za primenu kolektivnog radnog prava. U Holandiji je osnivanje saveta zaposlenih čak zakonska obaveza kod poslodavaca koji zapošljavaju 50 ili više zaposlenih. Ipak, u ovoj zemlji su saveti zaposlenih osnovani u oko 50% preduzeća koja zapošljavaju između 50 i 99 zaposlenih, dok u većim preduzećima zakon se primenjuje gotovo bez izuzetka.¹ U Grčkoj, međutim, kod svega oko 5% poslodavaca pokrivenih zakonom došlo je do osnivanja saveta zaposlenih.² U novim državama

¹ *Ibid.*

² *Ibid.*

članicama EU, savet zaposlenih se relativno retko osniva (Slovenija, Mađarska, Poljska – u javnom sektoru), dok je u pojedinim državama zakonom predviđena mogućnost osnivanja saveta zaposlenih kod poslodavca samo ako nije osnovan sindikat (Češka, Slovačka do 2003), dok je savet zaposlenih više virtuelna institucija na Kipru i Malti.³ Savet zaposlenih je takođe virtuelna institucija u Srbiji, kao i u Crnoj Gori, pošto uprkos pravu na osnivanje saveta zaposlenih predviđenom radnim zakonodavstvom, u praksi se ova institucija ne javlja (otpor sindikat; nezainteresovanost poslodavaca).

PRAVNI REŽIM

Pravni režim učešća zaposlenih u odlučivanju kod poslodavca može da bude uređen: a) heteronomnim propisima – zakonskim putem, u skladu sa ustavom,⁴ ređe podzakonskim opštim aktima – uredbama; b) aktima autonomnog prava – prvenstveno kolektivnim ugovorima o radu, planovima i programima participacije kod poslodavca. Uporedna analiza pravnog režima učešća zaposlenih u odlučivanju kod poslodavca pokazuje izvesne prednosti zakonskog uređivanja ove materije, posebno kad je praćeno postojanjem snažnih sindikata, pošto omogućava da se participacija učvrsti, institucionalizuje i u praksi potvrdi. U odsustvu zakonski uspostavljenih oblika participacije, kolektivno pregovaranje može da dovede do uvođenja određenih oblika participacije u pojedinim preduzećima ili granama, što pretpostavlja dovoljno socijalno moćne sindikate da privole poslodavca da prihvati određene oblike participacije – barem u obliku informisanja i konsultovanja. Uvođenje participacije na inicijativu samog poslodavca – određenim planovima učešća (predstavnik) zaposlenih može da ima za cilj supstituisanje kolektivnih ugovora o radu, tj. otežavanje osnivanja sindikata kod poslodavca (praksa poznata u SAD) ili barem slabljenje moći sindikata (praksa iz Velike Britanije),⁵ a ne nužno razvijanje industrijske demokratije.

Heteronomno uređivanje participacije, odnosno zakonsko priznavanje prava zaposlenih na učešće u odlučivanju, bilo da se predviđa kao obavezna institucija (npr. učešće predstavnika zaposlenih u nadzornom odboru u nemačkom pravu,

³ *Ibid.*, str. 344.

⁴ U Preambuli Ustava Francuske proklamovano je načelo da zaposleni učestvuju, posredstvom svojih predstavnika u odlučivanju u preduzećima; J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, Paris, 2000, str. 730.

⁵ B. Keller, *The Role of State as Corporate Actor in Industrial Relations Systems*, London, 1991, op. cit., str. 86.

bilo fakultativno – osnivanje saveta zaposlenih nije automatsko)⁶ ima svoje prednosti za zaposlene u odnosu na autonomno regulisanje. Naime, zakonskim uređivanjem participacija postaje integralni deo radnopravnih sistema jedne zemlje, a ostvarivanje prava na participaciju ne zavisi od snage sindikata ili “čudi” tržišta rada (veća nezaposlenost kao nepovoljniji faktor). Poslodavci ne mogu izbjeći obaveze u pogledu institucionalizovanih oblika učešća zaposlenih u odlučivanju kod poslodavca. Učešće zaposlenih u odlučivanju, predviđeno kao zakonsko pravo, predstavlja element stabilnosti kolektivnih radnih odnosa i očuvanja uticaja sindikata.⁷ Ove činjenice su bili svesni i sindikati, posebno u uslovima opadanja stope sindikalizacije i visoke stope nezaposlenosti, tako da je prirodno njihovo zalaganje da se pitanja participacije urede zakonskim putem (čega, međutim, sindikati u pojedinim zemljama tranzicije nisu bili dovoljno svesni, smatrajući da je savet zaposlenih konkurentna institucija sindikatima – npr. u Srbiji ili Crnoj Gori).

Imajući u vidu različite pravne režime participacije zaposlenih u zemljama EU, u cilju harmonizacije radnopravnih sistema, doneto je više direktiva u poslednjoj deceniji XX i početkom XXI veka, koje neposredno ili posredno daju standarde o informisanju i konsultovanju. Neposredno na informisanje i konsultovanje odnose se direktive 94/45, 2001/86 i 2002/14, dok se posredno odnosi set direktiva o reorganizaciji preduzeća (transfer; kolektivno otpuštanje; stečaj). Direktiva br. 94/45 odnosi se na evropski savet zaposlenih u privrednom društvu evropskih dimenzija, u cilju informisanja i konsultovanja.⁸ Donošenje ove Direktive⁹ imalo je za posledicu izmenu ili dopunu čitavog niza zakona država članica EU: Nemačka je donela Zakon o evropskom savetu zaposlenih (1994); Austrija 1996; Danska – Zakon br. 371; Španija – Zakon od 1997; Velika Britanija – Zakon od 2000,¹⁰ dok je u Hrvatskoj to učinjeno Zakonom o radu od 2009.¹¹ Pravni režim participacije upotpunjen je donošenjem Direktive Saveta 2001/86 o

⁶ R. Kulms, *Employee Representation on Supervisory Boards – A German Perspective*, *Pravo i privreda*, br. 9–12/2007, str. 3.

⁷ L. Turner, *op. cit.*, str. 225–226, 232.

⁸ Ch. A. Nwegwu, *op. cit.*, str. 115–116.

⁹ R. Blanpain, T. Hanami, eds., *op. cit.*, str. 9; F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, *Diritto del lavoro*, Torino, 2001, str. 166.

¹⁰ B. Teyssié, *Droit européen*, Paris, 2010, str. 271; M. C. P. Lopez, M. A. de la Rosa, *Derecho del Trabajo*, Madrid, 2001, str. 537–539.

¹¹ Zakon o radu Hrvatske (2009): “Evropsko radničko vijeće”, čl. 164–190; Predstavnik radnika u organu evropskog društva, čl. 191–214; “Sudjelovanje radnika u odlučivanju u europskoj zadruzi”, čl. 215–230.

dopuni Statuta Evropske kompanije u pogledu informisanja zaposlenih.¹² Direktiva o evropskoj kompaniji 2001/86 predviđa standarde o informisanju, konsultovanju i mogućoj participaciji (u nadzornom ili upravnom odboru) u evropskoj kompaniji (SE). Direktiva nalaže pregovore između uprave i predstavnika zaposlenih u pogledu načina uključivanja u evropskoj kompaniji, a ako pregovori ne uspeju, standardna pravila se primenjuju o obavezi informisanja i konsultovanja predstavničkog tela o transnacionalnim pitanjima.¹³ Direktiva o informisanju i konsultovanju 2002/14 predviđa da preduzeća sa najmanje 50 zaposlenih ili organizacione jedinice (zavisna društva) sa najmanje 20 zaposlenih, imaju obavezu da informišu i konsultuju predstavnike zaposlenih (savet zaposlenih ili sindikat) o pitanjima od značaja za ekonomski razvoj, zapošljavanje, pri donošenju odluka o promeni u organizaciji rada ili ugovornim (radnim) odnosima.¹⁴

Autonomno uređivanje participacije uvodi se i razvija zaključivanjem kolektivnih ugovora o radu i drugim aktima autonomnog prava (posebni planovi participacije). U tom pogledu najpre su uspeh postigli snažni sindikati, sposobni da privole poslodavce na ustupke. Kvalitet u pravcu industrijske demokratizacije i uvođenja participacije izvršen je, na primer u Švedskoj 1946, zaključenjem Kolektivnog ugovora o savetima zaposlenih. Saveti zaposlenih su dobili ovlašćenja u pogledu informisanja i konsultovanja, pri čemu upravljачka ovlašćenja poslodavca (uprave, menadžmenta) nisu bitno ograničena.¹⁵ Ubrzo posle Drugog svetskog rata danski sindikati su 1947. zaključili sa udruženjem poslodavaca Kolektivni ugovor o uspostavljanju zajedničkih komisija u preduzećima koja zapošljavaju više od 50 zaposlenih. Od 1974, odnosno 1980. predviđa se izbor dva predstavnika, odnosno jedne trećine predstavnika zaposlenih u upravnom odboru privrednog društva (sa ograničenom odgovornošću).¹⁶

U SAD i Kanadi, gde filozofija učešća zaposlenih u odlučivanju nije zaživela, ipak ima primera predviđanja određenih oblika participacije – na osnovu planova participacije. Ovi planovi participacije su katkad bili inicirani od strane menadžmenta, kao svojevrсни vid zamene – surogata za kolektivno pregovaranje u preduzeću (bez sindikata), a sadržavali su pre svega odredbe o zajedničkom konsultovanju.¹⁷ U američkoj industriji dominantan oblik participacije su kružoci kvaliteta, koji se uvode tokom 70-ih godina prošlog veka, posle njihovog uspeha

¹² W. Rauws, *op. cit.*, str. 345.

¹³ *Ibidem*, str. 337.

¹⁴ *Ibidem*

¹⁵ F. Schmidt, *Law and Industrial relations in Sweden*, Stockholm, 1977, str. 79.

¹⁶ Ch. A. Nwegwu, *op. cit.*, str. 282.

¹⁷ *Ibidem*, str. 283. i 286.

u japanskoj industriji.¹⁸ U Japanu, naime, određeni oblici participacije – zajedničko konsultovanje, kružoci kvaliteta, programi poboljšanja kvaliteta radnog života i dr., razvijali su se u odsustvu zakonskog uređivanja ovih pitanja.¹⁹

U Velikoj Britaniji, naročito u 80-im godinama XX veka, raste značaj participacije, pre svega u obliku konsultovanja.²⁰ Kružoci kvaliteta su kao oblik participacije podržani od mnogih britanskih poslodavaca (npr. *British Telecom*; *Jaguar*), a došlo je do razvoja i jednog specifičnog oblika participacije – sastanci radnih timova, čiji je cilj unapređenje komunikacije sa zaposlenima, njihovim informisanjem o poslovnoj politici poslodavca i njihovim posledicama za radno-pravni sastus.²¹

SAVET ZAPOSLENIH

Savet zaposlenih je najrašireniji institucionalni oblik participacije u uporednom kolektivnom radnom pravu. Razlikuju se tri osnovna modela načina izbora, uloge sindikata u postupku izbora, kao i sastava saveta zaposlenih: nemački – homogen (samo izabrani predstavnici zaposlenih); francuski – tripartitan (članovi neposredno izabrani od zaposlenih, postavljeni članovi od sindikata, poslodavac) i belgijski model – bipartitan (paritetan broj članova predstavnika zaposlenih i predstavnika poslodavca), dok u pogledu delokruga nema većih razlika u uporednom pravu.²² Delokrug uključuje informisanje – koje prethodi konsultovanju; konsultovanje – slobodnu diskusiju i razmenu mišljenja, i mada mišljenje pravno ne obavezuje poslodavca, dužan je da *bona fide* uzme u obzir mišljenje saveta zaposlenih pre donošenja određenih odluka; saodlučivanje – za donošenje odluka poslodavca potrebna je saglasnost saveta zaposlenih, odnosno određena veći-na glasova u okviru bipartitnog ili tripartitnog modela saveta zaposlenih. Delokrug saveta zaposlenih po pravilu ne uključuje pravo na kolektivno pregovaranje, odnosno zaključivanje kolektivnog ugovora o radu kod poslodavca, niti pravo na organizaovanje štrajka, pošto se savet zaposlenih smatra institucijom saradnje zaposlenih/rada i poslodavaca/kapitala – “duh saradnje treba da dovede do postiza-

¹⁸ R. L. Hogler, G. J. Grenier, *Employee Participation and Labour Law in the America Workplace*, New York, 1992, str. 101.

¹⁹ M. Thompson, *op. cit.*, str. 103–104.

²⁰ M. Thompson, *op. cit.*, str. 104.

²¹ M. Jackson, *op. cit.*, str. 205.

²² J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *op. cit.*, str. 706.

nja sporazuma,” odnosno svojevrsne harmonije menadžmenta i rada.²³ U Holandiji i Austriji, savet zaposlenih može da pregovara o zaradama i radnom vremenu samo kod poslodavaca kod kojih nije osnovan sindikat ili kod poslodavaca kojima granski kolektivni ugovor omogućava ovakve pregovore.

*Nemački model*²⁴ homogenog saveta zaposlenih karakteriše institucionalna odvojenost saveta zaposlenih i sindikata. Naime, saveti zaposlenih predstavljaju sve zaposlene, bez obzira da li su članovi sindikata, a sindikati nemaju pravo da neposredno određuju jedan broj članova saveta zaposlenih. U praksi, međutim, i pored institucionalne odvojenosti, između sindikata i saveta zaposlenih postoji tesna veza, što potvrđuje podatak da je velika većina članova saveta zaposlenih sindikalno organizovana (u 1981. čak 77,5%).²⁵

Prema Zakonu o uređenju preduzeća od 1952, pored saveta zaposlenih, predviđeni su i drugi oblici predstavljanja interesa zaposlenih – ekonomski komitet, predstavništvo mladih, zborovi zaposlenih, koji imaju za cilj da pruže podršku u radu savetu zaposlenih.²⁶ Savet zaposlenih se bira u svim delovima preduzeća koji imaju pet ili više zaposlenih s pravom glasa. Ne osniva se automatski, već na inicijativu samih zaposlenih ili poverenika granskog sindikata u preduzeću.²⁷

Sastav i način izbora. Aktivno pravo glasa na izborima za savet zaposlenih imaju svi zaposleni kod poslodavca stariji od 18 godina, a pasivno pravo glasa imaju zaposleni u preduzeću koji su u radnom odnosu najmanje šest meseci. Kandidatura za člana saveta zaposlenih mora biti podržana od najmanje jedne desetine zaposlenih, a u većim delovima preduzeća od najmanje hiljadu zaposlenih.²⁸ Za člana saveta zaposlenih, dakle, ne može biti izabran zaposleni ili član sindikata van preduzeća, niti poverenik granskog sindikata u preduzeću. Pasivno pravo glasa nemaju niti članovi uprave preduzeća (članovi upravnog odbora) niti najviši menadžerski kadrovi – nemački model zaveta zaposlenih predstavlja isključivo interese zaposlenih. Broj članova saveta zaposlenih uzajamno je uslovljen brojem zaposlenih u (delu) preduzeću: od pet do 20 zaposlenih – bira se jedan predstavnik zaposlenih; od 21 do 58 zaposlenih – biraju se tri člana; od 51 do 150

²³ R. Blanpain, op. cit., str. 723–724. Otuda se izvodi zaključak da participacija zaposlenih, odnosno ustanova saveta zaposlenih znači svojevrsno odbacivanje modela klasne borbe u industrijskim odnosima; Ibidem.

²⁴ Institucija saveta zaposlenih je bila predviđena još Vajmarskim ustavom od 1919, kao oblik saradnje radnika/nameštenika i poslodavaca (čl. 165, st. 2 Ustava); O. Vučić, D. Simović, op. cit., str. 61.

²⁵ M. Weiss, *Labour Law and Industrial Relations in F.R. Germany*, Kluwer, 1987, str. 150.

²⁶ V. K. Berghahn, D. Karsten, *Industrial Relations in West Germany*, 1987, str. str. 106.

²⁷ M. Weiss, op. cit., str. 157.

²⁸ V. K. Berghahn, D. Karsten, op. cit., str. 107.

– bira se pet članova saveta; od 151 do 300 – 7 članova; ...od 1001 do 2000 zaposlenih – bira se 15 članova; od 5001 do 7000 – 20 članova, itd.²⁹ Pri tom, obezbeđuje se srazmerno predstavljanje u savetu zaposlenih dve grupacije zaposlenih, u zavisnosti od njihovog udela u ukupnom broju zaposlenih u (delu) preduzeću – “plave kragne” i “bele kragne” se tretiraju kao zasebne kategorije, tako da svaka grupa bira svoje članove u savetu.³⁰ Ukoliko savet zaposlenih broji više od deset članova, uspostavlja se svojevrsni uži sastav saveta zaposlenih – komitet zaposlenih, koga sačinjavaju predsednik i zamenik predsednika saveta zaposlenih i manji broj članova saveta, sa zadatkom da obavlja tekuće poslove saveta zaposlenih.³¹ Mandat članova saveta zaposlenih traje tri godine, bez mogućnosti opoziva od strane zaposlenih, osim na osnovu odluke radnog suda po tužbi koju podnese najmanje jedna četvrtina zaposlenih, sindikalni poverenik ili (sam) poslodavac.³² Sastanci saveta zaposlenih održavaju se u toku radnog vremena – neophodnog za obavljanje zakonom utvrđenih funkcija saveta, uzimajući u obzir veličinu i prirodu (dela) preduzeća, tako da članovi saveta imaju pravo na naknadu zarade (od poslodavca) za vreme odsustvovanja s rada.³³ Sastanci se po pravilu održavaju jednom mesečno. Doduše, od članova saveta zaposlenih se očekuje *bona fide* postupanje, odnosno poželjno je da svoje funkcije obavljaju van radnog vremena.³⁴ Ukoliko u preduzećima sa više organizacionih delova (pogona; zavisnih društava) dođe do osnivanja dva ili više saveta zaposlenih, uspostavlja se i centralni savet zaposlenih, koji razmatra pitanja od značaja za celinu preduzeća.³⁵

Delokrug saveta zaposlenih uključuje pravo na informisanje i konsultovanje, a u određenim pitanjima i pravo na saodlučivanje (bez odobrenja saveta zaposlenih poslodavac ne može sam da donosi odluke). Drugim rečima, razlikuje se kvalitet ovlašćenja saveta zaposlenih u zaštiti kolektivnih interesa zaposlenih, u zavisnosti od toga da li se radi o ekonomskim, socijalnim ili personalnim pitanjima zaposlenih. *Delokrug saveta zaposlenih u ekonomskim pitanjima* uključuje informisanje i konsultovanje. Ekonomska pitanja uključuju poslovnu politiku poslodavca (preduzeća), investicione planove, programe proizvodnje, marketing i sl.³⁶ Ukoliko planirano donošenje određenih mera poslovne politike izaziva određene

²⁹ Ibidem, str. 108.

³⁰ Ibid.

³¹ Ibid.

³² Ch. A. Nwegwu, op. cit., str. 273.

³³ M. Weiss, op. cit., str. 159.

³⁴ Ch. A. Nwegwu, op. cit., str. 273.

³⁵ V. K. Berghahn, D. Karsten, op. cit., str. 108.

³⁶ M. Weiss, op. cit., str. 163–164.

nepovoljne posledce za zaposlene – npr. odluka o smanjenju obima proizvodnje; odluke o reorganizaciji – transferu dela preduzeća, spajanju, podeli; uvođenju novih metoda rada i proizvodnih procesa, usled kojih treba da dođe do kolektivnog otpuštanja, poslodavac je dužan, na osnovu Zakona i u skladu sa praksom Saveznog radnog suda, da blagovremeno dostavi potrebne informacije savetu zaposlenih. Savet zaposlenih ima pravo da zatraži dodatne informacije o ostalim mogućnostima i izmenama planova poslovne politike, a poslodavac treba da nastoji da sa savetom zaposlenih postigne kompromis o specifičnim merama koje će ublažiti posledice odluka ekonomske, poslovne politike (katkad čak i uz posredničku podršku ministarstva rada). Kad poslodavac donese odluke ekonomske prirode, savet zaposlenih može sa poslodavcem da zaključi tzv. socijalni plan, pravno obavezujući sporazum o merama kompenzacije za zaposlene koji budu pogođeni odlukama poslovne prirode – npr. o programu prekvalifikacije ili dokvalifikacije; o raspoređivanju zaposlenih u druge delove preduzeća; o otpremnini zbog otpuštanja.³⁷

Delokrug saveta zaposlenih u *personalnim* pitanjima, koja uključuju kadrovsko planiranje, zapošljavanje, profesionalno obrazovanje i obuku, raspoređivanje i napredovanje, do otpuštanja zaposlenih, uključuje pored informisanja i konsultovanje saveta zaposlenih. Tako, u pogledu zapošljavanja, savet zaposlenih može da insistira da se upražnjena ili novootvorena radna mesta popunjavaju najpre putem internog oglasa, kako bi se omogućilo da postojeći zaposleni učestvuju na internom konkursu,³⁸ što je svojevrsni vid napredovanja zaposlenih ili rada na povoljnijim radnim mestima. U pogledu profesionalnog obrazovanja, savet zaposlenih ima pravo na saodlučivanje u selekciji zaposlenih koji će biti uključeni u programe stručnog usavršavanja i obuke. U slučaju kolektivnog otpuštanja, savet zaposlenih je ovlašćen da zahteva donošenje plana zaštite ("blagostanja"), čiji je bitan element način određivanja visine i dinamika isplate otpremnine.³⁹ Kad je reč o individualnom otpuštanju, ako se savet zaposlenih ne saglašava sa otkaznim razlogom, a zaposleni je pokrenuo radni spor podnošenjem konstitutivne tužbe radnom sudu, otkaz se suspenduje do donošenja odluke radnog suda.⁴⁰

Delokrug u pogledu *socijalnih* pitanja, čije definisanje i razgraničenje u odnosu na ekonomska i personalna pitanja stvara određene teškoće usled uzajamnog preplitanja, kvalitet ovlašćenja saveta zaposlenih podiže se na rang saodlučivanja. Socijalna pitanja obuhvataju celinu socijalnih posledica ekonomskih

³⁷ *Ibidem*, str. 166–168.

³⁸ Ch. A. Nwegwu, op. cit., str. 273.

³⁹ *Ibidem*, str. 274.

⁴⁰ *Ibid.*

odluka u preduzeću: radni red i disciplina na radu; raspored dnevnog i nedeljnog radnog vremena; privremeno skraćivanje radnog vremena, prekovremeni rad; mesto, vreme i način isplate zarade i drugih primanja; merila za određivanje rasporeda godišnjih odmora; uvođenje tehničkih ili elektronskih uređaja za kontrolu izvršavanja rada zaposlenih; prevencija od povreda na radu i profesionalnih bolesti; utvrđivanje normativa i standarda rada i premija plaćanja shodno rezultatima rada; način dodele stambenih kredita ili dodataka za stanovanje, i sl.⁴¹ Specifična pitanja uslova rada uređuju se radnim sporazumom, čije zaključivanje takođe omogućuju klauzule granskog kolektivnog ugovora o radu – klauzule otvaranja pregovora za zaključenje radnog sporazuma.⁴² Doduše, u praksi granskih kolektivnih ugovora se relativno retko sadrže klauzule o otvaranju pregovaranja za zaključenje radnih sporazuma o pitanjima koja su uređena kolektivnim ugovorom o radu – npr. u pogledu zarada ili radnog vremena, kako se ne bi narušili standardizovani uslovi rada u grani industrije.⁴³ Saodlučivanje se ispoljava u zaključivanju tzv. radnih sporazuma, koji imaju automatsko, pravnoobavezujuće normativno dejstvo za strane u individualnom radnom odnosu.⁴⁴

Belgijski model bipartitnog, u osnovi paritetnog saveta zaposlenih, kojim predsedava poslodavac, tj. direktor, spada u kategoriju zajedničkih komisija, u cilju jačanja saradnje poslodavca i zaposlenih,⁴⁵ pri čemu je njegovo osnivanje obavezno u privatnom sektoru. Ovaj model inaugurisao je Zakon o organizaciji ekonomije od 1948, na zahtev sindikata da se omogući veća informisanost o socijalno-ekonomskoj situaciji u preduzeću, kao i odgovarajuća uključenost zaposlenih u procesu odlučivanja. Savet zaposlenih se obavezno uspostavlja u privatnom sektoru – ne samo u preduzećima već i u ustanovama javnih službi – socijalnih ciljeva (bolnice, zaštitne radionice za lica sa invaliditetom), neprofitnim organizacijama (privatnim školama, univerzitetima), koji zapošljavaju najmanje 100 zaposlenih.

Sastav i način izbora. Savet zaposlenih se sastoji od direktora, kao predsedavajućeg, i njegovih saradnika (viših menadžera, koji zastupaju interese poslodavca u odnosu prema zaposlenima), s jedne, i izabраниh predstavnika zaposlenih, s druge strane. Mada je savet zaposlenih najčešće paritetno sastavljen, broj članova

⁴¹ M. Weiss, op. cit., str. 164–165.

⁴² U. Wedeling-Schröder, J. M. Schubert, op. cit., str. 136–138.

⁴³ M. Weiss, op. cit., str. 169–170.

⁴⁴ M. Weiss, op. cit., str. 19–20, 168–169. Slično je rešenje i u hrvatskom pravu, pošto se “sporazum radničkog vijeća s poslodavcem primjenjuje neposredno i obavezno na sve radnike zaposlene kod poslodavca koji je sklopio sporazum” – Zakon o radu Hrvatske (2009), čl. 159, st. 2.

⁴⁵ P. Humblet, M. Rigaux, *Belgian Industrial Relations Law*, Antwerpen-Oxford, 2005, str. 44–45.

saveta na strani poslodavca može da bude i manji od broja predstavnika zaposlenih. Predstavnici zaposlenih se biraju iz reda tzv. plavih i belih kragni, s tim da i mladi zaposleni (mlađi od 25 godina) imaju pravo na svog predstavnika, ukoliko je kod poslodavca zaposleno najmanje 25 mladih. U pogledu predstavnika zaposlenih u savetu zaposlenih, aktivno pravo glasa imaju svi zaposleni kod poslodavca (osim menadžerskog osoblja), ako imaju belgijsko državljanstvo (ili državljanstvo država članica EU), i ako su najmanje tri meseca u radnom odnosu. Pasivno pravo glasa imaju zaposleni stariji od 18 godina a mlađi od 65, ako ne pripadaju menadžmentu, ako su najmanje šest meseci u radnom odnosu kod poslodavca. Mandat izbaranih predstavnika zaposlenih traje četiri godine.⁴⁶ Sastanci saveta zaposlenih odražavaju se jednom mesečno, uz pravo na naknadu zarade za vreme odsustva sa rada, a troškove pripreme materijala za sednicu snosi sam poslodavac.⁴⁷

Delokrug rada. Savet zaposlenih ima četiri osnovna ovlašćenja: pravo na periodično informisanje o ekonomskoj i finansijskoj situaciji poslodavca; pravo na konsultovanje o pitanjima profesionalnog obrazovanja i obuke, organizacije rada, strukturnih promena koje mogu da pogode zaposlene, itd; pravo na (sa)odlučivanje o pitanjima donošenja ili promene pravilnika o radu, merila za kolektivno otpuštanje iz ekonomskih ili tehničkih razloga, rasporeda godišnjih odmora, disciplinskog postupka, nadzora nad primenom socijalnog zakonodavstva, uključujući i nadzor u pogledu rehabilitacije lica sa invaliditetom; pravo na odlučivanje o socijalnim programima koji su uspostavljeni u preduzeću.⁴⁸

Belgijsko zakonodavstvo predviđa prekršajnu odgovornost poslodavca – novčane kazne, ali i krivičnu odgovornost – kaznu zatvora za poslodavca-direktora koji ne poštuje odredbe zakona o održavanju izbora za savet zaposlenih ili za sprečavanje predstavnika zaposlenih da vrše svoj mandat u savetu zaposlenih.⁴⁹

*Francuski model tripartitnog saveta zaposlenih (commité d'entreprise)*⁵⁰ nije institucionalno odvojen od sindikata u preduzeću, pošto sastav saveta zaposlenih

⁴⁶ P. Humblet, M. Rigaux, op. cit., str. 45–49.

⁴⁷ Ibidem, str. 54.

⁴⁸ Ibid., str. 53–54.

⁴⁹ Ibid., str. 55.

⁵⁰ Savet zaposlenih ima svojstvo pravnog lica *sui generis*, sa svojom organizacijom koja mu omogućuje vršenje delokruga poslova zarad pravno dopuštenog ispoljavanja i zaštite kolektivnih interesa, a poslodavac je obavezan da obezbedi sredstva neophodna za rad saveta zaposlenih, prenošenjem subvencije koja se obračunava na osnovu platnog fonda u (delu) preduzeća, tako da savet zaposlenih ima svoju imovinu, koja uživa zaštitu od izvršenja. *Sui generis* pravni subjektivitet saveta zaposlenih ogleda se u pravu na sudsku zaštitu, ali samo povodom delokruga participacije u odlučivanju o socijalnim pitanjima; J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, op. cit., str. 701–705.

uključuje članove koji se neposredno biraju od zaposlenih – izabrani predstavnici, kao i članove koji su imenovani od strane sindikata, odnosno sindikalne sekcije⁵¹ – sindikalni predstavnici. Član saveta zaposlenih koji predsedava sednicama saveta je sam poslodavac-generalni direktor, ovlašćeni član uprave, koji, doduše, ne glasa ako se radi o pitanjima iz delokruga za koje se traži mišljenje predstavnika zaposlenih.⁵² U tom smislu, francuski model saveta zaposlenih je originalna kombinacija nemačkog (neposredni, direktni izbori) i anglosaksonskog modela odnosa rada i kapitala u preduzeću (ugovorni odnosi).⁵³ Shodno Zakoniku rada, savet zaposlenih može da se uspostavi u preduzećima u oblasti industrije i trgovine, osiguravajućim društvima, organizacijama socijalnog osiguranja, udruženjima, industrijskim i trgovačkim javnim ustanovama i sl., pod uslovom da zapošljavaju više od 50 zaposlenih (tokom dvanaest uzastopnih meseci).⁵⁴ Ukoliko preduzeće ima više delova (organizacionih jedinica – fabrika, pogona, zavisnih društava), koji ponaosob zapošljavaju više od 50 zaposlenih, pored saveta zaposlenih u delu preduzeća, osniva se centralni savet zaposlenih preduzeća, u čiji sastav ulaze predstavnici saveta zaposlenih delova preduzeća.⁵⁵ Kod poslodavca koji zapošljava manje od 50 zaposlenih, umesto saveta zaposlenih osniva se institucija delegata osoblja (predstavnik zaposlenih).⁵⁶ Dakle, savet zaposlenih se javlja na više nivoa na kojima se odlučuje: u delu preduzeća, u preduzeću, grupi preduzeća, preduzeću ili grupi preduzeća evropskih dimenzija (evropski savet zaposlenih).⁵⁷

Sastav i način izbora. Sastav saveta zaposlenih je tripartitne prirode – pored predstavnika zaposlenih koji su neposredno izabrani, tu su i članovi saveta koji su postavljeni od sindikata, da bi u sastav ušao i sam poslodavac – šef preduzeća (ili ovlašćeni predstavnik direktora).⁵⁸ Broj članova saveta zaposlenih zavisi od veličine preduzeća: od tri člana – u preduzeću koje zapošljava između 50 i 74 zaposlenih; do 15 članova – u preduzeću koje zapošljava više od 10000 zaposlenih. Centralni savet zaposlenih može da ima najviše 20 članova, pri čemu obavezno mesto u savetu ima i predstavnik kadrova – (višeg) menadžmenta. Izuzetno, broj članova

⁵¹ Sindikalna sekcija nema svojstvo pravnog lica u francuskom pravu; J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, op. cit., str. 701.

⁵² J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, op. cit., str. 706 i 710.

⁵³ G. H. Camerlynck, G. Lyon-Caen, J. Pélissier, *Droit du travail*, Paris, 1986, str. 659; 684–685.

⁵⁴ J. Rivero, J. Savatier, *Droit du travail*, Paris, 1987, str. 230–231.

⁵⁵ J. Rivero, J. Savatier, op. cit., str. 231; J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, op. cit., str. 702.

⁵⁶ Ibidem; G. H. Camerlynck, G. Lyon-Caen, J. Pélissier, op. cit., str. 733–739.

⁵⁷ J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, op. cit., str. 702.

⁵⁸ Ibidem, str. 706.

va saveta može da bude veći od zakonskog, ukoliko to predvidi kolektivni ugovor o radu u preduzeću, shodno načelu *in melius*.⁵⁹

Monopol u isticanju liste kandidata za izbor u savet zaposlenih imaju reprezentativni sindikati (sindikalne sekcije) kod poslodavca, što znači da svi sindikati učlanjeni u reprezentativne granske sindikate ili konfederacije sindikata na nacionalnom nivou, imaju pretpostavku reprezentativnosti.⁶⁰ Aktivno pravo glasa imaju svi zaposleni stariji od 16 godina, pod uslovom da su najmanje tri meseca u radnom odnosu u preduzeću.

Pasivno biračko pravo ima zaposleni stariji od 18 godina, koji je u radnom odnosu u preduzeću najmanje jednu godinu, i ako nije u bliskom srodstvu sa šefom preduzeća (direktorom).⁶¹ Svaka reprezentativna sindikalna organizacija u preduzeću ima pravo da odredi po jednog člana u savet zaposlenih, ukoliko poslodavac zapošljava više od 300 zaposlenih.⁶² Mandat članova saveta zaposlenih traje tri godine (rezultati izbora za savet zaposlenih su takođe od značaja za periodično utvrđivanje reprezentativnosti sindikata kod poslodavca koji ne uživaju pretpostavku reprezentativnosti). Nema ograničenja reizbora. Članovi saveta zaposlenih uživaju posebnu zaštitu u radnom odnosu, koja se ogleda u zaštiti od raspoređivanja na nepovoljnije radno mesto ili druge nepovoljnije uslove rada, uključujući i zaštitu od otkaza.⁶³ Sastanci saveta zaposlenih se održavaju najmanje jednom mesečno; šestomesečno – centralni savet zaposlenih; jednom godišnje za savet zaposlenih grupe preduzeća.⁶⁴

Funkcije saveta zaposlenih odnose se na ekonomska, personalna i socijalno-kulturna pitanja, sa različitim kvalitetom ovlašćenja – informisanje, konsultovanje, saodlučivanje. Savet zaposlenih nema pravo na zaključivanje kolektivnog ugovora o radu, niti pravo na organizovanje štrajka.⁶⁵

Delokrug u ekonomskim pitanjima podrazumeva obavezno informisanje (koje uvek treba da prethodi konsultovanju)⁶⁶ i konsultovanje (slobodna diskusija i razmena mišljenja)⁶⁷ saveta zaposlenih o pitanjima koja se odnose na opšti pra-

⁵⁹ J. Rivero, J. Savatier, op. cit., str. 232–233.

⁶⁰ G. H. Camerlynck, G. Lyon-Caen, J. Pélissier, op. cit., str. 702–703.

⁶¹ Ibidem, str. 702; J. Rivero, J. Savatier, op. cit., str. 233–234.

⁶² G. H. Camerlynck, G. Lyon-Caen, J. Pélissier, op. cit., str. 703; J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, op. cit., str. 707.

⁶³ G. H. Camerlynck, G. Lyon-Caen, J. Pélissier, op. cit., str. 707–725.

⁶⁴ J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, op. cit., str. 709.

⁶⁵ G. H. Camerlynck, G. Lyon-Caen, J. Pélissier, op. cit., str. 659.

⁶⁶ J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, op. cit., str. 739.

⁶⁷ Ibidem, str. 741.

vac razvoja preduzeća, ekonomski i finansijski razvoj preduzeća, organizaciju rada i upravljanje, uključujući pitanja reorganizacije, metode proizvodnje, a posebno kad mere menadžmenta ekonomske prirode imaju uticaj na strukturu zaposlenih, uslove njihovog rada, uključujući "situaciju u pogledu podugovaranja" (broja ugovora zaključenih sa podizvođačima).⁶⁸ Na osnovu primljenih obaveštenja, savet zaposlenih može da upozori upravu preduzeća (privrednog društva) na ekonomske teškoće, a do konsultovanja saveta zaposlenih dolazi kad je kolektivno otpuštanje iz ekonomskih razloga neophodno za oporavak preduzeća.⁶⁹ Poslodavac koji zapošljava više od 300 zaposlenih, ima obavezu da jednom godišnje dostavi savetu zaposlenih socijalni bilans koji sintetički pruža situaciju preduzeća u socijalnom doмену.⁷⁰ Duh saradnje u ovim pitanjima informisanja ogleda se u očekivanju da savet zaposlenih uputi poslodavcu predloge u cilju unapređenja uslova rada i života zaposlenih u preduzeću.⁷¹ Kad je u pitanju centralni savet zaposlenih, pravo na informisanje se odnosi na odluke ekonomske prirode koje prevazilaze nadležnost šefa dela preduzeća, i koje se odnose na oblast kontrole poslovnih rezultata – završnog računa.⁷² Pored toga, više saveta zaposlenih u delovima preduzeća mogu poveriti centralnom savetu zaposlenih pitanja od zajedničkog značaja.⁷³

Delokrug u personalnim pitanjima obuhvata obavezno konsultovanje o pitanjima profesionalnog osposobljavanja i stručnog usavršavanja zaposlenih, pri čemu u preduzećima koja zapošljavaju više od 300 zaposlenih, savet zaposlenih obrazuje posebnu komisiju za praćenje ovih problema. Savet zaposlenih se konsultuje pri donošenju pravilnika o radu – trajanja i rasporeda radnog vremena, rasporeda odmora i odsustava, ukoliko kolektivni ugovor kod poslodavca nije uredio ova pitanja, kao i o posebnoj zaštiti, odnosno uslovima rada žena, omladine i lica sa invaliditetom. Pored toga, ukoliko zbog uvođenja novih tehnologija kod poslodavca dolazi do radnopravnih posledica za zaposlene – u pogledu broja zaposlenih, profesionalne kvalifikacije, zarada i drugih primanja (participacije zaposlenih u dobiti – rezultatima preduzeća), radnog vremena (rada sa nepunim radnim vremenom, fleksibilnog radnog vremena – individualizovanog rasporeda radnog vremena, prekovremenog rada, preraspodele radnog vremena), plaće-

⁶⁸ J. Rivero, J. Savatier, op. cit., str. 235; J. Péliissier, A. Supiot, A. Jeammaud, op. cit., str. 729, 731–735 i 746.

⁶⁹ J. Rivero, J. Savatier, op. cit., str. 237.

⁷⁰ J. Péliissier, A. Supiot, A. Jeammaud, op. cit., str. 749–751.

⁷¹ Ibidem, str. 729.

⁷² Ibid., str. 702.

⁷³ Ibid., str. 703.

nih odmora i drugih uslova rada, uključujući i pitanje tehnika kontrole izvršavanja rada zaposlenih,⁷⁴ savet zaposlenih ima pravo da prouči predlog odgovarajućih odluka poslodavca, i da o tome da svoje mišljenje.⁷⁵ Kako niz ovih pitanja uslova rada može da bude predmet pravilnika o radu, postupak donošenja pravilnika o radu uključuje obavezno konsultovanje saveta zaposlenih.⁷⁶ Kod poslodavaca koji zapošljavaju više od 300 zaposlenih o svim navedenim pitanjima se sačinjava jedanput godišnje jedinstveni akt – socijalni bilans, koji sadrži sve bitne podatke o radu, zaradama, zaštiti zdravlja i bezbednosti na radu, profesionalnom obrazovanju, uslovima rada i života zaposlenih (i njihovih porodica) u meri u kojoj ovi uslovi života zavise od poslodavca (preduzeća).⁷⁷

Delokrug u pogledu socijalno-kulturnih pitanja (isključena su iz delokruga pitanja uređenih zakonom ili kolektivnim ugovorom o radu)⁷⁸ podiže kvalitet ovlašćenja saveta zaposlenih na rang saodlučivanja. Radi se o socijalno-kulturnim pitanjima od značaja za zaposlene (i njihove porodice, ne dovodeći u pitanje očuvanje prava na privatnost): obrazovanje – centri za pripravnike, profesionalni i kursevi opšte kulture, biblioteke; materijalne pomoći – restorani-kantine za ishranu zaposlenih kod poslodavca, osiguravajuće institucije – solidarnost; porodično-stambena pitanja – jaslice/vrtići, odmarališta, stanovanje;⁷⁹ sportski i zabavno-kulturni život zaposlenih – sportski susreti, kulturno-umetnički sastavi – hor, folklor, izložbe, amaterski dramski sastavi zaposlenih u preduzeću i sl.⁸⁰

Pored navedenih ovlašćenja, u delokrug saveta zaposlenih spada i čisto kontrolna funkcija u pogledu rada službe medicine rada, kao preventivne službe. Savet zaposlenih se obavezno konsultuje i pri izboru službe medicine rada za više preduzeća, u slučaju da nema uslova za zapošljavanje lekara medicine rada kod poslodavca, s obzirom na mali broj zaposlenih i službe socijalnog rada (u vezi sa socijalnim osiguranjem ili socijalnom pomoći zaposlenima).⁸¹

⁷⁴ Ibid., str. 735–738.

⁷⁵ J. Rivero, J. Savatier, op. cit., str. 238–239.

⁷⁶ J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, op. cit., str. 738.

⁷⁷ J. Rivero, J. Savatier, op. cit., str. 239–240.

⁷⁸ J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, op. cit., str. 716.

⁷⁹ J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, op. cit., str. 721; J. Rivero, J. Savatier, op. cit., str. 241. U pogledu stanovanja, radi se o odlučivanju o načinu raspodele određenog dela, procenta platnog fonda za stambene kredite, uključujući kredite za poboljšanje uslova stanovanja radnika migranata; Ibidem.

⁸⁰ J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, op. cit., str. 721; J. Rivero, J. Savatier, op. cit., str. 240–241.

⁸¹ J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, op. cit., str. 721–723.

Evropski savet zaposlenih

Dijalog između menadžmenta i rada⁸² jedan od ciljeva zajedničke socijalne politike. U postizanju ovog cilja predviđa se da Zajednica donosi kvalifikovanom većinom direktive o “informisanju i konsultovanju radnika”⁸³, a da se jednoglasno donose direktive u pogledu saodlučivanja.⁸⁴ Isto tako, Komisija ima zadatak da promoviše konsultovanje menadžmenta i rada.⁸⁵ Povelja Zajednice o osnovnim pravima radnika od 1989, premda pravnoneobavezujući akt, sadrži poseban podnaslov: Informisanje, konsultovanje i participacija radnika,⁸⁶ što je odigralo značajnu ulogu kao izvor inspiracije za donošenje direktiva koje se odnose na informisanje i konsultovanje. Isto tako, Povelja o osnovnim pravima iz Nice (2000), proklamuje “pravo radnika na informisanje i konsultovanje u preduzeću.”⁸⁷

Evropski savet zaposlenih (ESZ) je najvažnija institucija participacije zaposlenih, čije je predviđanje rezultat demokratizacije kolektivnih radnih odnosa, u cilju poboljšanja prava zaposlenih na informisanje i konsultovanje.⁸⁸ Razume se, bilo je potrebno sporazumeti se na evropskom nivou o konceptu saveta zaposlenih koji treba da bude prihvaćen u preduzeću evropskih dimenzija, kao i to da će se participacija naročito izraziti u “preduzećima ili grupama preduzeća koje imaju svoja zavisna društva ili preduzeća u dve ili više država članica EZ.”⁸⁹ Isto tako, Direktiva br. 94/45 je rezultat evolucije komunitarnih radnih standarda u pogledu participacije, budući da su sporadično određeni standardi sadržani u direktivama koje se odnose na reorganizaciju poslodavca – o kolektivnom otpuštanju (1975), o transferu (1977), kao i u direktivama koje se odnose na zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu.⁹⁰

Pravni režim. – Direktiva br. 94/45 odnosi se na evropski savet zaposlenih u cilju informisanja i konsultovanja.⁹¹ Donošenje ove Direktive⁹² imalo je za posled-

⁸² Ugovor o EU, čl. 136.

⁸³ Ugovor o EU, čl. 137(1), al. 3.

⁸⁴ Ugovor o EU, čl. 137(3), al. 3.

⁸⁵ R. Blanpain, F. Hendrickx, eds, op. cit., str. 14–15; D. Lopandić, op. cit., str. 315; Ugovor o EU, čl. 138.

⁸⁶ R. Blanpain, F. Hendrickx, eds, op. cit., str. 20.

⁸⁷ Ibidem, str. 27. (čl. 27 Povelje, Glava IV – Solidarnost)

⁸⁸ R. Nielsen, op. cit., str. 115.

⁸⁹ R. Blanpain, F. Hendrickx, eds, op.cit., str. 20.

⁹⁰ R. Blanpain, T. Hanami, eds., *European Works Councils*, 1995, str. 15.

⁹¹ Ibidem, str. 115–116.

⁹² R. Blanpain, T. Hanami, eds., op. cit., str. 9; F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, op. cit., str. 166.

dicu izmenu ili dopunu čitavog niza zakona država članica EU: Nemačka je donela Zakon o evropskom savetu zaposlenih (1994); Austrija (1996); Danska – Zakon br. 371; Španija – Zakon od 1997, Velika Britanija – Zakon od 2000.⁹³ Pravni režim participacije upotpunjen je donošenjem Direktive Saveta 2001/86 o dopuni Statuta Evropske kompanije u pogledu informisanja zaposlenih. Pored evropskog saveta zaposlenih, Direktiva 2001/86 predviđa mogućnost participacije predstavnika zaposlenih u nadzornom i upravnom odboru evropskog društva (SE).

Cilj Direktive. – Direktiva 94/45 ima za cilj poboljšanje informisanja i konsultovanja zaposlenih u preduzeću na komunitarnom nivou ili grupi preduzeća na komunitarnom nivou. Pri tom, Direktiva određuje i postupak osnivanja evropskog saveta zaposlenih, na osnovu odgovarajućeg zahteva za njegovo osnivanje, kao i delokrug poslova ESZ.⁹⁴ Pravo na informisanje i konsultovanje zaposlenih može da se ostvari na dva načina: osnivanjem ESZ⁹⁵ ili posebnim postupkom informisanja i konsultovanja, tako što bi se centralni menadžment i specijalni odbor za pregovaranje sporazumeli u pisanom obliku o uspostavljanju postupka informisanja i konsultovanja namesto osnivanja ESZ.⁹⁶ Pri tom, uprava (centralni menadžment) je odgovorna za stvaranje uslova i obezbeđivanje nužnih sredstava za osnivanje ESZ ili posebnog postupka informisanja i konsultovanja.⁹⁷ Direktiva se odnosi na preduzeća (privredna društva) evropskih dimenzija, odnosno komunitarnog nivoa, u kojima je zaposleno najmanje 1000 zaposlenih u najmanje dve države članice, pri čemu treba da je zaposleno najmanje po 150 zaposlenih u svakoj od najmanje dve države članice, a pod “grupom preduzeća” podrazumeva se preduzeće koje kontroliše i njegova kontrolisana preduzeća. Pod “preduzećem koje kontroliše” podrazumeva se preduzeće koje vrši dominantan uticaj nad drugim preduzećem – kontrolisanim preduzećem, putem svojine, finansijskog učešća ili pravila kojima je uređeno pitanje tog uticaja. Pri tom, podrazumeva se da postoji dominantan uticaj kad “preduzeće koje kontroliše” raspolaže većinskim kapitalom u kontrolisanom preduzeću; kad kontroliše većinu glasova (u skupštini društva) na osnovu učešća (udela) u kapitalu; ako može da imenuje više od polovine članova upravnog odbora, odbora direktora ili nadzornog odbora. Merodavno pravo za određivanje svojstva preduzeća koje kontroliše određuje se na osnovu zakona (prava) države članice. U slučaju sukoba zakona, odlučujuće merilo je

⁹³ B. Teyssié, op. cit., str. 271; M. C. P. Lopez, M. A. de la Rosa, op. cit., str. 537–539.

⁹⁴ R. Blanpain, F. Hendrickx, eds., op. cit., str. 304–305; R. Nielsen, op. cit., str. 115.

⁹⁵ Pod Evropskim savetom zaposlenih podrazumeva se savet uspostavljen u skladu sa čl. 1(2) ili odredbama Aneksa (čl. 2, 1(g)).

⁹⁶ R. Blanpain, T. Hanami, eds., op. cit., str. 16; R. Blanpain, F. Hendrickx, eds., op. cit., str. 308–309; R. Nielsen, op. cit., str. 118–119.

⁹⁷ R. Blanpain, F. Hendrickx, eds., op. cit., str. 307.

broj imenovanih članova upravnog odbora, odbora direktora ili nadzornog odbora. Pojam "grupa preduzeća komunitarnog nivoa" obuhvata grupu preduzeća od najmanje 1000 zaposlenih u okviru država članice i najmanje dve grupe preduzeća u različitim državama članicama i najmanje drugu grupu preduzeća sa najmanje 150 zaposlenih u drugoj državi članici.⁹⁸

Značaj Direktive 94/45 može da se izrazi imajući u vidu to da se ova direktiva može odnositi na 1500 do 2000 preduzeća ili grupa, sa 10–15000 zavisnih društava, i sa 40–50000 članova evropskih saveta zaposlenih (u 1995. god.).⁹⁹ Shodno izveštaju Komisije za 2000. godinu bilo je zaključeno više od 600 sporazuma kojima je uspostavljen sistem informisanja i konsultovanja na osnovu Direktive 94/45, uključujući i evropski savet zaposlenih (Izveštaj Komisije o industrijskim odnosima u Evropi).¹⁰⁰

Način izbora članova Evropskog saveta zaposlenih sporovodi se u skladu sa nacionalnim zakonodavstvom i/ili praksom.¹⁰¹ Broj članova ESZ ce određuje pisanim sporazumom specijalnog pregovaračkog odbora i centralnog menadžmenta. Sporazumom se utvrđuje i alokacije mesta i trajanje mandata članova ESZ. Članovi ESZ mogu da budu samo iz reda zaposlenih. Broj članova ESZ zavisi od veličine preduzeća evropskih dimenzija, i broji od tri do 30 članova, s tim da je po jedno mesto rezervisano za svaki organizacioni deo (sa više od 150 zaposlenih), a da se dodatna mesta određuju shodno načelu srazmernosti.¹⁰² Preciznije rečeno, neophodno je obezbediti da svaka država članica u kojoj preduzeće komunitarnog nivoa ima jedan ili više organizacionih delova ili u kojoj grupa preduzeća na komunitarnom nivou ima preduzeće koje kontroliše ili jedno ili više kontrolisanih preduzeća, bude predstavljena sa jednim članom u Evropskom savetu zaposlenih. Osim toga, u sastav ESZ ulaze i dopunski članovi srazmerno broju zaposlenih koji rade u delovima preduzeća, preduzeću koje kontroliše ili kontrolisaniom preduzeću (shodno zakonodavstvu države članice) unutar teritorije u kojoj je sedište centralnog menadžmenta.¹⁰³ Članovi ESZ mogu biti izabrani ili imenovani od strane saveta zaposlenih, koji postoje u nacionalnim okvirima na nivou (organizacionih delova) preduzeća. Njihov mandat je određen Direktivom – četiri godine.¹⁰⁴

⁹⁸ R. Blanpain, F. Hendrickx, eds., op. cit., str. 305; R. Nielsen, op. cit., str. 115–117.

⁹⁹ R. Blanpain, T. Hanami, eds., op. cit., str. 17.

¹⁰⁰ R. Nielsen, op. cit., str. 119.

¹⁰¹ R. Blanpain, F. Hendrickx, eds., op. cit., str. 325.

¹⁰² B. Teyssié, op. cit., str. 294.

¹⁰³ R. Blanpain, F. Hendrickx, eds., op. cit., str. 326.

¹⁰⁴ B. Teyssié, op. cit., str. 295.

Selekcionni komitet može da bude izabran od strane samih članova ESZ, ako ESZ ima više članova (odnosno ako veličina ESZ to opravdava). Selekcioni komitet ima najmanje tri člana. Ima u osnovi ista ovlašćenja kao i ESZ (u punom sastavu), ali je znatno operativniji u odnosu na njega (koji može da broji čak 30 članova). Selekcioni komitet se obavezno proširuje onim članovima ESZ koji su izabrani ili imenovani od strane zaposlenih iz delova preduzeća koja su neposredno pogođena merama koje planira centralni menadžment, kako bi se obezbedilo adekvatno učešće u postupku informisanja i konsultovanja na sastancima Izbornog komiteta i Centralnog menadžmenta. Ukoliko je za uspešno vršenje ovlašćenja ESZ ili Selekcionog komiteta potrebno učešće eksperata, o angažovanju tzv. eksperata za pomoć, odlučuje samostalno ESZ (ili Selekcioni komitet).

Uspešno vršenje ovlašćenja ESZ pretpostavlja zaštitu članova ESZ (kao i članova specijalnog pregovaračkog odbora), tako da je predviđena (ista) zaštita i garancije koje se pružaju i inače predstavnicima zaposlenih shodno nacionalnom zakonodavstvu i/ili praksi u njihovoj zemlji zaposlenja. Zaštita se odnosi kako u pogledu odsustva sa rada radi učešća na sastancima (u radu) ESZ, naknade zarade za vreme odsustva neophodnog za izvršenje njihovih obaveza.¹⁰⁵

Delokrug poslova Evropskog saveta zaposlenih. – Direktiva 94/45 ne zadire u upravljačka ovlašćenja, odnosno ne predviđa ovlašćenja evropskog saveta zaposlenih u pogledu saodlučivanja, već se ograničava na ovlašćenja u pogledu informisanja i konsultovanja. Pri tom, direktiva ističe važnost spremnosti na dijalog i duh saradnje, budući da direktiva ne predviđa da ESZ može da organizuje štrajk ili drugi oblik kolektivnog delovanja.¹⁰⁶ ESZ ima prava u pogledu informisanja i konsultovanja, što podrazumeva odgovarajuće obaveze uprave centrale evropskog preduzeća. Uprava centrale dužna je da pregovara u cilju postizanja sporazuma o načinu informisanja i konsultovanja evropskog saveta zaposlenih.¹⁰⁷ *Informisanje.* ESZ ima pravo da bude obavешten o poslovnim rezultatima – bilansu, kao i o perspektivama razvoja preduzeća.¹⁰⁸ Pravo na informisanje se ostvaruje putem izveštaja koje sastavlja i dostavlja centralni menadžment. Na zahtev ESZ, odnosno Izbornog komiteta opseg informisanja može biti proširen u određenoj meri. *Konsultovanje.* ESZ ima pravo da bude konsultovan (na osnovu izveštaja koji dostavlja centralni menadžment) posebno kad je reč o strukturnoj, ekonomskoj i finansijskoj situaciji; izgledima za razvoj posla, proizvodnje i prodaje; trendu u pogledu

¹⁰⁵ R. Blanpain, F. Hendrickx, eds., op. cit., str. 310.

¹⁰⁶ R. Blanpain, T. Hanami, eds., op. cit., str. 17.

¹⁰⁷ B. Teyssié, op. cit., str. 285.

¹⁰⁸ Ibidem, str. 300.

zapošljavanja, investicija, suštinskih promena u organizaciji, uvođenju novih metoda rada, proizvodnih procesa; reorganizaciji – transferu, spajanju ili zatvaranju preduzeća, odnosno značajnijeg dela preduzeća, te kolektivnog

BRANKO LUBARDA, LL.D.,
Professor, Faculty of Law University of Belgrade

WORKS COUNCIL
– DOMESTIC, COMPARATIVE AND EUROPEAN LABOUR LAW

Summary

The author deals with the right to information, consultation and participation and more specific with works council in domestic and comparative labour law and european works council in the EU law. German, french and belgian model of works councils are treated in details, as well as european works council. De lege ferenda in domestic law there is need to reform Law on labour or to pass special law on works council in order to harmonise with europeans social model in this respect.

PRAVIČNO SUĐENJE U RADNIM SPOROVIMA

U V O D

Naglašenost zaštite ljudskih i manjinskih prava kao minimuma zahteva moralno političke prirode prema državi, stalni porast predstavki¹ pred Evropskim sudom za ljudska prava i ustavnih žalbi, masovnost sporova iz oblasti radnih odnosa, nedoslednost sudske prakse kod istog činjeničnog stanja i sporost u presuđenju predstavljaju izazov i motiv za tekst koji sledi.

Pravda kao vrhunski kriterijum shvaćena kao jednakost, naročito je naglašena u radnom pravu koga profesor Lamber² "kvalifikuje kao "najizrazitije pravo pravičnosti". U uslovima ekonomskog siromaštva, otpuštanja sa posla, nezaposlenosti, radnici su posebno osetljivi na nejednaku primenu prava (sudsku i upravnu i diskriminatorne postupke države), naročito u slučajevima kada posebna individualizacija ili primena pravde shvaćene kao korekcije pozitivnog prava nije nužna.

U izlaganjima koja slede u bitnom ću izložiti praksu Evropskog suda za ljudska prava u nekim tzv. radničkim masovnim sporovima u odnosu na Srbiju i praksu Ustavnog suda u pogledu dva vida povrede prava na pravično suđenje i to: nedoslednostima u sudskoj praksi – arbitrarno postupanje gde se najbolje pokazuje veza između materijalnog i procesnog prava, ukazati na kršenje razumnog

Predrag Trifunović, sudija Vrhovnog kasacionog suda.

¹ Od do sada 56 usvojenih predstavki, 14 se odnosi na oblast radno-socijalnih prava.

² Dr Božidar Marković, Pravičnost kao izvor prava, Arhiv 1939. godina, knjiga br. 1, str. 38.

roka i predloge radi reforme organizacionog i procesnog sudskog prava radi smanjenja "pritiska" na Evropski sud za ljudska prava i Ustavni sud.

Ali pre toga, imajući u vidu da sudska odluka treba da predstavlja "primenjenu nauku" i da je formalna pravda druga "strana medalje" koja treba da realizuje i sačuva materijalnu ukratko ću se osvrnuti i na nju (materijalnu pravdu) jer obe suštinski čine jedinstvo.

UKRATKO O PRAVDI

Moralni i univerzalni pojam sa filozofskom, sociološkom i pravnom sadržinom; najsjajniji vrednosni pojam duhovne kulture; primarni materijalni izvor ili ideal prava; dopunski supsidijerni izvor formalnog prava (slučajevi neposredne primene pravde u ZOO); želja siromašnog, slabog i nemoćnog (zaštita dece, žena i poverilaca); zaštita poretka ali i opravdanje revolucije; dosledna i stroga primena prava ali i korekcija postojećeg; pravni standard sa gipkom i promenljivim sadržajem zavistan od filozofskih religijskih političkih moralnih i ekonomskih činilaca; sinonim za strog i efiksan sud. Nabranje nije iscrpno³.

Osnovno značenje pravde u filozofskom, materijalnom (svakom dati ono što mu pripada), a i u procesnom smislu predstavlja jednakost (Aristotel) ili bitna jednakost i ispoljava se u dva vida (komutativna i distributivna pravda)⁴.

Jednakost znači da se pravna pravila (Ustav, zakon, podzakonski akti) moraju jednako primenjivati od strane sudova i državnih organa na sve ljude koji se nalaze u istoj ili bitno istoj situaciji. Takva primena prava koja ne pravi razliku vodi stabilnosti poretka, predvidljivosti i pravnoj sigurnosti. Najveći pravni akti označavaju je normom da su svi pred zakonom jednaki (tzv. pravna pravda).

³ Pravna literatura o "pravdi" je veoma bogata: dr Slobodan Perović: "Prirodno pravo u filozofskom i normativnom smislu", Arhiv, 1-2, 2006, str. 799; H. Pelerman: "Pravo, moral i filozofija", Nolit; G. Radbruch: "Filozofija prava", Nolit; A. Kožev: "Fenomenologija prava", Nolit; dr D. Basta: "Pravednost kao vrlina sudije"; dr D. Denković: "Sudska funkcija i politika"; R. Dvorkin: "Suština individualnih prava" i dr

⁴ a) komutativna pravda predstavlja jednakost u značenju jednakog postupanja sa jednanim, a nejednakog sa nejednakim srazmerno njihovoj nejednakosti (jednakost između rada i zarade, štete i naknade). Zahteva najmanje dva lica, karakteristična je za privatno pravo; u Zakonu o radu komutativna pravda ne pominje se direktno ali je indirektno veoma prisutna; kod "odgovarajuće" zarade jednaka zarada za rad iste vrednosti (čl. 12. i 104); zabrane diskriminacije (čl. 18. do 21. – zabrana stavljanja u nepovoljan položaj); komutativna pravda je okosnica Zakona o zabrani diskriminacije (član 16. u vezi člana 2. posvećen radnom pravu) jednakosti miškaraca i žena iz Zakona o ravnopravnosti polova, Zakona o zaštiti invalida i dr b) distributivna pravda polazi od srazmernosti (oporezivanje srazmerno imovinskim mogućnostima; nagrađivanje i kažnjavanje prema krivici i zaslugi) i zahteva najmanje tri lica. Važi u odnosu nadređenosti i podređenosti; predstavlja pravdu javnog prava. Prisutna u sferi ekonomsko-socijalnih prava, kao dela radnog prava u širem smislu.

U drugom značenju koje predstavlja pravno tehničku primenu prava pojam pravde označava korekciju pozitivnog prava⁵.

Pravda je supsidijarni izvor formalnog prava i u slučajevima pravnih praznina, izmenjenih uslova privređivanja i ugovaranja (spoljni ili unutrašnji) kao što su devalvacija novca i ekonomska kriza (poznati stavovi o valorizaciji novčanih potraživanja), i u slučajevima kada poseban zakon upućuje na njenu primenu.

Najrasprostranjeniji izvori pravde su običaj i moral⁶. Dakle, pravda predstavlja izvor ljudskih prava (ranije prava čoveka) koja sadrže moralno političke zahteve koje svaki pojedinac ima u odnosu na vlast i društvo u kome živi. Ona je utkana u sve tri generacije ljudskih prava (građanska i politička prava, ekonomsko-socijalna, u koje spadaju prava iz oblasti rada, kulturna, a i ostala ljudska prava kao što su pravo na razvoj, mir, zdravu okolinu, kulturu itd).

Iz izloženog proizilazi da je osnovna funkcija pravde (materijalne) ostvarenje jednakosti u pravnom poretku, ali i ispravka tehničkih nedostataka zakona (individualizacija slučajeva, utvrđivanje svih okolnosti slučaja tumačenje prava, proširivanje faktičkog pitanja na račun pravnog). Druga funkcija pravičnosti je moralizacija prava⁷.

⁵ Još se Aristotel zapitao: da li se pravičnost (pravda pojedinačnog slučaja) ponekad ne suprostavljaju strogoj i mehaničkoj primeni prava. Vremenska i prostorna opštost formalnog prava i tipiziranost slučajeva (zakon se donosi za prosečne i tipične slučajeve) i njegova nepromenljivost u sudaru sa složenošću života, izmenom moralnih shvatanja, uticaja nauke ili najvišeg autoriteta (Evropski sud), može doći u sukob sa pravdom, pa previše stroga primena zakona može značiti nepravdu. Pošto je život složeniji od prava i kako opšta norma ne vodi računa o detaljima i specifičnostima pojedinih slučajeva i kada se u društvu stvori klima da su društvene životne prilike "nadvisile" normu, "pravilo pravde" dopušta da sud izvrši korekciju pozitivnog prava (primeri ugovora kojima je nedostajala zakonom propisana forma, pojedini slučajevi i stambene oblasti). Posebno u oblasti radnog prava kao što ćemo videti u narednim izlaganjima to su slučajevi suspenzije Zakona o privatizaciji u pogledu odlaganja izvršenja takozvanih "radničkih zarada" i praktične suspenzije i drukčijeg tumačenja dela Zakona o izvršnom postupku u pogledu sredstava izvršenja.

⁶ Činiti dobro a izbegavati zlo; ne treba nikom nanositi patnje bez potrebe; tragati za onim što je korisno za većinu; postupati na taj način kao da načelo tvoje volje vredi kao načelo univerzalnog zakonodavstva (Kantov kategorički imperativ). Moralna zapovest u kojima su ključne reči ("dobro, ispravno i treba") predstavljaju sadržinu gotovo svih svetskih religija, a te ideje su utkane u školu prirodnog prava, koja predstavlja osnov za Univerzalnu deklaraciju o pravima čoveka iz 1948. godine (pravo na život, slobodu, privatnu svojinu, sigurnost, otpor nasilju). Pravda svoj izvor ima i u tradiciji Rimskog prava čiji su osnovni principi (načela) utkani u ustave i građanske zakonike većine demokratskih država.

⁷ Pravno pravilo "nekada zanemaruje moralne motive". Zbog toga je pod uticajem grčke filozofije, hrišćanstva, pravila Rimskog prava izgrađivano shvatanje da je u sudskim postupcima nužno utvrđivati zajedničku nameru, volju, savesnost i poštenje, zloupotrebu prava i polaziti od zaštite slabih, čime se afirmiše moral kao okosnica pravde. Zbog toga nemoralni pravni posao ne dobija sudsku zaštitu. Sud je ovlašćen da po službenoj dužnosti (i u radnom pravu) pazi na ništavost ugo-

Treći elemenat pravde je ekonomska stvarnost, sa kojom stoji u međusobno uslovljenoj vezi. Zarade, socijalna primanja, zaposlenost i ostvarivanje prava na rad kao i većina ostalih takozvanih "radničkih prava" zavise pre svega od ekonomske snage jedne zemlje, razvijenosti njene privrede, zaduženosti, međunarodnih odnosa, politike i ostalih uslova koji karakterišu društveno-ekonomski sistem i stanje u jednoj zemlji. Kroz istoriju ideja pravičnosti je oblikovala i relativizovala apsolutno pravo privatne svojine iznedrivši školu o zabrani zloupotrebe prava, a u cilju zaštite radničkih prava afirmisala je kolektivne ugovore i objektivnu odgovornost u materiji naknade štete. Pravična naknada nematerijalne štete koju dosuđuju srpski sudovi (kao i naknada nematerijalne štete koju dosuđuje Evropski sud) u identičnim slučajevima razlikuje se u odnosu na ekonomski razvijenije zemlje, što se odnosi i na "žrtve" u oblasti radnog prava.

Ključne reči u problemu pravde osim izloženog su autoritet (sud), pravna sigurnost, istina, argumentacija, efikasnost, tolerancija, evolucija, proporcionalnost i saglasnost sa prirodom stvari.

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE

Pravda u materijalnom smislu shvaćena kao bitna jednakost predstavlja osnovu i za pravo na pravično (pošteno, fer) suđenje kao najvažnije procesno ljudsko pravo. Iz člana 6. stav 1. Evropske konvencije⁸ i ustavnih pravila (čl. 32. i 36. Ustava), kao i načela iz člana 2. ZPP "jednaka i pravična zaštita prava", proizilazi da su elementi prava na pravično suđenje sledeći: pravo na pristup sudu; pravo na pravnu pomoć; pravo na procesnu ravnopravnost (jednakost oružja); pravo na javno i kontradiktorno suđenje; pravo na saslušanje; pravo na dokaz; pravo na javnu objavu presude; pravo na sud ustanovljen zakonom; pravo na nezavisnost i nepristrasnost u suđenju; pravo na suđenje u razumnom roku; pravo na obrazloženu sudsku presudu.

Razvoj prakse naročito poslednjih godina svemu izloženom dodao je i zabranu arbitrarnog postupanja.

vora (suprotnost pravnim propisima, javnom poretku i pravilima morala i pruži zaštitu slabijima u jednom društvenom odnosu.

⁸ Član 6. stav 1. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: EK), koja je doneta 04. novembra 1950. godine, a ratifikovana 2003. godine ("Sl. list SCG" 9/2003) glasi: "Svako tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama ili o krivičnoj optužbi protiv njega ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristranskim sudom obrazovanim na osnovu zakona. Presuda se izriče javno ali se štampa i javnost mogu isključiti iz celog ili dela suđenja u interesu morala, javnog reda i nacionalne bezbednosti u demokratskom društvu, kada to zahtevaju interesi maloletnika ili zaštita privatnog života stranaka, ili u meri koja je, po mišljenju suda nužno potrebna u posebnim okolnostima kada bi javnost mogla da naškod interesima pravde".

Ovo pravo se odnosi samo na “građanska prava i obaveze”, a ne i na zaštitu svih prava koja bi pojedinac uživao po važećem nacionalnom pravu. Sa druge strane ono se proteže izvan klasične podele građanskih prava (predmeta) i prilagođava se socijalnim promenama i izmenama moralnih shvatanja. Nesporno je da tu spadaju sva imovinska prava (stvarna, obligaciona, nasledna) ali razvojem prakse Evropskog suda tu spadaju i statusni, radni i privredni sporovi, pa i mnoge stvari koje su po tradicionalnoj podeli spadali u oblast prava koja se štite u upravnom postupku i upravnom sporu.

Značajnije je navesti koja prava ne spadaju u domen člana 6. Konvencije, a za sada su to: poreske obaveze, biračko pravo, proterivanje iz zemlje i pravo na državljanstvo.

Do slučaja “Pelegrin” Evropski sud je smatrao da se član 6. ne odnosi na državne službenike ali je od 2007. godine od te prakse odstupljeno (slučaj policajca Ekselinen protiv Finske).

Cilj zaštite koju pruža član 6. stav 1. Konvencije je u osiguranju poštene procedure, a ne u proveru ispravnosti ishoda postupka. Zbog toga Evropski sud po pravilu redovno odbacuje one aplikacije u kojima podnosioci prvenstveno osporavaju pravilnost utvrđenog činjeničnog stanja i pravilnost primene materijalnog prava. U više svojih odluka Evropski sud ističe da on ne predstavlja “četvrti stepen suđenja” naglašavajući da nacionalno pravo primenjuju i tumače države članice i da zato sud po pravilu “neće ulaziti” u njihovo preispitivanje. Kao što je rečeno poslednjih godina, sud uzima u obzir i primenu pravila nacionalnog prava pri celokupnoj oceni da li je postupak bio pošten, i u slučaju da zaključi da je primena od strane sudova ili drugih državnih organa, bila očigledno proizvoljna (arbitrarna) utvrdiće povredu prava koja su zajamčena Konvencijom. Zbog toga Evropski sud smatra da očigledno neujednačena pravna praksa dovodi u pitanje pravo na pravično suđenje. Osnovni principi koje Evropski sud ima prilikom razmatranja predstavke u vezi pravičnog suđenja u svim pa i u radnim sporovima detaljno su navedeni u predmetu “Vučković”⁹

⁹ 1. Nije uloga suda da se bavi činjeničnim ili pravnim greškama koji navodno učine nacionalni sudovi osim u onoj meri u kojoj su ugrožena prava zaštićena Konvencijom. Tako npr. nije zadatak suda da upoređuje različite odluke domaćih sudova donete u sličnim postupcima s obzirom da se nezavisnost ovih sudova mora poštovati. 2. Postojanje protivrečnih sudskih odluka je stalna karakteristika pravnih sistema koji se zasnivaju na mreži prvostepenih i žalbenih sudova sa nadležnošću na određenoj teritoriji. Takve razlike mogu se javiti u okviru samog suda ovo se samo po sebi ne može smatrati nesaglasnim sa Konvencijom. 3. Odlučujući kriterijum za sud prilikom ocene da li su protivrečne odluke različitih domaćih sudova donete u posebnoj instanci u saglasnosti sa pravom na pravično suđenje prema članu 6. stav 1. Konvencije sastoji se u ustanovljenju da li postoje “duboke i dugotrajne razlike u sudskoj praksi domaćih sudova i da li domaće pravo predviđa mehanizam za prevazilaženje ovih razlika, te da li se taj mehanizam primenjuje i sa kojim dejstvom.

U slučaju Beian, Evropski sud je utvrdio da visoki stepen neujednačenosti presuda Rumunskog kasacionog suda vređa zahteve pravne sigurnosti odnosno člana 6. Ovaj stav je “blago modificiran”¹⁰ u slučaju Schwarzkopf, pa povreda u sličnim okolnostima nije nađena, što je obrazloženo okolnošću da je u međuvremenu u kasnije rešavanim predmetima tumačenje prava stabilizovano.

Kada utvrdi povredu prava na pravično suđenje Evropski sud se ograničava na utvrđenje povrede i eventualno dosuđuje naknadu štete ostavljajući da država kroz svoje procesne zakone osigura pošteno suđenje i tačnu primenu prava u tom i budućim sličnim slučajevima. Odluka Evropskog suda treba da presudno utiče na izmenu ili dopunu zakona koji “proizvodi” povredu ljudskog prava.

Imajući u vidu ograničenost referata (autorski tabak) pozabavićemo se najaktuelnijim problemima “pravičnog suđenja” i to: 1) nedoslednom sudskom praksom koja se može upodobiti arbitrarnom postupanju; 2) suđenjem u razumnom roku u radnim sporovima i problemom izvršenja odluka (presuda) u pogledu takozvanih “radničkih primanja”.

Nedosledna sudska praksa

Evropski sud je u materiji radnog prava utvrdio postojanje nedosledne sudske prakse i povredu člana 6. stav 1. EK u dve velike grupe predmeta: isplate plata policajaca koji žive i rade na Kosovu i Metohiji i izvršenja sporazuma letaćkog osoblja posle okončanog štrajka.

Policajci su podneli tužbe radi isplate uvećane zarade smatrajući da kao zaposleni koji žive i rade na Kosovu imaju pravo na dvostruku platu u skladu sa zaključcima Vlade Srbije od 24.januara 2000. godine i 17.jula 2003. godine. U početnoj fazi primene prava prvostepeni sud je usvajao tužbene zahteve tužilaca. Drugostepeni sud je imao protivurečnu praksu: jedno veće je potvrđivalo prvostepene odluke (sa usvojenim tužbenim zahtevom), dok je drugo veće prvostepene presude ukidalo ili preinačavalo i tužbene zahteve odbijalo. U takvoj situaciji

4. Ocena suda zasniva se i na principu pravne sigurnosti koji implicitno sadržan u svim članovima Konvencije i predstavlja suštinski aspekt vladavine prava. 5. Princip pravne sigurnosti garantuje određenu stabilnost i doprinosi poverenju javnosti u sudove. Opstajanje protivurečnih sudskih odluka sa druge strane može dovesti do pravne nesigurnosti koja bi verovatno dovela do umanjenja poverenja javnosti u pravni sistem, pri čemu je jasno da je takvo poverenje jedan od suštinskih elemenata države koja se zasniva na vladavini prava. 6. Međutim, zahtev za pravnom sigurnošću i zaštitom poverenja javnosti ne treba smatrati stečenim pravom na konzistentnost sudske prakse. Razvoj sudske prakse nije sam po sebi protivurečan primeni pravde jer propust da se održi dinamičan i razvojni pristup može dovesti do rizika da se ne sprovedu potrebne reforme ili poboljšanja” (Vučković i 29 drugih slučajeva protiv Srbije predstavka 17153/11 i dr).

¹⁰ Prof dr Milan Uzelac, “Pravo na pravično suđenje. . .” str. 4.

ji (isto činjenično stanje) sudska praksa žalbenog suda je očigledno nedosledna. Evropski sud je utvrdio povredu prava na pravično suđenje zbog nedosledne prakse drugostepenog suda i obavezao državu da podnosiocima predstavke isplati nematerijalnu štetu. U odlukama (Rakić i Živić) navodi se da je i Vrhovni sud bio nedosledan (istina u manjoj meri) jer je u dve odluke (Rev II 429/08 i Rev 623/08) odbio revizije tužene države i “zapravo potvrdio odluke nižih sudova donetih u korist tužilaca”.

Ovaj deo obrazloženja Evropskog suda nije tačan¹¹.

Ali, bez obzira na netačnost delova obrazloženja u pogledu doslednosti prakse Vrhovnog suda ostaje činjenica da je sudska praksa drugostepenog suda bila kolebljiva i protivurečna i da je nesumnjivo povređeno pravo na pravično suđenje iz člana 6. stav 1. EK. Iz ovih predmeta bi se posredno moglo zaključiti da je primena materijalnog prava bila pogrešna. U suštini tužbene zahteve tužilaca je trebalo usvojiti, bez obzira da li je zaključak Vlade zakonit ili nezakonit. Redovan sud ne treba da ceni zakonitost akata Vlade ili druge organizacije koje vrše javna ovlašćenja niti se tužena država može sa uspehom pozivati na nezakonitost koju je sama prouzrokovala. “Niko se ne može pozvati na svoju sramotu” univerzalni je princip, koji ne važi samo u ugovornom pravu.

U drugoj masovnoj grupi radnih sporova (letačkog osoblja) sudska praksa drugostepenog suda je takođe bila protivurečna i nedosledna i Evropski sud je utvrdio povredu člana 6. stav 1. EK (predmet Vinčić i drugi protiv Srbije). Pošto je iscrpljenost domaćih sredstava uslov za podnošenje predstavke (i ustavne žalbe pred Ustavnim sudom) Evropski sud prethodno konstatuje da podnošenje pritužbe, eventualne tužbe radi naknade štete po opštim pravilima obligacionog prava, obraćanje nadzornom odboru, kao i ustavne žalbe do 07. avgusta 2008. godine, “kada su prve meritorne odluke Ustavnog suda o osnovanosti navoda iz žalbi objavljene u Službenom glasniku” nisu delotvorna pravna sredstva. Kako su svi podnosioci predstavke podneli svoje predstavke sudu pre tog datuma i pošto se pitanje iscrpljenosti domaćih pravnih sredstava uobičajeno određuje pozivanjem na datum kada je predstavka podneta “sud smatra da podnosioci predstavke za-

¹¹ U prvom predmetu Rev II 429/08 revizija tužioca - policajca je odbijena, a drugi predmet Rev 623/08 odnosi se na brakorazvodnu parnicu između trećih lica. Eventualno predmet Rev II 623/08 odnosi se na ovaj problem, ali je revizija i tog tužioca - policajca odbijena kao neosnovana. Vrhovni sud Srbije je rešavajući nastali problem održao dve sednice Građanskog odeljenja i razmotrio dva oprečna referata opredelivši se za odbijanje tužbenih zahteva tužilaca zbog toga što zaključci Vlade ne predstavljaju izvore prava jer nisu opšti akti (nisu objavljeni), a osim toga, policajci imaju pravo na uvećanje plate po svom posebnom pravilniku. Istina, u situaciji kada su se glasovi podelili Vrhovni sud je zastao sa postupkom nekoliko meseci jer je od strane Ustavnog suda dobio obećanje da će zakonitost zaključaka Vlade (inicijativa je podneta 2003. godine) biti ocenjena u kratkom roku. Kako Ustavni sud nije rešavao zakonitost zaključka, posle osam meseci Vrhovni sud je nastavio postupke po revizijama i jednobrazno odlučio - tužbeni zahtevi su neosnovani.

ista nisu imali obavezu da iscrpe ovaj pravni put naknade pre obraćanja Strazburu". U toj odluci Evropski sud primećuje da "sudska praksa" nije obavezujući izvor prava u Srbiji, ali da protivurečna tumačenja suda iste nadležnosti – praksa okružnog suda smanjuje poverenje u javnosti u pravosuđe, pa je "predmetna sudska nesigurnost sama po sebi lišila pravičnost suđenja pred okružnim sudom zbog čega je došlo do povrede člana 6. stav 1. EK. Za razliku od predmeta policajaca u kojima je priznata naknada nematerijalne štete u iznosu od po 3.000 evra u ovom predmetu Evropski sud nije dosudio naknadu nematerijalne štete priznajući podnosiocima predstavke samo pravo za naknadu troškova.

Iz citiranog stava (Vučković) koji je suštinski prisutan i u drugim odlukama proizilazi da Evropski sud insistira na jednakosti u primeni prava za sva lica koja se nađu u istoj činjeničnoj i pravnoj situaciji, to jest na jednobraznoj sudskoj praksi koja vodi pravnoj sigurnosti i poverenju u sudski sistem; da je nužno naći mehanizam usaglašavanja; i da se sudska praksa može izuzetno menjati u situaciji koje su izuzetno opravdane i koje su korisne za sve. Njena izmena u odmakloj fazi nije moguća. Izložena stanovišta saglasna su pojmu pravde kao napred, a naročito stanovištu profesora Rouls koji definiše pravdu kao "specifičnu vrlinu čija primena na neku instituciju ili neku praksu zahteva odstranjivanje proizvoljnih razlika i uspostavljanje i njihovim strukturama primerene ravnoteže između suprotnih pretenzija"¹².

Suđenje u razumnom roku

Brzo i efikasno suđenje naročito je naglašeno u radnim sporovima. Zakon o radu naređuje okončanje radnog spora u roku od šest meseci (član 195) a ZPP naglašava potrebu hitnog rešavanja ovih sporova (član 438). Dužina trajanja postupka zavisi od složenosti predmeta (kompleksnosti, pravnih i činjeničnih pitanja); obimnosti dokaznog materijala; složenosti veštačenja; broja svedoka i stranaka; spajanja predmeta; smrti neke od stranaka u postupku; broja i obima podnesaka; zahteva za izuzeće i drugih razloga koji mogu uticati na trajanje. U više odluka Evropski sud naglašava da razumni rok u radnim sporovima orijentaciono pred prvostepenim sudom u srednje složenom predmetu tri godine, drugostepenim sudom dve godine, a pred najvišim sudom o vanrednim pravnim lekovima jedna godina, sve od momenta dostavljanja (prijema predmeta).

U predmetu R. Kačapor i druge podnositeljke predstavki protiv Srbije¹³, Evropski sud je ponovio stav (iznet u više slučajeva): da je izvršni postupak sastavni deo građanskog sudskog postupka i da se vreme trajanja sudske zaštite ra-

¹² H. Pelerman, Pravo moral i filozofija, str. 35.

¹³ Crnišanić, Grišević i Vlahović.

čuna od inicijalnog akta (tužbe) do završetka postupka izvršenja pa makar se on sproveo i kroz stečajni postupak; da obaveza države da će radnicima izvršiti uplatu doprinosa za socijalno osiguranje u skladu sa zakonom ne oslobađa podnosioca predstavke statusa "žrtve"; da država mora biti odgovorna za izvršenje odluka i za preduzeća koja se nalaze u društvenom vlasništvu; da sud po službenoj dužnosti bez obzira na regulativu Zakona o izvršnom postupku može da promeni sredstvo izvršenja; da se podnositeljke predstavke ne mogu smatrati nesavesnim zato što nisu obavestile opštinski sud da na računu dužnika nema sredstava i da one nisu morale da traže tu informaciju od Narodne banke; i da se kašnjenje u izvršenju presude može opravdati samo posebnim okolnostima, ali to ne sme biti tako da ugrožava suštinu prava zaštićenog prema članu 6. stav 1. EK; bez obzira da li je dužnik privatni ili društveni akter na državi je da preduzme sve neophodne mere da se pravnosnažna sudska presuda izvrši kao i da pri tome obezbedi delotvorno učešće njenog celog aparata; da je odnos između suda nadležnog za izvršenje i Narodne banke interni odnos između "dva Vladina tela" i da je kao takav van uticaja podnositeljki predstavki; da bez obzira što Narodna banka "možda" nema obavezu po domaćem zakonu da obaveštava sud nadležan za izvršenje o stanju sredstava na bankarskom računu dužnika u pitanju, jasno je da je ona mogla tražiti pokretanje stečajnog postupka mnogo ranije; da nije bilo razloga zbog koga bi podnositeljke predstavke tražile od Narodne banke najnovije podatke o navedenoj uplati sa bankarskog računa samo da bi se ispunila praznina u komunikacijama između "dva ogranka Vlade" da država ne može da navede ni nedostatak sopstvenih sredstava ni nedostatak sredstava dužnika kao izgovor za neizvršenje o kome je reč. Zbog toga sud zaključuje da je došlo do povrede člana 6. stav 1. EK ali istovremeno i povrede prava na imovinu koji je garantovan članom 1. broj 1 Protokola. Pored nematerijalne štete koja se kreće u iznosu od 800 do 1.600 evra Evropski sud dosuđuje i materijalnu štetu u iznosima koji su dosuđeni ranijim pravnosnažnim presudama redovnog suda po domaćem pravu koje nisu izvršene.

U pogledu razumnog roka Evropski sud dalje ističe da "hronična" prenatrpanost i zaostajanje sa predmetima nije valjano objašnjenje za prekomerno odlaganje postupka. Odredba člana 6. stav 1. EK nameće državi dužnost da organizuje sudski sistem na takav način da njihovi sudovi mogu ispuniti svaki njihov zahtev uključujući obavezu da se predmeti završe u razumnom roku (Mikuljanec i drugi).

Iz izloženog se može zaključiti da se "radničke presude" moraju izvršavati i da odlaganje ne može ići u nedogled; izvršenje se sprovodi po službenoj dužnosti bez obzira na predložena sredstva izvršenja; nedostatak sredstava nije razuman razlog za neizvršavanje sudske odluke; bez obzira na ustavnost ili zakonitost akata javne vlasti priznato pravo iz tih akata važi za sve; ugovori (sporazumi) zaključeni između poslodavaca i radnika bez obzira na promenu rukovodstva (statusne promene) i proceduralne greške moraju se poštovati (letačko osoblje).

PRAVO NA PRAVIČNO SUĐENJE
U PRAKSI USTAVNOG SUDA

U zaštiti prava na rad (član 60. Ustava), prava na štrajk i drugih socijalnih prava uočava se da Ustavni sud postupa u skladu sa praksom Evropskog suda. Ali za razliku od Evropskog suda koji ne poništava sudske odluke već utvrđuje povredu prava i dosuđuje naknadu nematerijalne, a ređe i materijalne štete i u radnopravnoj (socijalnoj) materiji uglavnom se bavi tzv. nedoslednom sudskom praksom (arbitrarnim postupanjem), nerazumnim rokom pred redovnim ili specijalizovanim sudovima i diskriminatorским postupcima države (rezervisti, isplata penzija, gde povredu prava čine drugi državni organi¹⁴) Ustavni sud poništava sudske odluke i posle izmena Zakona o Ustavnom sudu koji mu to zabranjuje.

Naime, po članu 89. stav 2. sada važećeg Zakona o Ustavnom sudu ("Sl. glasnik RS" 99/11) "kad Ustavni sud utvrdi da je osporenim pojedinačnim aktom ili radnjom povređeno ili uskraćeno ljudsko ili manjinsko pravo i sloboda zajamčena Ustavom, može poništiti pojedinačni akt osim sudske odluke...". Bez obzira na izmene Ustavni sud i dalje praktično poništava sudsku odluku iako sintagmu "poništava se" ne koristi, naređujući da se ponovi postupak po službenoj dužnosti, a nekada i u najkraćem roku. On potpuno ignoriše procesna izmenjena pravila iz Zakona o parničnom postupku o kome odluka Ustavnog suda kojom je utvrđeno postojanje povrede ljudskog ili manjinskog prava predstavlja razlog za ponavljanje postupka (član 422. stav 11. a sada član 426. tačka 12. ZPP). U pravno organizovanoj zemlji (vladavina prava), imajući u vidu opravdanu zapovest zakonodavca da se odluke Ustavnog suda moraju poštovati, adresat na koga se odnosi odluka izvršiće je sam. U suprotnom ako to ne učini oštećeni ima pravo da podnese predlog za ponavljanje postupka i svoje pravo ostvari.

Nužna je dopuna Zakona o Ustavnom sudu jer se u postupku po ustavnoj žalbi, za razliku od Evropskog suda, "druga strana ne čuje" (ne dostavlja joj se ustavna žalba radi odgovora, niti se obaveštava o pokrenutom postupku).

Čitanjem odluka Ustavnog suda, čini se da Ustavni sud, ne samo u radnim sporovima, preispituje pravilnost sudskih odluka, kako u pogledu utvrđenog činjeničnog stanja tako i u pogledu pravilne primene materijalnog prava iako je to po tzv. Hekovoj formuli¹⁵ nadležnost "stručnih sudova".

Tako iz objavljenih odluka, a i referata¹⁶ utvrđujemo da Ustavni sud analizira "nesavestan rad", konstatujući da se "osporene presude zasnivaju na ustavno

¹⁴ Predmeti Vučković i Grudić.

¹⁵ Po teoriji nemačkog sudije Heek, "stručni sudovi" utvrđuju činjenično stanje, i ispituju pravilnost primene materijalnog prava.

¹⁶ Dr Dragiša B. Slijepčević: "Ustavna žalba u sferi radnih odnosa", Glosarijum, br. 4/2011.

prihvatljivom tumačenju merodavnog materijalnog prava koje je primenjeno na činjenično stanje”; “da su redovni sudovi dali jasne razloge prilikom obrazlaganja svog pravnog stanovišta”; “da Pravilnik o disciplinskoj odgovornosti zaposlenih nije jedini izvor prava u domenu disciplinske odgovornosti (Už 1200/2008)”; “da opšti akt koji nije objavljen nije ni stupio na snagu u skladu sa Ustavom ne može proizvoditi pravno dejstvo i predstavljati izvor prava, pa ni osnov za donošenje pojedinačnih akata (Už 310/07)”; “da disciplinski postupak sa parnicom predstavlja celinu i da je tužiocu pravilno otkazan ugovor o radu jer je donošenjem pravnosnažne sudske odluke nestao pravni osnov po kome je podnosilac ustavne žalbe vraćen na rad (Už 1228/09)”; “da otpremnina predstavlja oblik “pravne zaštite” pa u slučaju kad je isplaćeno manje od zakonom određeno bez obzira na odricanje ili zaključenje ugovora o regulisanju međusobnih odnosa prestanak radnog odnosa je nezakonit (Už 53/07 i Už 143/07)”; “da su stavovi Vrhovnog suda Srbije i nižestepenih sudova koji se odnose na pravnosnažno presuđeni deo zahteva u pogledu postojanja radnog odnosa “kontradiktorni i nejasni” (Už 32/08)”; “da Zakon o unutrašnjim poslovima (ranije važeći) sadrži mane “jer ne rešava slučaj šta se dešava sa zaposlenim koji je pravnosnažno oslobođen od optužbe”;” i da su okružni sud, a i Vrhovni sud “propustili da ispituju i ocene okolnosti pokretanja krivičnog postupka; i okolnosti odustanka javnog tužioca; čime bi ispitali da li je za prestanak radnog odnosa postojao jasno određen i opravdan razlog... koji bi služio interesima javne službe” (Už 753/2008)”.

Osvrnimo se ukratko na stavove Ustavnog suda u pogledu otpremnine i radnopravnog statusa policajaca koji su otpušteni iz službe zbog pokrenutog krivičnog postupka u toku trajanja službe.

U pogledu otpremnine Ustavni sud osim izloženog zaključuje da “iako je osporena presuda okružnog suda doneta nakon stupanja na snagu Ustava, drugostepeni sud je povredio pravo podnosioca ustavne žalbe na pravnu zaštitu... jer je prihvatio stanovište prvostepenog suda da je osporenim izjavom podnosilac ustavne žalbe izvršio otpust duga prema poslodavcu... što nije mogao učiniti jer se tih prava zaposleni nije mogao odreći”.

Čini se da se ovo stanovište osnovano može kritikovati.

Izjavu o odricanju otpremnine zaposleni je dao 2001. godine kada raniji republički Ustav nije sadržavao normu o nemogućnosti odricanja od vršenja ekonomsko-socijalnih prava. To pravilo ne sadrži ni revidirana Socijalna povelja ratifikovana 2009. godine. Primenjujući novi Ustav na ranije zasnovane odnose povređen je princip zabrane retroaktivnosti sadržan u članu 197. novog Ustava. Ulazeći u “prošlost” Ustavni sud je postupao kao Evropski sud u slučaju povrede člana 6. EK i naknade štete zbog suđenja u “razumnom roku”. Izjednačavanje ove dve situacije nije umesno, jer se kod suđenja koje dugo traje analizira pravna si-

tuacija koja je u toku i zbog toga je moguća primena Konvencije bez obzira što je postupak započeo pre njene ratifikacije. Ali u slučaju odricanja od naplate dospelog potraživanja situacija je svršena momentom davanja izjave ili zaključenja ugovora. To nije situacija u toku i zato se na nju ne mogu primeniti pravila novog Ustava koja nisu bila na snazi u momentu kad je zaključen ugovor o oprost duga. Utvrđujući povredu prava vređa se opšte važeći princip da se punovažnost ugovora i uopšte punovažnost izjave volje ceni prema momentu zaključenja ugovora odnosno davanja izjave. No i pod uslovom da je pravni odnos nastao u vreme važenja novog Ustava, izjava o odricanju od otpremnine ne ulazi u pojam "odricanja od pravne zaštite". Pravna zaštita predstavlja pravo subjekta na tužbu, prigovor i druge alternativne vidove zaštite koje objektivno pravo priznaje (sudska zaštita, inspekcijaska, zaštita Agencije za mirno rešavanje sporova, arbitraža, sindikalna zaštita i interna zaštita). Svemu treba dodati da Evropski sud u više odluka priznaje punovažnost izjava (odricanja) od novčane naknade koje su date pred organima poslodavca ili u postupcima pred sudom. Zbog toga odricanje od naplate novčanog potraživanja koje je učinjeno po ugovoru sa poslodavcem ne predstavlja odricanje od prava već oprost duga po članu 344. ZOO.

U drugom primeru Ustavni sud je utvrdio povredu prava na pravično suđenje (član 32. Ustava) iako je sudska taksa redovnih sudova u tumačenju pravila sadržanog u članu 34. u vezi člana 45. ranije važećeg zakona o unutrašnjim poslovima (otput policajaca iz državne službe zbog pokrenutog krivičnog postupka po službenoj dužnosti) bila dosledna i jednobrazna u trajanju dužem od 10 godina. Više godina je Građansko odeljenje ranijeg Vrhovnog suda ukazivalo i zakonodavcu i tadašnjim ustavnim sudovima na nepravilnost takvog zakonodavnog rešenja naročito u slučaju kada u krivičnom postupku zaposleni bude pravosnažno oslobođen ili optužba bude odbijena. I pre 2000. godine, a i kasnije Ustavni sudovi su odbijali inicijativu za ocenu ustavnosti tih odredbi. Vrhovni sud je poštovao "strog zakon" i dosledno ga primenjivao odbijajući revizije tužilaca, pa nije jasno u čemu se sastoji povreda prava na pravično suđenje (Vrhovni sud se ne bavi činjeničnim već samo pravnim pitanjima).

PREDLOZI

Imajući u vidu da je sudska praksa okosnica "pravičnog suđenja" i da njena nedoslednost, protivurečnost i kolebljivost uzrokuje povredu prava iz člana 6. (arbitrarno postupanje) to je zadatak svih sudova (svih nivoa) da ulože napore u cilju ostvarenja jednakosti i jednakog postupanja u pogledu svih lica koja se nalaze u istoj činjeničnoj i pravnoj situaciji (a gde nije nužna individualizacija slučaja a naročito zbog ispitivanja unutrašnjih psiholoških stanja) u celokupnom gra-

đanskom pravu (ne samo radnom). Načelni pravni stavovi Vrhovnog kasacionog suda treba zvanično (po zakonu) da postanu izvor prava. Pravni stavovi i zaključci Građanskog odeljenja predstavljaju obavezu za veća u okviru odeljenja i zvanično nisu izvor prava. Oni svojom argumentacijom treba da “ubede” nižestepene sudove o valjanosti stanovišta. U slučaju takozvanih “novih” predmeta prvostepeni sudovi imaju više opcija: da posle prijema odgovora na tužbu i utvrđenja da postoji više sporova iskoriste institut takozvanog spornog pravnog pitanja) ili da presude jedan “pilot” predmet i sačekaju ishod postupka pred višim sudom. Nužna je suštinska afirmacija tzv. “posebne revizije” bez posrednika u pogledu njene dopuštenosti. U uslovima kompjuterizacije treba upotrebljavati elektronsku komunikaciju između prvostepenih sudova, razmeniti mišljenja i eventualno izvršiti koncentraciju predmeta kroz primenu pravila o delegaciji predmeta od strane najvišeg suda. Ogleđajući se na praksu Evropskog suda revizijske odluke, u uslovima ograničene dozvoljenosti revizije zbog visokog cenzusa i određene vrste predmeta bi trebale biti obavezne za sve. To podrazumeva da se u okviru sastava najvišeg suda moraju poštovati stavovi i zaključci odeljenja i da sve sporne odluke pre ekspedicije moraju biti razmatrane na sednici odeljenja a zatim objavljene. U slučajevima takozvanih masovnih sporova kada je za neke tužioce revizija dozvoljena a za neke nije, bez obzira na njihov samostalni status (svaki formalni suparničar je posebna stranka) revizijskom odlukom je nužno radi istovrsnog presuđenja obuhvatiti sve tužioce i dozvoliti kroz institut “takozvane posebne revizije” reviziju i onim tužiocima kojima po ZPP revizija inače ne bi bila dozvoljena zbog vrednosnog limita. U slučaju izmene prakse Vrhovnog suda a radi smanjenja broja predstavki pred Evropskim sudom i Ustavnim sudom nužno je dopuniti pravila o ponavljanju postupka i u svim tim slučajevima dozvoliti ponavljanje parničnog postupka. Takođe je nužno raditi na stalnoj specijalizaciji sudija za radne sporove, preispitati mrežu sudova i sudsku sistematizaciju i po potrebi, naročito odeljenjima za radne sporove povećati broj sudija, utvrditi “sudijske norme” i povećati efikasnost u presuđenju.

ZAKLJUČAK

Sumarno sam i u kratkim crtama izneo probleme u vezi dva najčešća i najspornija elementa pravičnog suđenja (nedoslednosti srpske sudske prakse – arbitrarno postupanje i efikasnosti sudova – kršenja razumnih rokova u radnim sporovima) kroz praksu Evropskog suda za ljudska prava i Ustavnog suda Srbije; suštinsku povezanost materijalne i formalne pravde i različita tumačenja u praktičnoj primeni prava. Naglasio sam potrebu stalnog usavršavanja organizacionog i sudskog procesnog prava, a naročito jačanja instituta tzv. “posebne revizije”, nuž-

nosti češćeg korišćenja suđenja u takozvanim “pilot predmetima” i mogućnost ponavljanja pravnosnažno okončanog postupka (dopuna ZPP) u slučajevima izmene prakse od strane Vrhovnog kasacionog suda, kao i nužnost preciziranja i dopune Zakona o Ustavnom sudu, sve u cilju jednobrazne primene prava, jačanja i očuvanja ljudskih prava.

PREDRAG TRIFUNOVIĆ

Judge of the Supreme Court of Cassation

FAIR TRIAL IN LABOR DISPUTES

Summary

In the article, I briefly presented problems related to two most common and contentious elements of a fair trial (inconsistency of case law – arbitrary conduct and efficiency of courts – failure to perform in a reasonable time in labor disputes) through the European Court of Human Rights and Constitutional Court practice; fundamental connections between substantial and formal justice and different interpretations in practical application of the law. I emphasized the necessity for continuous education on organizational and judicial procedural laws, especially strengthening of so called “special review”, the necessity of more frequent use in “pilot cases” and possibility of repeating the procedure in final cases (supplements to the Law on Civil Procedure) when court practice changes, as well as the need for supplements to the Law on the Constitutional Court with the aim to strengthen and preserve human rights.

TODOR KALAMATIEV,
ALEKSANDAR RISTOVSKI

PARTICIPACIJA RADNIKA U SAVREMENIM INDUSTRIJSKIM ODNOSIMA

U V O D

Pokušaj da se minimalizuju ekonomske, socijalne i klasne razlika između strana u radnom odnosu (bez obzira na njihovu individualnu ili kolektivnu nomenklature), predstavlja *raison d'être* koncepta industrijske demokratije. Ovaj termin, dominantno se upotrebljava u anglosaksonskim pravnim sistemima i čine ga industrijski odnosi kao odnosi u kojima participiraju socijalni akteri. Industrijski odnosi, mogu da se posmatraju sa šireg i užeg aspekta. Prvenstveno, u okvirima šireg tumačenja, oni obuhvataju sve odnose i interakcije između radnika i poslodavaca. Predmet regulisanja industrijskih odnosa su svi aspekti radnih odnosa, uključujući i ljudske resurse, individualne odnose između radnika i poslodavaca, kao i odnose između sindikata i uprava preduzeća. U savremenim uslovima, značenje i obim industrijskih odnosa je specifikiraniji i restriktivniji. Industrijski odnosi se svode jedino na ulogu sindikata i poslodavaca u procesu kolektivnog pregovaranja, kao i ostali aspekti učešća radnika u regulisanju radnih odnosa.

Savremena teorija poznaje i druge, dopunske definicije pojma industrijskog odnosa. Industrijski odnos, može se definisati kao institucionalizovani društveni odnos koji se uspostavlja između tri glavna aktera: interesne organizacije ili udru-

Dr Todor Kalamatiev, profesor Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi" u Skoplju.

Mr Aleksandar Ristovski, asistent Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi" u Skoplju.

ženja radnika (sindikata); poslodavce i njihove interesne organizacije ili udruženja i države.¹ Ovako posmatrani, industrijski odnosi generišu kompleksan sistem odnosa između aktera i istovremeno se reflektuju kako na privatni tako i na javni sektor.

Nadalje, oni predstavljaju multidimenzionalni pojam, u čijoj osnovi se susreću objektivni i pravni elementi. Objektivna sadržina se odnosi na ekonomske, političke, sociološke i psihološke premise, dok pravna sadržina se svodi na pozitivne propise i ostale akte kojima se regulišu industrijski odnosi. Ipak, osnovni karakter savremenih industrijskih odnosa predstavlja njihova kolektivnost. Otuda, prema pojedinim autorima, industrijski odnosi su više kolektivni negoli individualni i više formalni nego neformalni odnosi. Oni predstavljaju ekonomsko-tržišne i međuljudske odnose pravne i vanpravne prirode, koji su neraskidivo povezani sa radom radnika.²

Industrijski odnosi u kontinentalnom pravu su deo od tzv. kolektivnog radnog prava, a prava i obaveze koje proizilaze iz industrijskih odnosa su inkorporirane u okviru kolektivnih prava iz radnog odnosa. Obim savremenih industrijskih odnosa se svodi na sve oblike interakcije između socijalnih partnera koji su uključeni u kolektivno pregovaranje i zaključivanje kolektivnih ugovora, kolektivnih akcija (štrajk i lokaut) i drugih načina rešavanja kolektivnih radnih sporova, kao i participaciju radnika u upravljanju preduzećem. Participacija radnika, predstavlja i centralno mesto u savremenim industrijskim odnosima, čiji *ratio* pretpostavlja saglasan interes sve tri strane socijalnog dijaloga.

RADNIČKA PARTICIPACIJA

Pojam radničke participacije

Participacija može da se tretira kao generički pojam, koji obuhvata široku paletu aktivnosti radnika počevši od prava na informisanje, konsultovanje i zajedničko odlučivanje (saodlučivanje), a nastavlja se sa kolektivnim dogovaranjem i konačno sa garancijama uključivanja radnika u organe upravljanja društvom.

Različiti procesi koji su uključeni u okvire radničke participacije, impliciraju i posmatranje ovog instituta sa povećanom pažnjom. Naime, radnička participacija može da se definiše u užem i širem smislu. U širem smislu, radnička participacija garantuje pravo zaposlenih na učestvovanju u različitim procesima, kao što su informisanje, konsultovanje ili zajedničko odlučivanje. Preko ovih procesa, predstavnici radnika mogu da deluju na odluke koje se donose u okviru trgovač-

¹ Svjetlana Šokčević, *Industrijska demokracija i zaštita na radu*, TIM press, Zagreb 2006, str. 60.

² Anton Ravnic, *Osnove Radnog Prava – domaćeg, usporednog I međunarodnog*, Pravni fakultet u Zagrebu, Odsjek 1. Industrijski odnosi I radno pravo, Zagreb 2004.

kih društava. Istovremeno, radnička participacija generiše i obavezu poslodavaca. Poslodavci, imaju obavezu da podele pravo na odlučivanje sa radnicima, odnosno da uključe radnike u proces donošenja odluke i da im omoguće vršenje nadzora na preuzetim poslovnim aktivnostima.³ U užem smislu, radnička participacija predstavlja pravo radnika da učestvuju u upravljanju trgovačkim društvima, preko imenovanja ili izbora svojih predstavnika čija funkcija je da zastupaju radnike u upravljanju, odnosno kroz nadzorne odbore trgovačkih društava.⁴

Posebno, postavlja se pitanje o odnosu između radničke participacija shvaćene kao procesa uključivanja radnika u proces donošenja odluka i kolektivnih pregovora. Kolektivno pregovaranje i zaključivanje kolektivnih ugovora predstavlja jedan od najbitnijih instituta radnog prava. Kolektivno pregovaranje, tradicionalno predstavlja aktivnost koju sprovodi sindikat. Ipak, u savremenim industrijskim odnosima kolektivno pregovaranje ne predstavlja jedini mehanizam kroz koji radnici mogu da kanališu svoje stavove i interese prema poslodavcu.⁵ Pravo na informisanje i konsultovanje, postaje sve značajniji mehanizam uključivanja radnika u poslovnu politiku preduzeća. Pri tome, pravni sistemi verifikuju diskreciju u odnosu na strukturu nosilaca prava na informisanje i konsultovanje, pri čemu se sindikalne organizacije javljaju samo kao jedan od mogućih učesnika. Balansiranje socijalne moći u uređivanju radnih odnosa između radnika i poslodavca kroz kolektivno pregovaranje, štiti se zagarantovano pravo na štrajk. Ipak, za razliku od osnovnog cilja kolektivnog pregovaranja koje se svodi na uređivanje statusnih aspekata radnika u okviru radnih odnosa, kod participacije dominiraju organizaciono – nadzorni aspekti. Dok su kolektivni pregovori usmereni ka dogovornom uređenju uslova rada i odnosa između industrijskih aktera, radnička participacija se fokusira na nadzor i kontrolu stečenih prava i ovlašćenja radnika. Pravo na informisanje, konsultovanje i zajedničko odlučivanje predstavlja deo mehanizma kojim se uravnotežava moć koju nosi odlučivanje u participaciju, koja kreira socijalni mir kod radnika ali i generiše ekonomske prednosti poslodavca.

Uslovi i okolnosti u kojima funkcioniše radnička participacija

U poslednjih 20 godina, svet se suočava sa velikim i nepredvidim promenama u najvećim ekonomijama. Promene proizilaze iz uvođenja novih informacionih tehnologija, deregulacije tržišta robe i usluga i tržišta rada, umanjivanje

³ Svjetlana Šokćević, *Industrijska demokracija i zaštita na radu*, TIM press, Zagreb 2006, str. 60.

⁴ Ibid

⁵ A.C.L Davies, *Perspectives on Labour law*, Second edition, Cambridge University Press, 2009, page 176.

troškova proizvodnje i globalni rast uslužnih delatnosti. Suštinske promene u fizionomiji globalnih tržišta nadopunjenu sa uvećanom tražnjom za boljim kvalitetom, podstičući poslodavce da pronađu efikasnije i fleksibilnije metode proizvodnje.⁶ Suočavajući se sa novim okolnostima, industrijski akteri se fokusiraju na pronalaženje novih metoda i načina saradivanja, koji će se pojaviti kao kompromisno rešenje između različitih interesa i pristupa. Vlade moraju da balansiraju između potrebe konkurentnosti ekonomije i blagostanja njenih građana. Poslodavci imaju interes za efikasnijom proizvodnjom i svesni su činjenice da mehanizam realizacije njihovih interesa se sastoji u kvalitetu i sposobnosti njihovih radnika. Otuda, prepoznaje se i uloga i značenje radničke participacije. Prednosti i nedostaci radničke participacije mogu da se posmatraju sa više aspekata.

Sa *ekonomskog aspekta* najčešće se navode dva relativno različita argumenta u funkciji podrške participacije radika.⁷ Prvenstveno, radnička participacija utiče na sposobnost preduzeća da održi postojeću radnu snagu. Efekti radničke participacije (dominantno kroz pravo na informisanje i konsultovanje radnika sa upravom preduzeća) se locira u okvirima umanjivanja troškova koji proizilaze od zapošljavanja/prestanka radnih odnosa radnika, odnosno tzv. "fluktuacija radne snage". Uvećavanje fluktuacije radne snage, izaziva uvećavanje direktnih i indirektnih troškova poslodavaca. Direktni troškovi proizilaze iz dopunskih prestacija pri prestanku radnog odnosa koje propisuje radno zakonodavstvo, kao što su otpremnina i otkazni rokovi.

Pored direktnih troškova koji su povezani sa prestankom radnog odnosa, u praksi poslodavci se susreću i sa direktnim troškovima koji proizilaze iz zasnivanja radnog odnosa novih radnika. Među njima se ubrajaju troškovi vezani za oglašavanje potreba za novim radnicima, sprovođenje intervjua za zasnivanje radnog odnosa, kao i troškovi za obuku novoregrutovanih radnika. Indirektni troškovi poslodavaca su u vezi sa smanjivanjem proizvodnje i poslovnih aktivnosti, kao i tranzitno uvođenje prekovremenog rada u funkciji dopunjavanja umanjenog broja radnika. U ovakvim okolnostima, sve češće se naglašava uloga radničke participacije koja doprinosi umanjivanju direktnih i indirektnih troškova preduzeća.

Pravo na informisanje i konsultovanje, kao jedno od osnovnih prava koja proizilaze iz radničke participacije stvara mehanizme saradnje i komunikacije između radnika i uprava preduzeća. Ukoliko postoji radnička participacija, radnici mogu da kanališu svoje stavove i sugestije, kao i potencijalno nezadovoljstvo

⁶ Juliette Summers and Jeff Hyman, *Employee participation and company performance – A review of the literature*, University of Aberdeen 2005.

⁷ A.C.L Davies, *Perspectives on Labour law*, Second edition, Cambridge University Press, 2009, page 184.

ka upravi preduzeća, odnosno poslodavcu. Otuda, tzv. “efekt podele” bi zamenio “efekt napuštanja”, a time bi se i umanjili troškovi fluktuacije rada.⁸

Nadalje, radnička participacija može da uveća produktivnost preduzeća, preko mehanizma akumuliranja ideja i stavova radnika za poboljšanje radno-proizvodnih procesa. Predstavnici radnika (bez obzira da li se pojavljuju u funkciji sindikalnih predstavnika, radničkih saveta ili slično) predstavljaju “most komunikacije” između dva industrijska aktera.

Pored ekonomskog *ratia* prethodnih argumenata koji upućuju na logičnu opravdanost za uvođenje radničke participacije, smatra se da uspostavljanje zakonskih okvira za imperativnu primenu radničke participacije je neophodno za sveobuhvatnu primenu ovog mehanizma. Zakonske garancije prava na radničku participaciju mogu da razreše veće dileme. One bi mogle da edukuje i sankcionišu poslodavce, koji ne mogu da shvate ekonomsku opravdanost od uvođenja ovih mehanizama. Konačno, pozitivnopravna determinisanost radničke participacije bi proizvela i zaštitu od nelojalne konkurencije, za slučaj kada određeni deo poslodavaca ne primenjujući radničku participaciju nema tehničko – administrativne troškove koji proizilaze iz informisanja i konsultovanja, kao ključnih aktivnosti radničke participacije.

Socijalna perspektiva radničke participacije, se ogleda u uvećanju involviranosti radnika u poslovnu politiku preduzeća. Efekti ovakve prakse vode uvećanju izvesnosti i sigurnosti radnika u funkciji zaštite njihovih radnih mesta od arbitrarnosti i volontarizma prestanka radnog odnosa.

Konačno, iz *perspektive države*, radnička participacija predstavlja isključivo povoljni mehanizam za menadžerisanje socijalnim kolfliktima. Posebno, ovaj institut ima funkciju prevencije industrijskih akcija i kolektivnih radnih sporova. Osnovni interes države sa makro ekonomskih aspekata predstavlja uvećanje ekonomske efikasnosti, produktivnosti i konkurentnosti.

Oblici i vidovi radničke participacije

Oblici kroz koje se ostvaruje radnička participacija. – Postoje dva osnovna oblika kroz koja može da se ostvari radnička participacija. Radno pravna teorija, razlikuje direktnu i indirektnu participaciju radnika. Pod *direktnom ili neposrednom radničkom participacijom* se podrazumeva mogućnosti koje uvode poslodavci (menadžment), preko kojih se uspostavlja mehanizam konsultovanja i/ili delegiranja odgovornosti i autoriteta donošenja odluka od strane subordiniranih radnika koji se pojavljuju kao pojedinci ili grupe.⁹ Direktna radnička participaci-

⁸ Upotrebljena terminologija je preuzeta od: A.O. Hirschman, *Exit, Voice and Loyalty* (1970).

⁹ <http://www.eurofound.europa.eu/areas/participationatwork/epoc.htm>.

ja se odnosi na direktno involviranje radnika u kreiranju radnih zadataka, radne organizacije i/ili uslova za rad. Osnovni elementi koji determinišu direktnu radničku participaciju su konsultovanje i delegiranje. Konsultovanje predstavlja instrument radničke participacije preko koga poslodavci (menadžment) ohrabruje radnike da iznose svoja viđenja u odnosu na poboljšanje kvaliteta svakodnevnih radnih aktivnosti, no ipak oni zadržavaju pravo na donošenje odluka. Sa druge strane, delegiranje predstavlja takav vid direktne radničke participacije na osnovu kojeg poslodavci (menadžment) delegiraju radnicima veću diskreciju i odgovornost u organizovanju rada i realizovanju poslovnih aktivnosti.

Teorija razlikuje četiri vida direktne participacije, koji se baziraju na osnovnim modelima konsultovanja i delegiranja i to: individualno konsultovanje, grupno konsultovanje, individualno delegiranje i grupno delegiranje.¹⁰ U okvirima individualnog konsultovanja, susreću se sledeće varijante: "tête – á – tête" pristup direktne participacije, koja se svodi na razmenu mišljenja između pojedinih radnika i rukovodilaca sektora, i "medijativno-direktna participacija", koja priznaje involviranje tzv. treće strane, odnosno savetnika, ombudsmana ili drugog predstavnika, preko kojih se kanališu stavovi i interesi radnika. Grupno konsultovanje kao model direktne radničke participacije, najčešće razlikuje dve posebne forme: direktnu participaciju preko tzv. "privremenih grupa" i direktnu participaciju preko tzv. "stalnih grupa". Prva se odnosi na grupe radnika koji imaju specifičan poslovni cilj za određeni vremenski period. Najčešće, ove grupe rade na konkretnim projektnim aktivnostima ili drugim poslovnim aktivnostima koje po svojoj prirodi su opredeljene na određeno vreme. Za razliku od njih, direktna participacija preko tzv. "stalnih grupa", ima dugoročniji cilj i obuhvata timove radnika koji razmenjuju mišljenja o više heterogenih aspekata rada.

Direktna participacija obuhvata i dve varijacije delegiranja. Individualno delegiranje, kao model direktne radničke participacije utvrđuje uvećana prava, odgovornosti i autonomije radnika u sprovođenju radnih aktivnosti bez kontinuiranog nadzora i kontrole od strane poslodavaca. Kod modela grupnog delegiranja, prava i odgovornosti iz radnih odnosa se delegiraju na grupu radnika čiji cilj je kontinuirana realizacija radnih zadataka bez obaveze konstantnog referisanja i izveštavanja neposredno viših rukovodilaca.

Suštinski, osnovnu karakteristiku direktne radničke participacije predstavlja direktno uključivanje radnika (pojedinačno ili grupno) u proces donošenja odluka, odnosno u vođenju poslovne politike preduzeća/poslodavca. Radno-pravna teorija, ređe se osvrće na direktnu radničku participaciju, zato što ona dominantno predstavlja predmet analize nauke o ljudskim resursima. Ipak, ovaj tip rad-

¹⁰ K. Sisson, *Direct participation and modernization of work organization*, European foundation of living and working conditions, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2000.

ničke participacije postaje sve prihvatljiviji oblik uključivanja radnika, u uslovima fleksibilnosti tržišta rada.

Drugi oblik radničke participacije koji je dominantno priznat u radnom pravu predstavlja *indirektnu radničku participaciju*. Indirektna radnička participacija, najčešće se pojavljuje kod sindikalno organizovanih radnika, odnosno radnika čiji uslovi za rad su obuhvaćeni kolektivnim ugovorom. Indirektna radnička participacija, predstavlja participaciju koja uključuje predstavnike radnika koji se pojavljuju kao članovi radničkog saveta, sindikalnog punomoćnika ili u nekoj drugoj formi. Sam pluralitet formi u kojima se institucionalizuje indirektna radnička participacija upućuje na različite oblike njenog interpretiranja. U nekim zemljama, pravo radnika na participaciju se povezuje jedino sa njihovom sindikalnom organizovanošću. To znači da sindikalne organizacije imaju ključnu ulogu u delegiranju predstavnika radnika koji će sprovoditi integracije koje proizilaze iz indirektna radničke participacije. Ovakav model radničke participacije zabeležen je i u osam zemalja članica EU, to su: Kipar, Danska, Finska, Italija, Litvanija, Malta, Rumunija i Švedska.¹¹

Drugi model, odnosno model indirektna radničke participacije koji je opozitan čistom sindikalnom modelu, utvrđuje uključivanje posebnih tela, tzv. "radničkih saveta", koji se biraju od strane svih radnika, pri čemu zakonodavstvo apstrahuje ulogu sindikata pri uticanju i izboru na predstavnike u ova tela. Ovakav model radničke participacije, poznaju četiri zemlje članice EU, to su: Austrija, Nemačka, Luksenburg i Holandija.¹² Konačno, treći ili tzv. "dualistički model" radničke participacije, se sastoji iz radničkih predstavnika koji su nezavisni u odnosu na sindikat i predstavnika sindikalnih organizacija radnika koje deluju kod određenog poslodavca.¹³ Dualistički model indirektna radničke participacije se sreće u sledećim zemljama članicama EU: Belgija, Češka, Francuska, Grčka, Mađarska, Norveška, Poljska, Portugalija, Slovačka, Slovenija i Španija.¹⁴

Vidovi radničke participacije. – Radno–pravna teorija utvrđuje dva tipa radničke participacije: participacija vezana sa procesom rada (work related participation) i finansijska participacija (financial participation).¹⁵ Prema drugim izvorima, radnička participacija ima heterogeniju formu i pojavljuje se kroz sledeće

¹¹ Slični sistem imaju i Bugarija, Estonija, Irska, Latvija i Velika Britanija, ali novele njihove radne legislative dopunjuju radničku participaciju uključivanjem radničkih saveta.

¹² Izvor: <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Across-Europe/Workplace-Representation2>

¹³ Svetlana Šokčević, *Industrijska demokracija i zaštita na radu*, TIM press, Zagreb 2006, strana 68.

¹⁴ Izvor: <http://www.worker-participation.eu/National-Industrial-Relations/Across-Europe/Workplace-Representation2>.

¹⁵ Juliette Summers and Jeff Hyman, *Employee participation and company performance – A review of the literature*, University of Aberdeen 2005.

institutima: radnička participacija povezana sa procesom rada (work related participation); radnička participacija u upravama društava (board – level participation); radnička participacija u evropskim društvima, prvenstveno preko tzv. evropskih radničkih saveta (European – level representation); radnička participacija u funkciji zdravlja i bezbednosti rada (health and safety at work participation) i finansijska participacija radnika (financial participation).¹⁶

Koncept “*radničke participacije u upravama društava*”, obuhvata predstavnike radnika koji učestvuju u upravnim ili nadzornim odborima, ili odborima direktora društava, u zavisnosti od sistema upravljanja koji su predviđeni korporativnim pravom pojedinih zemalja. Predstavnici radnika mogu da budu direktno ili indirektno izabrani od radnika u određenom društvu, odnosno kod poslodavca. Učestovanje predstavnika radnika u upravama društava, predstavlja indirektnu formu radničke participacije. Ona je izraz kolektivnih interesa radnika i razlikuje se od direktne participacije kroz više osnova koji su obuhvaćeni sledećim parametrima: fokusira se kroz celokupnu radnu snagu, a ne samo na pojedine radnike ili grupe radnika; njen osnovni cilj predstavlja povećanje demokratskih imputa u procesu donošenja odluka u kompanijama, a ne povećanje motivacije i posvećenosti radnika, što se javlja kao osnovna funkcija “*radničke participacije povezane sa radnim procesom*”.¹⁷

U najvećem delu ovaj tip participacije je regulisan zakonodavstvom ili kolektivnim ugovorima pojedinih zemalja, a manje jednostranim inicijativama menadžmenta.

Teorija smatra da se radnička participacija u upravama društava razlikuje od ostalih oblika indirektno participacije. Za razliku od radničkih saveta koji se fokusiraju na operacionalizaciju prava na informisanje i konsultovanje na dnevnim osnovama, predstavnici radnika u organima upravljanja društava transformišu interes radnika u ova tela, sa ciljem da učestvuju u strateškoj poslovnoj politici društva koja je od dugoročnog interesa. Ipak, nije moguće kategorično izdvajanje radničke participacije u upravi društava od ostalih formi radničke participacije. Ova argumentacija proizilazi iz činjenice da u najvećem broju slučajeva radnički saveti ili sindikati se javljaju kao tela koja su izabrana od predstavnika radnika koji postaju predstavnici radnika u upravnim ili nadzornim odborima društava.

Radnička participacija u evropskim društvima (prvenstveno preko tzv. evropskih radničkih saveta), generiše pravo na informisanje i konsultovanje radnika na evropskom nivou, u uslovima postojanja transnacionalnih evropskih kompanija koje zapošljavaju radnike iz različitih zemalja članica. Informisanje i konsultovanje radnika preko evropskih radničkih saveta prvi put je regulisano

¹⁶ Podela je preuzeta sa specijalizovane web strane koja se odnosi na radničku participaciju u EU: <http://www.worker-participation.eu>.

¹⁷ <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/1998/09/study/tn9809201s.htm>.

Direktivom o evropskom radničkom savetu 94/95. Zajednica je shvatila da njeno zakonodavstvo može da ima ulogu u regulisanju transnacionalnog dostavljanja informacija.¹⁸ Kompanije pojedinih zemalja članica EU, već su uvele sistem transnacionalnog informisanja i konsultovanja i pre usvajanja ove Direktive. Multinacionalne kompanije Francuske i Nemačke (BSN, Bull, Elf – Aquitaine, Pechiney, Rhon – Poulenc, Saint Gobain, Thomson, Nestlé, Allianz, Volkswagen, Mercedes – Benz) raspolagale su različitim tipovima dogovornih aranžmana za informisanje i konsultovanje na evropskom nivou. Aranžmani su bili pod uticajem osnovnog francuskog modela: zajednički godišnji sastanci uprave sa zaposlenima o trošku poslodavca, na kojima se diskutovalo o informacijama koje uprava dostavlja radnicima u vezi strategije korporacije, finansija i zapošljavanja.¹⁹

Zahtev za formiranje evropskih radničkih saveta (ERS) ili za uvođenje procedure za informisanje i konsultovanje (PIK) se primenjuje samo u trgovačkim društvima ili povezanim trgovačkim društvima na nivou zajednice koji zapošljavaju preko hiljadu radnika i koji imaju barem dve podružnice, odnosno društva koja zapošljavaju najmanje sto radnika u dve različite zemlje članice. Ovakva kategorizacija predviđena je i novom direktivom za evropske radničke savete 2009/38. Osnovni cilj direktive predstavlja omogućavanje radnicima iz različitih zemalja članica koje saglasno korporativno–pravnoj strukturi su zaposleni kod istog poslodavca, da budu informisani o ključnim poslovnim politikama koje tangiraju njihove radnike – pravni status i sigurnost na nivou radnog odnosa.

Radnička participacija u funkciji zdravlja i bezbednosti na radu, predstavlja isključivo značajni aspekt upravljanja u vezi bezbednosti i zdravlja na radu. Poslodavci nemaju soluciju za sve probleme koje proizvode bezbednost i zdravlje na radu. S druge strane radnici i njihovi predstavnici raspolažu svakodnevnim i operativnim informacijama i iskustvima koja su potrebna za prevazilaženje zdravstvenih i bezbednosnih rizika na radnim mestima. Otuda, nužna je saradnja i razmena informacija između subjekata radnih odnosa u funkciji uzajamnog pristupa ka rešavanju problema koje proizvode rizici po zdravlje i bezbednost radnog mesta.²⁰

Radnička participacija u funkciji zdravlja i bezbednosti na radu regulisana je evropskim zakonodavstvom. Direktiva 89/391 predstavlja okvirnu Direktivu koja reguliše zaštitu radnika na radu u EU. Sadržina Direktive inkorporiše i radničku participaciju u odnosu na zaštitu zdravlja i bezbednost radnika. U odnosu na pravo na informisanje, Direktiva utvrđuje da radnici i/ili njihovi predstavnici se upoznaju sa svim neophodnim informacijama u odnosu na rizike po bezbednost i zdravlje na radu, kao i sve zaštitne i preventivne mere i aktivnosti u okviru

¹⁸ Catherine Barnard, *EC Employment Law*, Oxford University Press, page: 708.

¹⁹ Ibid.

²⁰ European Agency for safety and health at work – http://osha.europa.eu/en/topics/worker-participation/index_html#rights.

preduzeća i/ili društva generalno.²¹ Pravo na konsultaciju, se inkorporira u produžetku Direktive 89/391. Otuda, Direktiva nameće obavezu poslodavcima da konsultuju radnike i/ili njihove predstavnike sa ciljem da im omoguće učestvovanje u diskusiji, kao i participaciju u odnosu na sva pitanja vezana sa bezbednošću i zdravlju na radu.²²

Finansijska participacija se definiše kao alternativni oblik u standardnom sistemu plaćanja, koja omogućava radnicima da učestvuju u profitu i poslovnom uspehu preduzeća/poslodavca. Ovaj oblik participacije obuhvata sve modele dopunskog plaćanja (kao dopuna osnovnih plata iz radnog odnosa) i uključuje varijabilni deo na prihod radnika koji je uslovljen i direktno povezan sa profitom ili ostalim pozitivnim performansama poslodavca.²³ Teorija poznaje dva osnovna oblika finansijske participacije radnika: podela profita i učestvovanje radnika u vlasništvu na udelu/akciji društava.²⁴

Participacija u vezi procesa rada (work – related participation) predstavlja najeksploatisaniji oblik radničke participacije. U njoj su integrisana osnovna prava na informisanje, konsultovanje i zajedničko odlučivanje. Otuda, radnička participacija vezano sa radnim odnosom, mogla bi da se izjednači sa radničkom participacijom u širem smislu te reči.

PRAVO NA INFORMISANJE, KONSULTOVANJE I ZAJEDNIČKO ODLUČIVANJE

Pravo na informisanje, konsultovanje, a u određenim zemljama i zajedničko odlučivanje predstavlja osnovno pravo koje proizilazi iz radničke participacije, bez obzira na to da li se radnička participacija realizuje preko radničkih saveta ili drugih formi indirektnog predstavljanja radnika. U okviru prava Evropske unije, radnička participacija predstavlja jedan od najfragmentarnijih instituta, koji se nalazi u više različitih akata. Suštinski akti koji regulišu ovu oblast iz socijalnog *aquis* EU su: Direktiva za uspostavljanje mera za poboljšanje zdravlja i bezbednosti radnika na radnom mestu (89/391/ES); Direktiva o evropskim radničkim savetima (2009/38/ES); Direktiva o uključivanju radnika u evropsko društvo (2001/86) i Evropska okvirna direktiva za informisanje i konsultovanje (2002/14/ES). Pored ovih opštih direktiva, zakonodavstvo EU beleži i druge, posebne direktive koje instrumentalizuju pravo na informisanje i konsultovanje u specifič-

²¹ Član 8 Direktive EU 89/391.

²² Član 10 Direktive EU 89/391.

²³ S. Rizzo and D. Borg Carbott, *Financial participation of employees in Malta*, Bank of Valletta Review, no. 34, Autumn 2006.

²⁴ Juliette Summers and Jeff Hyman, *Employee participation and company performance – A review of the literature*, University of Aberdeen 2005.

nim okolnostima. U ovom delu treba istaći: Direktivu za kolektivno otpuštanje (98/59); Direktivu za insolventnost poslodavca (80/987) i Direktivu za prenos preduzeća (2001/23).

Pravo na informisanje

Po svom intenzitetu pravo na informisanje predstavlja “najmekše” pravo koje je sadržano u okviru radničke participacije. Evropska okvirna direktiva 2002/14, pod informisanjem podrazumeva prenos podataka na osnovu kojih poslodavac omogućava predstavnicima radnika upoznavanje sa poslovnim informacijama koji su predmet njihovog interesa.²⁵ U teoriji pod pravom na informisanje se podrazumeva obaveza ovlašćenog subjekta ili organa trgovačkog društva da u određenom vremenskom periodu, na prikladan način i prikladnom sadržinom omogući predstavnicima radnika da steknu saznanja sa podacima o poslovnoj politici društva i njegovim poslovnim jedinicama, koja će omogućiti radnicima bolje sagledavanje i procenu situacije, kao i pripremanje za razmenu mišljenja sa nadležnim telima uprave ili društva.²⁶ Pravo na informisanje može da se ilustruje kao “jednosmerno pravo” radnika da budu informisani. Pravo na informisanje može da se odnosi na: poslovni progres društva, strukturne promene koje bi bile od isključivog značaja za sigurnost radnih odnosa (šeme za racionalizaciju troškova, proces rada i fleksibilni aranžmani radnog vremena).²⁷

Sa radnopravnog aspekta, veoma je važan institucionalni mehanizam, kontinuitet i način sprovođenja prava na informisanje. Direktiva 2002/14 utvrđuje da će se obaveza informisanja i konsultovanja radnika primenjivati u zavisnosti od karakteristika zemalja članica, kojima se ostavlja diskreciono pravo da odluče koji institucionalni mehanizam će primeniti. Prvi mehanizam utvrđuje zagarantovano pravo na informisanje i konsultovanje radnika u preduzeću/kod poslodavca koji zapošljava najmanje 50 radnika u jednoj zemlji članici. Drugi mehanizam utvrđuje zagarantovana prava ukoliko preduzeće/poslodavac zapošljava najmanje 20 radnika u jednoj zemlji članici.²⁸ U odnosu na kontinuitet i način informisanja, Direktiva 2002/14 predviđa fleksibilni okvir, prepuštajući utvrđivanje ovog aspekta informisanja nacionalnim legislativama. Direktiva utvrđuje da se informacije distribuiraju u vreme, način i po postupku koji će omogućiti predstavnicima radnika primeren rok za proučavanje sadržine informacija, kao i potencijalne pripre-

²⁵ Član 2 Evropske okvirne direktive 2002/14.

²⁶ Svjetlana Šokćević, *Industrijska demokracija i zaštita na radu*, TIM press, Zagreb 2006, str. 68.

²⁷ M.Carley, A.Baradel and C.Weltz, *Works councils – workplace representation and participation structures*, European foundation for the improvement of living and working conditions, 2002.

²⁸ Član 3 stav 1 Direktive 2002/ 14.

me za konsultovanje u narednim fazama.²⁹ U različitim zemljama postoji različita praksa operativnog sprovođenja prava na informisanje. Pored značenja informisanja, teorija smatra da najprikladniji način informisanja predstavlja informisanje u pismenoj formi.³⁰ Konačno, kada se analizira pravo na informisanje nužno je da se prosledi i obaveza radničkom savetu, odnosno predstavnicima radnika da informišu radnike o svojim aktivnostima i istovremeno da prime njihove predloge i sugestije.³¹

Pravo na konsultovanje

Prava na konsultovanje, identično je kao i pravo na informisanje, okvirno je regulisano Direktivom 2002/14. Otuda, u teoriji, često je teško razlikovati ova dva prava koja proizilaze iz radničke participacije. Generalno, konsultacija može da se definiše kao pravo radnika da budu informisani za unapred planirane aktivnosti uprave, pri čemu oni imaju mogućnost da izraze svoje mišljenje, stav ili sugestije pri sprovođenju konkretnih poslovnih odluka.³² Konsultovanje može da se definiše i kao postupak uspostavljanja i vođenja dijaloga i razmene stavova u određenom periodu između predstavnika radnika s jedne i predstavnika poslodavaca s druge strane, na način koji omogućuje predstavnicima radnika da izraze svoje mišljenje, da sagledaju situaciju i da se pripreme za raspravu sa nadležnim telima u društvu na osnovu prethodno dobijenih informacija.³³ Normativno, pod konsultovanjem se podrazumeva razmena mišljenja i uspostavljanje dijaloga između predstavnika radnika i poslodavaca.³⁴ Za razliku od koncepta informisanja koji predstavlja jednosmeran proces, koncept konsultovanja se javlja kao dvosmerni mehanizam. Ipak, pravo na konsultovanje je uslovljeno pravom na informisanje.

U uslovima zagarantovanog prava na konsultacije, u različitim legislativnim rešenjima, radnička participacija može da se pozicionira kao efikasan instrument u zaštiti individualnih prava iz radnog odnosa radnika koji su povezani sa sigurnošću radnog odnosa, odnosno zaštiti od otkazivanja ugovora o zapošljavanju. Pri ovakvim okolnostima, uloga predstavnika radnika, odnosno radničkih save-

²⁹ Član 4 stav 3 Direktive 2002/14.

³⁰ I.Gović, D. Marinković Drača i D.Milković, *Zakon o radu*, Stega tisak d.o.o, Zagreb, srpanj 2010, str. 498.

³¹ D. Marinković Drača i M.Ruždjak, *Zakon o radu (komentar, primjeri, sudska praksa)*, Poslovno savjetovanje d.o.o Zagreb, listopad 2005, str. 334.

³² M. Carley, A.Baradel and C.Weltz, *Works councils – workplace representation and participation structures*, European foundation for the improvement of living and working conditions, 2002.

³³ Svjetlana Šokčević, *Industrijska demokracija i zaštita na radu*, TIM press, Zagreb 2006, strana 68.

³⁴ Član 2 paragraf g Direktive 2002/14.

ta se svodi na “administrativno-tehnički” pritisak na poslodavce za preispitivanje njihovih odluka za otkazivanje ugovora o zapošljavanju pojedinih radnika. Poslodavac mora da dostavi podatke za najavljene odluke potpuno i blagovremeno, s čim bi omogućio predstavnicima radnika, odnosno radničkih saveta, da daju sugestije i predloge koji bi mogli da utiču na konačni tekst, odnosno ishod odluke. Pojam “blagovremeno” označava da izveštavanje mora da se dostavi na način i u roku koji bi omogućio predstavnicima radnika, odnosno radničkih saveta da zauzmu stav u odnosu na odluku za otkaz u zakonom propisanom roku (obično 8 radnih ili kalendarskih dana). Pojam “potpuno” označava da predstavnicima radnika, odnosno radničkih saveta, mora da se dostave podaci za određenog radnika (ime, starosna granica, podaci o trajanju prethodnog radnog odnosa, zdravstveno stanje i ostali podaci koji su važni za donošenje odluke o otkazu, a koji su poznati poslodavcu).³⁵ U ovakvoj situaciji, obično se govori o otkazu iz ličnih razloga, odnosno otkazu zbog kršenja radnog reda i discipline za koji sleduje otkazni rok. Postupak konsultovanja, bi mogao da se sprovede i u slučaju najavljenih otkaza radi teških povreda reda i discipline na radu, za koji se izriče otkaz bez otkaznog roka, odnosno suspenzija radnika.

Ipak i pored težine i instrumenata koji stoje na raspolaganju radnicima u okviru procesa konsultacije, mora da se naglasi da krajnja odluka je na poslodavcu i donosi se po njegovom ubeđenju. Povreda radnog zakonodavstva bi postojala u slučaju izbegavanja obaveze konsultovanja čiji cilj je razmena informacija, stavova i sugestija. Poslodavac može, no ne mora, da odluči po sugestijama predstavnika radnika, odnosno radničkih saveta. U takvoj situaciji, radnik kome je bio otkazan ugovor o zapošljavanju moći će da ospori odluku o dopuštenosti otkaza pred nadležnim sudom.

Pravo na zajedničko odlučivanje

Pravo na zajedničko odlučivanje, predstavlja najčvršće pravo radničkih participacija. Za razliku od prava na informisanje (koja se javlja kao jednosmerna komunikacija), prava na konsultovanje (koja predstavlja dvosmernu razmenu mišljenja bez obligatornog dejstva po odluke na poslodavca), pravo na zajedničko odlučivanje smanjuje diskreciju poslodavca na autonomno donošenje i sprovođenje određenih odluka koje su predviđene zakonom. U teoriji, zajedničko odlučivanje se definiše kao postupak u kojem predstavnici radnika ne iznose samo svoja mišljenja u odnosu na određena pitanja koja su predmet razmatranja u postupku odlučivanja, već i daju ili oduzimaju saglasnost za odlučivanje. Komplemetarno nacionalnim propisima i praksi, predstavnicima radnika davanje i oduzimanje saglasnosti može da prethodi odluka koju donosi poslodavac, ili pak može da

³⁵ Ibid.

bude dostavljena nakon što radnici donose svoju odluku. U slučaju kada se odluku predstavnika radnika za davanje ili oduzimanje saglasnosti u odnosu na odluku koju je doneo poslodavac dostavlja po primanju odluke od strane poslodavca, odluka poslodavca ne proizvodi pravno dejstvo sve dok je ne potvrde predstavnici radnika. Najčešće, u nacionalnim propisima se predviđa mogućnost poslodavca da nadomesti oduzetu saglasnost sudskom odlukom pred nadležnim sudom.³⁶

Radnopravna teorija, pravo na zajedničko odlučivanje često izjednačava sa pravom na "veto" izrečeno od strane predstavnika radnika. Pravo na zajedničko odlučivanje, sa intenzitetom prava na "veto" je karakteristično za zakonodavstva više zemalja članica EU, među kojima: Austrija, Belgija, Danska, Finska, Nemačka, Italija, Luksemburg, Holandija i Švedska. Komparativna analiza ukazuje da Nemačko radno zakonodavstvo inkorporiše najčvršće i najekstenzivnije propise u odnosu na garanciju prava na zajedničko odlučivanje, predstavnicima radnika. Pravo na zajedničko odlučivanje, se suštinski odnosi na materijalno pravo radnika koje direktno utiče na njihov ekonomsko-sodijalni položaj: uslove rada, promene u investicionom ciklusu poslodavca, promene u metodama i organizaciji rada i proizvodnje, planiranje proširivanja, smanjivanje ili restruktuisanje poslovnih poduhvata.³⁷ Generalno, pravo na zajedničko odlučivanje bi moglo da se dimenzioniše u dva segmenta: pravo na zajedničko odlučivanje u slučaju otkaza i pravo na zajedničko odlučivanje u odnosu na ostala pitanja.

Pravo na zajedničko odlučivanje u slučaju otkaza najčešće se pojavljuje u formi obaveze poslodavca da obavezno pribavi prethodnu saglasnost za otkaz ugovora o zapošljavanju, za određene kategorije radnika. Ključni aspekt prava na zajedničko odlučivanje u slučaju otkaza, predstavlja zaštitu određenih, specifičnih kategorija radnika koji se nalaze u specifičnim statusima ili socijalnom položaju. Otuda, poslodavci u određenim zemljama imaju zakonsku obavezu da zatraže prethodnu saglasnost za otkaz, od predstavnika radnika, odnosno radničkih saveta, za sledeće kategorije radnika: članova radničkih saveta, neizabrani kandidati za članove radničkih saveta, radnici sa umanjenom radnom sposobnošću ili su u neposrednoj opasnosti od invaliditeta, starijih radnika (muškaraca i žena), predstavnika radnika u nadzornim odborima društva, kao i lica koja koriste neka od prava za slučaj bremenosti, rađanja i roditeljstva, za vreme zakonom zaštićenog perioda. Karakteristično je to što u prethodnim slučajevima, poslodavac obavezno traži prethodnu saglasnost od predstavnika radnika, odnosno radničkih saveta za otkazivanje ugovora o zapošljavanju po bilo kom osnovu (lični razlozi, poslovni razlo-

³⁶ Svjetlana Šokčević, *Industrijska demokracija i zaštita na radu*, TIM press, Zagreb 2006, strana 68.

³⁷ M. Carley, A. Baradel and C. Wetz, *Works councils – workplace representation and participation structures*, European foundation for the improvement of living and working conditions, 2002.

zi, otkaz sa ili bez otkaznog roka).³⁸ Kao i kod prava na konsultaciju, predstavnici radnika, odnosno radničkih saveta imaju zakonski propisan rok u kojem se izjašnjavaju na jedan od tri moguća načina: davanje saglasnosti u odnosu na odluku poslodavca za otkaz (pri čemu pre donošenja odluke o saglasnosti, predstavnik radnika, odnosno radničkog saveta mora da bude upoznat sa razlozima za otkaz); oduzimanje saglasnosti u odnosu na odluku za otkaz (pri čemu je poslodavac obavezan da traži izuzimanje odluke koja blokira proces otkazivanja ugovora o zapošljavanju, od strane nadležnog suda) i neizjašnjavanje po odluci poslodavca u propisanom roku (pri čemu će se ćutanje smatrati kao odobravanje).

Drugi segment prava na zajedničko odlučivanje obuhvata ostala pitanja za koja je potrebna prethodna saglasnost predstavnika radnika, odnosno radničkih saveta. U komparativnim zakonodavstvima susreću se obaveze za obavezno zajedničko odlučivanje u slučajevima odobravanja sakupljanja, obrade, korišćenja i dostavljanja podataka trećim licima, o zaposlenim radnicima.

Poslodavac mora da se pridržava prava na zajedničko odlučivanje ukoliko je ono predviđeno pozitivno pravnim propisima. U suprotnom, nepridržavanje bi moglo da izazove ništavost odluke poslodavca, kao i njegovu prekršajnu odgovornost.

Prava na informisanje i konsultovanje predstavnika radnika u Republici Makedoniji

U Republici Makedoniji ne postoji sistemski model radničke participacije, kao ni institucije niti tela izabrana u predviđenom postupku, kao što je slučaj sa radničkim savetima. Ipak se mora istaći introdukcija zakonskih sadržina koje nagoveštavaju iduće promene u pravcu institucionaliziranja ovog modela. Deo tih sadržaja odnosi se na uvođenje pojma "predstavnici radnika". Saglasno zakonu o radnim odnosima³⁹, oni se definišu na način primenjen u zakonima zemalja članica Evropske Unije⁴⁰.

Republika Makedonija, delimično i segmentarno već prepoznaje prava na informisanje i konsultovanje, kao sastavni deo radničke participacije povezane s radnim odnosom. Prioritetnu poziciju u postojećem radnom zakonodavstvu Republike Makedonije nesumnjivo ima Zakon o radnim odnosima, koji prava na informisanje i konsultovanje stavlja u korelaciju sa učvršćivanjem socijalne sigurnosti radnika u slučaju kolektivnih otpuštanja. Dakle, ZRO Republike Makedonije je harmoniziran sa Direktivom EU o kolektivnim otpušanjima 98/59, a delimično i sa Direktivom o informisanju i konsultovanju 2002/14. Ipak, mora se

³⁸ D. Marinković Draća i M. Ruždjak, *Zakon o radu (komentar, primjeri, sudska praksa)*, Poslovno savjetovanje d.o.o Zagreb, listopad 2005, str. 336

³⁹ Zakon za radobnite odnosi, "Služben vesnik na R Makedonija", br. 62/05.

⁴⁰ Zakon za radobnite odnosi, čl. 5, st. 14.

reći, da nisu predviđene odredbe koje bi upućivale na postojanje prava na učešće u odlučivanju. Etabliranje prava na informisanje i konsultovanje, naročito u kontekstu kolektivnih otpuštanja, strukturirana su u Glavi VII "prestanak ugovora o radu putem otkaza od strane radnika i poslodavca", konkretnije regulisano članovima 94-a i 95.

Čl. 94-a, naslovljen "informisanje i konsultovanje radnika" bavi se upravo definisanjem pojmova informisanja i konsultovanja. Pa tako, pod informisanjem radnika se podrazumeva prenos podataka od strane poslodavca predstavnicima radnika da bi ovi mogli da se s njima upoznaju i da ih istraže (st.1). Pod konsultovanjem radnika podrazumeva se razmena mišljenja i uspostavljanje dijaloga između predstavnika radnika i poslodavca (st 2). Što se tiče same sadržine informisanja i konsultovanja, ZRO utvrđuje da će se ovi mehanizmi upotrebljavati odnosno primenjivati u više ekonomsko-socijalnih aspekata, koji su u interesu radnika, kao što su: bliski i predvidljivi trendovi aktivnosti trgovačkog društva, javnog preduzeća kao i drugog pravnog lica ili ustanove i njihovog ekonomskog stanja; struktura i verovatna dinamika zapošljavanja; i za svaku predviđenu meru osobito kada postoje pretnje u pogledu zapošljenja, o odlukama koje mogu dovesti do suštinskih promena u organizaciji rada ili u ugovorenim obavezama. Član 94-a dalje opisno utvrđuje način, sadržinu i vreme u kojima se daju i sprovode informacije i konsultacije. Pri inkorporiranju sadržine Direktive 2002/14 koja delegira diskreciju u odnosu rešenja za uspostavljanje mehanizma za informisanje i konsultovanje saglasno broju zaposlenih radnika, ZRO prihvata opciju rešenja koje predpostavlja viši cenzus. Pri tom se obaveza informisanja i konsultovanja odnosi na trgovačka društva, javna preduzeća, kao i na druga pravna lica koja imaju preko 50 radnika i ustanova sa preko 20 zaposlenih radnika.

Član 95, naslovljen "informisanje i konsultovanje u slučaju kolektivnog prestanka radnog odnosa", pomenuta prava stavlja u korelaciju sa kolektivnim otpuštanjima. Naime, najpre čini napor da definiše termin "kolektivna otpušanja", da bi se zatim osvrnuo na proces informisanja i konsultovanja predstavnika radnika u slučaju kolektivnih otpuštanja s posla. Najzad, poslednji deo ovog člana svodi se na institucionaliziranje uloge službe nadležne za posredovanje prilikom zapošljavanja u slučaju kolektivnih otpuštanja.

I pored toga što se iz navedenog može videti da odredbe sadržane u čl.95 nemaju dovoljno jasnu i preciznu sadržinu, intencija zakonodavca je harmonizacija ove odredbe sa odredbama Direktive 98/59 o kolektivnim otpuštanjima.

ZAKLJUČAK

Radnička participacija, predstavlja kompleksan institut koji beleži više funkcija i karakteristika. U teoriji i zakonodavstvu se beleže više različitih defini-

cija, vidova i oblika preko kojih se operacionalizuje ovaj pojava. Među različitim oblicima radničke participacije susreću se direktna i indirektna radnička participacija. Dok, radnopravna i komparativna legislativa više razrađuje indirektnu, savremene ekonomsko-socijalne politike koje zagovaraju fleksibilnost tržišta rada, otvoreno podržavaju direktnu radničku participaciju. Postoji više različitih vidova radničke participacije. Među njima se izdvajaju: radnička participacija vezana sa procesom rada (work related participation); radnička participacija u upravama društava (board – level participation); radnička participacija u evropskim društvima, prvenstveno preko tzv. evropskih radničkih saveta (European – level representation); radnička participacija u funkciji zdravlja i bezbednosti na radu (health and safety at work participation) i finansijska participacija radnika (financial participation).

Najeksploatisaniji model analize predstavlja radnička participacija vezana za proces rada. Ovaj vid participacije radnika je u direktnoj korelaciji sa pravom na informisanje, konsultovanje i zajedničko odlučivanje kao osnova prava učestovanja radnika u procesu donošenja odluka.

Republika Makedonija sistemski ne predviđa participacije radnika. Radno zakonodavstvo, utvrđuje pojedine fragmente koji sugerišu mogućnost informisanja i konsultovanja radnika, no ne u dovoljnom obimu. Ovakva situacija je u direktnoj korelaciji sa stavovima socijalnih partnera. Dok su poslodavci kategorički protiv, a država se ne osmeljuje da uvede ovaj koncept, sindikati smatraju da bi institucionalizovanje radničkih saveta značilo direktnu konkurenciju i rušenje njihovih pozicija.

TODOR KALAMATIEV, Ph.D.,
Professor, University “SS Cyril and Methodius”,
Faculty of Law “Iustinianus Primus”, Skopje
ALEKSANDAR RISTOVSKI, LL.M.,
Teaching assistant, University “SS Cyril and Methodius”
Faculty of Law “Iustinianus Primus”, Skopje

WORKER PARTICIPATION IN THE MODERN INDUSTRIAL RELATIONS

Summary

Worker participation is a complex institute which registers multiple functions and characteristics. The theory and legislation state multiple different definitions, types and forms of worker participation aimed at clarifying this phenomenon. Among different forms of worker participation,

there is the direct and indirect worker participation as well. While labor and corporate legislations are based more on indirect participation, the modern economic and social policies that are more likely to advocate the labor market flexibility, openly support the direct worker participation. There are several different types of worker participation. Among them, we single out: work – related participation; board – level participation; European – level representation; health and safety at work participation and financial participation. The most exploited model of analyses is work – related participation. This type of participation directly correlates with the rights to information, consultation and co-determination as fundamental rights of worker participation in decision making processes. Republic of Macedonia does not provide systemic participation of employees. Labor legislation, regulates certain provisions that enable the establishment of information and consultation rights. Yet, these provisions are not sufficient. This situation corresponds to the positions of the social partners. While the employers are categorically “against”, and the state does not dare to introduce this concept, trade unions consider that the institutionalization of works councils would mean direct competition and demolition of their positions.

With this paper, we do not pretend to take position of whether the introduction of this institute is necessary or not, but yet, we consider that the expert public and scientific thought should open a debate in regards with this question and to enrich the positions of the social partners with concrete researches and analyses.

BORISAV ČOLIĆ

PRAVO ZAPOSLENIH NA RAD, NADZOR I ZAŠTITA U SLUČAJU POVREDE PRAVA IZ RADNOG ODNOSA

*Ustav Republike Srbije, Međunarodni pravni akti
i radno pravni status zaposlenih*

Odredbama Ustava Republike Srbije ("Službeni glasnik RS", br. 98 od 10.11.2006. godine), jemči se pravo na rad, u skladu sa Zakonom. Prema istoj odredbi Ustava, svako ima pravo na slobodan izbor rada i svima su pod jednakim uslovima, dostupna sva radna mesta. U ostvarivanju svog radnopravnog statusa, svako ima pravo na poštovanje dostojanstva svoje ličnosti na radu, bezbedne i zdrave uslove rada, potrebnu zaštitu na radu, ograničeno radno vreme, dnevni i nedeljni odmor, plaćeni godišnji odmor, pravičnu naknadu za rad, i pravo na pravnu zaštitu, za slučaj prestanka radnog odnosa. Prema sledećim odredbama Ustava RS niko se napred navedenih prava ne može odreći.

Pored iznetog, ženama, omladini i invalidima, omogućuju se posebna zaštita na radu i posebni uslovi rada u skladu sa Zakonom. Zaposleni imaju pravo na štrajk, u skladu sa Zakonom i kolektivnim ugovorom. Pravo na štrajk može biti ograničeno samo Zakonom, shodno prirodi ili vrsti delatnosti.

Radnopravni status, počev od zasnivanja radnog odnosa na određeno ili neodređeno vreme bliže je regulisan brojnim zakonima, koji se primenjuju u skladu sa Ustavnim načelima na sve radnopravne institute, počev od zasnivanja radnog

Borisav Čolić, sudija Vrhovnog suda Srbije, u penziji.

odnosa, ostvarivanja prava, obaveza i odgovornosti, dakle brojnih prava po osnovu zasnovanog radnog odnosa, u slučaju odgovornosti za povrede radnih obaveza i neizvršavanje istih na način kako je predviđeno ugovorom o radu ili rešenjem o zasnivanju radnog odnosa, brojnim zakonima, opštim kolektivnim ugovorom, posebnim ugovorom, kolektivnim ugovorom kod poslodavca ili pravilnikom i ugovorom o radu.

Odredba Ustava Republike Srbije (član 16. stav 2), propisuje, da opšteprihvaćena pravila Međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori, sastavni su deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuju. Potvrđeni međunarodni ugovori moraju biti u skladu s Ustavom.

Pomenuta odredba omogućava opravdano primenu brojnih konvencija donetih od strane Generalne konferencije Međunarodne organizacije rada, kao što su Konvencija MOR-a koja se odnosi na diskriminaciju u pogledu zapošljavanja i zanimanja, Konvencija o zaštiti na radu i zdravstvenoj zaštiti, Konvencija o davanjima za slučaj nesreća na poslu i profesionalnih bolesti, brojne druge konvencije i druge preporuke MOR-a, preporuke Saveta Evrope. Potom Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda doneta od strane Saveta Evrope i usvojena od strane nadležnih državnih organa sa svim izmenama i dopunama. U skladu sa pomenutom Konvencijom je obrazovan Evropski sud za ljudska prava, koji se bavi odlučivanjem povodom predstavljeni i povrede ljudskih prava i osnovnih sloboda. Konvencija garantuje da svako kome su povređena prava i slobode predviđeni u Konvenciji, ima pravo na delotvoran pravni lek pred nacionalnim vlastima, bez obzira jesu li povredu izvršila lica koja su postupala u službenom svojstvu, i pred Evropskom komisijom za ljudska prava, i Evropskim sudom za ljudska prava ukoliko pravo pojedinca pa i zaposlenog nije rešeno na zadovoljavajući način.

Zakon o radu i regulisanje radnih odnosa

Prema Zakonu o radu prava, obaveze i odgovornosti iz radnog odnosa, odnosno po osnovu rada uređuju se navedenim Zakonom i posebnim zakonom, u skladu sa međunarodnim konvencijama. Prema posebnoj odredbi Zakona, prava, obaveze i odgovornosti iz radnog odnosa, uređuju se i kolektivnim ugovorom ugovorom o radu, a pravilnikom o radu, odnosno ugovorom o radu samo kada je tim Zakonom određeno. Kolektivnim ugovorom kod poslodavca u skladu sa Zakonom uređuju se prava, obaveze i odgovornosti iz radnog odnosa i međusobni odnosi učesnika kolektivnog ugovora. Pored iznetog i pravilnikom o radu, odnosno ugovorom o radu u skladu sa Zakonom (Zakonom o radu ili posebnim Zakonom), uređuju se prava, obaveze i odgovornosti iz radnog odnosa pod uslovima

iz Zakona. Zakonom o radu se reguliše međusobni odnos Zakona, kolektivnog ugovora, pravilnika o radu i ugovora o radu. Svi pomenuti pravni akti osim Zakona (kolektivni ugovor i pravilnik o radu i ugovor o radu), ne mogu da sadrže odredbe kojima se zaposlenom daju manja prava ili utvrđuju nepovoljniji uslovi rada od prava i uslova, koji su utvrđeni Zakonom. Ako opšti akti i njegove pojedine odredbe utvrđuju nepovoljnije uslove rada od uslova utvrđenih Zakonom, primenjuju se odredbe Zakona.

Prema Zakonu pojedine odredbe ugovora o radu kojima su utvrđeni nepovoljniji uslovi rada od uslova utvrđenih zakonom i opštim aktom, odnosno koje se zasnivaju na netačnom obaveštenju od strane poslodavca o pojedinim pravima, obavezama i odgovornostima zaposlenog su ništave.

Prava i obaveze zaposlenih

Prema Zakonu o radu zaposleni ima pravo na odgovarajuću zaradu, bezbednost i zaštitu života i zdravlja na radu, zdravstvenu zaštitu, zaštitu ličnog integriteta i druga prava u slučaju bolesti, smanjenja ili gubitka radne sposobnosti ili starosti, materijalno obezbeđenje za vreme privremene nezaposlenosti, i pravo na druge oblike zaštite u skladu sa Zakonom i opštim aktom.

Najvažnije obaveze zaposlenih propisane su više puta pomenutim Zakonom: 1) da savesno i odgovorno obavlja poslove na kojima radi, 2) da poštuje organizaciju rada i poslovanja kod poslodavca, kao i uslove i pravila poslodavca u vezi sa ispunjavanjem ugovornih i drugih obaveza iz radnog odnosa, 3) da obavesti poslodavca o bitnim okolnostima koje utiču ili bi mogle da utiču na obavljanje poslova utvrđenih ugovorom o radu, 4) da obavesti poslodavca o svakoj vrsti potencijalne opasnosti za život i zdravlje i nastanak materijalne štete.

Obaveze poslodavca

Prema Zakonu posebno značajno su obaveze poslodavca da: 1) zaposlenom za obavljeni rad isplati zaradu, u skladu sa Zakonom, opštim aktom i ugovorom o radu, 2) zaposlenom obezbedi uslove rada i organizuje rad radi bezbednosti zaštite života i zdravlja na radu, u skladu sa Zakonom i drugim propisima, 3) da zaposlenom pruži obaveštenje o uslovima rada, organizaciji rada, pravilima o poštovanju organizacije rada i poslovanja kod poslodavca u vezi sa ispunjavanjem ugovornih i drugih obaveza iz radnog odnosa i pravima i obavezama koje proizlaze iz propisa o radu i propisa o bezbednosti i zaštiti života i zdravlja na radu, 4) da zaposlenom obezbedi, obavljanje poslova koji su utvrđeni ugovorom o radu, 5) da

zatraži mišljenje sindikata u slučajevima utvrđenim Zakonom, a kod poslodavca kod koga nije obrazovan sindikat od predstavnika koga odrede zaposleni.

Zasnivanje radnog odnosa

Radni odnos može da se zasnuje sa licem koje ima najmanje 15 godina života i ispunjava druge uslove za rad na određenim poslovima, koji su utvrđeni Zakonom i Pravilnikom o organizaciji i sistematizaciji poslova. Pomenuti pravilnik je obavezujući pravni akt koji donosi direktor odnosno preduzetnik. Sa licem mlađim od 18 godina može da se zasnuje radni odnos samo uz pismenu saglasnost roditelja usvojioca ili staraoca, pod uslovom da takav rad ne ugrožava zdravlje moral i obrazovanje i da takav rad nije zabranjen, Zakonom. Lice mlađe od 18. godina života može da zasnuje radni odnos, uz dostavljanje nalaza nadležnog zdravstvenog organa kojim se utvrđuje sposobnost za obavljanje poslova za koje zasniva radni odnos. Zdravstvena sposobnost za rad na poslovima sa povećanim rizikom dokazuje se punovažnom ispravom o sposobnosti za rad na tim poslovima, izdatom od strane nadležnog zdravstvenog organa.

Zainteresovano lice – kandidat za zasnivanje radnog odnosa, po pravilu nije dužan da u drugim slučajevima dostavi dokaze o stanju svog zdravlja već samo isprave i druge dokaze (o stručnosti ili radnom iskustvu, koji potvrđuju ispunjenost uslova za rad na poslovima za koje zasniva radni odnos, utvrđen pravilnikom.

Poslodavac ima zakonsku obavezu da pre zaključivanja ugovora o radu, kandidata obavesti o poslu, uslovima rada, pravima i obavezama iz radnog odnosa i o ispunjenosti uslova u pogledu zdravstvene sposobnosti, za slučaj da je zainteresovano lice – kandidat mlađi od 18. godina.

Način zasnivanja radnog odnosa

Način zasnivanja radnog odnosa uređen je Zakonom o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti ("Službeni glasnik RS", br. 71/2003). Prema pomenutom Zakonu propisano je da Nacionalna služba za zapošljavanje ima obavezu da, u roku od 24. časa od dobijanja prijave od poslodavca, potrebu za zapošljavanje oglasi na oglasnoj tabli i na internet adresi Službe. Ako poslodavac zahteva objavljivanje potrebe za zasnivanjem radnog odnosa, može se izvršiti i u sredstvima informisanja, dostupnim građanima u Republici. Pored činjenice da u pomenutom Zakonu nije posebno predviđeno, poslodavac može i samostalno da potrebu za zapošljavanjem oglasi u sredstvima javnog informisanja.

Posebno značajno ovlašćenje poslodavca je da samostalno odlučuje o izboru lica za zasnivanje radnog odnosa, između onih koja ponudi Nacionalna služba za zapošljavanje ili Agencija za zapošljavanje i drugih lica koja su se neposredno obratila poslodavcu radi zasnivanja radnog odnosa. Posebno značajno ovlašćenje poslodavca je njegovo pravo da zaposli lice bez posredovanja Nacionalne službe ili Agencije za zapošljavanje.

Pomenutim Zakonom, kolektivnim ugovorom kod poslodavca ili Pravilnikom o radu, u svakom slučaju trebalo bi predvideti obavezu poslodavca, da pismenim putem obavesti prijavljena lica, o rezultatima izbora lica za zasnivanje radnog odnosa i o pravu da se obrate nadležnom sudu za zaštitu prava, u određenom roku, ako smatraju da su im povređena prava u postupku izbora i prijema u radni odnos. Pitanja sudske zaštite prijavljenih i zainteresovanih kandidata za zasnivanje radnog odnosa, moglo bi se na napred predloženi način urediti odredbama Zakona o radu. Zakonom izmenjeni postupak oglašavanja izbora kandidata za slobodna radna mesta omogućio bi poslodavcima najbolji izbor između više prijavljenih kandidata i obezbeđivanja sposobnih i stručnih izvršilaca poslova na radnom mestu.

Radni odnos i ugovor o radu

Prema Zakonu o radu radni odnos se zasniva ugovorom o radu koji zaključuju zaposleni i poslodavac. Ugovor o radu smatra se zaključenim, kad ga potpišu zaposleni i direktor odnosno preduzetnik. Umesto direktora ugovor o radu može da potpiše zaposleni, koga ovlasti direktor odnosno preduzetnik.

Pomenuti pravni akt je jedan od najznačajnijih u postupku zasnivanja radnog odnosa i njegovog trajanja, te ostvarivanja brojnih prava i obaveza zaposlenog i poslodavca, povodom tako zaključenog ugovora. Ugovor o radu može da se zaključi na određeno i neodređeno vreme. Ugovor o radu zaključuje se pre stupanja zaposlenog na rad u pismenom obliku. Ako u pomenutom ugovoru nije utvrđeno vreme na koje se zaključuje, smatra se ugovorom o radu na neodređeno vreme. Smatra se i da je ugovor o radu zaključen na neodređeno vreme, danom stupanja zainteresovanog kandidata za rad, ako nije zaključen u pismenom obliku.

Ugovor o radu sadrži obavezno brojne odredbe propisane Zakonom o radu, kao što su: 1) naziv i sedište poslodavca, 2) ime i prezime zaposlenog, mesto prebivališta, odnosno boravišta zaposlenog, 3) vrsta i stepen stručne spremljenog, 4) vrsta i opis poslova koje zaposleni treba da obavlja, 5) mesto rada, 6) način zasnivanja radnog odnosa (na neodređeno ili određeno vreme), 7) trajanje ugovora o radu na određeno vreme, 8) dan početka rada zaposlenog.

Izuzetno je značajna odredba ugovora o radu (član 33. stav 1. tačka 10), prema kojoj se prema ugovoru o radu utvrđuje novčani iznos osnovne zarade i elementi za utvrđivanje radnog učinka, naknade zarade, uvećane zarade i drugih primanja zaposlenog. Ugovor o radu sadrži i odredbe o rokovima za isplatu zarade i drugih primanja, pozivanje na kolektivni ugovor odnosno pravilnik o radu, koji je na snazi, odredbe o dnevnom i nedeljnom radnom vremenu. Pomenutim ugovorom mogu se predvideti i druga prava i obaveze.

Ugovor o radu za poslove sa povećanim rizikom

Prema Zakonu ugovor o radu može se zaključiti: kao ugovor o radu za obavljanje poslova sa povećanim rizikom. Ugovor se zaključuje samo na osnovu prethodno utvrđene zdravstvene sposobnosti zaposlenog, od strane nadležnog zdravstvenog organa. Potom kao ugovor o radu sa nepunim radnim vremenom, ugovor o zasnivanju radnog odnosa za obavljanje poslova van prostorija poslodavca, ugovor o radnom odnosu sa kućnim pomoćnim osobljem, ugovor o radu sa licem koje prvi put zasniva radni odnos u svojstvu pripravnika.

Radni odnos na određeno vreme

Prema Zakonu o radu (član 37), radni odnos zasniva se na vreme čije je trajanje unapred određeno, kada su u pitanju: sezonski poslovi, rad na određenom projektu, povećanje obima posla koje traje određeno vreme i slično a za vreme trajanja tih potreba, *s tim što tako zasnovan radni odnos, neprekidno ili s prekidima, ne može trajati duže od 12. meseci*. U konkretnom slučaju prekidom se ne smatra prekid rada kraći od 30 radnih dana. Predviđa se i poseban izuzetak u Zakonu kad se zasniva radni odnos na određeno vreme radi zamene privremeno odsutnog zaposlenog. U tom slučaju radni odnos može se zasnovati do povratka privremeno odsutnog zaposlenog, znači i duže od 12. meseci.

Pod određenim uslovima radni odnos zasnovan na određeno vreme postaje radni odnos na neodređeno vreme i to ako zaposleni nastavi da radi najmanje pet radnih dana po isteku roka za koji je zasnovan radni odnos. Kod sticanja svojstva zaposlenog sa radnim odnosom na neodređeno vreme, prema aktuelnoj sudskoj praksi, u potrebnih pet dana rada, posle proteka roka na koji je zaključen radni odnos na određeno vreme, radi preobražaja tog radnog odnosa u radni odnos na neodređeno vreme, ne uzimaju se u obzir dani nedeljnog odmora, odsustva sa

rada zbog opravdane sprečenosti za obavljanje poslova radnog mesta, bolovanja, praznika i udaljenja sa rada.

Od značaja su za zasnivanje radnog odnosa na neodređeno vreme, samo dani provedeni na radu, znači u svakom konkretnom slučaju potrebno je, da je radni odnos trajao po isteku ugovorenog roka još pet radnih dana, u kojima je zaposleni na određeno vreme obavljao poslove, zbog kojih je primljen u radni odnos na određeno vreme.

Radni odnos direktora

Prema Zakonu (član 48), direktor može da zasnuje radni odnos na neodređeno ili određeno vreme u skladu sa odredbama pomenutog člana: 1) zaključenjem ugovora o radu sa direktorom, u slučaju zasnivanja radnog odnosa zaključuje se ugovor koji u ime poslodavca potpisuje upravni odbor, a kod poslodavca kod koga nije obrazovan upravni odbor, ugovor potpisuje organ koji je određen aktom poslodavca. Moguće je prema Zakonu, zaključiti ugovor o međusobnim pravima, obavezama i odgovornostima direktora i poslodavca kojim se ne zasniva radni odnos. I u takvom slučaju naknada za rad koja se utvrđuje i isplaćuje direktoru smatra se kao zarada zaposlenog u radnom odnosu.

Osnov vršenja funkcije direktora kod poslodavca, prema napred pomenutom ugovoru u ovom slučaju je zaključen ugovor koji kako je delimično istaknuto zaključuje pojedinac – zainteresovano lice kao direktor i upravni odbor poslodavca ili drugi organ određen aktom poslodavca.

Disciplinska sankcija u slučaju postojanja olakšavajućih okolnosti i lakšeg nepoštovanja radne discipline

Odredbama Zakona o radu (član 180. stav 3), propisana je posebna mogućnost da se izrekne znatno lakša sankcija zaposlenom, umesto otkaza ugovora o radu i prestanka radnog odnosa po tom osnovu, kada postoje olakšavajuće okolnosti i kada nepoštovanje radne discipline nije dovoljan razlog za otkaz ugovora o radu. U takvom slučaju i poslodavac može u uručenom upozorenju zaposlenom u pisanom obliku, da zaposlenog obavesti da će mu otkazati ugovor o radu ako ponovo učini istu ili sličnu povredu bez ponovnog upozorenja. Lakša sankcija zaposlenom kada postoje opisane olakšavajuće okolnosti praktično nisu dovoljan razlog za otkaz ugovora o radu.

Razlozi za prestanak radnog odnosa

Prema Zakonu o radu radni odnos prestaje (član 175): 1) istekom roka za koji je zasnovan, 2) kad zaposleni navršši 65. godina života i najmanje 15. godina staža osiguranja, ako se poslodavac i zaposleni drugačije ne sporazumeju, 3) sporazumom između zaposlenog i poslodavca, 4) otkazom ugovora o radu poslodavca i zaposlenog, 5) na zahtev roditelja ili staratelja, zaposlenog mlađeg od 18. godina života, 6) smrću zaposlenog, 7) u drugim slučajevima utvrđenim Zakonom.

Zakon predviđa i druge uslove prestanka radnog odnosa, kao što je sporazumni prestanak radnog odnosa, u kom slučaju se zaključuje pismeni sporazum poslodavca i zaposlenog. U navedenom slučaju pre potpisivanja sporazuma, poslodavac je dužan da zaposlenog pismenim putem obavesti o posledicama do kojih dolazi u ostvarivanju prava za slučaj nezaposlenosti.

Ako zaposleni otkáže ugovor o radu, zbog od strane poslodavca učinjene povrede obaveza utvrđenih Zakonom, opštim aktom i ugovorom o radu, zaposleni ima sva prava iz radnog odnosa, kao i u slučaju da mu je nezakonito prestao radni odnos. Prema tome, u navedenom slučaju zaposleni u postupku kod nadležnog suda može tužbom da traži poništaj rešenja o otkazu ugovora o radu i vraćanje na radno mesto, na kojem je ranije radio uz pravo na naknadu štete u visini izgubljene zarade i druge moguću štetu.

Neki razlozi za otkaz ugovora o radu od strane poslodavca

Odredbama člana 179. sada važećeg Zakona o radu je propisano pored ostalog da 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, a pored ostalog i u slučaju 1) ako zaposleni ne ostvaruje rezultate rada odnosno nema potrebna znanja i sposobnosti za obavljanje poslova na kojima radi i 2) ako zaposleni svojom krivicom učini povredu radne obaveze, utvrđene opštim aktom ili ugovorom o radu.

Poslodavac je dužan da pre otakaza ugovora o radu iz člana 179. tačka 1. do 6. Zakona, zaposlenog 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. U pomenutom upozorenju, poslodavac je dužan da navede osnov za davanje otkaza, činjenice i dokaze koji ukazuju na to da su se stekli uslovi za otkaz, i rok za davanje odgovora na upozorenje. Poslodavac je dužan da upozorenje pre otkaza ugovora o radu u slučaju iz člana 179. tačka 1–6. dostavi na mišljenje sindikatu čiji je zaposleni član.

Sindikata je dužan da dostavi mišljenje i roku od pet radnih dana od dana dostavljanja upozorenja.

Zaštita prava zaposlenih

Prema Zakonu 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.

Bitna odredba za efikasno ostvarivanje prava, obaveza i odgovornosti zaposlenog je i potpuno dosledna primena Zakona o radu, drugih zakona i propisa kojima je regulisan i postupak zaštite pojedinačnih prava zaposlenih, sadržina akata, rešenja i odluka te drugih pismena koja je ovlašćen da donosi poslodavac i potpuna dosledna primena Zakona o radu i drugih zakona i propisa kolektivnih ugovora, kolektivnog ugovora kod poslodavca i drugih akata koje je poslodavac ovlašćen da donese. Radi napred navedenog zakonom je propisano da se zaposlenom u pismenom obliku dostavlja rešenje o ostvarivanju prava, obaveza i odgovornosti, sa obrazloženjem i poukom o pravnom leku uz poštovanje odredbi o dostavljanju akta iz člana 185. stav 2–4 Zakona.

Opštim aktom i ugovorom o radu u smislu člana 194. Zakona može se predvideti postupak sporazumnog rešavanja spornih pitanja između poslodavca i zaposlenog. Radi sporazumnog rešavanja spornih pitanja strane u sporu (poslodavac i zaposleni) sporazumno određuju arbitra, koji je u obavezi da strogo primenjuje zakon uz poštovanje rokova o trajanju postupka, načinima okončanja postupka i donošenju odluke od strane arbitra koja je konačna, a istovremeno obavezuje poslodavca i zaposlenog.

Zaposleni čije je pravo povređeno u određenom roku od dana saznanja određenog prava neposredno ili preko predstavnika sindikata, čiji je zaposleni član može da traži sudsku zaštitu povređenog prava pred nadležnim sudom, pokretanjem spora u roku od 90 dana od dana dostavljanja rešenja odnosno saznanja za povredu prava.

Zakon propisuje da se pokrenuti spor pred nadležnim sudom pravosnažno okončava u roku od šest meseci od dana pokretanja spora što u sudskoj praksi delovanjem raznih objektivnih i subjektivnih činilaca najčešće nije slučaj.

Zakon o radu obezbeđuje mogućnost zaključenja ugovora o zastupanju ili posredovanju između poslodavca i određenog lica, radi obavljanja poslova zastupanja i posredovanja, uz pravo na novčanu naknadu za zastupanje i posredovanje, koja se utvrđuje ugovorom o zastupanju ili posredovanju, a kojim se obezbeđuju i druga međusobna prava, obaveze i odgovornosti.

Organizacije zaposlenih i poslodavaca

Zakon o radu značajan broj svojih odredbi posvećuje savetu zaposlenih i sindikatu zaposlenih. Pri tome, ovlašćenja i zadaci saveta zaposlenih su dati u veoma skromnom obimu. Kako se Savet zaposlenih može obrazovati od strane zaposlenih kod poslodavca koji ima više od pedeset zaposlenih sa skromnim ovlašćenjima iz Zakona: da Savet zaposlenih daje mišljenje i učestvuje u odlučivanju o ekonomskim i socijalnim pravima zaposlenih, na način utvrđen Zakonom i opštim aktom. Sa daleko više pojmovnih odrednica regulisano je pitanje sindikalnog organizovanja i delovanja i udruženja poslodavaca sa brojnim ovlašćenjima koja se odnose pre svega na ostvarivanje pojedinačnih prava, obaveza i odgovornosti zaposlenih, privrednih društava i drugih pravnih lica. Sindikalna aktivnost se ostvaruje doslednom primenom brojnih zakonskih odredbi, opšteg klektivnog ugovora, posebnog kolektivnog ugovora i drugih akata iz svoje registrovane nadležnosti.

Inspekcijski nadzor nad radom poslodavaca i zaposlenih

Nadzor nad primenom Zakona o radu i Zakona o bezbednosti i zdravlja na radu, vrši ministarstvo za poslove rada i zapošljavanja. U postupku nadzora, inspektor rada ima pravo i dužnost da kontroliše korišćenje sredstava za rad, sredstava i opreme za ličnu zaštitu na radu, opasne materije i dr.

Inspektor rada je dužan da poslodavcu odnosno zaposlenom, naloži preduzimanje mera, zbog uzroka koji su doveli do povrede zaposlenih i do nastanka opasnosti za bezbednost i zdravlje na radu, odnosno koje mogu sprečiti nastanak povrede, umanjiti ili otkloniti sve navedene opasnosti. Preduzimanjem mera i radnji inspektor rada nalaže rešenjem. Protiv takvog rešenja može se izjaviti žalba ministru nadležnom za rad, u roku od osam dana od dana dostavljanja rešenja. Žaloba ne zadržava izvršenje rešenja, kojim je naložena zabrana rada do otklanjanja uočenih nedostataka. Protiv drugostepenog rešenja nije dozvoljeno pokretanje upravnog spora.

Ovlašćenja inspektora rada u postupku nadzora, se zasnivaju i na odredbama Zakona o radu (član 80–82), u odnosu na zadatke i ovlašćenja koja proizlaze iz pomenutih odredaba.

Inspektor rada je ovlašćen da rešenjem naloži poslodavcu, da u određenom roku otkloni utvrđene povrede zakona, opšteg akta i ugovora o radu. Prema Zakonu, poslodavac je povodom izdatog rešenja – naloga inspektora rada za otklanjanje utvrđenih nedostataka, tačnije i povreda zakona i drugih pravnih akata,

dužan da obavesti inspekciju, o svemu učinjenom u pravcu otklanjanja utvrđenih povreda, u roku od 15 dana od dana dostavljanja rešenja inspektora rada.

*Odlaganje izvršenja rešenja do donošenja
pravosnažne odluke suda*

Posebno značajno ovlašćenje inspektora rada u njegovoj nadležnosti, 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 dužan da na zahtev zaposlenog odloži svojim rešenjem izvršenje rešenja poslodavca. Ovo odlaganje izvršenja traje, do donošenja pravosnažne odluke suda, po zahtevu zaposlenog za zaštitu njegovog pojedinačnog prava. Zaposleni može da podnese zahtev inspekciji rada za odlaganje izvršenja, rešenja poslodavca, u roku od 30 dana od dana pokretanja radnog spora. Inspektor rada je dužan da donese rešenje o odlaganju izvršenja rešenja poslodavca o otkazu ugovora o radu, u roku od 15 dana od dana podnošenja zahteva zaposlenog, pod uslovom da je očigledno tim rešenjem poslodavca povređeno pravo zaposlenog.

Protiv rešenja inspektora rada može da se izjavi žalba ministru nadležnom za poslove rada i zapošljavanja, u roku od osam dana od dana dostavljanja rešenja. Zakon određuje da žalba ne odlaže izvršenje rešenja, kojim je usvojen zahtev zaposlenih.

Ministar nadležan za poslove rada i zapošljavanja je u obavezi da donese odluku o izjavljenoj žalbi, u roku od 15 dana od dana prijema žalbe, kada prvostepeno rešenje postaje konačno. Protiv rešenja inspektora rada (član 271. stav 1. Zakona o radu), ne može da se pokrene upravni spor. Inspektor rada je ovlašćen da podnese zahtev za pokretanje prekršajnog postupka ako nađe da je poslodavac, odnosno direktor ili preduzetnik, povredom zakona ili drugih propisa, kojima se uređuju radni odnosi izvršio prekršaj. Protiv ovog konačnog rešenja inspektira rada, ne može da se pokrene upravni spor. Sve izneto odnosi se prvenstveno na prekršaje propisane odredbama člana 273–276. Zakona o radu.

ZAKLJUČAK

Na kraju referata s obzirom na obimnu i veoma raznovrsnu sadržinu nadležne inspekcije rada, čiju nadležnost svojim odredbama koje su još uvek u primeni kao nadležnost državnog organa značajnim delom propisuju odredbe člana 22–37 ("Službeni glasnik RS", broj 20/92), može se izvesti zaključak da su iste značajnim delom prevaziđene, izmenama društvenoekonomskih i svojinskih odnosa u našoj državi, izmenama zakona i drugih propisa i njihovoj neusklađenošću. Ne-

dostaci u određivanju nadležnosti inspekcije rada, se naročito odnose na tehničke i druge propise o raznovrsnim i brojnim normama i pravilima, koja se moraju poštovati veoma dosledno u svakoj proizvodnji u skladu sa savremenim dostignućima u oblasti tehnike i tehnologije, rad i proizvodnje, uz poštovanje prihvaćenih i priznatih izričitih međunarodnih standarda, koji omogućavaju veću sigurnost u proizvodnji ili u svakoj drugoj društvenokorisnoj delatnosti.

Sve napred izneto odnosi se najvećim delom i na najavljenju potrebnu donošenja potpuno novog Zakona o upravnoj inspekciji, koja ima posebne nadležnosti na osnovu Zakona o državnoj upravi, Zakona o državnim službenicima, Zakona o policiji i drugima gde bi odgovarajuća i osavremenjena kontrola rada i zakonitosti rada, te efikasnosti rada državne uprave, uz poštovanje propisanih normi i odnosa između državnih organa, doprinela stvaranju efikasne delotvorne, rečju uspešne državne uprave u svim segmentima njene nadležnosti.

BORISAV ČOLIĆ

Retired Judge of Supreme Court of Serbia

THE RIGHT OF EMPLOYEES TO WORK, SUPERVISION AND PROTECTION IN THE EVENT OF BREACH OF EMPLOYMENT RIGHTS

Summary

Right to work in accordance with the Law is guarantee! by Article 60 of the Constitution of the Republic of Serbia (Official Gazette No. 98 of November 8, 2006). Provisions of the same article of the Constitution stipulate that anyone has the right to free choice of work and all working posts are available to all under equal conditions. In achieving his/her legal working status, anyone has the right to respect of dignity of his/her personality at work, secured and sound working conditions, required safety at work, limited working time, daily and weekly rest, paid annual leave, fair remuneration for work, right to legal protection in case of termination of employment.

According to the following provisions no one can waive the above mentioned rights.

Legal working status of the employed from taking up employment to its termination is protected by the Labour Law and other numerous laws of the Republic of Serbia, sublaw acts, collective contracts and labour contract, numerous generally accepted regulations from international conventions, recommendations and other acts, accepted Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, with all amendments and other acts, recommendations, etc.

Significance of labour relations is expressed in consistent implementation of standards of working right in the practice of business companies and other social institutions exercised by participants in legal working relations between the employed and the employees, what justifies necessity to protection of legal working relations and supervision in implementation.

FILIP BOJIĆ

KONCEPT SOCIJALNIH DAVANJA PREŽIVELIH (VAN)BRAČNIH PARTNERA

– Sukob tradicionalnog i modernog –

U V O D

U poslednjih nekoliko decenija, većina elemenata koji su predstavljali osnovne uslove za ostvarivanje prava na porodičnu penziju izgubili su svoje glavne karakteristike čime se postavlja pitanje – šta će se u vremenu koje dolazi dešavati sa ovim socijalnim rizikom koji nastupa u situacijama smrti osiguranika. Glavni element, a u isto vreme i osnovni uslov za ostvarivanje prava na porodičnu penziju udove, odnosno udovca, još od uspostavljanja ovog socijalnog rizika u 17. veku posredstvom vojničkog zakonodavstva¹ pa sve do današnjih dana bio je brak između muškarca i žene.

Poznato je da pravo na porodičnu penziju prvenstveno pripada udovici pokojnika kao i deci preminulog osiguranika, a u nekim zemljama, pravo na porodičnu penziju prošireno je i na ostale članove porodice, kao što su roditelji ili

Filip Bojić, saradnik u nastavi Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

¹ Prvi zakoni koji su predvideli pravo udovice i dece preminulog na određena socijalna davanja u slučaju smrti hranioca porodice bili su zakoni koji su regulisali prava ratnih vojnih invalida i porodica poginulih. Isprva se ovakav vid socijalnih davanja predviđa u Austrougarskoj (1648) i Velikoj Britaniji (1744). U Srbiji se ovakav vid davanja uspostavlja tokom 19. veka. Opširnije o obezbeđenju porodica poginulih ratnika u Srbiji kod: *Pravna zaštita vojnih invalida i porodica poginulih ratnika sa zbirkom propisa*, priredili: N. Mrvić-Petrović, Lj. Kovačević, P. Vukasović, Beograd, 2003.

unuci preminulog.² Socijalna davanja za korisnike porodičnih penzija su od uspostavljanja Bizmarkovog modela socijalnog osiguranja, osamdesetih godina devetnaestog veka, finansirana posredstvom doprinosa koji se u najvećem broju zemalja plaćaju u okviru doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje, što je u Srbiji i danas slučaj. Naravno, tu su i određeni uslovi predviđeni zakonom, za preživele (*survivors* – izraz koji se najčešće koristi u stranoj literaturi) članove porodice koje je neophodno ispuniti kako bi udovica, odnosno deca počivšeg osiguranika ostvarili pravo na porodičnu penziju. U okviru rada biće napravljena analiza sadašnjeg sistema obezbeđenja udova/udovaca kako u Evropi, tako i u Srbiji sa posebnim osvrtom na problematiku obezbeđenja vanbračnih partnera i istopolnih partnera, kojima se samo u malom broju evropskih zemalja priznaje pravo na porodičnu penziju. U trenucima sve veće krize tradicionalne forme braka, kao i same porodice, porasta broja vanbračnih zajednica, pitanje je da li će tradicionalni model obezbeđenja udova/udovaca opstati i u budućnosti ili će se pristupiti nekom novom rešenju.

Tradicionalni koncept porodice i prava na socijalna davanja

Tokom devetnaestog veka i sa pojavom prvih oblika obezbeđenja porodice počivšeg širom Evrope, posredstvom porodičnih penzija, osnovni koncept na kojem su počivale porodice bio je takozvani tradicionalni model porodice. Tradicionalni model porodice zasnivao se na konceptu porodičnog domaćinstva, gde je postojala tačna podela uloga između članova porodice u okviru koje je muškarac – glava porodice radio i obezbeđivao osnovna životna sredstva za ostale članove, dok bi na drugoj strani, žena ostajala kod kuće i preuzimala ulogu domaćice, brinući o kući i o deci. Na ovom mestu valja napomenuti da je osnovni uslov u prvom periodu razvoja porodičnih penzija u Evropi bio brak i da su, u slučajevima smrti hranitelja porodice (muškarca), udovica i deca ostvarivali pravo na porodičnu penziju. Pojam porodice oduvek je bio veoma široko definisan. Porodicu je u svetlu industrijalizovane Evrope i industrijalizacije teoretičar Krauč (*Crouch*) definisao kao instituciju usmerenu na ljudsku reprodukciju, a “kroz istoriju,

² Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju Srbije navodi da pravo na porodičnu penziju pripada članovima porodice umrlog osiguranika, za koje se smatraju: “bračni drug; deca (rođena u braku ili van braka ili usvojena, pastorčad koju je osiguranik, odnosno korisnik prava izdržavao, unučad, braća i sestre i druga deca bez roditelja, odnosno deca koja imaju jednog ili oba roditelja koji su potpuno nesposobni za rad, a koju je osiguranik, odnosno korisnik prava izdržavao); roditelji (otac i majka, očuh i maćeha) koje je osiguranik, odnosno korisnik prava izdržavao, kao i bračni drug iz razvedenog braka ako mu je sudskom presudom utvrđeno pravo na izdržavanje); čl. 28, *Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju*, “Sl. glasnik RS”, br. 34/2003... 101/2010.

definisane porodice je uglavnom bilo zasnovano na braku, koji se definiše kao formalna i pravna veza između muškarca i žene, prvenstveno uspostavljena kao sredstvo legitimizovanja seksualnih odnosa između partnera i u isto vreme legitimizacije dece koji su rezultat pomenutih odnosa”.³ Gidens definiše porodicu kao “grupu lica direktno povezanih srodničkim odnosima, čiji su odrasli članovi odgovorni za brigu o deci”.⁴ Definišući porodicu sa pravnog aspekta, Marija Draškić navodi da su “u savremenim pravima retke definicije porodice, jer je teško pravno odrediti pojam jedne pojave koja nije statična i na koju utiču brojni činioци izvan pravnog domena”.⁵

Za rad je važno napomenuti da većina sociologa prave razliku između osnovne to jest nuklearne porodice i proširene porodice i da se najčešće na osnovu ovih podela i određuje koji će preživeli članovi moći da ostvare pravo na porodičnu penziju. Gidens (*Giddens*), navodi da nuklearnu ili osnovnu porodicu čini dvoje odraslih ljudi koji zajedno žive u jednom domaćinstvu sa svojom ili usvojenom decom, dok se proširenom porodicom smatra situacija u kojoj “bliski rođaci, osim bračnog para i njihove dece, žive bilo u istom domaćinstvu bilo u tesnom ili stalnom uzajamnom odnosu”.⁶ Prema Panovu, sa pravnog aspekta, moguća je sledeća pravna tipologija porodice, nešto šira u odnosu na Gidensovu definiciju, a u vezi sa veličinom porodice: “porodica u užem smislu (mala, dvogeneracijska, nuklearna porodica); proširena porodica (koju čine tri generacije: roditelji, dete i baba/deda) i porodica u širem smislu (velika porodica, “kuća”, porodična zadruga)”.⁷ Koncept proširene porodice se uglavnom vezuje za tradicionalna društva i najčešće se pojavljuje u manjim mestima i seoskim domaćinstvima. U okviru seoskih domaćinstava dugi niz godina, a i danas, prisutna je jaka međugeneracijska solidarnost među članovima porodice, tako da bi u najvećem broju situacija usled nastupanja nekog od socijalnih rizika o članu pogođenom nekim od rizika brigu preuzeli drugi članovi porodice i omogućili mu neophodnu pomoć i zaštitu. U vezi sa istim, dugo se nemački sistem socijalne zaštite zasnivao na poro-

³ C. Crouch, *Social Change in Western Europe*, Oxford, Oxford University Press, 1999, str. 199.

⁴ E. Gidens, *Sociologija*, CID Podgorica, 1998, str. 108. Važno je naglasiti u ovom delu i određene razlike koje se javljaju pri definisanju porodice kao pojma prava (naročito važnu o okvirima Porodičnog prava), pa se s tim smatra da u poslednjih par decenija, međunarodno pravo ne definiše porodicu kao zajednicu, već se koristi pojam člana porodice kao osnovni pojam građanskog prava. Opširnije kod: Marina Janjić Komar, *Rasprava o principima porodičnog prava*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2008, str. 23.

⁵ M. Draškić, *Porodično pravo*, sedmo izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011, str. 48.

⁶ E. Gidens, *Ibid*, str. 108–109.

⁷ S. Panov, *Porodično pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2008, str. 85.

dici kao osnovnoj jedinki uz glavnu ideju da između dece i roditelja mora postojati jaka međugeneracijska solidarnost koja se ogleda u podršci između članova porodice.⁸ Prema Izveštaju Nacionalnog odbora za zdravstvenu zaštitu "Zdravstvena zaštita i socijalne usluge u sedam evropskih zemalja" (*Health Care and Social Services in Seven European Countries*), ideja međugeneracijske solidarnosti unutar porodice počiva na principima društvenog učenja nastalog u okviru katoličanstva i samo u situacijama kada podrška porodice nije dovoljna, potrebno je uključiti javnu, državnu pomoć kao narednu instancu.⁹ Danas se ovaj koncept polako prevazilazi i ostaje prisutan samo još u ruralnim sredinama. Tako na primer, u slučajevima nastupanja socijalnog rizika starosti, na selima bi o starijim članovima domaćinstva brigu preuzimali deca i unuci i starijima bi obezbedili na taj način neophodni stepen socijalne sigurnosti. U slučajevima smrti hranioca porodice, postojao je običaj, najčešće u zemljama Istočne i Južne Evrope da o njegovoj udovici i deci, brigu preuzmu najbliži srodnici (brat, roditelji, rođaci). Sve do sredine dvadesetog veka u većini evropskih zemalja, nisu postojale šeme socijalnog osiguranja za zemljoradnike i privređivače, a što se tiče samozaposlenih, dugo su kroz istoriju obezbeđivali neophodni stepen socijalne sigurnosti na osnovu ulaganja u specijalne kase uzajamne pomoći.¹⁰

Ipak, sa promenama koje su pogodile svet tokom dvadesetog veka, mnoge stvari u vezi sa tradicionalnim konceptom porodice su se izmenile. Pojedini autori tvrde da se "promene u porodici i razvoj socijalne države, odnosno države blagostanja, zaista mogu posmatrati kao paralelni proces".¹¹ Isti autori takođe označavaju "ekspanziju države blagostanja kao uzrok slabljenja međugeneracijskih veza unutar porodice, a ne samo kao element koji tome doprinosi."¹² Važno je naglasiti ovu činjenicu, naročito kad je prisutan dobro poznat podatak da su se prve forme socijalne zaštite uspostavile upravo unutar porodice i da je svaki član porodice mogao da se oseća sigurnim, znajući da se može osloniti na ostale pripadnike u situacijama nastupanja nekog socijalnog rizika. Nažalost, sa globalizacijom i

⁸ Socialstyrelsen, *Health Care and Social services in Seven European Countries, SOS-rapport 1993:6*, National Board of health welfare, Stocholm, 1993, str. 47.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Opširnije o kasama uzajamne pomoći kod *Social Security Mutualism- the Comparative History of Mutual Benefits Societies*, editor: Marcel Van der Linden, Bern-Berlin-New York-Paris-Wien: Peter Lang, 1996; F. Bojić, *Nastanak i razvoj socijalnog prava u Srbiji do početka Prvog svet-skog rata*, master rad, Beograd, 2011, str. 51-61.

¹¹ M. Kohli, Private and public transfers between generations: linking the family and the state, *Welfare States: Construction, Deconstruction, Reconstruction, Volume III - Legitimation, Achievement and Integration*, An Elgar Reference Collection, Cheltenham, UK, 2008, str. 656.

¹² *Ibid.*

nastalim promenama unutar društva koje su naročito pogodile tradicionalni koncept porodice, sve više prisutnom otuđenošću među ljudima, pojam socijalnog obezbeđenja članova porodice usled nastanka nekog od socijalnih rizika, polako ali sigurno postaje relikv prošlosti i sve više na značaju dobija koncept individualizma i sopstvenog obezbeđenja.

Novi oblici porodice

U današnje vreme, svedoci smo konstantnog porasta dezintegracije porodičnih domaćinstava širom Evrope, naročito u zapadnim i severnim delovima što na neki način prouzrokuje smanjenje broja korisnika porodičnih penzija i udaljavanje od tradicionalnog koncepta obezbeđenja članova porodice posredstvom drugih radno aktivnih članova domaćinstava. Na prvom mestu, prisutan je visok procenat domaćinstava sa samohranim roditeljima, kao i smanjenje broja venčanih parova uz povećanje broja parova koji žive u vanbračnim zajednicama. Prema Rowlingsonovoj (*Rowlingson*), "postojala je relativna jednoličnost u porodičnom životu od četrdesetih pa do šezdesetih godina dvadesetog veka – većina dece je odrastala u bračnim zajednicama, većina mladih se odlučivala na klasičnu formu braka, a ne na život u vanbračnim zajednicama i većina ljudi je dobijala decu po venčanju, dok su razvodi brakova bili retkost u tadašnjem društvu".¹³ Međutim, početkom sedamdesetih godina dvadesetog veka socijalno razvijenije evropske države iskusile su prilično krupne sociodemografske promene, koje su se ogledale u padu stope nataliteta i broja zaključenih brakova i samim tim u porastu broja razvedenih brakova.¹⁴ Krupne demografske promene još više su se proširile Evropom tokom osamdesetih i devedesetih godina dvadesetog veka i direktno su uticale na vezu između politike planiranja porodice, socijalne sigurnosti i demografije, rezultirajući sa pet ključnih oblasti u kojima je došlo do promena, a to su: "pad stope nataliteta i manje porodice; mali broj brakova, veći broj vanbračnih zajednica i dece rođene van braka; porast broja razvedenih brakova, ponovna udaja ili ženidba i formiranje nove porodice; porast broja porodica sa samohranim roditeljima, kao i naglo starenje stanovništva".¹⁵

¹³ K. Rowlingson, "From cradle to grave": social security over the life cycle, *Understanding Social Security- Issues for policy and practice*, edited by Jane Millar, The Policy Press, Abingdon, 2003, str. 16.

¹⁴ B. Cantillon, Poverty and Social Security in the Rich Egalitarian EU Member States, *Social Security, Poverty and Social Exclusion in Rich and Poorer Countries*, Eds. Peter Saunders and Roy Sainsbury, Intersentia, Antwerp- Oxford- Portland, 2010. str. 16.

¹⁵ Social Security Measures Designed to Support and Strengthen the Family, *From Pyramid to Pyllar- Population change and social security in Europe*, International Labour Office, Geneva, 1989, str. 46.

Naglašava se u okviru publikacije Međunarodnog udruženja socijalne sigurnosti (ISSA) "Social security and changing family structures" da je "tradicionalni model porodice izgubio svoje vodeće mesto koje je imao u prošlosti, i kada je reč o broju takvih porodica i kada je reč o samom standardu koji takav model nameće, prepustivši to mesto raznim drugim oblicima porodice: porodice sa samohranim roditeljem, nevenčani parovi sa decom ili bez njih, novoformirane porodice prethodno razvedenih ili rastavljenih roditelja, ne računajući i one ređe ili eksperimentalne oblike života u porodičnoj zajednici".¹⁶ Kao primer može se navesti da skoro četrdeset posto domaćinstava u Švedskoj čine samohrani roditelji, a visoka stopa samohranih roditelja uočava se i u Nemačkoj, Danskoj, Finskoj i Norveškoj.¹⁷ Sve ove činjenice, imale su jak uticaj na porodična domaćinstva, koja su vremenom postajala sve manja i sve više nestabilna.¹⁸ Sa sve većim produženjem dezintegracije porodičnih zajednica, realno je i da je došlo i do promene tradicionalnog porodičnog koncepta i da sve više iščezava međugeneracijska solidarnost među članovima porodice i da se danas u savremenom društvu svaki član porodice ponaša kao samostalna jedinka koja razmišlja samo o sebi i o svojoj ličnoj koristi. Retka je situacija u zemljama Zapadne Evrope da deca nastavljaju da brinu o roditeljima kada roditelji više nisu sposobni da brinu sami o sebi, već je evidentan veliki broj starih osoba u specijalnim domovima za stara lica. Ovaj trend još uvek nije prenet u zemlje Istočne Evrope, ali se u najskorije vreme može i to očekivati pod uticajem trendova koji dolaze iz Sjedinjenih Američkih Država i Zapadne Evrope, a koji se sve više prihvataju i na ovim prostorima.

Vanbračna zajednica

Druga značajna promena u vezi sa tradicionalnim konceptom porodice koji je svoje uporište imao u braku kao osnovnom elementu za utvrđivanje prava na porodičnu penziju kod udove/udovca jeste promena stavova u društvenim zajednicama širom Evrope, a u vezi sa vanbračnom zajednicom i odnosima između istopolnih partnera. Kao što je već navedeno, postoji veoma visoka stopa vanbračnih zajednica širom Evrope, zbog toga što je, kako pojedini autori tvr-

¹⁶ Introduction, *Social Security and Changing Family Structures*, Studies and Research no 29, International Social Security Association-Geneva, 1992, str. 4.

¹⁷ Drugačija situacija se uočava u Mediteranskim zemljama gde deca pretenduju da ostanu sa roditeljima u zajednici sve do formiranja sopstvene porodice. U ovim zemljama je i dalje izražen jak koncept tradicionalnih porodičnih domaćinstava. A. Hatland and A. Skevik, *Changes in the Family, The New Social Risks (Les Nouveaux Risques Sociaux)*, edited by J. Van Longendonck, EISS Yearbook 1996, Kluwer Law International, London-The Hague- Boston, 1997, str. 74-75.

¹⁸ *Ibid.*

de, “vanbračna zajednica doživela promenu, od toga da je predstavljala društveni skandal do toga da se smatra normalnim i široko prihvaćenim oblikom zajednice u većini delova Evrope”.¹⁹ Danas, kako pojedini teoretičari porodice smatraju, osoba može da živi i u zajednici zasnovanoj na nedozvoljenoj vezi što, naravno, podleže krivičnom zakonodavstvu koje se odnosi na seksualni kontakt sa maloletnim licima i incest.²⁰ Na osnovu zanimljivog rešenja u okviru sudske prakse Velike Britanije, Hering (*Herring*) navodi da “nekih naznaka o pravnoj definiciji vanbračne zajednice ima u onim slučajevima čiji je predmet socijalno osiguranje, a u kojima se razmatralo kada se za određeni par može reći da živi zajedno u pravom smislu i sledeći činioци razmotreni su pri donošenju odluke o tome da li vanbračna zajednica postoji ili ne: da li su stranke živele zajedno pod istim krovom; da li su delile zadatke i obaveze svakodnevnog života; da li je veza između njih imala stabilnost i trajanje; kako su stranke raspolagale novčanim sredstvima; da li su stranke održavale seksualni kontakt; da li su stranke imale decu i kako su se ponašale svako prema svojoj deci, uz mišljenje objektivne osobe koja je o zajedničkom životu para mogla da stvori sliku.”²¹ Svi ovi uslovi su veoma važni za izjednačavanje, a samim tim i priznavanje prava bračnih partnera i partnera koji žive u okviru vanbračnih zajednica, posebno u sferi socijalnog osiguranja.

Zanimljiv je podatak da u skandinavskim zemljama približno od šest porodica sa decom, jedna je porodica koja živi u vanbračnoj zajednici, a određena istraživanja u Velikoj Britaniji pokazala su da se “ove veze izgrađuju na postulatima da oba partnera moraju imati sopstvene prihode”.²² Procenat partnera koji žive u vanbračnim zajednicama u zemljama Istočne Evrope svakako je mnogo manji nego što je procenat vanbračnih zajednica u zemljama Zapadne Evrope, zbog i dalje prisutnih stavova protiv vanbračnih zajednica, naročito izraženih u ruralnim područjima. U većini država članica Evropske unije razvija se takozvani ugovorni koncept vanbračne zajednice, u okviru kojeg se vanbračnim partnerima daje sloboda da međusobno zaključuju sve vrste ugovora, pa i “one kojima će proširiti i pravila bračnog imovinskog režima na vanbračnu zajednicu, konstituisati pravo na izdržavanje ili stipulisati pravo na nasleđivanje”.²³ Zastupljena su i konzervativnija mišljenja, koja poreklo imaju unutar feminističkih teorija, po kojima je brak generalno istorijska kategorija, koja će nestati u budućnosti. Prema De Kruzu (*De Cruz*), “pojedine feministkinje kao što su Marta Fajnman (*Marta Fineman*) i Nensi Polikof (*Nancy Polikoff*) propagirale su ideju zabrane bra-

¹⁹ *Ibid.*, str. 80–81.

²⁰ Mary Welstead&Susan Edwards, *Family Law*, Oxford University Press, Oxford, Third edition, 2011, str. 37.

²¹ J. Herring, *Family Law*, Third edition, Pearson-Longman, 2007, str. 71–72.

²² *Ibid.*

²³ M. Draškić, *op. cit.*, str. 171.

ka kao institucije”.²⁴ Sve ove činjenice, na neki način ukazuju na to da će se u vremenu koje dolazi, posebno u razvijenijim evropskim zemljama, institucija braka nažalost smatrati retkošću i da će se sve veći broj parova odlučivati na jedan vid vanbračne zajednice kao modernijeg i na neki način “opuštenijeg” oblika zajednice u odnosu na brak. No, ipak će morati da prođe još dosta vremena da bi došlo do potpunog izjednačavanja braka i vanbračne zajednice unutar Evropske unije, što se može sagledati iz problema izjednačavanja prava na porodičnu penziju vanbračnih i bračnih partnera.

Upravo se ovaj problem u vezi sa izjednačavanjem prava na porodičnu penziju može uočiti u Srbiji. Porodični zakon Srbije u članu 4 navodi da je “vanbračna zajednica trajnija zajednica života žene i muškarca, između kojih nema bračnih smetnji i da vanbračni partneri imaju prava i dužnosti supružnika pod uslovima određenim ovim zakonom”.²⁵ Panov navedenu odredbu Porodičnog zakona tumači u smislu “da je bez limitiranja sfere, pravni kapacitet vanbračne zajednice izjednačen u potpunosti sa bračnom zajednicom”.²⁶ U vezi sa pojedinim pravima iz Porodičnog zakona, kao što su prava u vezi sa usvojenjem deteta, pravo na izdržavanje supružnika, imovinskim odnosima, prava supružnika i vanbračnih partnera su apsolutno izjednačena. Nasuprot Porodičnom zakonu, Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju ni u jednoj svojoj odredbi ne spominje pravo vanbračnim partnerima na ostvarivanje porodične penzije. Prema zakonu, pravo na porodičnu penziju mogu samo ostvariti bračni drug, a u određenim situacijama i bračni drug iz razvedenog braka ako mu je sudskom presudom utvrđeno pravo na izdržavanje.²⁷ Kao što se može uočiti, i pored toga što se našim porodičnom zakonodavstvom prava iz vanbračne zajednice izjednačavaju sa pravima iz bračne zajednice, penzijsko zakonodavstvo Srbije ne priznaje vanbračnim partnerima pravo na porodičnu penziju. Pravo na porodičnu penziju vanbračnim partnerima se nije priznavalo ni u ranijem periodu što se može uvideti i na osnovu nekoliko sudskih odluka. Prema odluci vrhovnog suda Srbije iz 1974. godine “pravo na porodičnu penziju ima samo bračni drug, te stoga ni faktička zajednica koja je duže trajala, ne predstavlja osnov za sticanje prava na porodičnu penziju”.²⁸ Odlukom Saveznog suda “ženi koja je živela u vanbračnoj zajednici sa

²⁴ Peter de Cruz, *Family Law, Sex and Society- a comparative study of family law*, Routledge, London and New York, 2010. str. 281.

²⁵ Čl. 4, *Porodični zakon*, “Sl. glasnik RS”, br. 18/2005 i 72/2011 – dr. zakon

²⁶ S. Panov, *op. cit.*, str. 237.

²⁷ Čl. 28, *Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju*, “Sl. glasnik RS”, br. 34/2003... 101/2010.

²⁸ Odluka Vrhovnog suda Srbije, U. 1730/74. Preuzeto iz D. Simonović, *Radnopravna čitan-ka – druga knjiga*, Službeni glasnik, Beograd, 2009, str. 393.

osiguranikom ne pripada pravo na porodičnu penziju, bez obzira na trajanje vanbračne zajednice i bez obzira na to što je s njim izrodila decu”.²⁹ Slično je utvrđeno i odlukom Vrhovnog suda Srbije gde se navodi da “udova vanbračnog druga ne može ostvariti pravo na porodičnu penziju”.³⁰

Zanimljivo je da jugoslovensko pravo ni pre, a ni posle Drugog svetskog rata nije priznavalo prava vanbračnih partnera na porodičnu penziju i na socijalna davanja u slučaju smrti jednog od partnera, osim Zakonom o osiguranju radnika iz 1922. godine u okviru kojeg je bilo predviđeno da se članovima porodice osiguranika smatraju i “venčani i nevenčani bračni drug”, pa je shodno tome nevenčanoj ženi pripadalo pravo na određene potpore u slučaju smrti partnera.³¹ Nezakonita udovica, kako je zakonskom terminologijom bila naslovljena žena koja je sa počivšim živela u vanbračnoj zajednici ostvarivala je pravo na udovičku potporu pod uslovom da je zajednica sa preminulim trajala minimum godinu dana i pod uslovom da je sa pokojnikom imala decu.³² Nezakonita žena je takođe ostvarivala i pravo na rentu u slučaju da osiguranik umre usled nesrećnog slučaja, a to pravo bi je bilo uskraćeno “ako nije živela pre nesrećnog slučaja godinu dana u zajedničkom kućanstvu sa umrlim ili mu nije rodila dete”.³³ Valja napomenuti da ni Zakon o nasleđivanju Srbije ni u jednom svom članu ne priznaje pravo na nasleđivanje vanbračnim partnerima, niti iste svrstava u krug zakonskih naslednika.³⁴ Prema stavovima pojedinaca iz Ministarstva Rada i socijalne politike izjednačavanje prava na porodičnu penziju između supružnika i vanbračnih partnera u ovom trenutku nije moguće “jer je postojanje vanbračnih zajednica teško dokazivo, a ujedno bi i uvođenje ovog prava značilo i povećanje broja penzionera, a samim tim i povećanje troškova”.³⁵

²⁹ Odluka Saveznog suda, UISS. 48/83 od 2.9. 1983. Preuzeto iz *Starosna i porodična penzija- sudska praksa ustavnih i redovnih sudova, izvodi iz aktuelnih propisa*, Intermeks, Beograd, 2007, str. 87.

³⁰ Odluka Vrhovnog suda Srbije, Uvp. 134/98, D. Simonović, *Ibid*, str. 405.

³¹ Opširnije kod M. Draškić, *op. cit.*, str. 167–168. Čl. 45, stav 5, *Zakon o osiguranju radnika od 14. Maja 1922. godine*, objavljeno u Radničko zakonodavstvo-knjiga druga, Izdavačka knjižarnica Gece Kona, Beograd, 1925.

³² Čl. 74, stav 3, *Ibid*.

³³ Čl. 89, stav 3, *Ibid*.

³⁴ *Zakon o nasleđivanju*, “Sl. glasnik RS”, br. 46/1995 i 101/2003-odluka USRS Zanimljivost je da Zakon o nasleđivanju Crne Gore izjednačava supružnike i vanbračne partnere u pogledu prava na nasleđivanje, a slično pravo se prema Antiću uočava i u okviru sudske prakse u Rusiji, iako za to nema osnova u zakonskim propisima. Opširnije kod: O. Antić, *Nasledno pravo*, jedanaesto izdanje, Pravni fakultet univerziteta u Beogradu, Beograd, 2011, str. 106–108 i 126–153, i kod D. Đurđević, *Institucije naslednog prava*, drugo izdanje, Službeni glasnik, Beograd, str. 76. i dalje.

³⁵ http://www.b92.net/biz/vesti/srbija.php?yyyy=2011&mm=01&dd=14&nav_id=485722

Istopolne zajednice i prava na socijalna davanja

Sličan problem u vezi sa ostvarivanjem prava na porodičnu penziju kod vanbračnih partnera, pojavljuje se i u većini evropskih zemalja u situacijama kada se radi o istopolnim partnerima kojima je zakonom priznato pravo na sklapanje zajednice slične braku ili građansko (registrovano) partnerstvo. Gotovo da je postalo pravilo da su istopolni parovi u većini slučajeva žrtve različitih oblika diskriminacije. Prema Sandri Fridman (*Sandra Fredman*) "diskriminacija prema istopolnim parovima manifestuje se u tri osnovna pravca: prvo, više rezervi postoji kada je reč o homoseksualnim u odnosu na heteroseksualne parove; drugo, mnogo je manji stepen poštovanja prema porodičnom životu homoseksualnih parova nego što je to slučaj sa poštovanjem porodičnog života heteroseksualaca i treće – zaštita od diskriminacije na radu i zlostavljanja na osnovu seksualne orijentacije na mestima rada je minimalna".³⁶ Pored toga što su pripadnici LGBT populacije, u velikom broju situacija žrtve diskriminacije na mestima rada, vrlo često su diskriminisani i u vezi sa ostvarivanjem svojih prava iz socijalnog osiguranja. Slična je situacija i u vezi sa ostvarivanjem prava na porodičnu penziju u slučajevima smrti jednog od partnera, o čemu će nadalje biti detaljnije argumentovano.

Pojedine evropske zemlje (Belgija, Island, Holandija, Norveška, Portugal, Španija i Švedska) su u okviru svojih nacionalnih zakonodavstava usvajanjem posebnih zakona priznali pravo na zaključivanje brakova između istopolnih partnera.³⁷ Druga grupa evropskih država (Austrija, Danska, Finska, Nemačka, Mađarska i Velika Britanija) su priznale zakonima pravo na zaključivanje jednog oblika građanske unije iliti registrovanog partnerstva između lica istog pola. Razlike između istopolnih brakova i registrovanih partnerstava potiču od toga što su zbog određenih kulturnih i religijskih konotacija braka, pojedine države pokušale da postignu odgovarajući kompromis između onih kojih se suprostavljaju pravu istopolnih partnera na sklapanje braka i onih koji veruju da bi institut braka trebalo proširiti i samim tim i dozvoliti i istopolnim partnerima da zaključuju isti, pa je kao najbolja solucija između suprostavljenih mišljenja kreiran novi oblik porodičnog odnosa.³⁸ Prema Welstedovoj (*Welstead*) i Edvardsovoj (*Edwards*) građansko partnerstvo definiše se kao "potpuno nova pravna veza, posebno kreirana radi istopolnih parova, a drugačija od braka".³⁹

U poslednjih dvadesetak godina, pred Evropskim sudom za ljudska prava u Strazburu, bilo je više slučajeva u vezi sa ostvarivanjem prava na porodičnu penziju i socijalna davanja u slučajevima smrti hranioca zajednice za istopolne par-

³⁶ S. Fredman, *Discrimination Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, str. 54–55.

³⁷ Peter de Cruz, *Ibid*, str. 281.

³⁸ M. Welstead&S. Edwards, *Ibid*, str. 30.

³⁹ *Ibid*, str. 31.

tnere kojima je u većini slučajeva bilo uskraćeno pravo na penziju i pored toga što je zakonodavstvo države članice priznalo pravo istopolnim partnerima na zaključenje braka ili građanskog partnerstva. Kao primer izdvaja se slučaj *Mata Estevez* gde je podnosilac živeo u vanbračnoj zajednici sa drugim muškarcem duže od deset godina, ali nisu bili u mogućnosti da se venčaju po tadašnjem španskom zakonodavstvu. Posle smrti jednog od partnera koji je bio osiguran, podnosilac zahteva je podneo zahtev za ostvarivanje prava na socijalna davanja predviđena za preživelog supružnika, koja su nadležni u Španiji odbili da daju sa objašnjenjem da “podnosilac zahteva nije bio u braku”.⁴⁰ U ovom slučaju, Sud je odbio zahtev uz napomenu da odbačen zahtev predstavlja mešanje u privatnost. Sličan problem dogodio se i u slučaju *M.W. v United Kingdom* gde se pojavljuje situacija u kojoj je M.W. živeo 23 godine sa svojim muškim partnerom u istopolnoj zajednici sve do smrti partnera 2001. godine.⁴¹ U tom periodu u Velikoj Britaniji nije još uvek bilo priznato pravo na zaključivanje građanskog partnerstva između homoseksualaca i iz tog razloga Sud je odbio zahtev za naknadu pogrebnih troškova, jer podnosilac nije bio u braku sa pokojnikom.⁴² Slučaj *P.B. v Austria* takođe se odnosio na problem ostvarivanja prava istopolnih partnera posle smrti osiguranog partnera. Podnosioci predstavke u ovom slučaju bili su homoseksualni partneri koji su živeli u Austriji, gde je jedan od njih bio državni službenik pokriven šemom socijalnog osiguranja za državne službenike u Austriji i u okviru predstavke zahtevao je da se drugom partneru prizna status osiguranog lica i da samim tim i drugi partner ima prava iz socijalnog osiguranja iz navedene šeme.⁴³ Ideja osiguranika je verovatno bila da osigura svog partnera u slučaju svoje smrti i da mu na taj način obezbedi pravo na porodičnu penziju. Austrijski ustavni sud, a potom i Evropski sud za ljudska prava u Strazburu odbio je predstavku podnosioca sa zaključkom da “ukoliko lica različitog pola žive zajedno u domaćinstvu koje vodi jedno od ta dva lica i nije zaposleno, tada je reč o vanbračnoj zajednici, međutim to nije tako ukoliko dva lica istog pola žive zajedno.”⁴⁴ Glavni razlog za ovu odluku bio je taj što se zakon u Austriji jedino primenjuje na heteroseksualne zajednice, uprkos tome što je Austrija priznala zakonom pravo na građansko partnerstvo. I pored toga što je većina država članica Evropske unije prihvatila i za-

⁴⁰ *Mata Estevez v Spain*, 56501/00, 10 May 2001; Overview of Recent Cases before the European Court of human Rights and the European Court of Justice (April-September 2009), *European Journal of Social Security*, Volume 11 (2009), no. 4, Intersentia, str. 404–405.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ Mel Cousins, Overview of Recent Cases before the European Court of human Rights and the European Court of Justice (April-September 2009), *European Journal of Social Security*, Volume 12 (2010), no. 3, Intersentia, str. 247.

⁴⁴ *Ibid.*

konom izjednačila prava iz vanbračne zajednice sa pravima iz bračne zajednice, kao i priznala pravo na zaključivanje brakova između homoseksualnih parova odnosno građanskih partnerstava, problem oko priznavanja pojedinih prava iz socijalnog osiguranja i dalje postoji.

Jedan od najvećih problema je svakako u tome što većina evropskih zakonodavstava nije izjednačila socijalna prava vanbračnih partnera i istopolnih parova sa pravima bračnih partnera. I dalje nije rešen problem u vezi sa zaštitom preživelih partnera iz vanbračne ili istopolne zajednice i obezbeđivanjem socijalne sigurnosti za iste kada nisu osigurani po nekom drugom osnovu. Samo nekoliko evropskih zemalja u okviru svojih zakona priznaju jednaka prava na porodične penzije za bračne partnere i vanbračne partnere, odnosno partnere iz istopolnih zajednica. Pravo na porodičnu penziju za preživjele partnere iz vanbračnih odnosno istopolnih zajednica priznaju Švajcarska, Danska (samo za vanbračne partnere), Nemačka, Španija (pod određenim uslovima), Island (samo u okviru posebnih profesionalnih šema socijalnog osiguranja), Mađarska (samo za vanbračne partnere), Luksemburg, Holandija, Norveška, Finska (samo kod registrovanog građanskog partnerstva) i Slovenija (samo za vanbračne partnere).⁴⁵

Interesantan je podatak da određene države članice Evropske unije kao što su Belgija, Austrija i Španija, predviđaju pravo na zaključivanje braka za istopolne parove u okviru svojih nacionalnih zakonodavstava, ali i dalje nisu izjednačili prava iz socijalnog osiguranja koja se odnose na porodične penzije i socijalno obezbeđenje preživelog partnera. U ovim zemljama je i dalje jedini relevantan element za ostvarivanje prava na porodičnu penziju brak između muškarca i žene.

Različiti koncepti braka u Zapadnim i Istočnim evropskim zemljama i određene smernice za buduća delovanja

Na kraju, važno je napraviti jasne distinkcije između postojećih koncepta braka i porodice koji se mogu uočiti unutar različitih država članica Evropske unije. Kao što se već moglo zaključiti, osnovna razlika se može napraviti između zemalja Zapadne Evrope, takozvanih zemalja osnivača Evropske unije i istočnoevropskih zemalja, naročito država članica koje su pristupile Zajednici u poslednjih deset godina. Kako je već bilo naglašeno u okviru rada, zapadnoevropske zemlje karakteriše niska stopa zaključenih brakova u poslednjih nekoliko decenija i vrlo visoka stopa razvedenih brakova. Takođe, u ovim zemljama se drugačije gleda na problematiku u vezi sa vanbračnim i istopolnim zajednicama, nego što je

⁴⁵ Missoc tables, Situation on 01/07/2011; http://ec.europa.eu/employment_social/missoc/db/public/compareTables.do

slučaj u istočnoevropskim zemljama, gde je i dalje zastupljen koncept bračne zajednice koji se zasniva na tradicionalnom modelu porodice.

Kao primer u vezi sa rasprostranjenošću vanbračnih zajednica u zemljama Zapadne i Severne Evrope, uočava se visoka stopa parova koji žive u vanbračnim zajednicama kao i srazmerno rastući broj dece rođene izvan braka što je suprotno modelima prisutnim u istočnim i mediteranskim zemljama Evrope.

Prema članku "Politika socijalnog osiguranja sa stanovišta rodne nejednakosti", tokom devedesetih godina unutar Evropske zajednice 18% dece rođeno je izvan braka, što u odnosu na procenete iz 1975. kada je procenat bio 5,5 % predstavlja veliku razliku.⁴⁶ Interesantan je podatak da je u istočnim i mediteranskim zemljama ovaj procenat veoma nizak i da je na primer u Italiji 6%, u Grčkoj 2%, dok je naročito u zemljama Severne Evrope dosta visok – u Danskoj i Švedskoj ide i do 50% dece rođene izvan braka.⁴⁷

U okviru publikacije Međunarodne organizacije rada (ILO) *From pyramid to pillar*, autor pravi zanimljivu komparaciju između Švedske i Rumunije. Poređenje je pokazalo da se u Švedskoj svake godine stopa razvedenih brakova uvećavala a porodice sa troje dece postajale su retkost, dok je u Rumuniji stopa razvedenih brakova i dalje veoma niska, što je rezultat restriktivnih državnih mera protiv razvoda.⁴⁸

Kao što je naglašeno na početku rada, osnovno pitanje na koje se pokušava naći odgovor jeste kako su promene nastale unutar različitih modela porodice širom Evrope uticale na osnovni koncept obezbeđenja udove/udovca posredstvom porodičnih penzija, a gde se kao glavni uslov postavljao zaključeni brak između muškarca i žene. Organizovana je i debata u okviru Evropskog instituta za socijalno osiguranje u vezi sa pitanjem "Kakve nove političke mere zahtevaju promene koncepta porodice?"⁴⁹ I zaista je važno u ovoj oblasti pronaći odgovor na ovo pitanje i napraviti jasan pogled na sve činjenice koje su imale uticaj na promene u okviru socijalne zaštite udove/udovca.

Takođe je važno pronaći odgovor na navedeno pitanje i zbog toga što pojedina evropska zakonodavstva i dalje nisu prihvatila promene koje su pogodile tradicionalni koncept porodice u Evropi i kreirale jedan oblik nove evolucije u socijalnoj zaštiti preživelih partnera, a u vezi sa ostvarivanjem prava na porodičnu penziju. Na neki način, svedoci smo određenog ćutanja nadležnih u sferama so-

⁴⁶ H. Land, *Social Security Policies from the Perspective of Gender Inequalities*, The Nordic Model of Social Security in a European Perspective, EISS yearbook 1994, ACCO, Leuven, 1995, str. 197.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Social Security Measures Designed to Support and Strengthen the Family, *From Pyramid to Pillar - Population change and social security in Europe*, *Ibid.*, str. 49–50.

⁴⁹ Hatland and A. Skevik, *Changes in the Family*, *op. cit.*, str. 74.

cijalnog osiguranja koji po nekim svojim stavovima ne žele da prihvate promene koje su se dogodile u porodičnim odnosima u poslednjih nekoliko decenija kako bi najverovatnije izbegli nove rashode u uveliko poljuljanim penzijskim sistemima širom Evrope, naročito u zemljama Istočne evrope, gde spada i Srbija.

Ipak, kako u našoj zemlji, tako i u drugim zemljama koje još nisu uskladile svoje zakone, potrebno je obezbediti usklađivanje prava priznatih različitim zakonima, kako bi se partnerima u okviru vanbračnih zajednica omogućilo da pod određenim uslovima ostvare pojedina prava iz socijalnog osiguranja, naročito pravo na porodičnu penziju, na isti način kao i supružnicima. U vezi sa pravima istopolnih partnera, činjenica je da se u ovom trenutku o priznavanju njihovih prava u okviru zakona u Srbiji ne može diskutovati, ali su države članice Evropske unije koje su priznale prava na zaključivanje brakova odnosno građanskih partnerstava između istopolnih partnera dužna da im ista prava obezbede unutar zakona iz oblasti socijalnog obezbeđenja, kako bi svoja prava mogli da iskoriste u celini, a ne u delovima samo tamo gde državama odgovara.

FILIP BOJIĆ

Teaching Assistant, Faculty of Law,
University of Belgrade

THE CONCEPT OF SOCIAL BENEFITS OF SURVIVING SPOUSES
AND COMMON-LAW MARRIAGE PARTNERS:
THE CONFLICT BETWEEN THE TRADITIONAL AND THE MODERN

Summary

This paper focuses on pension and social security benefits under the traditional concept of family and the emergence of its new forms. The author attempts to present a balanced picture of the development of the survivors' pensions since the nineteenth century, placing particular emphasis on the traditional concept of family, relying on theoretical models of Crouch, Giddens and Panov. Simultaneously, he skilfully balances between the principle of solidarity embodied in the rural areas and growing alienation in urban centres. In his analysis of the social benefits of the new forms of families, primarily referring to the common-law marriage and same-sex marriage, the author tries to draw significant parallels between the situation in European countries and in Serbia. The relevant court practice was also presented of the European legislations regarding the right to conclusion of such marriages and of social and pension benefits. In this context, the author criticizes certain solutions of the national legislators and tries to highlight the appropriate guidelines for future actions.

MOBING KAO OBLIK DISKRIMINACIJE

U V O D

Razrađujući i konkretizujući Ustavno pravilo o poštovanju dostojanstva na radu (član 60. stav 4. Ustava Srbije) i međunarodne standarde, naša zemlja je u Zakonu o radu¹ detaljnije nego u ranijem² definisala i afirmisala princip zabrane diskriminacije (neposredna i posredna), polje primene i posledice, zabranu i naknadu štete. Bliže i detaljnije uređenje je izvršeno donošenjem Zakona o zabrani diskriminacije³ čiji je domašaj širi od oblasti rada. Posle njega donet je Zakon o zabrani mobinga nazvan Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu⁴ jer se u praksi pokazalo da se zabrana od uznemiravanja i seksualnog uznemiravanja sadržana u članu 21. Zakona o radu zbog sve češćih ekcesa u oblasti rada (zlostavljanje i ponižavanje na radnom mestu) pokazuje kao nedovoljna.

Tema je aktuelna i o njoj se mnogo piše i govori. Ali, verovatno zbog straha od ishoda spora (mogućnost otkaza, naročito po osnovu tehnološkog viška), broj parnica je nesrazmerno mali u odnosu na pojavne oblike diskriminacije i mobin-

Mirjana Popović, savetnik Vrhovnog kasacionog suda.

¹ Sl. glasnik RS 24/05.

² Sl. glasnik RS 70/01.

³ Službeni glasnik RS 22/2009.

⁴ Službeni glasnik RS36/2010.

ga o kojima čitamo i slušamo gotovo svaki dan. Stiče se utisak da zakoni nisu dovoljno jasni i zahtevaju tumačenje i da postoji "prenormiranost" zbog koje često žrtva ostaje bez adekvatne sudske zaštite. Već u početnoj primeni oba zakona pokazuje se kao sporno: da li se razlozi zbog kojih dolazi do nejednakog postupanja (diskriminacije) vezuju za lična svojstva pojedinca ili diskriminacija postoji u svakom slučaju nejednakog postupanja bez obzira na razlog? da li je mobing oblik diskriminacije? kakav je odnos između Zakona o zabrani diskriminacije i Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu?

Iz sudske prakse:

Primer I

Prema jednoj presudi⁵ tužilja je trpela nekorektan i neprofesionalan odnos od strane menadžerke koja ju je angažovala van radnog vremena, kao i za njene privatne poslove; zvala je noću da bi joj saopštila da su prljavi prozori i da ih treba oprati, obavezivala tužilju da pegla njenu odeću, da je nosi na hemijsko čišćenje. O krajnje ponižavajućem tretmanu izjasnili su se i zaposleni koji su slušali kako menadžerka više na nju koristeći psovke, kako stalno nalazi greške u radu tužilje koje karakteriše kao kardinalne, pred zaposlenima govori za nju da je glupača, ćurka i slično, a zaposlenima savetuje da je izbegavaju. Tužilji je najpre zabranjen ulazak u službene prostorije zbog čega je intervenisao inspektor rada kome nisu pruženi dokazi u vezi tvrdnji tuženog o zloupotrebi službenog položaja i nanošenju štete poslodavcu, a zatim otkazan ugovor o radu.

Prvostepenom presudom delimično je usvojen tužbeni zahtev i obavezan tuženi da naknadi štetu zbog povrede zabrane diskriminacije 130.000,00 dinara, zbog povrede časti i ugleda 150.000, 00 dinara i na ime pretrpljenog straha 90.000,00 dinara.

Dugostepeni sud je ovu odluku preinačio i odbio tužbeni zahtev za naknadu štete zbog povrede zabrane diskriminacije. Po stanovištu ovog suda, iz utvrđenih činjenica ne može se zaključiti da je zbog nekog njenog ličnog svojstva, prema tužilji učinjen akt diskriminacije. U ostalom delu potvrdio je prvostepenu odluku zaključujući da ponašanje zaposlene menadžerke tuženog ukazuje na to da su se prema tužilji odnosili na neprimeren i protivzakonit način, ponižavajući je, vređajući je, govoreći neistine o njoj što je imalo za posledicu da je tužilja trpela duševne bolove zbog povrede ugleda i časti kao i opravdan strah za svoje zdravlje i egzistenciju sebe i svoje porodice zbog niza stresnih situacija.

⁵ Presuda Apelacionog suda u Novom Sadu Gž1. 245/12 od 14.3.2012. god.

Primer II

Prema drugoj presudi⁶ tužilac je podneo tužbu 2009. godine radi utvrđenja zlostavljanja i naknade štete. U tužbi je naveo da je zasnovao radni odnos na određeno vreme, a zbog sukoba sa tuženim i njegovim nepreduzimanjem obaveznih radnji, tužiocu je prestao radni odnos. U postupku je utvrđeno da je tuženi zabranio tužiocu obavljanje određenih poslova iako je njihovo obavljanje bilo obaveza tužioca i na taj način povredio pravo tužioca na rad, upućivao mu sms poruke kojima ga je omalovažavao i vređao, javno ga vređao i osujetio njegovo obrazovanje, osposobljavanje, usavršavanje i napredovanje na poslu. Tužilac se javljao psihijatru radi lečenja.

Tuženi je najpre istakao prigovor nedostatka pasivne legitimacije (označeno je fizičko lice a ne poslodavac), zatim da se tužilac poziva na mobing iako taj termin nije postojao u propisima važećim u vreme podnošenja tužbe. Naveo je i da je tužiocu radni odnos prestao istekom roka na koji je zasnovan, kao i da tužilac nije vodio spor radi poništaja rešenja o prestanku radnog odnosa.

Prvogstepeni sud je utvrdio da je tuženi diskriminatorски postupao prema tužiocu i obavezan da ne čini diskriminatorске radnje prema tužiocu ubuduće kao i da tužiocu naknadi nematerijalnu štetu. Po stanovištu prvostepenog suda, pogrešno označavanje pravnog osnova nije razlog za odbijanje tužbenog zahteva ako iz utvrđenih činjenica proizlazi osnovanost zahteva po nekom drugom pravnom osnovu jer kvalifikaciju spornog odnosa vrši sud. Zbog toga je deo tužbenog zahteva koji se odnosi na zlostavljanje na radnom mestu smatrao zahtevom za utvrđenje diskriminatorskog postupanja prema tužiocu (izvršio je prekvalifikaciju pravnog osnova).

Drugostepeni sud je ukinuo ovu presudu smatrajući da je odlučeno o nečemu što tužilac nije tražio čime se izašlo van granica tužbenog zahteva.

*

* *

Iz navedenih primera proizlazi da sudovi nisu u dilemi da postoji diskriminacija kada je u pitanju različito postupanje zasnovano na nekom "ličnom svojstvu"⁷. Ali ako takvog svojstva nema, po za sada izraženom pravnom stanovištu sudova, nema ni diskriminacije. Da li je zaista tako? U odgovoru na ovo pitanje treba poći od definicije mobinga i diskriminacije i njihove regulative.

⁶ Rešenje Apelacionog suda u Novom Sadu Gž. 1. 1308/11 od 13.07.2011. god.

⁷ I Ustavni sud u svojoj odluci Už. 173/07 od 23. 07. 2009. god. smatra da je „neophodna pretpostavka za utvrđenje povrede zabrane diskriminacije dokaz da je zbog nekog ličnog svojstva povređeno ljudsko ili manjinsko pravo zajemčeno Ustavom“.

O DISKRIMINACIJI

Diskriminacija se definiše kao nedopušteno i neopravdano razlikovanje osoba na osnovu nekih njihovih karakteristika. Ustav Republike Srbije ne zaključuje listu tih osnova. Svako ima pravo na jednaku zakonsku zaštitu bez diskriminacije. Zabranjena je svaka diskriminacija, neposredno ili posredno, *po bilo kom osnovu* a naročito po osnovu rase, pola, nacionalne pripadnosti, društvenog porekla, rođenja, veroispovesti, političkog ili drugog uverenja, imovnog stanja, kulture, jezika, starosti i psihičkog ili fizičkog invaliditeta (člana 21. Ustava RS).

Zakon o zabrani diskriminacije⁸ definiše u članu 2. pojam diskriminacije i diskriminatorско postupanje, a članom 5. propisuje oblike diskriminacije koji su posebno definisani odredbama 6–12. Zabranjena je diskriminacija u oblasti rada, odnosno narušavanje jednakih mogućnosti za zasnivanje radnog odnosa ili uživanje pod jednakim uslovima svih prava u oblasti rada, kao što su pravo na rad, na slobodan izbor zaposlenja, na napredovanje u službi, na stručno usavršavanje i profesionalnu rehabilitaciju, na jednaku naknadu za rad jednake vrednosti, na pravične i zadovoljavajuće uslove rada, na odmor, na obrazovanje i stupanje u sindikat, kao i na zaštitu od nezaposlenosti (član 16).

Osnov zabrane diskriminacije jeste *načelo jednakosti*. Ovo načelo je razrađeno u Zakonu o zabrani diskriminacije (član 4) kojim je utvrđeno da su svi jednaki i uživaju jednak položaj i jednaku pravnu zaštitu, bez obzira na lična svojstva, te da je svako dužan da poštuje načelo jednakosti odnosno zabranu diskriminacije. Zakon o zabrani diskriminacije izričito prepoznaje sledeća lična svojstva: rasu, boju kože, pretke, državljanstvo, nacionalnu pripadnost ili etničko poreklo, jezik, versko ili političko ubeđenje, pol, rodni identitet, seksualnu orijentaciju, imovno stanje, rođenje, genetsku osobenost, zdravstveno stanje, invaliditet, bračni i porodični status, osuđivanost, starosno doba, izgled, članstvo u političkim, sindikalnim i drugim organizacijama. Međutim, na ovaj način se lista ličnih svojstava ne iscrpljuje. Formulacija: “i drugim stvarnim, odnosno pretpostavljenim ličnim svojstvima” govori da postoje i brojna druga svojstva pojedinca ili grupe, koja kao takva mogu biti osnov za neopravdano pravljenje razlike, nejednako postupanje ili propuštanje odnosno diskriminaciju.

Zakon o radu⁹ sadrži odredbe o zabrani diskriminacije pa je tako prema članu 18. zabranjena neposredna i posredna diskriminacija lica koja traže zaposlenje, kao i zaposlenih s obzirom na pol, rođenje, jezik, rasu, boju kože, starost, trudnoću, zdravstveno stanje, odnosno invalidnost, nacionalnu pripadnost, veroispovest, bračni status, porodične obaveze, seksualno opredeljenje, političko ili

⁸ “Sl. glasnik RS” 22/09

⁹ “Sl. glasnik RS” 24/05.

drugo uverenje, socijalno poreklo, imovinsko stanje, članstvo u političkim organizacijama, sindikatima ili neko drugo lično svojstvo.

Zabrana diskriminacije je garantovana članom 14. Evropske Konvencije. Protokol 12. uz Konvenciju je proširio ovu zaštitu na jednakost u uživanju svih prava (uključujući i prava zajemčena domaćim zakonom).

Na osnovu člana 14. Evropske konvencije o ljudskim pravima¹⁰ i člana 1. Protokola 12.¹¹ EKPS, Evropski sud za ljudska prava definisao je diskriminaciju kao različit tretman osoba u istim ili sličnim slučajevima bez razumnog i objektivnog opravdanja. Razlikovanje se može opravdati samo ako postoji opravdan cilj, koji se takvim razlikovanjem želi postići, i razumni odnos srazmere između tog cilja i sredstava koji se koriste za njegovo ostvarenje. Evropski sud je izdvojio i posebno "sumnjive" osnove razlikovanja kao što su pol, veroispovest, rasa i seksualna orijentacija, koji zahtevaju da se zadovolji naročito težak teret dokazivanja kako bi se opravdao nejednak tretman. Otvorena definicija zabrane diskriminacije "po bilo kom osnovu" otvara put širem tumačenju diskriminacije, koje pored tradicionalnih oblika navedenih u međunarodnim ugovorima, uključuje i sve druge postojeće, kao i nove oblike diskriminacije¹².

Evropski sud za ljudska prava ne posmatra član 14. kao samostalno, nezavisno pravo, već kao zavisno pravo čije je polje primene ograničeno na prava koja su propisana ovom Konvencijom. Na osnovu Konvencije niko ne može podneti tužbu zbog kršenja samog člana 14, tužba se može pokrenuti samo u vezi sa nekim drugim osnovnim pravom zajemčenim Konvencijom. Godine sudske prakse donele su šire tumačenje, pa su dozvoljene tužbe i u vezi sa drugim pravima koje nisu obuhvaćene Konvencijom¹³.

Međunarodni standardi u oblasti antidiskriminacije su široki: Međunarodna konvencija o eliminaciji svih vidova rasne diskriminacije, UN Konvencija o eliminaciji svih oblika diskriminacije žena, Deklaracija UN o eliminaciji diskriminacije zasnovane na religiji, Direktiva EU u primeni načela jednakog postupanja bez obzira na rasno i etničko poreklo osoba, Direktiva EU o jednakom postupanju pri zapošljavanju i izboru zanimanja, Direktiva za sprovođenje principa jednakog tretmana žena i muškaraca u pogledu zapošljavanja, stručne obuke i na-

¹⁰ "Uživanje prava i sloboda predviđenih u ovoj Konvenciji obezbeđuje se bez diskriminacije po bilo kom osnovu kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, veroispovest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno i socijalno poreklo, veza s nekom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status".

¹¹ "Svako pravo koje zakon predviđa ostvarivaće se bez diskriminacije po bilo kom osnovu kao npr. polu, rasi, boji kože, jeziku, veroispovesti, političkom ili drugom uverenju, nacionalnom ili društvenom poreklu, povezanosti sa nacionalnom manjinom, imovini, rođenju ili drugom statusu".

¹² OSCE/ODIHR mišljenje na nacrt Zakona o zabrani diskriminacije u Crnoj Gori.

¹³ Predmet Šmit i Dalstrem protiv Švedske.

predovanja i uslova rada, Direktiva o implementaciji jednakih mogućnosti i jednakog tretmana muškaraca i žena u oblasti zapošljavanja i zanimanja, Direktiva o primeni principa jednakog tretmana muškaraca i žena koji su samozaposleni, Evropska konvencija o ljudskim pravima.

O MOBINGU

U okviru regulisanja ljudskih prava i diskriminacije u vezi sa tim pravima u međunarodnom i evropskom pravu, regulisan je i pojam mobinga. Bez obzira na odsustvo bilo koje EU direktive¹⁴ koja se bavi mobingom sve zemlje članice priznaju važnost ovog problema i preduzimaju korake da ga postave na nacionalni nivo. Problem regulisanja mobinga bio je tema Kongresa Evropskog udruženja sudija radnog suda održanog u Beču 2008. godine. Države članice dostavile su izveštaj o pravnoj regulativi mobinga (definicija mobinga, koji ga zakoni regulišu, da li se vezuje za diskriminatorne osnove ili se zaštita od mobinga primenjuje bez obzira na te osnove...).

UPOREDNI PRIKAZ

Nekoliko evropskih zemalja je donelo zakone o mobingu:

Prvi zakonski tekst o sprečavanju mobinga je Uredba o viktimizaciji na radu usvojena u Švedskoj 1993. god. Pod viktimizacijom se podrazumevaju periodični, ponovljeni, prekorni ili izrazito negativni postupci koji su usmereni protiv pojedinačnog zaposlenog, koji su izraženi na uvredljiv način i koji mogu rezultirati njegovim izolovanjem i isključenjem iz radne zajednice. Uredba predviđa obavezu poslodavca da organizuje rad na način koji će sprečiti viktimizaciju, a Švedski Nacionalni odbor za profesionalnu sigurnost i zdravlje doneo je Opšte preporuke za sprovođenje ove Uredbe kojima se predviđaju opšte i posebne mere protiv viktimizacije na radnom mestu.

U Francuskoj je 2002. god. donet Zakon o socijalnoj modernizaciji kojim se zabranjuje svako ponovljeno moralno uznemiravanje koje ima za cilj ili posledicu pogoršanje radnih uslova na način koji šteti pravima i dostojanstvu zaposlenog, utiče na njegovo fizičko i mentalno zdravlje ili dovodi u pitanje profesionalnu budućnost zaposlenog. Zabrana moralnog uznemiravanja propisana je i Zakonom o radu i Krivičnim zakonikom. Krivični zakonik propisuje kaznu od godinu dana zatvora i novčanu kaznu od 15.000 evra za lice koje vrši moralno uznemiravanje. Zakon o radu predviđa kaznu zatvora od 1 godine i/ili novčanu kaznu od 3.750

¹⁴ Jedini evropski dokument koji se bavi mobingom kao posebnim pitanjem je Okvirni sporazum o uznemiravanju i nasilju na radu koji tretira mobing kao poseban problem koji može a i ne mora biti povezan sa nekim od prihvaćenih osnova diskriminacije.

evra. Ovaj zakon sadrži i druge odredbe koje zaposlenog štite od diskriminacije a u vezi sa pravom na zaradu, usavršavanjem ili napredovanjem na poslu kao i u vezi sa obnavljanjem ugovora o radu u slučajevima kada je zaposleni pretrpeo ili se usprotivio moralnom uznemiravanju. Najpoznatiji je slučaj "Propara"¹⁵. Kacioni sud je kaznio poslodavca zbog moralnog uznemiravanja. U ovom slučaju nekoliko radnika se žalilo na ponašanje nadređenog koje je bilo surovo, grubo, ponižavajuće, uvredljivo i koji je preduzimaao neopravdane mere protiv radnika. Ovakvo ponašanje je prepoznato u izveštaju inspektora rada koji je zaključio da je nadređeni bio odgovoran za "rasprostranjeno moralno uznemiravanje koje je dovelo do pogoršanja uslova rada i kršenje ljudskih prava i dostojanstva radnika tako što je dovelo do oštećenja fizičkog i psihičkog zdravlja tih radnika".

U Belgiji je 2002. godine donet Zakon protiv nasilja i moralnog i seksualnog uznemiravanja na poslu. Prema ovom zakonu, nasilje na radnom mestu predstavlja svaku stvarnu situaciju u kojoj je zaposleni proganjan, u kojoj mu se pretilo ili na njega duševno ili fizički nasrće za vreme obavljanja rada. Moralno uznemiravanje je ponovljeno zlostavljачko ponašanje bilo kog porekla, izvan ili unutar radne zajednice, a sastoji se od jednostranih ponašanja, reči, zastrašivanja, radnji, gestova ili pisanih poruka koje imaju za svrhu negativno uticanje na ličnost, dostojanstvo, fizički ili duševni integritet zaposlenog za vreme obavljanja rada i koje mogu da ugroze njegovo radno mesto ili za njega stvore neprijateljsku, ponižavajuću ili uvredljivu okolinu.

U Holandiji od 1994. godine postoji zakon sa obavezom poslodavca da zaštiti radnike od seksualnog zlostavljanja, psihičke agresije i nasilja na radnom mestu.

U Danskoj je od 2002. godine na snazi zakon koji zahteva da posao ne snosi nikakav rizik od mentalnog ili fizičkog zdravlja.

Prema zakonu od 2002. godine u Finskoj poslodavci su u obavezi da kontrolišu radnu okolinu, stanje radne zajednice i sigurnosti na radnom mestu. Novi antidiskriminacioni akt je usvojen 2004. godine sa svrhom implementacije EU Direktive o rasnoj diskriminaciji i Direktivi o jednakom tretmanu. Akt pokriva zabranu drugih osnova za diskriminaciju osim pola i sadrži odredbu o uznemiravanju zbog takvih razloga. Uznemiravanje znači namerno ili de facto povredu dostojanstva i integriteta osobe ili grupe ljudi tako što se stvara zastrašujuće neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje. Uznemiravanjem se potpuno bavi Inspektor rada koji može da kazni poslodavca (ali ne može da naknadi štetu žrtvi). Aktivno učesće inspektora rada je alternativa parnici i utiče na smanjenje tužbi za uznemiravanje.

Prema zakonu iz 1994. godine u Norveškoj radnici ne smeju biti izloženi maltretiranju.

¹⁵ Cass. soc. 21 juin 2006, n 05-43914.

Od 1997. godine nasilje na radnom mestu u Velikoj Britaniji podleže krivičnoj odgovornosti iako nema definicije mobinga.

Države koje nisu donele posebne zakone zaštitu od mobinga regulišu Zakonom o radu, Krivičnim zakonom, u okviru zabrane diskriminacije i kroz načelo jednakosti ili kroz zaštitu zdravlja i bezbednosti. Mobing se u tom slučaju prepoznaje kao ponašanje na bazi diskriminatorne osnove koje se sprovodi od jedne ili više osoba na radnom mestu sa ciljem stvaranja neprijateljske, ponižavajuće ili uvredljive okoline koja vodi povredi dostojanstva.

Ipak, neke države su otišle korak dalje.

U Italiji je zaštita od uznemiravanja u okviru zaštite od diskriminacije i primenjuje se bez obzira na razlog uznemiravanja (nije vezan za posebne diskriminacione osnove).

U slobodnom tumačenju pojma mobinga najdalje je otišla Nemačka. Nemačko pravo nema zakonsku definiciju mobinga. Nemački federalni radni sud je potvrdio definiciju uznemiravanja u slučajevima sistematskog neprijateljstva, bulinga ili diskriminacije koji su počinjeni od nadređenog ili između zaposlenih (15.01.1997, 7 ABR14/96). U sudskim odlukama¹⁶ mobing je definisan kao: "kontinuirano i koordinirano ponašanje na poslu sa namerom uznemiravanja ili diskriminacije kolege ili podređenog u nameri da se postigne nezakonit cilj, povreda prava ličnosti, dostojanstva ili zdravlja žrtve". Nemački Vrhovni sud je prvo koristio kraće definicije mobinga¹⁷ kao "sistematsko neprijateljstvo, uznemiravanje ili diskriminaciju ili između kolega ili od nadređenog". Posle usvajanja Evropskih direktiva o implementaciji principa jednakih mogućnosti za muškarce i žene u sferi zapošljavanja došlo se do nove definicije uznemiravanja koje treba smatrati oblikom diskriminacije kada neželjena ponašanja u vezi sa nekim od osnova diskriminacije imaju za cilj povredu dostojanstva osobe ili stvaraju zastrašujuće, neprijateljsko, degradirajuće, ponižavajuće okruženje. Treba istaći da Nemački Federalni sud upućuje na ovu definiciju samo kada opisuje mobing ponašanja u vezi sa usvojenim direktivama. To ne znači da su pravila koja regulišu mobing primenljiva samo ako je ponašanje motivisano na zabranjenim osnovama diskriminacije kao što su rasa, pol ili godine, tako da će se mobingom smatrati i "uznemiravanje nekoga zato što ne voli isti fudbalski klub"¹⁸. U presudi Nemačkog Federalnog radnog suda nailazi se na još šire tumačenje mobinga: "svako neželjeno ponašanje sa namerom povrede dostojanstva osobe i stvaranja neprijatnog, ponižavajućeg ili neprijateljskog okruženja prouzrokovanog sistematskim i kontinuiranim kršenjem ljudskih prava, reputacije ili fizičkog zdravlja" (BAG, 25. 10.

¹⁶ Labour Court of Appeals Feb. 15, 2001, 133 (NZA-RR) 577 (579), 2001(Ger).

¹⁷ Supreme Labour Court Jan. 15, 1997, (NZA-RR)781, 1997.

¹⁸ Comparative labor law & Poly' journal, www.droitcivil. uottawa. ca/index.

2007, 8 AZR593/06). Prema ovoj definiciji zaštita od uznemiravanja nije ograničena na osnove diskriminacije. Ona se primenjuje bez obzira na razlog uznemiravanja.

ZAKONSKA REŠENJA U NAŠOJ ZEMLJI I ZEMLJAMA U REGIONU

U Republici Srbiji je mobing regulisan Zakonom o sprečavanju zlostavljanja na radu¹⁹ koji definiše pojam zlostavljanja kao 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 otkáže ugovor o radu ili drugi ugovor. Zlostavljanje u smislu ovog zakona jeste i podsticanje ili navođenje drugih na ponašanje iz stava 1. ovog člana.

Zakon o zabrani diskriminacije Crne Gore²⁰ kao posebne oblike diskriminacije navodi uznemiravanje (član 7)²¹, mobing (član 8)²² i segregaciju (član 9)²³.

Zakon o radnim odnosima u Republici Makedoniji (donet u septembru 2009. godine) eksplicitno je zabranio psihološko uznemiravanje na radnom mestu i posebno naveo termin mobing koji je kao takav uveden u makedonski pravni sistem. Psihološko uznemiravanje na radnom mestu (mobing) određuje se kao diskriminacija i svako negativno ponašanje pojedinca ili grupe (najmanje jedanput nedeljno u periodu od šest meseci) koje predstavlja povredu integriteta, ugleda i časti zaposlenog i izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće i uvredljivo okruženje.

¹⁹ "Sl. glasnik RS" 36/10.

²⁰ "Sl. list Crne Gore" 46/10 od 06. 08. 2010. godine.

²¹ Uznemiravanje, po nekom od osnova iz člana 2. stav 2. ovog zakona, predstavlja određeno ponašanje ili postupanje prema nekom licu, koje takvo ponašanje ili postupanje ne želi, a koje ima za cilj ili predstavlja povredu ličnog dostojanstva i izaziva strah, neugodnost, neprijateljstvo, poniženje ili uvrijeđenost.

²² Mobing je ponašanje na radnom mjestu, kojim jedno ili više lica sistematski, u dužem vremenskom periodu, psihički zlostavlja ili ponižava drugo lice vrijeđanjem, omalovažavanjem, uznemiravanjem i drugim aktivnostima i dovodi to lice u nejednak položaj po nekom od osnova iz člana 2. stav 2. ovog zakona, što ima za cilj ugrožavanje njegovog/ njenog ugleda, časti, dostojanstva i integriteta, a može izazvati štetne posljedice mentalne, psihosomatske i socijalne prirode ili dovesti u pitanje profesionalnu budućnost lica koje je žrtva mobinga.

²³ Segregacija je svako razdvajanje lica ili grupe lica po nekom od osnova iz člana 2. stav 2. ovog zakona, osim u slučajevima kada je razdvajanje objektivno i opravdano, a način za postizanje tog cilja je neophodan i srazmjeran.

SLIČNOSTI I RAZLIKE MOBINGA I DISKRIMINACIJE

Iz svega izloženog proizlazi da su zajedničke karakteristike mobinga i diskriminacije: povreda prava jednakosti; povreda prava ličnosti (ugleda, časti, dostojanstva); ugrožavanje života i zdravlja.

Svaka od ovih karakteristika se može zaštititi u sudskom postupku po osnovu ZOR-a nezavisno od Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu i Zakona o zabrani diskriminacije²⁴.

U postupku zaštite, kod mobinga je podnošenje tužbe sudu uslovljeno internom zaštitom (član 13. Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu). Postupak interne zaštite je obavezan u slučaju tzv. horizontalnog mobinga (zlostavljanje izvršeno u smeru zaposleni – zaposleni). U slučaju tzv. vertikalnog mobinga (zlostavljanje u smeru nadređeni-zaposleni) zlostavljanje ima pravo izbora: može pokrenuti postupak za zaštitu kod poslodavca, pa zavisno od okončanja tog postupka podneti tužbu sudu, a može i zatražiti sudsku zaštitu (direktna tužba) bez pokretanja postupka kod poslodavca. Pokretanje postupka, kao i podnošenje tužbe vezano je za rok (šest meseci od dana kad je zlostavljanje učinjeno (u situaciji kada nije bilo postupka za zaštitu kod poslodavca). U slučaju kada je vođen postupak za zaštitu kod poslodavca, a zaposleni nije zadovoljan njegovim ishodom, rok za podnošenje tužbe je 15 dana i računa se od dana dostavljanja obaveštenja da postupak nije uspeo, odnosno da je jedna strana odustala od daljeg postupka ili odluke o obustavljanju postupka. Navedeni rokovi su prekluzivni pa njihovo propuštanje dovodi do gubitka prava na sudsku zaštitu (odbacivanje tužbe).

²⁴ U presudi Vrhovnog suda Srbije RevII965/07 od 05. 03. 2008. god. sud je zaštitio radnike koji su stavljeni u nejednak položaj. U ovom slučaju, tuženi je obustavio proces proizvodnje zbog nedostatka sirovina. Postojala je prećutna saglasnost da zaposleni ne dolaze na posao. Pošto je tuženi privatizovan, novo rukovodstvo je pozivalo radnike da se jave na rad ali ne i tužioce kojima je uručeno rešenje o otkazu. Tužiocima su vraćeni na rad jer po stanovištu sudova, odsustvovanje sa posla u opisanoj situaciji ne predstavlja osnov za prestanak radnog odnosa tužiocima koji objektivno nisu ispoljili volju da više ne rade niti su imali svest da će njihov izostanak voditi prestanku radnog odnosa, s obzirom na to da im poslodavac nije obezbedio posao (što je njegova obaveza) za razliku od ostalih zaposlenih koje je pozvao na rad i time ih stavio u povoljniji položaj u odnosu na tužioce. Primer zaštite zdravlja i adekvatnih uslova rada nalazimo u presudi Vrhovnog kasacionog suda Rev 2 252/11 od 20. 10. 2011. god. U ovom predmetu, Tužilja je obavljala poslove u kancelariji koju je delila sa dve koleginice koje su pušile na radnom mestu. Kako je tužilja nepušač i smeta joj duvanski dim, zahtevala je od koleginica da ne puše, a od neposrednog rukovodioca i direktora tuženog da se zabrani pušenje u toj poslovnoj prostoriji. Zatim je podnela zahtev da joj se obezbedi posebna prostorija za rad. Pretpostavljeni nisu reagovali zbog čega je tužilja radno vreme provodila u drugim prostorijama tuženog. Tuženi je otkazao ugovor o radu zbog neizvršavanja radnih zadataka. Sudovi su poništili ovakvo rešenje tuženog jer tužilji nije obezbedio uslove rada koji neće štetno uticati na njeno zdravlje.

U Zakonu o zabrani diskriminacije predviđena je direktna tužba koja nije vezana za rok (može se podneti i pritužba povereniku za zaštitu ravnopravnosti ali to nije neophodan preduslov za podnošenje tužbe). Odredbe koje se odnose na sadržinu tužbe, teret dokazivanja (na tuženom) i hitnost postupka su identične u oba zakona. Mogućnost izjavljivanja revizije predviđena je u Zakonu o zabrani diskriminacije, dok takve odredbe nema u Zakonu o sprečavanju zlostavljanja na radu (po članu 29. stav 5. predviđena je shodna primena ZPP).

Vršenje nadzora nad primenom zakona takođe je različito (prema Zakonu o zabrani diskriminacije nadzor vrši ministarstvo nadležno za ljudska i manjinska prava a prema Zakonu o sprečavanju zlostavljanja na radu nadzor vrši inspekcija rada odnosno upravna inspekcija).

KRITIČKI OSVRT

Na osnovu izloženog može se zaključiti da su zemlje članice EU koncept mobinga tj. uznemiravanja (seksualnog i moralnog) uglavnom dovodile u vezu sa diskriminacijom i najčešće je (u definiciji mobinga) navodile kao osnov uznemiravanja. Međutim, sudska praksa je pokazala da razlozi iz kojih dolazi do uznemiravanja i diskriminacije prevazilaze okvire tipičnih slučajeva datih u definiciji diskriminacije, pa su iz tog okvira (diskriminacije) izašle posmatrajući i definišući mobing bez obzira na razloge iz kojih se dogodio (posebno se nisu ograničavali na tzv. lična svojstva). Pored toga, došlo je do širokog tumačenja ovog pojma i u okviru Evropskog suda za ljudska prava ali i u okviru država članica.

Naša zemlja je poštujući međunarodne standarde rada i konvencije izvršila harmonizaciju prava i zaštitila dostojanstvo na radu kroz donošenje citirana dva zakona ali se čini da sudska praksa usvaja uži koncept diskriminacije vezujući ga neopravdano za lična svojstva pobrojana u zakonskim tekstovima.

Bez obzira na pojmovne razlike mobinga (šikana, zlostavljanje, psihičko maltretiranje) i diskriminacije (razlikovanje, nejednako postupanje) i delimično različitu proceduru zaštite, i kod mobinga i kod diskriminacije je prisutno u osnovi različito postupanje u odnosu na grupu ili pojedinca čije se pravo ne vređa.

Mišljenja sam da je u cilju zaštite zlostavljanog ili diskriminisanog, po ugledu na međunarodna zakonodavna rešenja i uporednu praksu potrebno:

– u praksi usvojiti širi pojam diskriminacije koji se ne ograničava na listu razloga za diskriminaciju. Ovakvo tumačenje dozvoljava Ustav, Zakon o zabrani diskriminacije, Zakon o radu, Evropska konvencija o ljudskim pravima. Svi navedeni propisi imaju u sebi odrednice “po bilo kom osnovu”, “i drugim stvarnim odnosno pretpostavljenim ličnim svojstvima” koje im omogućavaju da budu fleksibilni i prilagodljivi novim okolnostima;

– u okviru tako shvaćenog pojma diskriminacije, mobing treba prepoznati kao njen oblik kao što su to već prepoznali Crna Gora i Makedonija i što je tendencija i evropskih zemalja koje kroz sudske odluke izražavaju takav stav. Ni mobing, isto kao ni diskriminaciju ne treba vezivati za neke posebne osnove jer se to, kao što je izloženo, pokazalo kao nedelotvorno sredstvo zaštite protiv mobinga, već u svakom slučaju ispitati da li je bilo nejednakog postupanja (kao osnovnog elementa diskriminacije) bez obzira iz kog razloga je do njega došlo;

– u postupku sudske zaštite, Zakon o zabrani zlostavljanja na radu i Zakon o zabrani diskriminacije ne treba shvatati kao dva odvojena i nezavisna zakona već kao jedinstveni skup pravila čiji je cilj poštovanje dostojanstva na rad.

ZAKLJUČAK

U tekstu su izložena u bitnom zakonska rešenja u domaćem i uporednom pravu u vezi diskriminacije i mobinga; ukazano na siromaštvo naše sudske prakse (mali broj sudskih odluka) i čini se prisustvo vladajućeg formalnog kriterijuma – vezivanje diskriminacije isključivo za lična svojstva, bez obzira na fleksibilnost norme. U cilju zaštite “žrtve” nužno je u svakom konkretnom slučaju podrobno ispitati sve okolnosti i mobing shvatiti kao oblik diskriminacije. Na Zakon o zabrani zlostavljanja na radu treba supsidijerno primenjivati Zakon o zabrani diskriminacije.

MIRJANA POPOVIĆ

Advisor of the Supreme Court of Cassation

MOBBING AS A FORM OF DISKRIMINATION

Summary

The presented article deals with the statutory provisions in domestic and comparative law regarding discrimination and mobbing. It points the weakness of our jurisprudence (a small number of judicial decisions) and the presence of dominant formal criteria – linkage of discrimination solely with personal characteristics, regardless of the flexibility of legal norm. In order to protect “victim”, it is necessary to have all circumstances of each case investigated thoroughly and to understand mobbing as a form of discrimination. The Law against Discrimination should have a subsidiary application in relation to the Law Prohibiting Harassment at the workplace.

VESNA NIKOLIĆ

SPECIFIČNOSTI PRIVREMENOG UDALJENJA SA RADA POLICIJSKIH SLUŽBENIKA

U V O D

Privremeno udaljenje sa rada je pravni institut koji se može primeniti prema zaposlenom u slučajevima isključivo propisanim zakonom.

Udaljenje sa rada nije i ne bi smela da bude vrsta sankcije, već mera prevencije koja se restriktivno primenjuje u zavisnosti od vrste, načina i ličnog odnosa prema učinjenoj radnji za koju je zakonom propisana mogućnost udaljenja počinioaca. Udaljenje se smatra opravdanim isključivo u situacijama kada vrsta dela koje je učinjeno, način i posledice koje su nastupile imaju takav karakter i proceduru koja se vrši na osnovu svih raspoloživih činjenica, da će zaposlenom nakon sprovedenog postupka biti izrečena mera prestanka radnog odnosa. Dakle, za primenu ovog pravnog instituta potrebno je da postoji visok stepen sumnje da će zaposleni svojim prisustvom na radu remetiti proces rada, uticati na kolege iz svog radnog okruženja koji bi, eventualno, trebalo da budu svedoci u krivičnom ili disciplinskom postupku koji je pokrenut protiv udaljenog zaposlenog, i u slučaju da je povreda službene dužnosti takvog karaktera da bi ostanak na radu proizveo štetne, neotklonjive posledice po imovinu, funkcionisanje ili ugled službe.

Vesna Ž. Nikolić, advokat u Beogradu, dugogodišnji predsednik Disciplinske komisije i predsednik veća Disciplinske komisije u Ministarstvu unutrašnjih poslova.

Od izuzetne važnosti je ocena celishodnosti udaljenja i sagledavanje svih njegovih aspekata za svaki konkretnan slučaj. Ovo je posebno važno zbog očuvanja pozitivne radne klime, održivog rukovođenja kao i psiholoških posledica po zaposlenog koji je udaljen. U velikom organizacionom sistemu kao što je Ministarstvo unutrašnjih poslova u kome je prisutna hijerarhijska struktura i subordinacija u odlučivanju, posebnu pažnju treba posvetiti posledicama koje mogu nastupiti ukoliko se nepravedno, nepažljivo ili čak arogantno primenjuje zakonska mogućnost udaljenja sa rada. Po mišljenju autora, izuzetno važan akt koga treba poštovati prilikom svakodnevnog postupanja tako i donošenja ovako osetljivih odluka je Kodeks policijske etike. Razlozi za to leže u činjenici da su ovim aktom normirana etička ponašanja svih zaposlenih. On je obavezujući za sve, što je posebno važno jer među ljudima u kolektivu postoje kulturološke razlike, različiti modeli vaspitanja, usvojeni načini ponašanja, moralni stavovi kao i merila vrednosti. Zato ovaj akt ima posebnu važnost za Ministarstvo unutrašnjih poslova, jer obavezuje različite ljude na ista ponašanja koja su pretočena u normu, zbog čijeg nepoštovanja podležu odgovornosti.

Udaljenje sa rada nije predviđeno kao glavna mera koja se samostalno izriče u odnosu na zaposlenog. Naime, ona prati pokretanje zakonom propisanih postupaka i to: dva fakultativna – disciplinskog i krivičnog postupka, i obaveznog kada je u pitanju pritvor. Svrha njenog izricanja kod fakultativnog udaljenja je, između ostalog, da se omogući redovno, nesmetano i nepristrasno odvijanje tih postupaka. Izricanjem ove mere ne prejudicira se postojanje krivične ili disciplinske odgovornosti, niti bi izricanje mere udaljenja trebalo da se koristi u ovim postupcima kao otežavajuća okolnost za zaposlenog.

Privremeni karakter udaljenja sa rada označava da je trajanje mere udaljenja vremenski ograničeno i da je vezano za osnov njenog izricanja.

Zakon o radu¹, kao najopštiji akt u oblasti radnog prava predviđa mogućnost primene ovog instituta, kao i opšti akt o pravima, dužnostima i odgovornostima državnih službenika – Zakon o državnim službenicima². Najveća pažnja u ovom radu biće posvećena Zakonu o policiji³ i načinu na koji je on, kao *lex specialis*, regulisao mogućnost privremenog udaljenja sa rada policijskih službenika i drugih zaposlenih u Ministarstvu unutrašnjih poslova.

¹ "Sl. glasnik RS", br. 24/2005, 61/2005 i 54/2009.

² "Sl. glasnik RS", br. 79/2005, 81/2005-isp., 83/2005, 64/2007, 67/2007 – ispr., 116/2008 i 104/2009.

³ "Sl. glasnik RS", br. 101/2005, 63/2009 – odluka US, 92/2011.

Zakon o radu

Na osnovu Zakona o radu, zaposleni može da bude privremeno udaljen sa rada ako je protiv njega pokrenut krivični postupak zbog krivičnog dela učinjenog na radu ili u vezi sa radom ili ako je učinio povredu radne obaveze koja ugrožava imovinu veće vrednosti utvrđene opštim aktom ili ugovorom o radu. Takođe, može biti udaljen i ako je priroda povrede radne obaveze, odnosno kršenja radne discipline ili ponašanje zaposlenog takvo da ne može da nastavi rad kod poslodavca pre isteka roka koji je poslodavac dužan da mu ostavi u slučaju otkaza ugovora o radu.

Svi navedeni razlozi za privremeno udaljenje su fakultativnog karaktera, što znači da su mogućnost, a ne obaveza i da primena zavisi od procene poslodavca o okolnostima svakog konkretnog slučaja kada su ispunjeni uslovi koji omogućavaju primenu ove mere.

Udaljenje može trajati najduže tri meseca, a nakon isteka tog perioda poslodavac je dužan da zaposlenog vrati na rad ili da mu otkáže ugovor u radu ako za to postoje određeni opravdani razlozi propisani ovim zakonom (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 ili ako je učinio krivično delo na radu ili u vezi sa radom).

Za vreme privremenog udaljenja, zaposleni ne obavlja svoje poslove, te je jedna od pravnih posledica privremenog udaljenja isplata manje zarade, te shodno Zakonu o radu, zaposlenom za vreme trajanja privremenog udaljenja pripada naknada zarade u visini jedne četvrtine, a ako izdržava porodicu u visini jedne trećine osnovne zarade.

Pored ovih oblika fakultativnog udaljenja, zakonodavac je predvideo i jedan slučaj kada je udaljenje obavezno, a to je pritvor. Naime, zaposleni kome je određen pritvor se udaljuje sa rada od prvog dana pritvora i takvo udaljenje traje dok traje i pritvor. Naknada zarade za vreme trajanja "pritvorskog" udaljenja je u istom iznosu kao i za druge oblike privremenog udaljenja, s tim što isplata naknade zarade pada na teret organa koji je odredio pritvor. Obavezno privremeno udaljenje koje za osnov ima pritvor je rezultat objektivne nemogućnosti zaposlenog da obavlja svoje poslove i određivanjem pritvora po sili zakona dolazi do određivanja udaljenja sa rada.

Zakon o radu propisuje još jedan oblik udaljenja koji ne poznaju drugi propisi. Poslodavac može zaposlenom za povredu radne obaveze ili nepoštovanje radne discipline (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) umesto otkaza ugovora o radu, da izrekne meru privremenog udaljenja sa rada bez naknade, ako smatra da postoje olakšavajuće okolnosti ili da povreda radne obaveze, odnosno radne discipline, nije takve prirode da zaposlenom treba da prestane radni odnos. Tavo udaljenje može trajati od jednog do tri dana.

Još jedna razlika koja postoji u odnosu na Zakon o državnim službenicima i Zakon o policiji, je odredba kojom je propisano da zaposlenom kome je izrečena mera udaljenja, fakultativnog ili obaveznog, pripada razlika između iznosa naknade zarade koju je primio po osnovu privremenog udaljenja i punog iznosa osnovne zarade i to ako krivični postupak protiv njega bude obustavljen pravosnažnom odlukom ili ako pravosnažnom odlukom bude oslobođen optužbe ili je optužba protiv njega odbijena (ne zbog nenadležnosti), kao i ako mu ne prestane radni odnos.

Ova odredba je dobar i pravičan primer brige za zaposlenog kada se utvrdi da je udaljenje bilo neopravdano.

Zakon o državnim službenicima

Državni službenik protiv koga je pokrenut krivični postupak zbog krivičnog dela učinjenog na radu ili u vezi sa radom ili disciplinski postupak zbog teže povrede dužnosti može da se udalji sa rada ako bi njegovo prisustvo na radu štetilo interesu državnog organa ili ometalo vođenje disciplinskog postupka.

Dakle, ovim propisom uređeno je fakultativno udaljenje, dok se obavezno udaljenje u slučaju određivanja pritvora koje je utvrđeno opštim propisom o radu supsidijarno primenjuje i na državne službenike. Ovim zakonom, takođe nije predviđen iznos naknade koji pripada udaljenom državnom službeniku, te se i u tom delu primenjuje Zakon o radu.

Trajanje udaljenja je u odnosu na Zakon o radu, drugačije uređeno. Naime, rešenje o udaljenju sa rada se opoziva po službenoj dužnosti ili na predlog državnog službenika, ako prestanu razlozi zbog kojih je doneseno.

Zakon propisuje da rešenje o udaljenju sa rada donosi rukovodilac ili disciplinska komisija, u zavisnosti od toga ko vodi disciplinski postupak. Ovako utvrđena norma je nepotpuna i neprecizna, jer se postavlja pitanje ko donosi rešenje o privremenom udaljenju sa rada kada je pokrenut krivični postupak ili određen pritvor.

Na rešenje o udaljenju sa rada, državni službenik može da izjavi žalbu Žalbenoj komisiji Vlade u roku od pet dana od dana prijema rešenja. Drugostepeni organ je dužan da u istom roku, tj. pet dana od dana prijema žalbe odluči o žalbi,

inače se smatra da je žalba odbijena. Izjavljena žalba ne odlaže izvršenje rešenja. Kratki rokovi i nesuspendivnost žalbe govore o hitnosti postupka udaljenja.

Zakon o policiji

Zakon o izmenama i dopunama Zakona o policiji⁴ je na drugačiji način u odnosu na ranije važeći Zakon o policiji uredio institut privremenog udaljenja.

Ono što se prvo da приметiti kod analize norme je da član 165. zakona nosi naziv "Razlozi i postupak privremenog udaljenja iz službe", dok se u odredbi govori o udaljenju sa rada! Dakle, radi se o nepreciznoj terminologiji. Zato je poželjno da Zakon sadrži i pojmovnik kako ne bi bilo zabune u korišćenju termina i prilikom primene propisanih normi. Korisno rešenje je što su ovim zakonom propisane sve vrste udaljenja sa rada, što omogućuje njegovu primenu u punom kapacitetu kada je ovaj institut u pitanju.

Hronološki posmatrano, Zakonom je najpre predviđen obavezan oblik udaljenja, u slučaju određenja pritvora, na isti način kao i u Zakonu o radu u pogledu trajanja udaljenja i naknade zarade. Zatim su navedena dva oblika fakultativnog udaljenja: zaposleni u Ministarstvu unutrašnjih poslova može biti privremeno udaljen s rada, na obrazloženi predlog rukovodioca, kada je protiv njega doneto pravnosnažno rešenje o sprovođenju istrage za krivično delo za koje se goni po službenoj dužnosti ili pokrenut disciplinski postupak zbog teške povrede službene dužnosti i ukoliko bi njegovo prisustvo na radu štetilo interesima službe.

S obzirom na fakultativnost udaljenja, odluka o udaljenju zaposlenog sa rada donosi se na osnovu diskrecione ocene. Donosilac rešenja (u konkretnom slučaju to je direktor policije ili rukovodilac u čijoj nadležnosti je obavljanje određenih poslova i zadataka) treba jasno i argumentovano da obrazloži svoju odluku, odnosno da navede razloge kojima se rukovodio prilikom donošenja rešenja o udaljenju i na osnovu kojih je procenio da je udaljenje zaposlenog celishodno.

Rešenja Ministarstva unutrašnjih poslova prema praksi u prethodnom periodu uglavnom nisu sadržala obrazloženje slobodne ocene o udaljenju, već samo formulaciju da "je razmatranjem spisa ocenjeno da bi dalje obavljanje poslova...u Ministarstvu unutrašnjih poslova štetilo interesima službe, te su ispunjeni uslovi da se imenovani u skladu sa članom 165. stav 1. Zakona o policiji privremeno udalji iz Ministarstva do okončanja disciplinskog postupka, a najduže šest meseci". Dakle, bilo je dovoljno da bude donet zaključak o pokretanju disciplinskog postupka, kao jedini uslov za donošenje rešenja o privremenom udaljenju. Najčešće je ta dva akta donosio isti rukovodilac, što je u velikom broju slučajeva vodi-

⁴ "Sl. glasnik RS", br. 92/2011.

lo zloupotrebi i "sklanjanju" zaposlenog sa rada bez potrebe, neargumentovano, a često i iz ličnih razloga.

Vrhovni sud Srbije, kao i Upravni sud je tako donete akte u velikom broju slučajeva ocenio kao zakonite.

"Prema obrazloženju osporenog rešenja pravilna je odluka prvostepenog rešenja, s obzirom da je protiv tužilje pokrenut disciplinski postupak zbog teške povrede službene dužnosti, a ocenjeno je da bi njeno obavljanje poslova u Ministarstvu unutrašnjih poslova štetilo interesima službe. Sa navedenog nalazi da je ožalbeno rešenje doneto u skladu sa članom 165. Zakona o policiji, kojim je propisano da radnik može biti udaljen iz službe kada je protiv njega podnet zahtev za utvrđivanje disciplinske odgovornosti z teške povrede službene dužnosti" (*Presuda 1 U 18096/10 od 15. decembra 2010. godine*).

Mišljenje autora je da postoji obaveza i potreba da se prilikom pokretanja odgovarajućih fakultativnih vidova udaljenja sa rada sa dužnom pažnjom razmotri i celishodnost udaljenja. Nije korisno da se po pravilu, samim pokretanjem i po automatizmu, zaposleni udalji sa rada sa čak istim datumom kada je pokrenut postupak, momentom pokretanja disciplinskog postupka a to je donošenje zaključka o njegovom pokretanju. Bilo je slučajeva da se rešenje o udaljenju donese pre nego što je zaposlenom uručen zaključak o pokretanju disciplinskog postupka. Ukoliko je povreda službene dužnosti takva da je celishodno udaljiti zaposlenog sa rada, nema razloga za tako hitno i preuranjeno postupanje bez poštovanja zakonom propisanog redosleda.

Međutim, nakon stalnih stručnih konsultacija i edukacija održanih na ovu temu, sada je praksa drugačija, te i donosilac odluka, u skladu sa donetim presudama Upravnog suda, prilikom donošenja rešenja o privremenom udaljenju, pažnju posvećuje obrazloženju celishodnosti udaljenja.

"Prema oceni Upravnog suda ovako dati razlozi u obrazloženju osporenog rešenja za odlučivanje po slobodnoj oceni, a koji se sastoje u zaključivanju tuženog organa da bi dalje obavljanje poslova u Ministarstvu unutrašnjih poslova štetilo interesima službe, za sada se ne mogu prihvatiti kao pravilni i na zakonu zasnovani. Ovo iz razloga što je u rešenju koje se donosi na osnovu slobodne ocene organ dužan ne samo da navede nego i da obrazloži razloge kojima se rukovodio i iz kojih proizlazi da je prvostepeno rešenje doneto u granicama tog ovlašćenja i u skladu sa ciljem u kome je ovlašćenje dato. Naime, u obrazloženju prvostepenog organa, koji nedostatak nije otklonio ni tuženi organ osporenim rešenjem, nisu navedene radnje tužioca zbog kojih je protiv tužioca pokrenut disciplinski postupak, kao i interesi službe uz pozivanje na propis kojim su ti interesi službe propisani, a za koje tuženi organ nalazi da bi bili ugroženi uoliko bi tužilac nastavio dalje obavljanje poslova u ministarstvu." (*Presuda 20 U 12130/10 (2009) od 10. februara 2011. godine*).

Najbitnija izmena u odnosu na nekadašnji zakon je to što je period udaljenja produžen do pravnosnažnog okončanja krivičnog postupka, odnosno okončanja disciplinskog postupka.

Ovakvo rešenje, po mišljenju autora, nije korisno zbog mogućnosti zloupotreba i posledica takve zloupotrebe na službu i na zaposlenog. Imajući u vidu trajanje krivičnih postupaka, gubi se smisao privremenosti udaljenja. Zaposleni nije na radu i ne zna se koliko će njegova odsutnost trajati, za to vreme njegovo radno mesto se ne može popuniti raspoređivanjem drugog policijskog službenika, što znači da i redovno funkcionisanje rada organa može biti ugroženo. Na kraju se postavlja i pitanje šta ako nakon udaljenja zaposlenom bude izrečena minimalna novčana kazna ili ne bude utvrđena njegova odgovornost bilo u krivičnom bilo u disciplinskom postupku? Da li je takvo udaljenje bilo celishodno ili zloupotrebljena mogućnost primene ovog instituta.? Postavlja se pitanje ko će i na koji način udaljenom policijskom službeniku nadoknaditi svu štetu i posledice koje su nastupile po njega usled privremenog udaljenja, koje se odnose na materijalne ali i psihološke aspekte? (manja zarada, period kada ne radi ne može mu se računati u efektivan radni staž ni u vreme potrebno za sticanje višeg zvanja, njegovo prihvatanje od strane kolega i povratak u kolektiv, odnos prema kolegama i starešinama ukoliko je njegov doživljaj da mu je učinjena nepravda).

Još jedna sporna stvar koja se javila u praksi je situacija kada drugostepeni organ Ministarstva unutrašnjih poslova, koji ceni i celishodnost rešenja (u vreme važenja starog Zakona o policiji to je bio ministar), postupajući po prigovoru zaposlenog na rešenje o privremenom udaljenju poništi prvostepeno rešenje i predmet vrati na ponovni postupak. Najčešće razlozi za poništavanje su bili procesnog karaktera (uvod ili obrazloženje rešenja nisu sadržali sve elemente propisane Zakonom o opštem upravnom postupku). Naime, s obzirom da prigovor ne odlaže izvršenje rešenja, da je do udaljenja faktički došlo, nastupile su i određene pravne posledice koje su već proizvele pravna dejstva. (naknada u visini jedne polovine plate) i koja traju tačno određeno vreme (do okončanja disciplinskog postupka, a najduže šest meseci). Zaposleni za to vreme nije na radu, što je smisao instituta udaljenja, a udaljenje traje sve vreme dok se prvostepeni i drugostepeni organi "usaglašavaju". Iz razloga zaštite prava zaposlenog, zbog neopravdane dužine trajanja udaljenja koje je u nekim slučajevima bilo i preko godinu dana, stav drugostepenog organa, bio je da poništavanje prvobitnog rešenja i vraćanje predmeta na ponovni postupak ima za posledicu donošenje novog rešenja kojim se otklanjaju određene formalne nepravilnosti prvobitnog rešenja, ali da se ne može promeniti osnov i datum faktičkog udaljenja, a pogotovo imajući u vidu da je period udaljenja zakonski ograničen. Ovakav stav imao je svoje opravdanje u činjenici da udaljenje sa rada ne može biti duže od šest meseci, a da doneta rešenja

imaju takve nedostatke da postoji obaveza da budu poništena i vraćena prvostepenom organu na ponovno odlučivanje. Ovo je logično rešenje jer se predmet još uvek nalazi u "okviru kuće", gde je još uvek moguće ispraviti postojeće nedostatke. Pritom je neophodno da se vodi računa o pravnim polosedicama tako donetog rešenja i da se strogo vodi računa o dužini trajanja udaljenja bez obzira na poništaj rešenja. Zato je važno da se pravo primenjuje tako da se vodi računa o zakonitosti, celishodnosti, pravičnosti i nikako naa štetu zaposlenog. Takve odluke drugostepenog organa išle su u prilog udaljenom policijskom službeniku jer se na taj način štitio od nezakonitog udaljenja, kako bi njegovo udaljenje trajalo isključivo u zakonskom okviru koji ne može biti duži od šest meseci, a ne nekoliko puta po šest meseci, što je bio slučaj.

Međutim, opravdan je stav Upravnog suda koji se stara o zakonitosti a ne i celishodnosti donetih akata u upravnom postupku, je da u konkretnim situacijama treba isključivo primeniti odredbu člana 259. stav 1. Zakona o opštem upravnom postupku⁵ koja propisuje da poništaj svih pravnih posledica koje je poništeno rešenje proizvelo.

"Upravni sud, međutim, nalazi da se valjani ne mogu prihvatiti navodi osporenog rešenja jer se, po oceni suda, u tužbi izjavljenoj protiv osporenog rešenja osnovano ukazuje da je isto doneto uz povredu odredbe člana 259. stav 1. Zakona o opštem upravnom postupku, kojom je uređeno pitanje pravnih posledica poništaja rešenja, tako što je propisano da poništavanjem rešenja i oglašavanjem rešenja ništavim poništavaju pravne posledice koje je to rešenje proizvelo. Polazeći od navedene zakonske odredbe, sud nalazi da se rešenjem prvostepenog organa koje je doneto u izvršenju rešenja tuženog organa, tužilac, saglasno navedenoj zakonskoj odredbi, mogao udaljiti sa posla počev od datuma donošenja tog rešenja, a ne od 25.02.2010. godine, kao datuma kada je doneto prethodno rešenje prvostepenog organa. Ovo stoga što je upravo poništajem navedenog rešenja prvostepenog organa prestala pravna posledica koju je isto proizvelo u pravnom poretku, a to je udaljenje tužioca s posla počev od 25.02.2010. godine." (*Presuda 12 U 26541/10 od 21. aprila 2011. godine*).

Primenom ovakvog stanovišta ostaje otvoreno pitanje na koji način će se izvršiti potpuna restitucija za zaposlenog, kao i u prethodnom komentaru autora. Naknada zarade koja pripada udaljenom policijskom službeniku je jedna polovina plate, odnosno dve trećine plate ako jedini izdržava porodicu, što je veća naknada u odnosu na ostale državne službenike. Nadležnost za rešavanje po prigovoru na rešenje o privremenom udaljenju više ne pripada ministru, već Žalbenoj komisiji Vlade.

S tim u vezi, autor ističe da se tokom trajanja rada na izmenama i dopunama Zakona o policiji, javila kao ideja mogućnost da Disciplinska komisija bude

⁵ "Službeni list SRJ", br. 33/97, 31/2001, "Službeni glasnik RS", br. 30/2010.

drugostepeni organ pri odlučivanju na prigovore zaposlenih na rešenja o privremenom udaljenju čiji je osnov pokretanje disciplinskog postupka. S obzirom da se disciplinski postupak vodi zbog povrede radne (službene) obaveze, smatra se da je ipak potrebno da drugostepeno odlučivanje ostane u okviru Ministarstva unutrašnjih poslova, a takođe, kako bi se povećala nepristrasnost pri odlučivanju, autor smatra da je najcelishodnije rešenje da nadležnost za odlučivanje preuzme Disciplinska komisija, kao kolegijalni organ. Zašto je to važno? Disciplinska komisija bi cenila celishodnost potrebe za udaljenjem, a ne samo zakonitost rešenja, što bi smanjilo eventualnu zloupotrebu ovog instituta. Imajući u vidu da u krajnjoj instanci Disciplinska komisija odlučuje o prigovoru na rešenje o utvrđenoj disciplinskoj odgovornosti, na taj način, ovaj organ bi od samog početka, daleko od pokretanja disciplinskog postupka, pa do samog rešavanja po prigovoru imao kompletan uvid u disciplinski predmet i realno stanje stvari. Međutim, ipak je prevladalo mišljenje da drugostepenu nadležnost u konkretnom slučaju ima Žalbena komisija Vlade.

Rokovi za podnošenje žalbe i rešavanje po žalbi su duži u odnosu na Zakon o državnim službenicima, iako je izričito propisano da je postupak po žalbi hitan. Zaposleni može podneti žalbu Žalbenoj komisiji Vlade u roku od osam dana od dana uručenja rešenja dok je propisano da se u postupku po žalbi rešenje mora doneti u roku od 15 dana. Ova odredba je neprecizna, jer je propušteno da se utvrdi od kada se rok za donošenje drugostepenog rešenja računa. Ostaje pitanje, da li od dana podnošenja žalbe ili dana njenog prijema?

Ono što je bitno napomenuti kod promenjene nadležnosti drugostepenog organa je trenutni negativni sukob nadležnosti za rešavanje po žalbama na rešenja o privremenom udaljenju. On je nastao s obzirom da Zakon o izmenama i dopunama Zakona o policiji ne sadrži prelazne i završne odredbe kojima bi bilo regulisano po odredbama kojeg zakona se nastavljaju već započeti postupci! Stvar je potpuno jasna da je nadležnost za odlučivanje poverena Žalbenoj komisiji Vlade, kao propisanom drugostepenom organu.

Stav Žalbene komisije Vlade, iskazan u rešenjima kojima se taj organ oglašio nenadležnim za odlučivanje po žalbi na rešenje o udaljenju policijskog službenika je da je prvostepeni organ, Ministarstvo unutrašnjih poslova, pogrešno postupio kada je rešenje o udaljenju zasnovao na odredbama Zakona o izmenama i dopunama Zakona o policiji, budući da je disciplinski postupak pokrenut pre stupanja na snagu tog zakona. Ovakav stav, Žalbena komisija Vlade obrazlaže time da, s obzirom da navedeni zakon ne reguliše pitanje važenja ranijih zakonskih odredbi na situacije u toku, odnosno kojima bi se propisalo eventualno produženo dejstvo ranijih zakonskih odredbi koje su sad izmenjene ili dopunjene, treba primeniti odredbu člana 183. Zakona o državnim službenicima koja propisuje

da će se postupci odlučivanja o pravima, obavezama i odgovornostima zaposlenih koji su započeti do stupanja na snagu ovog zakona okončati primenom propisa prema kojima su započeti.

Stav Ministarstva unutrašnjih poslova, koji je ujedno i stav autora je da nema mesta primeni člana 183. Zakona o državnim službenicima u konkretnim situacijama jer navedena odredba predstavlja prelaznu i završnu odredbu zakona koja se primenjuje kao pravilo za okončanje postupaka koji su započeti po ranijem zakonu čija je primena prestala danom stupanja na snagu Zakona o državnim službenicima, a ne Zakona o policiji. S obzirom na navedeno, Zakon o izmenama i dopunama Zakona o policije se primenjuje od trenutka stupanja na snagu, a samim tim i odredba koja propisuje nadležnost Žalbene komisije Vlade kao drugostepenog organa u predmetima odlučivanja o žalbama na rešenja o privremenom udaljenju policijskih službenika.

U navedenoj situaciji, potrebno je inicirati rešavanje sukoba nadležnosti, shodno članu 28. stav 1. Zakona o opštem upravnom postupku, kojim je propisano da kad se dva organa izjasne kao nadležni ili nenadležni za rešavanje u istoj upravnoj stvari, predlog za rešavanje sukoba nadležnosti podnosi organ koji je poslednji odlučivao o svojoj nenadležnosti, a može ga podneti i stranka.

Za vreme udaljenja policijski službenik ne može obavljati policijske poslove niti primenjivati policijska ovlašćenja i iz tih razloga mu se oduzimaju službena značka, legitimacija, oružje i druga sredstva koja su mu poverena za obavljanje poslova.

ZLOUPOTREBA INSTITUTA UDALJENJA

Disciplinski postupak, samim tim i udaljenje koje za osnov ima pokrenut disciplinski postupak se mogu koristiti i u svrhe radi kojeg nisu propisani. Površnost, nesagledavanje celine problema, rigidna primena ili nepoznavanje normi, može da dovede i do zloupotreba. Moguća je situacija da je motiv za pokretanje disciplinskog postupka i donošenje odluke o udaljenju lične prirode (netrpeljivost između rukovodioca i zaposlenog) što može, ukoliko se ponavlja, da predstavlja ozbiljnu indiciju da će doći do zlostavljanja na radu.

U takvim situacijama, kada se odlučuje o udaljenju, ne postoji realan ni celishodan razlog za udaljenje, pa samim tim i obrazloženje rešenja o udaljenju ne može da sadrži valjane razloge, o čemu rukovodilac, iako ima ovlašćenje za donošenje takvog rešenja, ipak postupa, ne vodeći računa o posledicama.. Ono što eventualno želi da postigne je kažnjavanje zaposlenog i njegovo "sklanjanje" iz radnog okruženja. Razlozi za to mogu biti različiti, počev od nedostataka veština za rukovođenje, karakteristike ličnosti rukovodioca koji je zadužen da kreira kli-

mu u organizacionoj jedinici kojom rukovodi. On treba da upravlja ne samo radnim procesima već i ljudima, što se često zanemaruje.

Tipični primeri zloupotrebe instituta udaljenja sa kojima se autor, tokom svog dugogodišnjeg rada susretao su situacije kada je zaposleni udaljen iz potpuno iracionalnih razloga kao što su : pokretanje disciplinskih postupaka i udaljenje zbog zakašnjenja na posao, zbog privatnih problema i sukoba sa suprugom, jer nije propisno pozdravio starešinu, ili je bio nepropisno odeven, zato što za njega ne postoji odgovarajuća veličina uniforme i cipela i slično. Rešenja se u takvim situacijama donose po hitnom postupku. S obzirom da žalba ne odlaže izvršenje rešenja, zaposleni se udaljuje sa rada od trenutka uručjenja rešenja, dakle u kratkom roku, što je takođe opravdavajuća činjenica za onoga ko zloupotrebljava primenu ovog instituta.

ZAKLJUČAK

Kako bi se održao ugled i efikasno funkcionisanje Ministarstva unutrašnjih poslova i policijske službe važno je da svi policijski službenici svoj posao obavljaju zakonito uz puno poštovanje etičkih pravila. U slučajevima suprotnog ponašanja postoji obaveza utvrđivanja njihove odgovornosti i mogućnosti udaljenja sa rada zbog učinjenog nedozvoljenog ponašanja.

Namera zakonodavca kod propisivanja mogućnosti izricanja mere udaljenja sa rada zaposlenog je neometano odvijanje procesa rada u situacijama kada zaposleni svojim prisustvom na radu remeti efikasno funkcionisanje službe.

Kroz ovaj rad autorka je pokušala da privremeno udaljenje sa rada sagleda kroz relevantne zakone i praksu, sa naročitim osvrtom na primenu u Ministarstvu unutrašnjih poslova, kao i mogućnosti zloupotrebe ovog instituta.

VESNA NIKOLIĆ, LL.D.,
Attorney in Law, Belgrade

SPECIFICS OF TEMPORARY SUSPENSION OF POLICE OFFICIALS

Summary:

This article is a synthesis of some theoretical and practical issues related to temporary suspension of employees in Ministry of Interior of Republic of Serbia, with the emphasis on potential abuse of that legal instrument. Article presents a critical insight in Law on Changes and Amend-

ments of Law on Police, and an expert overview of relevant laws and Administrative Court case law. It is of utmost importance that police officials conduct their duties in line with the law and Police Ethics. In cases of legal or ethical misconduct committed by police officers, it is the duty of their superiors to open a disciplinary case, which eventually could lead to suspension from work.

Lawmaker's intention when enabling suspension of police official in disciplinary proceedings, was to provide uninterrupted operation in cases when presence of suspected employee could cause disturbance of police service.

LAZAR JOVEVSKI

MEĐUNARODNO PRAVNI SISTEM ZAŠTITE ZDRAVLJA I BEZBEDNOSTI NA RADU LICA SA INVALIDITETOM

U V O D

Pitanje o radu, zaposljavanju i zadržavanju u radnom odnosu lica sa invaliditetom¹ je regulisano pre svega od strane MOR-a, a norme za ova lica se susreću i u okviru Evropske socijalne povelje Saveta Evrope, kao i u evropskom komunitarnom pravu. Pažnja koja se posvećuje ovom pitanju, u okviru međunarodnog prava, nije odgovarajuća i dovoljna za ovu grupu zaposlenih. Na žalost, stanje u odnosu na međunarodnu pravnu legislativu za ovu oblast i u drugim organizacijama i institucijama nije previše različna. Zaštita zaposlenih lica sa invaliditetom je ustvari deo šire akcije socijalne inkluzije (uključenja) ovih lica u društvu². Po-

Dr Lazar Jovevski, asistent Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi" u Skoplju.

¹ U odnosu na termin lica sa invaliditetom ima više različitih gledišta u teoriji i praksi. Jedni smatraju da ovaj termin nije adekvatan pošto ne odražuje realno stanje ovih lica, pre svega zbog toga što oni niti su pogrešni, niti falični (eng. invalid). Drugi smatraju da je ovaj termin dobar. Pored ovog termina postoje i drugi kao što su: lica sa hendikepom, lica sa posebnim potrebama i t.d. I za ove termine ne postoji jedinstvenost i saglasnost stavova. Prema nekima su dobri, pa do toga da uopšte ne odgovaraju i ni su za upotrebu pošto niti ova lica imaju posebne potrebe, niti uvek daju ruku tražeći milostinju (eng. handicap). U međunarodnoj terminologiji najčešće prihvaćen termin je lica sa invaliditetom, pa u tom smislu u produžetku biće korišćen i sa naše strane.

² Жанета Стојкова, "Меѓународни норми и стандарди за лицата со хендикеп", Јустисијана, Скопје, 2004, стр. 201.

lje radnog odnosa i rada predstavlja verovatno najbolju socijalnu i društvenu mogućnost za realizaciju tog cilja. U okviru radnog odnosa i pitanja inkluzije, treba razlikovati dve različite celine. Prva je zadržavanje postojećeg zapošljenja lica sa invaliditetom, a drugo pitanje je zapošljavanje lica sa invaliditetom. To čini kompleks posebne zaštite ovih kategorija zaposlenih. Vidljivo je da je to širi koncept zaštite koji obuhvata ne samo tipičnu zaštitu na radu, nego i sistem zapošljavanja i zadržavanje zapošljenja što je na liniji potsticanje konkurentnosti ovih lica na tržištu rada.

Prva sfera obuhvata mogućnost zadržavanja radnog mesta na kome je lice radilo ili radno mesto na koje se zaposlilo lice sa invaliditetom, što obuhvata odgovarajući trening programa i edukacije. Druga obuhvata omogućavanje konkurentnosti lica sa invaliditetom na tržištu rada, što u sebi sadrži dve komponente. Jedna je profesionalna rehabilitacija – edukacija i trening, a druga su zakonske mere za podsticanje zapošljavanja ovih lica. Međunarodna organizacija rada pri propisivanju se zadržava na svim navedenim aspektima zaštite rada lica sa invaliditetom.

Pored pravne regulacije ove materije i očekivanih rezultata koje ona treba da proizvede, postoji još jedna dimenzija ove problematike. To je šire integrisanje i inkluzija lica sa invaliditetom u samom društvu. Smatramo da, pravna regulacija doprinosi u celokupnoj integraciji ovih lica i to u velikom delu preko zapošljavanjem. Takođe treba spomenuti da pored uređenja zapošljavanja ovih lica, pravno se reguliše i njihova ravnopravnost i jednake mogućnosti, ali i socijalna zaštita i socijalno osiguranje lica sa invaliditetom. Ali, pored ovog metoda (pravne regulacije) postoje i tzv. meki metod (soft methods) integracije koje obuhvataju rad nevladinog sektora kao i sam odnos i svest građana, a sa tim i poslodavaca prema ovim osobama (zaposlenika)³.

STRUČNO OSPOSOBLJAVANJE I PROFESIONALNA ORIJENTACIJA

U vezi sa stručnim osposobljavanjem lica sa invaliditetom i njihovom adekvatnom profesionalnom orijentacijom treba govoriti pre svega kroz prizmu akta MOR-a. I pored toga što je ova institut na dnevnom redu i u SE i EU, ipak svestrano i detaljno se uređuje upravo u okviru Međunarodne organizacije rada. U okviru Saveta Evrope, preko Evropske socijalne povelje se upućuje na odgovarajuću profesionalnu rehabilitaciju, stručno osposobljavanje koje obuhvata obrazov-

³ O ovome više vidi kod: Лазар Јовевски, дневен весник “Вечер”, бр. 13956 од 19. ноември 2008. година.

ne i profesionalne treninge, dok se u okviru evropskog komunitarnog prava akcentat stavlja pre svega na prilagođavanju radnog mesta i radnog okruženja⁴.

*Osposobljavanje i profesionalna orijentacija
u aktima MOR-a*

Međunarodna organizacija rada, svoju pažnju usmerava upravo prema normativnom regulisanju prava ovih lica, odnosno njihovom zapošljavanju, stručnoj kvalifikaciji (osposobljavanju) i prekvalifikaciji, kao i profesionalnoj rehabilitaciji. Time se reguliše deo koji se odnosi na samo zapošlenje kao i na zadržavanje radnog mesta.

Preporuka 99

U odnosu na stručno osposobljavanje i prekvalifikaciju lica sa invaliditetom, donešena je Preporuka br. 99 u 1955. godini⁵, prvi akt MOR-a kojim se uređuje oblast zaštite lica sa invaliditetom u procesu rada. Već iz samog naslova Preporuke može se uvideti da je reč o aktu koji se pre svega odnosi na osposobljavanje lica sa invaliditetom na tržištu rada, a u manjem delu i o mogućnosti o zapošljavanju⁶. Inace, Preporuka je prilično obimna i obuhvata nekoliko segmenta uređenja. Prvo se daje definicija o tome šta je stručna kvalifikacija i prekvalifikacija i definiše se pojam lica sa invaliditetom. Tako, stručna kvalifikacija i prekvalifikacija označava: "fazu stalnog i koordinisanog procesa kvalifikacije i prekvalifikacije, koja se sastoji od stavljanja lica sa invaliditetom na raspolaganje takvim službama koje bi im pružile i omogućile zadržavanje jednog odgovarajućeg zapošlenja, koje posebno obuhvata profesionalnu orijentaciju, stručno osposobljavanje i izabrano zapošlenje". Pod terminom lice sa invaliditetom se podrazumeva: "svako lice kome su izgledi da dobije i zadrži odgovarajuće zapošlenje, konstantno smanjeni radi smanjenja njegovih fizičkih i psihičkih sposobnosti". Iz ove definicije⁷ se može uočiti razlika između termina invalid u sirom društvenom shvatanju i lica sa invaliditetom u okviru radno pravnih odnosa. Naravno da se ovde lice sa invaliditetom definiše kroz prizmu samog radnog odnosa i zapošlenja. U paragrafu 2 Preporuke, navodi se da sredstva za stručne kvalifikacije treba da budu dos-

⁴ B. Lubarda, "Evropsko Radno Pravo", CID Podgorica, 2004, str. 257–258.

⁵ Dostupno na: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?R099>.

⁶ B. Šunderić, "Pravo Međunarodne Organizacije Rada", Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2001, str. 443.

⁷ Smatramo da ovom prilikom je potrebno da se daju ove definicije, s obzirom na to što u laičkoj, ali i stručnoj javnosti u velikoj meri se mešaju pojmovi i nema njihovog adekvatnog definisanja.

tupna svakom licu sa invaliditetom. Ovo se odnosi na one koji su zaposleni i na one koji traže zapošljenje. Ovo je dobro rešenje jer omogućuje dostupnost novčanih fondova za sva lica sa invaliditetom, nezavisno od uzrasta, porekla i priroda invaliditeta.

O sprovođenju stručne kvalifikacije, prekvalifikacije i zaposlenja u praksi, preporuka predviđa veliki broj principa i metoda. Oni se pre svega odnose na profesionalnu orijentaciju. Profesionalna orijentacija je vrlo važan segment pri zapošljavanju lica sa invaliditetom. Preko nje se omogućuje licu sa invaliditetom da izabere odgovarajuću struku, zanat, profesiju, ili da je promeni. Cilj profesionalne orijentacije je da utvrdi koje je lice za šta sposobno, odnosno koji su to radovi koje lice može uspešno da izvršava⁸. Zbog svega toga, potrebno je postojanje stručnih službi, centara, institucija koje će se profesionalno baviti podrškom pri izboru profesije lica sa invaliditetom, primenom stručnih i naučnih metoda⁹ i služba koje će biti specijalizovane za profesionalnu orijentaciju lica sa invaliditetom¹⁰. To predviđa i sama Preporuka u paragrafu 3. Ove stručne službe, kao metode delovanja treba da uključe i razgovore, lekarske preglede, ispitivanje profesionalne prošlosti, primenu testova, ispitivanje ličnog i porodičnog stanja, razvoj kapaciteta, određivanje fizičke sposobnosti lica sa invaliditetom i dr.

Iz svega ovoga se može zaključiti da je intencija Preporuke u procesu stručne kvalifikacije i prekvalifikacije da uključi lica sa invaliditetom koliko je moguće u sistem osposobljavanja zdravih radnika. Sa tim se vrši i određena ušteda sredstva i vrši se dublja i šira integracija lica sa invaliditetom u sam proces rada, a s time uopšte i u društvu. S druge strane, Preporuka predviđa posebne mere za zapošljavanje lica sa invaliditetom, koje se svode na podsticanje zaposlenja lica sa invaliditetom i kontrolne mere koje se odnose na praktične rezultate osposobljavanja.¹¹

Posebno važan deo Preporuke je deo koji obuhvata mere koje treba da se preuzmu da bi se licima sa invaliditetom pomoglo da koriste ove službe. Ove mere obuhvataju pomoć koja se temelji na dva stuba, i to, prvi je pružanje informacija o službama i o perspektivama, a drugi je finansijska pomoć za lica sa invaliditetom za vreme stručnog osposobljavanja. Smisao svega ovoga je sa ciljem da se omogući licima sa invaliditetom što brže uključjenje u proces rada i ostvarivanje prava iz radnog odnosa. Preporukom se predviđaju još pet vrsta pomoći i to: besplatne službe za stručno kvalifikovanje, davanje dodatka za izdržavanje,

⁸ B. Šunderić, *ibidem*.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Ж. Стојкова, *оп. цит.*, стр. 162.

¹¹ O ovome više: paragraf 10 i 11 od Preporuke.

naknada troškovima prevoza za vreme stručnog usavršavanja, davanje pozajmica, kao i davanje proteza i drugih pomagala (paragraf 22).¹² Posebno je važan paragraf 25 Preporuke 99, koji predviđa da se ne sme vršiti diskriminacija lica sa invaliditetom u odnosu na zaradu (primanja), kao i u odnosu na ona lica sa invaliditetom koji dobijaju invalidski dodatak. Ovo poslednje je posebno važno da se uzme u obzir pri kreiranju socijalne politike zemlje članice, naročito što u poslednje vreme postoji tendencija u nekim zemljama iz regiona Jugoistočne Evrope da se odbacuje invalidska penzija zbog delimičnog gubitka radne sposobnosti¹³, jer se smatra da nije potrebno dodatno finansiranje osobe koja je delimično izgubila radnu sposobnost, a s druge strane je zaposlena s obzirom na preostalu radnu sposobnost (invalidnost druge kategorije). Ovo je nedozvoljiv pristup pravima zaposlenih lica sa invaliditetom i ne odgovara međunarodnim standardima, ni principu socijalne inkluzije.

S obzirom na to da je reč o zaposlenima, ili licima koja traže zapošljenje sa posebnim potrebama, svakako je potrebna i korisna saradnja između službi o stručnom usavršavanju i lekarskih ustanova.

Preporuka sadrži odredbe koje se odnose na oblast povećanja mogućnosti za zapošljenje i očuvanju zapošljenja. To obuhvata više principa i to: lica sa invaliditetom treba da imaju ista prava pri zapošljavanju kao i zdrava lica (princip jednakosti i ravnopravnosti), da imaju pravo da prihvate zapošljenje koje njima odgovara (princip slobodne volje pri odlučivanju), i princip profesionalnosti, što znaci isticanje sposobnosti i kvaliteta, a ne invaliditeta. Da bi se ovi principi sproveli u praksi, treba da se predvide određene mere. To je učinjeno u paragrafu 30, gde su sadržane mere za povećanje broja zaposlenih lica sa invaliditetom. Te mere obuhvataju određena oslobađanja od naknadeštete poslodavcima u slučaju povrede na radu i profesionalne bolesti, ispitivanja i analiza produktivnosti lica sa invaliditetom i mere za poboljšanje uslova na radu, čime bi se lica sa invaliditetom lakše zapošljavali (primer – promena alata).

Predviđeno je razvijanje mogućnosti o zaštitnom zaposlenju¹⁴ koje obuhvata zaposlenje lica sa invaliditetom u posebnim zaštitnim radionicama. Sa tim se predviđaju i posebna pravila o zaposlenju lica sa invaliditetom, najčešće olakšice proceduralnog i fiskalnog karaktera, a sve sa ciljem da se postigne veća zaposlenost ovih lica. Primena ovog dela Preporuke će dati najbolje rezultate u odnosu na stimulisanje i povećanje zapošljavanja lica sa invaliditetom.

¹² Više kod: B. Šunderić, op. cit., str. 445.

¹³ Takav je primer u Republici Makedoniji.

¹⁴ Paragraf 32–35.

Opređenje da se predvide određena pravila koja se odnose na decu i omladinu koji su lica sa invaliditetom treba pozitivno oceniti. U velikom broju zemalja, lica sa invaliditetom su jos uvek na marginama društva, a deca sa invaliditetom su jos više marginalizovani¹⁵. Upravo ova Preporuka predviđa mere za integrisanje i uključivanju ove dece u procesu rada. Tako, u paragrafu 36 predviđa se da još za vreme školovanja treba organizovati službe za profesionalne kvalifikacije, u pravcu stručnog osposobljavanja i prekvalifikacije ove dece.

Može se primetiti da Preporuka, izdvajajući decu sa invaliditetom, kao i posebne mere koje se predviđaju za njihovo kvalificiranje i zaposlenje, pridaje posebno značenje ovoj kategoriji zaposlenih (građana uopšte). Ova zaštita je višeslojna i doslednom primenom, odnosno akceptiranjem ove Preporuke se daje veliki broj mogućnosti za profesionalnu kvalifikaciju, prekvalifikaciju i zapošljenje dece sa invaliditetom i lica uopšte. Ipak, pošto je reč o preporuci, njena pravna snaga nije obavezna za zemlje članice, čime se umanjuje njeno značenje na međunarodnom planu. Ipak, ona je dobra osnova za razrađivanje i razvijanje sistema normi koje se odnose na ovu posebnu kategoriju zaposlenih, na lica sa invaliditetom.

Preporuka 150

Još jedna preporuka koja ima dodirne tačke sa posebnom zaštitom lica sa invaliditetom je Preporukabr. 150 o profesionalnoj orijentaciji, stručno osposobljavanje i razvoj ljudskih resursa, iz 1975. godine¹⁶. Ova Preporuka se ne odnosi samo na lica sa invaliditetom već na sve zaposlene. U tekstu akta, na nekoliko mesta se spominju lica sa invaliditetom, a postoji i poseban deo koji se odnosi samo na njih. Na ovaj način, pored generalnih odredbaPreporuke, koje se odnose na sve zaposlene, posvećuje se posebna pažnja licima sa invaliditetom. Izdvajajući ih normativno u posebnom delu Preporuke, ustvari se ojačava zaštita ovih lica. Upravo predviđajući posebna pravila za ove zaposlene, razvija se koncept jednakih mogućnosti i jednakosti pri zaposlenju, nasuprot zdravih radnika.

Koje su glavne odrednice koje su sadržane u ovoj Preporuci, a koje se odnose na profesionalnu orijentaciju, stručno osposobljavanje i razvijanje ljudskih resursa za lica sa invaliditetom?

Kao prvo treba istaći da omogućavanje profesionalnog orijentisanja i stručnog osposobljavanja, predstavlja bitan deo profesionalnog razvoja radnika, a sa time i deo opšteg razvoja ličnosti građanina. Građeci ovaj sistem, doprinosi se ra-

¹⁵ Ж. Стојкова, оп. цит., стр. 221.

¹⁶ Dostupno na: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?R150>

zvoju ljudskih resursa u jednoj kompaniji, zajednici, društvu. Prema tome, o razvoju ljudskih resursa je zainteresovano društvo, poslodavac, a najviše radnik. To mu je potrebno da bi zadržao radno mesto, ili da napreduje na poslu. Takođe to je potrebno da bi našao posao, ili novi posao. Prema tome, profesionalna orijentacija i stručno osposobljavanje, u koje spadaju kvalifikacija i prekvalifikacija, predstavljaju osnovni uslov za uključenje na tržište rada. Iz ovoga proizlazi da je konkurentnost na tržištu rada vrlo važna za sva lica, a posebno za lica sa invaliditetom. Oni predstavljaju ranjivu, često marginalizovanu grupu na tržište rada. Zato je vrlo važno da se omogući odgovarajuća konkurentnost ovih lica, nasuprot drugima. To treba da se postigne upravo sa pružanjem mogućnosti profesionalne orijentacije, kvalifikacije i prekvalifikacije.

Upravo kroz tu prizmu treba analizirati Preporuku br. 150 MOR-a. Ona pre svega sadrži odredbe koje se odnose na sva lica koja su zaposlena, ili traže posao. Ali, kao što je spomenuto, ona sadrži posebne odredbe, za određene kategorije lica, kao što su lica sa invaliditetom¹⁷. Na početku Preporuke, date su politike i programi koji treba da se razvijaju o profesionalnoj orijentaciji i stručnom osposobljavanju. U tom delu, u paragrafu 4 se navodi da ovi programi treba da se razvijaju i da se odnose na sva lica, na osnovu jednakih mogućnosti i bez nikakve diskriminacije, po bilo kom osnovu. Takođe, u paragrafu 5, tačka 2 se kaže da svi treba da imaju podjednak pristup profesionalnoj orijentaciji i stručnom osposobljavanju. Prema ovome, lica sa invaliditetom imaju pravo i mogućnost o korišćenju svih programa i nacionalnih mehanizama da bi razvijali profesionalne kapacitete. Uostalom ovo se potvrđuje i u ostalim odredbama Preporuke¹⁸. Tako, u delu o profesionalnoj orijentaciji, paragraf 7, tačka 1 jasno podvlači da treba da se razvijaju odgovarajući programi o profesionalnoj orijentaciji lica sa invaliditetom, kao i informisanje ovih lica.

U delu stručnog osposobljavanja (prekvalifikacije i dokvalifikacije), pored opštih normi koje se odnose na sva lica¹⁹, postoji i poseban deo za lica sa invaliditetom. Posebna obuka i program za lica sa invaliditetom sadrži nekoliko ključnih stvari. Pre svega to je načelno zalaganje da uvek kada ima mogućnosti i uslova ova lica budu obuhvaćena programima za stručno osposobljavanje kao i ostala lica, odnosno celokupno stanovništvo. Ali, sa druge strane, ako to nije moguće iz

¹⁷ Preporuka sadrži posebnu odredbu i za omladinu, radnike migrante, starije radnike, za manjinske grupe itd.

¹⁸ B. Šunderić, op. cit., str. 444.

¹⁹ Ove odredbe se odnose pre svega na sistem stručnog osposobljavanja, programa i planova o obuci, koji treba da se naprave. Dato je šta bi oni trebalo sadržati i obuhvatiti, odnosno koja lica i kakve načine klasifikacije (paragraf 15 do 23). Postoji i deo o normama i pravcima stručnog osposobljavanja (paragraf 24 do 28). O ovome više vidi: Preporuka 150 (paragraf 15 i dalje).

bilo kojeg razloga, onda treba da se izrade specijalni programi. U paragrafu 53 se kaže da treba da se ulažu svi napori da bi se informisalo društvo, poslodavci i radnici, kao i medicinske službe o potrebama lica sa invaliditetom i da im se omogući profesionalna orijentacija i stručno osposobljavanje koje će odgovarati njihovim potrebama i da im se da posebna podrška u toku zaposlenja.

Preporuka 150 daje prilično veliki doprinos u odnosu na razvijanje sistema međunarodnih normi koje se odnose na lica sa invaliditetom. Pored toga njen uticaj naročito je značajan za građenje i razvijanje šire društvene svesti uopšte o licima sa invaliditetom u procesu rada, a posebno u odnosu na njihovu konkurentnost na tržištu rada u okviru razvoja ljudskih resursa.

*Stručno i profesionalno osposobljavanje u okviru
sistema prava Saveta Evrope*

Evropska socijalna povelja (revidirana) sadrži odredbe za lica sa invaliditetom i za starija lica, koja ne rade, a u poodmaklim godinama su života. Za lica sa invaliditetom se predviđa, kao što se spominje prethodno i u preambuli, pravo na samostalnost, socijalna integracija i učešće u životu zajednice, a za taj cilj su u Povelji predviđena nekoliko prava. Pre svega, zemlje potpisnice treba da preuzmu neophodne mere o ovim licima, kojim će se obezbediti obrazovni i profesionalni treninzi u okviru opštih pravila, a ako to nije moguće, preko specijalizovanih privatnih ili javnih tela i organa.

Zaštita prava, predviđena Evropskom socijalnom poveljom, treba da bude pre svega obezbeđena na nacionalnom nivou, ali je dalje moguća zaštita prava preko postupka ispitivanja nacionalnih izveštaja i postupaka po kolektivnim zahtevima²⁰.

PROFESIONALNA REHABILITACIJA
I ZAPOSŁJAVANJE

Sam proces zapošljavanja lica sa invaliditetom je ključni deo za njihovu profesionalnu, ali i sveobuhvatnu društvenu integraciju. Zato se traže načini i koncepti u okviru različitih međunarodnih normi, kako da se to postigne. Samo zapošljenje je krajnji cilj stručnog osposobljavanja i profesionalne orijentacije. Ono postoji da bi lica sa invaliditetom na kraju zasnovali radni odnos. Sa druge strane, obrazovne i profesionalne aktivnosti ponekad nisu dovoljne. Potrebno je prevazi-

²⁰ Više kod: L. Betten, "International Labour Law", Kluwer, 1998, str. 414–423; B. Lubarda, op. cit., str. 70–77.

laženje velikog broja barijera, kako arhitektonskih, elektronskih, tako i psiholoških, da bi se lica sa invaliditetom zaposlili.

Pored zapošljenja, postoji i pitanje zadržavanja (sigurnosti) zapošljenja, ukoliko se invaliditet desi za vreme radnog odnosa, ili van njega, a lice je zaposleno. Ovde se stručna rehabilitacija svodi na mere o stručnoj prekvalifikaciji, ukoliko nije moguće zapošljenje na “svoje” radno mesto, ili dokvalifikacija.

Profesionalna rehabilitacija i zapošljavanje u aktima MOR-a

Profesionalna rehabilitacija i zapošljavanje predstavljaju centralni i najvažniji deo okvira posebne zaštite lica sa invaliditetom u okviru MOR-a. Centralni akt²¹ koji se odnosi na regulisanje profesionalne rehabilitacije i zapošljenja lica sa invaliditetom, donesen od strane MOR-a je Konvencija 159 o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju lica sa invaliditetom iz 1983. godine²² i Preporuka 168 iz iste godine²³, koja prati Konvenciju.

Konvencija 159

Konvencija predstavlja akt koji je jedinstven u ovoj formi, donesen od strane Međunarodne organizacije rada. Do sada ima 82 ratifikacija, a iz regiona Jugoistočne Evrope ratifikovale su je Makedonija, Srbija, Slovenija, Crna Gora, Hrvatska, Bosna i Hercegovina, Grčka i Turska²⁴. Konvencija sadrži osnovne pojmove, principe i mere koje se odnose na profesionalnu rehabilitaciju i zapošljenje lica sa invaliditetom.

Prema Konvenciji, definisanje toga koje lice je sa invaliditetom, u velikom delu je isto kao i u Preporuci 99, sa tom razlikom što se ovde kaže da je to: “lice kojem su šanse za obezbeđivanje, zadržavanje i napredovanje na radu značajno smanjene usled propisno priznatog invaliditeta”. Kod Preporuke je bilo dovoljno samo smanjenje fizičkih i psihičkih sposobnosti, pri tome da se ne traži oficijalno priznavanje invaliditeta. Osnovni cilj koji treba da se postigne Konvencijom je izgradnja okvira za osposobljavanje lica sa invaliditetom, da bi to lice moglo da se

²¹ Više kod: B. Šunderić, op. cit., str. 441 i dalje.

²² Ratifikovana sa strane Srbije od 24. 11. 2000 godine. Dostupno na: <http://www.ilo.org/ilo-lex/cgi-lex/convde.pl?C159>.

²³ Zaključno maja 2012 godine. Dostupno na: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?R168>.

²⁴ Više na: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/ratifce.pl?C159>.

zaposli, da zadrži zaposlenje i da napreduje u radu. Sekundarni cilj, koji ima takođe veliki značaj, jeste da se obezbedi integracija i reintegracija ovih lica u društvu.

Država članica koja je ratifikovala ovu Konvenciju treba da sprovodi i omogućuje, kao i da implementira, posebnu nacionalnu politiku o profesionalnoj rehabilitaciji i zaposlenju lica sa invaliditetom.

Za sprovođenje tih politika (rehabilitacija i zaposlenje) potrebne su odgovarajuće akcije na nacionalnom nivou koje treba da budu sveobuhvatne²⁵, kao i postojanje službi koje će raditi na rehabilitaciji, zapošljavanju, zadržavanju i napredovanju na radu ovih lica.

Pored ove Konvencije, na istom zasedanju Međunarodne konferencije rada doneta je i Preporuka 168. Opšti okvir koji sadrži Konvencija 159 je proširen i dopunjen ovom Preporukom. Reč je o jednoj od najobimnijih preporuka koje su donesene sa strane MOR-a. Tako, sa jedne strane se javlja Konvencija koja sadrži samo osnovne postulate i principe, i Preporuku koja daje obimniji materijal koji se odnosi na profesionalnu rehabilitaciju i zapošljenje lica sa invaliditetom. Zašto je to tako? Ovakav normativni sistem ustvari odražava realno stanje u okviru MOR-a, raspoloženje i svest između zemalja članica, odnosno njihovih predstavnika, u odnosu na profesionalnu rehabilitaciju i zapošljavanje lica sa invaliditetom. U 1983. godini još uvek nije bilo potrebe i svesti da se veći broj pitanja iz ove oblasti uredi Konvencijom, čime bi se dala veća pravna težina. Najveći broj pitanja dobija formu preporuke, koja nema obavezni karakter i ustvari daje određenu projekciju kako u budućnosti da se razvijaju odnosi u ovom normativnom polju.

Iz današnjeg ugla gledanja i analize standarda, došlo je vreme da određeni principi i odnosi iz oblasti profesionalne rehabilitacije i zapošljenja lica sa invaliditetom dobiju veći i ozbiljniji međunarodni tretman. Ali, koje ideje i postavke je obuhvatila Preporuka 168 iz 1983. godine i da li su one aktuelne i primenljive danas?

Preporuka 168

U Preporuci su prvo dati opšti principi i definicija. Definicija (paragraf 1) za lica sa invaliditetom je ista kao i ona koja je sadržana u Konvenciji 159. Kao i prethodne, i ova Preporuka, predviđa mere koje se odnose na sve kategorije lica sa invaliditetom, a službe za profesionalnu rehabilitaciju i zapošljenje, predviđene i za druge radnike, treba da budu dostupne i za lica sa invaliditetom, naravno ukoliko je to moguće, suprotno tome, da se naprave određena prilagođavanja (paragraf

²⁵ To se najčešće događa preko izradu nacionalne akcione planove za profesionalnu rehabilitaciju i zapošljenje lica sa invaliditetom.

5)²⁶. Preporuka upućuje na blagovremenost započinjanja profesionalne rehabilitacije, i takođe upućuje na saradnju između ovih službi i ustanova za zdravstvenu zaštitu i drugih organa za medicinsku i socijalnu rehabilitaciju.

U paragrafu 11 navedeno je više mera od kojih posebno treba da se izdvoje mere koje predviđaju finansijske stimulacije za poslodavce, sa ciljem da se otvore nova radna mesta na tržištu rada. Takođe se predviđa vladina podrška za zaštitno zapošljavanje lica sa invaliditetom²⁷, kao i za službe za stručno osposobljavanje, prekvalifikaciju i dokvalifikaciju²⁸. Da ova Preporuka ima širi obuhvat, govori i paragraf 12, koji predviđa u interesu integracije i reintegracije lica sa invaliditetom, da se preuzmu specijalne mere, ne samo za osposobljavanje za rad, već i za redovan i normalan život.

U Preporuci je posvećena velika pažnja uređenju službi za profesionalnu rehabilitaciju. U odnosu na njih predviđena su nekoliko bitnih rešenja i to u odnosu na organizaciju i funkcionisanje službi, o profesionalnoj rehabilitaciji u seoskim sredinama, o obuci zaposlenih u službama, kao i za doprinos organizacija radnika, poslodavaca i invalida u razvoju službi za profesionalnu rehabilitaciju.

U okviru organizacije službi ističe se doprinos zajednice, učešćem u funkcionisanju službi i informisanju lica sa invaliditetom i članova zajednice. Zajednica treba da finansira službe i da identifikuje potrebe lica sa invaliditetom u različitim sferama njene nadležnosti.

Preporuka sadrži pravce oko uključivanja nadležnih organizacija radnika, poslodavaca i lica sa invaliditetom u razvoju i funkcionisanju služba za profesionalnu rehabilitaciju. Generalno, njihova uloga i doprinos bi trebalo da se sastojio uključivanju ovih organizacija u procesu integracije i reintegracije lica sa invaliditetom u procesu rada i u društvu²⁹.

U Preporuci se upućuje na povezanost akata koji se odnose na sistem socijalnog osiguranja, odnosno na konvencije iz te oblasti, donesene od strane MOR-a. Pri tome se navodi da sistem socijalnog osiguranja treba da uključi i finansiranje i razvoj programa o osposobljavanju, posredovanju i zapošljenju lica sa invaliditetom, kao i mere kojima bi se lakše uključili na slobodno tržište rada (paragraf 40 i 41).

²⁶ B. Šunderič, op. cit., str. 449.

²⁷ Ova mera je bila predviđena sa sličnim sadržajem i u Preporuci 99.

²⁸ Smatramo da vladina (državna) pomoć i učešće u sistemu zaštite lica sa invaliditetom u radnom odnosu je vrlo bitna, a možda u momentu i ključna za razvijanje šire pozitivne afirmacije i stvaranje svesti o potrebama ovih lica, kao i za ostvarenje prava u radnom odnosu ovih zaposlenih. Država svojim mehanizmima prinude kao i nsa drugim pravnim instrumentima jedino ima efikasnost za brzu i odlučnu promenu u ovom vrlo bitnom društvenom polju, a to je zaštita zaposlenih lica sa invaliditetom i njihova socijalna inkluzija.

²⁹ Vidi više: paragraf 31 do 35.

Za pohvalu je i poslednji deo Preporuke koji upućuje na “koordinaciju mera koje treba da se preuzmu za profesionalnu rehabilitaciju i zapošljenje lica sa invaliditetom sa ostalim društvenim, a pre svega političkim, ekonomskim i pravnim politikama i programima za razvoj, za postizanje predhodno nevedenih ciljeva”.

Može se reći da sistem normi, donesen od strane Međunarodne organizacije rada o zapošljavanju, stručnom osposobljavanju i rehabilitaciji lica sa invaliditetom, samo delimično ispunjuje očekivanja i potrebe. Ipak, ovaj sistem ima dve slabe tačke. Pre svega on je tako formiran da njegov glavni deo (sadržaj) nema obavezu snagu, odnosno donesen je preko preporuka, umesto konvencija. Sa druge strane, od 1983. godine do danas³⁰ nema ni revidiranih ni novih odredaba o ovim pitanjima, u bilo kojoj formi, što nije dobro s obzirom na promenama u radnim odnosima i novim naučnim saznanjima za uključivanje lica sa invaliditetom u procesu rada, čime se smanjuje i njihova praktična primenljivost.

*Zapošljavanje lica sa invaliditetom
u okviru akata SE*

Evropska socijalna povelja predviđa prava i u odnosu na ovo pitanje, u članu 15, tačka 3, slično kao i u aktima Međunarodne organizacije rada i ovde se upućuje na promociju mera za zapošljavanje i zadržavanje radnih mesta lica sa invaliditetom, koja se pre svega odnose na poslodavca. Radni uslovi treba da budu uobičajeni, ili da se prilagode potrebama lica sa invaliditetom, kao i formiranje zaštitnih radionica. U Povelji, na kraju tačke 3 se predviđa uklanjanje svih vrsta tehničkih i komunikacijskih barijera, sve sa ciljem da se što veći broj lica sa invaliditetom uključi u rad, a sa tim i u životu zajednice i njihove veće socijalne integracije³¹.

PROFESIONALNA INTEGRACIJA I RAZUMNO PRILAGOĐAVANJE
KAO KONCEPT ZA INTEGRACIJU LICA SA INVALIDITETOM U EU

Interesantno je što Evropska Unija, u okviru svoje normativne aktivnosti ne predviđa i ne nosi posebne akte koji bi direktno tretirali, a saglasno tome i uredili prava lica sa invaliditetom. Da li to znači da ova grupa radnika, u okviru Unije se ne smatra za posebnu kategoriju zaposlenih i nije im potrebna posebna zaštita na radu? Naravno da ne.

³⁰ Zaključno maja 2012 godine.

³¹ Ovo pravo je šireg obuhvata od uobičajenog i na liniji je Preporuke 168, sa strane MOR-a.

Može se sa sigurnošću reći da lica sa invaliditetom (eng. disability) i stariji radnici (eng. older workers), odnosno radnici sa navršenim od 55 do 64 godina³², predstavljaju grupu radnika, kojoj Unija posvećuje posebnu pažnju, ali drugačijim metodama. Tako, zaštita lica sa invaliditetom se svodi na razvijanje politika i mera, kao i akcionih planova i strategija o njihovoj široj i sveobuhvatnoj zaštiti koja proizlazi iz okvira samog radnog odnosa, i pre svega ima široku radnu, socijalnu i društvenu ulogu. Ovaj okvir obuhvata i politiku inkluzije lica sa invaliditetom uopšte u društvu, a to je najbolje izvodljivo upravo uključenjem ovih lica u radni odnos³³.

Uloga Evropske Unije u okviru zaštite lica sa invaliditetom, najbolje se vidi preko programa i akcije za integraciju i aktivnu participaciju u ekonomskom i socijalnom životu. Zaštita na radu predstavlja deo koncepta jednakih mogućnosti i jednakvog tretmana lica sa invaliditetom pri zapošljavanju³⁴. Evropska agenda se kreće u pravcu socijalne inkluzije ovih ljudi, između ostalog i preko zaštite zdravlja i bezbednosti na radu, kao integralni deo sistema opšte zaštite na radu. Ali s druge strane, kao što je već pomenuto, zacuđuje podatak što normativni okvir o zaštiti na radu lica sa invaliditetom ne uključuje posebne akte koji povoljnije regulišu prava ovih lica u radnom odnosu. Ovome u prilog ide i podatak da Unija najveću pažnju posvećuje samom zapošljenju ovih lica, odnosno eliminisanju forme diskriminacije pri zapošljavanju i radu³⁵.

Osnovno pitanje, ili tačnije koncept na kome se bazira sistem normi (ili tačnije politike) Evropske Unije u odnosu na zaštitu lica sa invaliditetom u radnom odnosu, je problematika njihovog profesionalnog integrisanja³⁶. To se posti-

³² U Evropskoj Uniji ove godine predstavljaju uzrast kada se smatra da radnici ulaze u kategoriju "starije radnike"; prema: Green Paper "Confronting demographic change: a new solidarity between the generations".

³³ L. Betten, op. cit., str. 341; Ф. Вотсон, "Социјално право и закон за работни односи на ЕУ-политика и практика на проширена европа", Просветно дело, Скопје 2009, стр. 108–109, 113 (eng. Watson Philippa, EU Social and Employment Law); o aspektima diskriminacije više kod: Roger Blanpain, "Equality of Treatment in Employment", International encyclopedia of comparative law-Labour law, Vol. XV, Chp. 10, str. 16, 42–44; Jos Berghman, "the resurgence of poverty and the struggle against exclusion for social security in Europe", TISSER, Tilburg University, Netherlands, str. 12–19. Broj lica sa invaliditetom isključenih sa tržišta rada u Evropskoj Uniji je zabrinjavajuće visok, gde od populacije koja iznosi oko 38 miliona lica samo 46% od njih su obavestili o umernoj invalidnosti i 24% obavestili o teškoj invalidnosti; vidi: The Future of the European Employment Strategy, COM (2003) 6.

³⁴ Ф. Вотсон, оп. цит., стр. 400, 495–496; R. Blanpain, op. cit., str. 11.

³⁵ Ibidem.

³⁶ B.Lubarda, op.cit., str. 257.

že prilagođavanjem radnog mesta i radnog okruženja potrebama lica sa invaliditetom³⁷.

Direktiva 2000/78 EZ³⁸ o opštim okviru za jednak tretman u zapošljavanju i radu, zabranjuje bilo kakvu vrstu diskriminacije, između kojih i diskriminaciju koja se zasniva po osnovu invaliditeta, ali i s obzirom na starnosu dob (u smislu starijih zaposlenih), kako direktnu, tako i indirektnu. Za taj cilj donet je Akcioni program (2001–06)³⁹ koji je predvideo podršku zemalja članica u borbi protiv diskriminacije, koja je obuhvatala kampanje, studije, uzajamne povezanosti, saradnju itd. U međuvremenu bio je donet i poseban Evropski akcioni plan (2004–2010) koji je imao nekoliko faza, a glavni cilj je bio da se implementiraju političke mere, kojima će se omogućiti ekonomska i socijalna integracija lica sa invaliditetom⁴⁰. I pored toga što se ova Direktiva odnosi na sve vrste diskriminacija, ipak u članu 5 se posebno zadržava na lica sa invaliditetom. Kaže se da “za postizanje principa jednakosti u postupanju sa licima sa invaliditetom, potrebno je obezbeđenje razumnog prilagođavanja (eng. reasonable accommodation). Kao razumno prilagođavanje podrazumeva se obaveza poslodavca o preuzimanju odgovarajućih mera koje bi značile mogućnost licima sa invaliditetom da imaju pristup, učešće i napredovanje u zapošljenju ili obuci, sa izuzetkom ako takve mere ne bi predstavljale nesrazmerno veliki trošak za poslodavca.

U pogledu na zaštitu zdravlja i bezbednosti na radu, Direktiva 89/654 EZ⁴¹ koja se odnosi na minimum standarda o bezbednosti i zdravlja na radnom mestu, predviđa da radno mesto mora imati standarde, odnosno da bude prisposobljeno, gde je to potrebno, potrebama lica sa invaliditetom⁴².

Očigledno je da u okviru komunitarnog evropskog prava se više posvećuje pažnja stvaranju okvira i strategije o zaštiti lica sa invaliditetom od diskriminacije. Glavni akcenat stavlja se na razvijanje sistema inkluzije (uključenje) ovih lica u samom procesu rada, a manje o izgradnji normativnog sistema povoljnosti (posebne zaštite) u okviru samog radnog odnosa.

S druge strane promovise se koncept razvoja i poboljšanja nacionalnih zakonodavstava u odnosu na sistem posebne zaštite, ove ipak posebne kategorije za-

³⁷ Ibidem, str. 257–258.

³⁸ [2000]OJ L303/16; Ф. Вотсон, оп. цит., стр. 298, 400.

³⁹ Council Decision 2000/750/EC of 27 November 2000.

⁴⁰ O ovome više: Commission Communication of 30 October 2003, Equal opportunities for people with disabilities: a European action plan [COM (2003) 650 final – Not published in the Official Journal]; Commission Communication of 28 November 2005, Situation of disabled people in the enlarged European Union: The European Action Plan 2006–2007 [COM (2005) 604 final - Not published in the Official Journal].

⁴¹ [1989] OJ L393.

⁴² Equal opportunities for people with disabilities: a European action plan (2004–2010), str. 5.

poslenih⁴³. Tako, zemlje članice imaju posebne radno-pravne norme koje se odnose na ove zaposlene, čime nadopunjuju komunitarnu prazninu.

ZAKLJUČAK

Može se reći da u okviru MOR-a zaštita se svodi na tri Preporuke i jednu Konvenciju koja se odnosi na profesionalnu rehabilitaciju i zapošljenje lica sa invaliditetom, dok se u Evropskoj Uniji razvija koncept profesionalne integracije lica sa invaliditetom u radni odnos, a preko rada-profesionalne integracije u društvenu integraciju.

U okviru Saveta Evrope zaštita osoba sa invaliditetom se svodi na preuzimanje mera i politika. Ne postoji posebna kvalifikacija i izdvajanje posebnih kategorija radnika u procesu rada, nego se zštitni okvir odnosi na više target grupa među kojima pored za lica sa invaliditetom i za radnike migrante, radnike sa porodičnim obavezama, izbeglice i sl.

Na kraju možemo zaključiti da zaštita lica sa invaliditetom ne odgovara realnim potrebama ovih osoba i tek se razvija na međunarodnom planu. Svi akti doneseni od ograna Unije, ali i ostali akti pre svega Međunarodne organizacije rada i Saveta Evrope, predstavljaju minimalan standard i bazičnu osnovu koja se u okviru nacionalnih zakonodavstava treba postići ili razvijati.

LAZAR JOVEVSKI, LL.M.,
Assistant, Faculty of Law "Iustinianus Primus",
Skopje, R. Macedonia

INTERNATIONAL LEGAL SYSTEM OF HEALTH AND SAFETY AT WORK OF PERSONS WITH DISABILITIES

Summary

This paper explore the international aspects of the protection of health and safety at work of persons with disabilities. The paper raises more issue of employment, job retention and conditions at work of persons with disabilities. It is analyzed the international labor protection framework ex-

⁴³ Da je reč o posebnoj kategoriji zaposlenih potvrđuje i sama sistematizacija u okviru komunitarnog prava, kao i nacionalna zakonodavstva zemalja članica, koji lica sa invaliditetom štite posebnim normama u okviru radnih zakonika.

pressed through the concept of the International Labour Organization, the Council of Europe and the European Union. On one hand, this paper provides a deep scientific insight of the international system of protection of persons with disabilities established by professional rehabilitation and employment, on the other hand vocational and professional training. The paper particularly focuses on the professional integration and judicious adjustment as the dominant concept for the integration of persons with disabilities in the EU. The basic assumption of this scientific analysis is that people with disabilities, the best social integration can be achieved through the labor process, and their employment. For this process to be successful the international framework for occupational safety and health of persons with disabilities is important. Later that international framework should be implemented in the national framework.

TATJANA PRIJIĆ

PROCENA RADNE SPOSOBNOSTI I MOGUĆNOSTI ZAPOSLENJA ILI ODRŽAVANJA ZAPOSLENJA OSOBA SA INVALIDITETOM

U V O D

Radna sposobnost jeste sposobnost pojedinca za obavljanje nekog posla, odnosno prilagođavanje različitih sposobnosti čoveka specifičnim zahtevima radnog mesta, poslova i određenog zanimanja. Svaki čovek, u skladu sa svojim fizičkim i psihičkim osobinama, neke poslove obavlja lakše u odnosu na druge. U toku radnog veka, u skladu sa brzim tehničkim i tehnološkim promenama, neophodno je često menjanje uslova rada što iziskuje i neprekidno prilagođavanje konkretnih sposobnosti čoveka promenjenim uslovima. Kada se radna sposobnost posmatra kao preduslov za zasnivanje radnog odnosa ili održanje odgovarajućeg zaposlenja, moguće je razlikovati opštu – za obavljanje bilo koje vrste poslova i specifičnu – za obavljanje određenih radnih zadataka. U toku životnog i radnog veka pojedinca može da dođe do promene radne sposobnosti, usled različitih razloga koji se prvenstveno odnose na zdravstveno stanje lica i faktore okruženja – uslove života i rada. Ocena radne sposobnosti podrazumeva sagledavanje medicinskog, socijalnog, ekonomskog, moralnog i pravnog aspekta usklađenosti zdravstvenog stanja lica sa određenim fizičkim i psihičkim sposobnostima u od-

Tatjana Prijić, rukovodilac Grupe za normativne, upravne i nadzorne poslove, Sektor za zapošljavanje – Ministarstvo rada, zapošljavanja i socijalne politike, Beograd.

nosu na određene poslove i radne zadatke, kao i uslove rada i okruženje, te se invalidnost kao posledica promena radne sposobnosti ocenjuje interakcijom između osobe sa zdravstvenim poteškoćama i društvenih okolnosti. Procena radne sposobnosti i sticanje statusa invalidnosti različiti su u raznim sistemima i, zajedno sa mogućnošću ostvarivanja različitih prava, čine pravni okvir odnosa između osobe sa zdravstvenim poteškoćama i društvenih okolnosti.

Procena radne sposobnosti u Srbiji

Procena radne sposobnosti kod nas je, do donošenja Zakona o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom¹, bila regulisana isključivo propisima o penzijskom i invalidskom osiguranju, na osnovu kojih su se ostvarivala i različita prava u zavisnosti od kategorije – obima invalidnosti. Pored prava na invalidsku penziju (koje i danas postoji kao jedino pravo iz invalidskog osiguranja) postojala je mogućnost ostvarivanja i drugih prava: pravo na rad sa skraćanim radnim vremenom, pravo na rad na drugom odgovarajućem radnom mestu, pravo za slučaj opasnosti od nastanka invalidnosti. Međutim, reformom propisa iz ove oblasti koja je započela još 1997. godine i nastavljena 2003. godine (donošenjem Zakona o penzijskom i invalidskom osiguranju²), postepeno su ukidana navedena prava po osnovu preostale radne sposobnosti. Izmenama zakona iz 2005. godine utvrđeno je da će se posebnim propisom urediti uslovi i način sticanja prava po osnovu delimične invalidnosti, što još uvek nije učinjeno. Dakle, propisima iz oblasti invalidskog osiguranja predviđa se pravo na invalidsku penziju, a invalidnost definiše kao potpuni gubitak radne sposobnosti zbog promena u zdravstvenom stanju prouzrokovanih povredom na radu, profesionalnom bolešću, povredom van rada ili bolešću, koje se ne mogu otkloniti lečenjem ili medicinskom rehabilitacijom. Radnu sposobnost za ostvarivanje ovog prava procenjuje organ veštačenja Republičkog fonda za penzijsko i invalidsko osiguranje (u daljem tekstu: Fond PIO). Pravo na invalidsku penziju je, u različitim slučajevima, uslovljeno različitom dužinom prethodnog staža osiguranja. Takođe, pod određenim uslovima, postoji mogućnost ostvarivanja prava na porodičnu penziju za invalidnu decu i lica koja nemaju sposobnost za rad ako su bila izdržavana od strane osiguranika od nastanka invalidnosti do njegove smrti.

Činjenica je, međutim, da u tom periodu nije postojao određeni organ na osnovu čijeg bi se veštačenja radne sposobnosti stekao status invalidnosti, osim

¹ "Službeni glasnik RS", broj 36/09.

² "Službeni glasnik RS", br. 34/03, 64/04-Odluka USRS, 84/04-dr.zakon, 85/05, 101/05 – dr. zakon, 63/06 – Odluka USRS, 5/09 i 107/09.

organa veštačenja Fonda PIO, koji je nadležan isključivo kada je za rešavanje o pravima iz penzijskog i invalidskog osiguranja potrebno utvrđivanje invalidnosti, telesnog oštećenja i njihovih uzroka, potpune nesposobnosti za rad ili nesposobnosti za samostalan život i rad. Sa druge strane, medicina rada obavlja niz aktivnosti u vezi sa utvrđivanjem zdravstvenog stanja radnika, bezbednošću i zaštitom na radu, povredama na radu, profesionalnim bolestima kao i drugim poslovima koji se odnose na ovu oblast, međutim na osnovu veštačenja medicine rada ne može se procenom radne sposobnosti steći status osobe sa invaliditetom, niti, po tom osnovu ostvariti neka prava (iz radnog odnosa, socijalne zaštite, invalidskog osiguranja). Svakako, poslodavac je, u skladu sa propisima o radu, u obavezi da obezbedi radniku obavljanje poslova prema preostaloj radnoj sposobnosti, odnosno da radniku koji ima utvrđenu opasnost od nastanka invalidnosti obezbedi obavljanje drugog odgovarajućeg posla. Kod utvrđivanja radne sposobnosti, uopšte gledano, radi se i o utvrđivanju sposobnosti pojedinca da odgovori zahtevima konkretnih poslova i u slučaju kada nisu bili u radnom odnosu, odnosno kada nemaju staža osiguranja. Postavlja se pitanje kakva je radna sposobnost lica koje se prvi put zapošljava i ne postoje medicinske niti druge indicije da ima gubitak radne sposobnosti, koje poslove može da obavlja uopšte, sa kakvim radnim učinkom i sl. Neosporna je činjenica da svi imaju pravo na rad, čije je ostvarenje na tržištu rada otežano naročito vunerabilnim grupama nezaposlenih lica.

Strategijom poboljšanja položaja osoba sa invaliditetom³ (u daljem tekstu-Strategija), kao jedan od ciljeva i zadataka postavljen je „zahtev za postepenu, ali obaveznu transformaciju sistema procene, kako bi on bio funkcionalan i u skladu sa sistemom koji se konstituiše kroz reformski proces, odnosno, sa sistemom koji pruža mogućnosti i bazira se na sposobnostima osoba sa invaliditetom. Strategija postavlja uvođenje bio-psiho-socijalnog modela invalidnosti koji čini teorijsku osnovu Međunarodne klasifikacije funkcionisanja, invalidnosti i zdravlja⁴ koja se primenjuje u zemljama Evropske Unije, dok se medicinski aspekt - zdravstveno stanje lica definiše Međunarodnom klasifikacijom bolesti⁵.

Takođe, Strategijom je naznačeno da je moguće razlikovati dva aspekta sistema procene, i to: 1. ekspertizu, odnosno stručni nalaz i mišljenje kada se procenjuju potrebe i odgovarajući tretman, i u funkciji je pružanja usluga rehabilitacije i socijalne zaštite osobama sa invaliditetom; i 2. veštačenje koje je u funkciji

³ “Službeni glasnik RS”, broj 1/07.

⁴ Poznata kao MKF klasifikacija Svetske Zdravstvene Organizacije-predstavlja okvir za sagledavanje zdravstvenih komponenti, mogućnosti funkcionisanja i faktora okruženja.

⁵ 10 revizija klasifikacije Svetske Zdravstvene Organizacije – MKB-10, na osnovu koje se klasifikuju zdravstvena stanja.

procene statusa invalidnosti, odnosno vrste i stepena oštećenja i ograničenja u funkciji priznavanja prava osobama sa invaliditetom.

Kao posledica navedenih promena prvenstveno u propisima iz oblasti penzijskog i invalidskog osiguranja, i, sa druge strane, postavljenih zahteva koji se, u najširem smislu, odnose na harmonizaciju propisa sa pravom EU, donet je Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom (u daljem tekstu: Zakon). Ovim Zakonom uređuju se brojna pitanja koja se odnose na osobe sa invaliditetom uopšte, a ne samo na proces njihovog zapošljavanja i s tim u vezi profesionalne rehabilitacije. Tako se Zakonom uređuje i način i postupak sticanja statusa osobe sa invaliditetom procenom radne sposobnosti i mogućnosti zaposlenja ili održanja zaposlenja, mere i aktivnosti profesionalne rehabilitacije kojima se omogućava uspešnijae uključivanje na tržište rada ili uspešnije obavljanje konkretnih poslova i radnih zadataka, mere podsticanja zapošljavanja (aktivne politike zapošljavanja), obaveza zapošljavanja radi postizanja punijih efekata i poboljšanja sveukupnog socijalno ekonomskog položaja osoba sa invaliditetom, kao i posebni oblici zapošljavanja i radnog angažovanja osoba sa invaliditetom – tzv. zaštićeno zapošljavanje.

Definicija osobe sa invaliditetom

Pod osobom sa invaliditetom, u skladu sa Zakonom, smatra se lice koje ima trajne posledice telesnog, senzornog, mentalnog ili duševnog oštećenja ili bolesti koje se ne mogu otkloniti lečenjem ili medicinskom rehabilitacijom, koje se suočava sa socijalnim i drugim ograničenjima koja utiču na radnu sposobnost i mogućnost zaposlenja ili održanja zaposlenja i koje nema mogućnosti ili ima smanjene mogućnosti da se, pod ravnopravnim uslovima, uključi na tržište rada i da konkuriše za zapošljavanje sa drugim licima.

Definicija osoba sa invaliditetom dakle, obuhvata i medicinski i socijalni pristup, sveobuhvatno sagledavajući invalidnost kao problem prouzrokovan bolešću, povredom ili nekim drugim oštećenjem zdravlja i sa druge strane kao socijalno definisan problem koji, kao proizvod socijalne organizacije, prouzrokuje različite barijere u svakodnevnom životu.

Zakonom se u velikoj meri implementiraju odredbe međunarodnog prava koje invalidnost posmatraju sveobuhvatnije u odnosu na dosadašnju praksu u Srbiji. Tako je Konvencijom UN o pravima osoba sa invaliditetom⁶ definisano da osobe sa invaliditetom obuhvataju lica koja imaju dugoročna fizička, mentalna, intelektualna ili senzorna oštećenja koja u sadejstvu sa različitim barijerama

⁶ Službeni glasnik RS- Međunarodni ugovori, br. 42/2009.

moгу otežati puno i efektivno učešće ovih osoba u društvu na osnovu jednakosti sa drugima.

Međunarodna organizacija rada je takođe usvojila niz dokumenata posvećenih osobama sa invaliditetom. U našoj zemlji su ratifikovane neke od tih konvencija: Konvencija broj 159 o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom⁷, Standardna pravila za izjednačavanje mogućnosti⁸, Konvencija broj 142 o profesionalnoj orijentaciji i stručnom osposobljavanju⁹, Revidirana Evropska socijalna povelja¹⁰ i dr., a osobe sa invaliditetom se definišu kao osobe čije je perspektiva u sticanju, zadržavanju i napredovanju u odgovarajućoj profesiji značajno smanjena kao posledica propisno priznatog fizičkog ili intelektualnog oštećenja. Socijalni faktori se posmatraju u kontekstu zapošljavanja osoba sa invaliditetom. Ovim međunarodnim dokumentima uređuju se mere za ostvarivanje prava na rad i srodnih prava osoba sa invaliditetom a poseban naglasak stavlja se na zabranu diskriminacije u ovoj oblasti, jednake uslove, zapošljavanje na otvorenom tržištu rada, samozapošljavanje, različite podsticaje za poslodavce koji zapošljavaju osobe sa invaliditetom, promoviše se načelo afirmativne akcije i druga načela koja doprinose sveukupnom poboljšanju položaja osoba sa invaliditetom, prvenstveno u oblasti obrazovanja i zapošljavanja.

Procena radne sposobnosti i mogućnosti zaposlenja ili održanja zaposlenja

Kriterijumi za procenu radne sposobnosti i mogućnosti zaposlenja ili održanja zaposlenja na savremenim principima proizilaze iz same definicije osobe sa invaliditetom utvrđene Zakonom i dalje razrađene članom 8. kojim je određeno da „procena radne sposobnosti obuhvata medicinske, socijalne i druge kriterijume kojima se utvrđuju mogućnosti i sposobnosti osobe sa invaliditetom neophodne za uključivanje na tržište rada i obavljanje konkretnih poslova samostalno ili uz službu podrške, upotrebu tehničkih pomagala, odnosno mogućnosti zapošljavanja pod opštim ili pod posebnim uslovima“. Ovo praktično znači da je Zakonom uvedeno ono što je Strategijom utvrđeno kao jedan od ciljeva koje je potrebno dostići, kada se radi o proceni radne sposobnosti lica.

⁷ Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori, br. 3/1987.

⁸ SRJ je pristupila Standardnim pravilima 1995. godine.

⁹ Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori, br. 14/1982.

¹⁰ Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori, br. 42/2009.

Procenom radne sposobnosti i mogućnosti zaposlenja ili održanja zaposlenja moguće je obuhvatiti i lica koja već imaju status osobe sa invaliditetom ali im nije istovremeno vršena i procena radne sposobnosti, te je Zakonom utvrđeno da se osobi sa invaliditetom kojoj nije procenjena radna sposobnost ista procenjuje, u cilju utvrđivanja mogućnosti zaposlenja ili održanja zaposlenja. Ovo je bitno naglasiti s obzirom da se pod osobama sa invaliditetom smatraju i sva ona lica koja u takav status stekla ranije, odnosno ratni vojni invalid, mirnodopski vojni invalid, civilni invalid rata, lice kome je izvršena kategorizacija (lica koja su kategorisana kao lica sa lakom mentalnom ometenošću, slabovida, slepa, gluva, nagluva, kategorisana omladina i dr.) i drugo lice kome je utvrđena invalidnost, kao i lice kome je, u skladu sa propisima o penzijskom i invalidskom osiguranju, utvrđena kategorija invalidnosti, odnosno preostala radna sposobnost (druga i treća kategorija invalidnosti, smanjena radna sposobnost i sl.).

Na ovaj način omogućava se procena radne sposobnosti i mogućnosti zaposlenja ili održanja zaposlenja svim licima, ali je posebno važno da se omogućiće se da se licima koja po dosadašnjim propisima nisu imala utvrđen status, kao i obolelim od sistemskih bolesti, kao što su: multiple skleroza, različiti oblici mišićne distrofije, paraplegija, kvadriplegija itd., utvrdi status, te da budu titulari podrške pri zapošljavanju kao i ostale osobe sa invaliditetom.

Dakle, uvedena je i sveobuhvatna tipologija osoba sa invaliditetom, u smislu mogućnosti i podsticanja zapošljavanja svih kategorija osoba sa invaliditetom, što je u skladu sa ciljevima utvrđenim brojnim kako međunarodnim tako i strateškim dokumentima, a posebno ciljevima aktivne politike zapošljavanja.

Kao organ koji vrši procenu radne sposobnosti i mogućnosti zaposlenja ili održanja zaposlenja, Zakonom je određen organ veštačenja Fonda PIO, dok rešenje o procenjenoj radnoj sposobnosti donosi Nacionalna služba za zapošljavanje (u daljem tekstu: Nacionalna služba), na osnovu nalaza, ocene i mišljenja organa veštačenja.

Bliže regulisanje procene radne sposobnosti i mogućnosti zaposlenja ili održanja zaposlenja osoba sa invaliditetom

Iz razloga kompleksnosti materije i potrebe sveobuhvatnog, bližeg regulisanja, donet je Pravilnik o bližem načinu, troškovima i kriterijumima za procenu radne sposobnosti i mogućnosti zaposlenja ili održanja zaposlenja osoba sa invaliditetom¹¹ (u daljem tekstu: Pravilnik).

¹¹ Službeni glasnik RS, broj 36/10.

Pravilnikom je uređeno da zahtev za procenu radne sposobnosti i mogućnosti zaposlenja ili održanja zaposlenja podnosi nadležnoj organizacionoj jedinici Nacionalne službe ili nadležnoj filijali Fonda PIO uz zahtev za ostvarivanje prava na invalidsku penziju. Nadležnost ovih institucija se određuje prema prebivalištu lica koje zahtev podnosi, odnosno ukoliko je u pitanju podnošenje zahteva Fondu PIO, onda je to ona organizaciona jedinica koja je nadležna za podnošenje zahteva za invalidsku penziju. Zahtev za procenu radne sposobnosti podnet Fondu PIO razmatra se tek ukoliko lice ne ostvari pravo na invalidsku penziju, odnosno ukoliko se ne utvrdi potpuni gubitak radne sposobnosti, što omogućava i ubrzanje samog postupka.

Ovakav način regulisanja mogućnosti podnošenja zahteva i vršenja procene radne sposobnosti jasan je ako se uzme u obzir da obe organizacije obaveznog socijalnog osiguranja imaju mrežu organizacionih jedinica na celoj teritoriji Srbije te da su lako dostupne svim licima ma gde se oni nalazili. Sa druge strane, poveravanjem ovih poslova već postojećim organima postiglo se bolje iskorišćavanje postojećih kapaciteta, bez formiranja novih organa, a takođe i korišćenje ranije stečenih znanja i iskustava kada je u pitanju sam postupak ocene. Organ veštačenja Fonda PIO je u praksi već primenjivao Međunarodnu klasifikaciju bolesti, te je već postojeće komisije, iz razloga efikasnosti i ekonomičnosti, bilo moguće upotrebiti stručnim radnicima drugih profila koji, na savremen i sveobuhvatan način sagledavaju sposobnosti pojedinca tako što, pored medicinskih sagledavaju i druge, socijalne kriterijume vršeći ocenu radne sposobnosti.

Procena radne sposobnosti se uvek vrši na osnovu zahteva lica, što istovremeno znači da je, u svakom slučaju kada postoje promene koje mogu da utiču na radnu sposobnost, moguće i vršenje procene, i to bez obzira da li je ona vršena ranije i kada ili ne.

Zahtev za procenu radne sposobnosti i mogućnosti zaposlenja ili održanja zaposlenja sadrži osnovne podatke o licu koje ga podnosi (ime, ime jednog roditelja i prezime, adresu stanovanja, matični broj i broj lične karte), ranije utvrđen status (ukoliko se radi o osobi sa invaliditetom), podatke o poslodavcu i poslovima koje lice obavlja (ako se radi o zaposlenom licu) i zanimanje lica (osnovno, odnosno poslednje stečeno zanimanje). Uz zahtev za procenu dostavlja se i odgovarajuća dokumentacija potrebna za procenu radne sposobnosti, koja se prvenstveno odnosi na medicinske dokaze o stanju zdravlja, odnosno o bolesti ili oštećenju, dokaze o ranije utvrđenom statusu ili ostvarivanju pojedinih prava (npr. pravo na tuđu negu i pomoć, opasnost od nastanka invalidnosti, telesno oštećenje i sl.), dokaze o stepenu obrazovanja, odnosno školi koju je lice pohađalo ili završilo, za zaposlena lica opis posla koji lice obavlja, kao i predlog poslova koje bi lice moglo da obavlja kod poslodavca i druge dokaze od koji su ili mogu biti od uticaja na ocenu radne sposobnosti.

Bez postojanja kompletne dokumentacije nemoguće je sagledati radnu sposobnost pojedinca, s tim što je, kada se radi o medicinskoj dokumentaciji neophodno da se prikupe nalazi ne stariji od šest meseci, upravo iz razloga mogućnosti promena u stanju zdravlja. Izabrani lekari u domovima zdravlja su ovlašćeni da daju predlog za utvrđivanje invalidnosti koji predstavlja osnov za prikupljanje medicinske dokumentacije imajući u vidu medicinsko stanje pojedinca, odnosno stanje zdravlja pojedinca, kao osnov za utvrđivanje same invalidnosti. Inače, ovaj predlog za utvrđivanje invalidnosti sastavni je deo medicinske dokumentacije koju je potrebno sakupiti kao deo dokumentacije za ocenu radne sposobnosti i mogućnosti zaposlenja ili održanja zaposlenja. Medicinsku dokumentaciju čine i: otpusne liste sa podacima o nalazima i izvršenim pregledima; postojeći specijalistički nalazi odgovarajućih specijalnosti sa opisanim anatomskim i funkcionalnim promenama utvrđenim prilikom pregleda; dijagnostički testovi; laboratorijski nalazi; nalaz psihologa, odnosno zaključak koji obuhvata ocenu mentalnih sposobnosti, ličnosti i ponašanja pojedinca. Medicinska dokumentacija u slučaju veštačenja profesionalnih bolesti i procene trajnih posledica prouzrokovanih povredama na radu obuhvata i ekspertizu zavoda za medicinu rada, Instituta za medicinu rada Srbije "Dr Dragomir Karajović", odnosno zavoda za zdravstvenu zaštitu radnika ukoliko ispunjavaju uslove za obavljanje tražene ekspertize.

Socijalna procena pojedinca vrši se na osnovu ankete putem koje se sagledavaju: 1) stanje obrazovanja – zanimanje i stепен stručne spreme, obrazovanje po redovnom ili po prilagođenim programima, nivoa poznavanja jezika (srpskog, jezika manjina i stranog), dodatna znanja i veštine, radno iskustvo; 2) bračno i porodično stanje – bračni status, članovi zajedničkog domaćinstva, vrste pomoći koje članovi zajedničkog domaćinstva pružaju licu, odnosi u zajedničkom domaćinstvu; 3) prihodi lica kojima raspolaže; 4) stanovanje, odnosno uslovi u kojima lica stanuje; 5) odnos sa okruženjem – veze i pomoć od strane prijatelja/komšija; 6) samostalnost i funkcionalni status koji podrazumeva mogućnost kretanja samostalno ili uz pomoć, korišćenje sredstava za komunikaciju, samostalnost u vršenju dnevnih potreba; 7) socijalna procena koja obuhvata prethodnu procenu potrebe za sprovođenjem profesionalne rehabilitacije i ponudu poslova na konkretnom tržištu rada ukoliko se radi o nezaposlenom licu.

Socijalna anketa se popunjava u saradnji sa stručnim radnikom Nacionalne službe i, pored nalaza psihologa predstavlja osnov multidisciplinarnog pristupa proceni radne sposobnosti baziranog na primeni Međunarodne klasifikacije funkcionisanja, invalidnosti i zdravlja.

Psihološko stanje pojedinca i ocena mentalnih sposobnosti, ličnosti i ponašanja omogućava se pribavljanjem nalaza, odnosno zaključka psihologa doma zdravlja.

*Tok postupka procene radne sposobnosti i mogućnosti zaposlenja
ili održanja zaposlenja*

Ocena radne sposobnosti i mogućnosti zaposlenja ili održanja zaposlenja vrši se u filijalama Nacionalne službe, a vrši je Komisija organa veštačenja Fonda PIO, na osnovu podnetog zahteva uz koji je priložena potpuna dokumentacija. Komisiju organa veštačenja Fonda PIO čine različiti stručnjaci, i to: lekar veštak odgovarajuće ili srodne specijalnosti u odnosu na osnovno obolenje ili oštećenje lica, socijalni radnik (iz Nacionalne službe), psiholog koji se bavi kliničkom dijagnostikom (iz domova zdravlja, zavoda za medicinu rada ili Instituta za medicinu rada Srbije "Dr Dragomir Karajović") i specijalista medicine rada (iz službi medicine rada domova zdravlja, zavoda za medicinu rada i Instituta za medicinu rada Srbije "Dr Dragomir Karajović"). Komisija organa veštačenja sačinjava nalaz, mišljenje i ocenu u pogledu radne sposobnosti i mogućnosti zaposlenja ili održanja zaposlenja na posebnom obrazcu – NOM.

U obrazac NOM unose se podaci relevantni za ocenu radne sposobnosti i donošenje rešenja kojim se stiče status osobe sa invaliditetom. Ovi podaci se odnose na: lične podatke osobe kojoj je vršena ocena radne sposobnosti; anamnestičke podatke; fizikalni nalaz; nalaze specijalističkih pregleda; medicinsku dokumentaciju na kojoj se zasniva ocena radne sposobnosti; dijagnozu i šifru; zaključak i epikrizu; ocenu radne sposobnosti; predlog poslova koje lice može da obavlja; predlog mera i aktivnosti profesionalne rehabilitacije, odnosno primere ne oblasti rada ili osposobljavanja u koje lice može da bude uključeno ili primenu potrebnih tehničkih i tehnoloških pomagala ili službe podrške.

Dakle, na osnovu sagledavanja sveukupnog stanja pojedinca utvrđuje se radna sposobnost lica, odnosno šta lice može da radi ili koje poslove može da obavlja sa najvećim radnim učinkom i upravo to predstavlja novinu u sistemu procene radne sposobnosti u Srbiji. Sagledavaju se mogućnosti i sposobnosti lica u cilju zapošljavanja ili održanja zaposlenja, daje se preporuka za uključivanje u mere i aktivnosti profesionalne rehabilitacije kako bi se postigle što veće šanse na tržištu rada, predlažu se konkretni poslovi ili potrebna pomagala i sl. Dosađajući postupak procene radne sposobnosti podrazumevao je navođenje poslova koje lice ne može da obavlja, te su poslodavci uvek bili u dilemi na koje radno mesto mogu da rasporede lice. Primenom savremenih atandarda ocenjuju se mogućnosti pojedinca imajući u vidu njegove lične sposobnosti i kvalitete u odnosu na zahteve konkretnih poslova.

Rešenje o procenjenoj radnoj sposobnosti i mogućnosti zaposlenja ili održanja zaposlenja donosi Nacionalna služba na osnovu NOM-a.

Po žalbi na rešenje o proceni radne sposobnosti i mogućnosti zaposlenja ili održanja zaposlenja rešava ministar nadležnom za poslove zapošljavanja. Žalbu

može da uloži samo lice koje je zahtev podnelo, a ne i poslodavac, ukoliko je lice u radnom odnosu.

*Kriterijumi procene radne sposobnosti i mogućnosti zaposlenja
ili održanja zaposlenja*

Na osnovu sagledavanja sveukupnog stanja pojedinca i stanja na tržištu rada vrši se ocena bolesti i oštećenja od uticaja na radnu sposobnost i mogućnost zaposlenja ili održanja zaposlenja na sledećii način:

1) 0. stepen – ako ne postoje teškoće i prepreke u radu, odnosno ukoliko su zanemarljive i ne utiču na radnu sposobnost, te lice ne stiće status osobe sa invaliditetom;

2) 1. stepen – ako su teškoće i prepreke male i utiču na radnu sposobnost u odnosu na zanimanje ili poslove koje koje lice može da obavlja a omogućavaju status osobe sa invaliditetom i zapošljavanje pod opštim uslovima;

3) 2. stepen – ako su teškoće i prepreke umerene, odnosno znatne u odnosu na zanimanje ili poslove koje lice može da obavlja a omogućavaju status osobe sa invaliditetom i zapošljavanje pod posebnim uslovima;

4) 3. stepen – ako su teškoće i prepreke potpune ili višestruke, odnosno lice se ne može zaposliti ili održati zaposlenje ni pod opštim ni pod posebnim uslovima, odnosno čiji je radni učinak manji od jedne trećine radnog učinka zaposlenog na uobičajenom radnom mestu, bez obzira na zanimanje ili poslove. Ovo lice se ne može zaposliti ili održati zaposlenje ni pod opštim ni pod posebnim uslovima, ne može zasnovati radni odnos, nego može biti upućeno na radno terapijsku aktivnost kao deo dugotrajne rehabilitacije pojedinca.

Primenom navedene skale opredeljuje se i mogućnost zapošljavanja osobe sa invaliditetom pod opštim ili pod posebnim uslovima. Zapošljavanjem osoba sa invaliditetom pod opštim uslovima podrazumeva zapošljavanje kod poslodavca bez prilagođavanja poslova, radnog mesta ili poslova i radnog mesta, odnosno na otvorenom tržištu.

Zapošljavanjem osoba sa invaliditetom pod posebnim uslovima smatra se zapošljavanje kod poslodavca uz prilagođavanje poslova, radnog mesta ili poslova i radnog mesta, kao i zapošljavanje u posebnim oblicima zapošljavanja - preduzećima za profesionalnu rehabilitaciju i zapošljavanje osoba sa invaliditetom. Pod prilagođavanjem poslova podrazumeva se prilagođavanje radnog procesa i radnih zadataka, dok se pod prilagođavanjem radnog mesta podrazumeva tehničko i tehnološko opremanje radnog mesta, sredstava za rad, prostora i opreme – u skladu sa mogućnostima i potrebama osobe sa invaliditetom. Prilagođavanjem se može obezbediti i stručna pomoć, kao podrška osobi sa invaliditetom kod uvođenja u posao ili na radnom mestu, kroz savetovanje, osposobljavanje, usluge asi-

stencije i podršku na radnom mestu, praćenje pri radu, razvoj ličnih metoda rada i ocenjivanje efikasnosti.

*Rezultati procene radne sposobnosti i mogućnosti zaposlenja
ili održanja zaposlenja osoba sa invaliditetom*

Kada se govori o proceni radne sposobnosti i mogućnosti zaposlenja ili održanja zaposlenja u praksi, odnosno kada se govori o rezultatima koji su do sada postignuti, u periodu od početka primene novih propisa – septembra 2010. godine, do kraja 2011. godine, izvršeno je oko 10.000 procena (oko 7.000 lica steklo status osobe sa invaliditetom koja se zapošljava pod opštim uslovima, oko 1.000 lica steklo status osobe sa invaliditetom koja se zapošljava pod posebnim uslovima, oko 1.500 lica sa 3. stepenom radne sposobnosti, a oko 700 lica nije steklo status osobe sa invaliditetom), na koje je podneto oko 400 žalbi. Iz ovog podatka se vidi da se procena multidisciplinarnim pristupom sagledavajući aspekt sposobnosti lica (prvi put uvedena Zakonom u naš sistem) odvija na dosta zadovoljavajući način. Međutim, vrlo često lica koja podnose zahtev za procenu radne sposobnosti iz ovog postupka očekuju pravo na izvesna novčana davanja ili invalidsku penziju. Procenom radne sposobnosti ne ostvaruju se prava finansijske prirode neposredno, ali se licu koje stekne status osobe sa invaliditetom na ovaj način prvenstveno omogućava odgovarajuće zaposlenje imajući u vidu da se ova procena vrši u odnosu na zdravstveno, socijano i psihološko stanje upravo tog lica, njegova znanja i iskustva koja poseduje a sve to u odnosu na potrebe tržišta rada. Sa druge strane ova lica, na osnovu stečenog statusa, pored prava iz socijalne i zdravstvene zaštite, obrazovanja, stanovanja i sl., mogu ostvariti i druga prava, kao što je npr. pravo na komunalne usluge i proizvode, povlašćenu telefoniju, televiziju, električnu energiju, kupovinu i registraciju automobila, prava u saobraćaju – putarina, parking, prevoz, izgradnju objekata i dr.

Dalje, kada je reč o proceni radne sposobnosti zaposlenih osoba sa invaliditetom, često se postavljaju pitanja koja se odnose na poslove koje pojedini radnici mogu da obavljaju, posebno kada se radi o licima kojima je rešenjem naglašeno da mogu da obavljaju samo određene poslove iz opisa svog radnog mesta ili kada im je utvrđen 2. stepen radne sposobnosti, odnosno mogućnost zapošljavanja pod posebnim uslovima.

U slučaju da se zaposlenom licu utvrdi 1. ili 2. stepen radne sposobnosti, ta lica imaju status osobe sa invaliditetom, a samim rešenjem vrši se i procena poslova koje lice u skladu sa svojim sposobnostima može da obavlja. Naime, u postupku procene radne sposobnosti sagledavanjem medicinskih, psiholoških, socijalnih i drugih kriterijuma koji su ili mogu da budu od uticaja na radnu spo-

sobnost pojedinca, sagledava se i opis posla koji lice obavlja koji daje poslodavac ali i samo lice tokom izrade Socijalne ankete (obavezni sastavni deo dokumentacije prilikom procene radne sposobnosti) i tokom postupka ocene – ukoliko se radi o zaposlenim licima. Dalje, to je i predlog poslova koje bi lice moglo da obavlja kod poslodavca koji takođe daje poslodavac imajući u vidu da on raspolaže podacima kakav je radni učinak lica, sa kakvim se teškoćama prilikom obavljanja poslova radnog mesta suočava, koliko je često na bolovanju i iz kojih razloga i dr. Poslodavac istovremeno sagledava i na koje poslove bi mogao da rasporedi radnika, koji su poslovi slobodni kod tog poslodavca, ima li mogućnosti za organizovanje radnog procesa na nešto drugačiji način, mogućnosti za preraspodelu radnog vremena, obezbeđivanje pristupačnosti u smislu standarda radnog mesta ili/i poslova, i druge činjenice koje mogu imati ili imaju uticaj na raspoređivanje radnika na konkretne poslove.

Na osnovu tih kriterijuma, a imajući istovremeno u vidu i sva znanja koja lice ima, njegovo zanimanje, radno iskustvo i drugo, kao i potrebe za sprovođenju mera i aktivnosti profesionalne rehabilitacije ili obezbeđivanje odgovarajućih uslova rada (sve uz mogućnost korišćenja sredstava za podsticanje zapošljavanja koja se obezbeđuju preko Nacionalne službe za zapošljavanje), komisija organa veštačenja Republičkog fonda za penzijsko i invalidsko osiguranje, pored utvrđivanja činjenice da se lice zapošljava pod opštim ili pod posebnim uslovima, procenjuje i kakva je radna sposobnost lica u odnosu na konkretne poslove, odnosno koje konkretne poslove kod poslodavca bi lice moglo da obavlja pod istim uslovima kao i druga lica – pod opštim uslovima, ili na koji način bi lice moglo da obavlja poslove uz prilagođavanje poslova i/ili radnog mesta ukoliko se zapošljava pod posebnim uslovima. Ovaj stav komisije sastavni je deo obrazloženja rešenja kojim se radna sposobnost lica procenjuje, a prilikom raspoređivanja radnika od strane poslodavca nakon izvršene procene radne sposobnosti bi trebalo da bude okvir za pronalaženje odgovarajućih poslova. Moguće je, međutim, da komisije u pojedinim slučajevima treba da daju preciznije opise isključivo sposobnosti lica (ne koje poslove ili radne zadatke lice ne može da obavlja), da ne bi smele da daju previše uopštene ocene (npr. sposoban za obavljanje poslova u okviru zanimanja ali sa ograničenjima koja se odnose na stajanje, sedenje, kretanje i dr.) što proizvodi dileme kod poslodavca šta dalje učiniti u konkretnom slučaju, kao i da je i dalje potrebno obučavati stručnjake uključene u postupak procene, kako u pogledu primene Međunarodne klasifikacije funkcionisanja, invalidnosti i zdravlja, tako i u pogledu primene različitih pomagala u cilju podizanja radnog učinka i postizanja efikasnosti na radnom mestu.

S druge strane, ukoliko se radi o proceni radne sposobnosti nezaposlenih lica, veoma je bitna procena koji su to poslovi koje bi lice moglo da obavlja imajući u vidu znanja, sposobnosti, mogućnosti, želje ... samog lica, ali i potrebe trži-

šta rada na konkretnom području. U tom smislu, veoma je važno voditi računa o merama i aktivnostima profesionalne rehabilitacije, koje je moguće sprovesti kao deo celokupne rehabilitacije pojedinca, a sa krajnjim ciljem uključivanja na tržište rada, i tim i u druge društvene tokove. Pri svemu tome, moguće je, pored mera profesionalne rehabilitacije, koristiti i sredstva podsticanja zapošljavanja osoba sa invaliditetom, što se, kako se iz prakse vidi, ne koristi u dovoljnom obimu (prema nekim podacima Nacionalne službe za zapošljavanje, u 2011. godini, svega četiri poslodavca su koristila sredstva za opremanje poslova/radnog mesta za zapošljavanje osoba sa invaliditetom koje se zapošljavaju pod posebnim uslovima).

TATJANA PRIJIĆ

Head of Division for legal affairs, executive and supervision,
Ministry of Labor, Employment and Social policy
Senior advisor

ESTIMATION OF WORKABILITY AND POSSIBILITIES
OF EMPLOYMENT OR PRESERVATION OF EMPLOYMENT
FOR PEOPLE WITH DISABILITIES

Summary

Through regulations for professional rehabilitation and employment of persons with disabilities certain novelties are introduced into our legal system, especially in the field of professional abilities evaluation and employment possibilities or employment maintenance. By evaluating professional abilities in a specific way, using multidisciplinary approach, it is allowed for persons with disabilities to exercise their right to work and express their creative potentials while qualified, skilled, capable employees are available for employers. This approach creates conditions for full re-definition of relations of persons with disabilities as employees or potential employees and working environment, employer, in a way that persons with disability are included into the working process in the highest possible way which leads to their economic independence. Economic independence creates grounds for integration of persons with disabilities into social trends according to their knowledge, abilities and capabilities, further it leads to equalization of their working contribution with the one of an average employee.

GORDAN STEFANOVIĆ

PRAVO NA ŽIVOT I RADNA I SOCIJALNA PRAVA

POJMOVNO ODREĐENJE

Pravo na život jeste pravna, ali ne isključivo pravna kategorija, kao što je to, uostalom slučaj sa čitavim nizom drugih društvenih pojava i kategorija. Naprotiv, pravo na život ima čitav niz praktičnih i teorijskih manifestacija. Pravo na život je istovremeno sociološka, moralna, ekonomska, socijalna, istorijska, faktička kategorija. I svaka od ovih kategorija, odnosno aspekata, daje deo suštine i predstavlja deo izvora snage prava na život kao pravne kategorije. Pravo na život na jedan očigledan način potvrđuje da ni jedna pravna kategorija, sama za sebe, bez uporišta u drugim društvenim kategorijama i izvorima društvene moći, ne može imati željenu snagu. U tom smislu, pravo na život, kao deo pravnog poretka, je samo dalo još jedan izvor snage i faktičke mehanizme zaštite prava na život, kao osnovnog prirodnog ljudskog prava. Drugim rečima, svaka pravna tema koja se i do sada raspravljala u okviru Kopaoničke škole prirodnog prava, neizbežno se, samo iz različitih uglova doticala i temeljila na pravu na život. Zato se u analizi prava na život, ostvarivanja ovog prava, kao i povezanosti sa drugim ljudskim pravima, moraju istovremeno analizirati istorijski i savremeni aspekti u cilju njihove komparativne analize.

Ako se pravo na život posmatra sa istorijskog aspekta, odnosno u vremenskoj dimenziji, onda se ono može definisati na jedan kontradiktoran način, kao konstan-

Gordan Stefanović, direktor sektora pravnih poslova DELTA SPORT, Beograd.

ta koja se menja. To je ono u čemu su se slagale sve istorijske epohe, svaki društveni poredak, svako pojedinačno društvo – da je pravo na život neprikosnoveno pravo, prirodno pravo čoveka kao dela prirodnog sveta, koji se rađa, živi i umire kao i sve drugo u tom prirodnom svetu. Međutim, iz toga je pristekao jedan stav koji je ugrađen u pravne sisteme i u temeljne moralne norme – da životom može raspolagati samo onaj ko ga je stvorio, a to je, zavisno od ličnih ubeđenja – priroda ili bog.

Isto tako, ako se pravo na život prati i analizira ne samo kao pravo na život u prirodno-biološkom smislu, što znači da niko ljudskom biću nema pravo da oduzme život, već i u kontekstu društvenih procesa i promena, onda se lako može uočiti da pravo kao nauka, kao skup pravnih normi, ali i društvena teorija i praksa u celini o pravu na život danas govori drugačije nego pre samo nekoliko decenija, a neuporedivo drugačije u odnosu na prethodne vekove i epohe. Poređenje osnovnih parametara daje osnova za zaključak da se stalno proširivala i dalje se širi lista kriterijuma za ocenu ostvarivanja prava na život i da se u celini podigla lestvica kriterijuma za ocenjivanje stanja ovog osnovnog ljudskog prava. Pri tom, treba imati u vidu da negativna ocena u pogledu ostvarivanja prava na život, automatski proizvodi negativnu ocenu stanja svih drugih ljudskih prava. Ključni pozitivni parametar koji govori o civilizacijskom iskoraku savremenog doba u pogledu ostvarivanja prava na život, odnosi se na činjenicu da je u proteklom veku znatno produžen ljudski vek, koji u EU iznosi 83 godine za žene i 79 godina za muškarce.¹ Do te izuzetno značajne pozitivne promene, došlo je zahvaljujući ukupnim promenama koje su se dogodile u društvu, u političkoj, socijalnoj i ekonomskoj organizaciji društva, u načinu života, u sistemu društvenih vrednosti, u promeni odnosa društvene moći i sl., pa zato pravo na život u savremenom dobu možemo definisati i kao rezultantu svih navedenih i drugih parametara.

Prvi korak u definisanju odnosa prava na život i drugih ljudskih prava predstavlja redefinisavanje pojma ljudskih prava, u skladu sa društvenim promenama koje su se dogodile u savremenom dobu. Rezultanta svih društvenih promena koje su se u savremenom dobu dogodile – na političkom, ekonomskom, socijalnom, moralnom planu, na planu pravne teorije i pravnih normi može se izraziti u novoj, celovitijoj, sveobuhvatnijoj definiciji prava na život, koja bi mogla da glasi – pravo na život u slobodi i dostojanstvu. Reč je o tome da samo život u slobodi i dostojanstvu daje puni ljudski smisao čovekovom pravu na život. U tom smislu, odnos prema pravu na život u navedenom, širem, civilizacijskom smislu, može se posmatrati kao istorijska raskrisnica u istoriji ljudskog društva. Naime, čovek je imao pravo na život u prirodnom, biološkom smislu, onako kako ga imaju i druge biološke vrste od svog nastanka. Međutim, tek sa razvojem čoveka kao svesnog, društvenog, a to znači moralnog bića pravo na život dobija taj širi civilizacijski, razvojni sadržaj i smisao. Očigledno je, samo na osnovu načela zdravorazumske

¹ EUROSTAT, EU Statistic Office.

logike da kada se kaže “pravo na život”, to znači zaštitu života kao biološke činjenice, što je, nesporno, uslov svih uslova. Ali, kada se kaže: “Pravo na slobodan i dostojanstven život”, to obuhvata širok dijapazon brojnih komponenti. Upravo se tu nalazi ključna razlika između demokratskih, ekonomskih i tehnološki razvijenih društava i onih drugih, koja su, iz različitih razloga, zaostala na svim navedenim poljima. Radi se o tome, da danas, ni jedan pravni poredak, uključujući i one u nedemokratskim, ekonomski i tehnološki nerazvijenim zemljama, ne osporavaju pravo na život kao biološku činjenicu. Međutim, razlika je u kvalitetu, odnosno celokupnosti ostvarivanja ovog osnovnog ljudskog prava. Stanje ljudskih prava, u svetu, kao i u Srbiji, pokazano u brojnim analizama, potvrđuje drastične razlike u nivou, odnosno kvalitetu ostvarivanja ovih prava, kao i činjenicu da pad kvaliteta ovih prava ispod određene granice, neizbežno, posredno ili neposredno ugrožava pravo na život. U tom pogledu, činjenice u Srbiji, zemljama tranzicije, znači pre svega u “zemljama u razvoju” ukazuju na ograničenu moć pravnih normi, upravo na planu svih komponenti od kojih se danas sastoji pravo na život. Iz toga se može izvesti zaključak da između “prava na život” i “prava na slobodan i dostojanstven život” postoji linija razdelnica, koja je po svojoj suštini civilizacijska, jer određuje dva suštinski različita pristupa ljudskom životu kao osnovnoj vrednosti i osnovnom ljudskom pravu, kao rodnom mestu svih drugih ljudskih prava. U toj generalnoj razlici skoncentrisane su sve druge pojedinačne razlike koje se odnose da pravni poredak, političko uređenje, stepen ekonomskog i tehnološkog razvoja, strukturu stanovništva, realnu mogućnost pristupa pojedinca javnim resursima, kao što su obrazovanje, zdravstvo, profesionalni razvoj, socijalna zaštita i sl. To su na pojavnj ravnj vidljive razlike između ekonomskih i tehnološki razvijenih, demokratskih zemalja i onih koje na svim navedenim planovima zaostaju.²

U prilog takvom zaključku ide i analiza funkcionalne povezanosti prava na život i svih drugih ljudskih prava. Polaznu osnovu u toj analizi predstavlja nesporni polazni standard – neprikosnovenos prava na život. Međutim, izvan konteksta, odnosno uporišta u svim političkim, ekonomskim, socijalnim komponentama, ovo pravo može biti pretvoreno u mrtvo slovo na papiru, u formalno pravo, bez svoje ljudske suštine i civilizacijskog smisla. Nesporno je da iz prava na život u elementarnom smislu, proističe čitav niz pravnih i moralnih normi, koje štite pojedinaca od svakog nasrtaja na njegov život i njegov fizički integritet. U tom smislu, u svakoj civilizaciji, u svakom društvenom poretku, u svakom istorijskom periodu, napad na život i fizički integritet čoveka nailazili su na najoštriju moralnu osudu društvene zajednice, a u krivično pravnom pogledu za izvršenje takvih krivičnih dela bila je uvek zaprećena najstrožija kazna. To je bila pravna, moralna i opšte prihvaćena društvena konstanta kroz celokupnu istoriju.

² Hase R., Šnajder H., Vajgelt K., “Leksikon socijalne tržišne privrede”, Fondacija Konrad Adenauer, Beograd 2006.

Međutim, sa stanovišta civilizacijskih dostignuća savremenog doba, ovakva konstatacija neizbežno otvara čitav niz političkih, socijalnih, ekonomskih, moralnih pitanja, od kojih sva imaju i svoju pravnu dimenziju. Sva ova pitanja moraju se pojedinačno analizirati, ali se, na startu mogu koncentrisati u jednom pitanju - šta znači pravo na život, ako je čovek bez posla, odnosno mogućnosti da sebi i porodici obezbedi sredstva za pristojan život, ako je gladan, ako je bolestan, a nema mogućnosti da se leči, ako nema mogućnosti da školuje decu, ako nema socijalnu sigurnost, odnosno živi u strahu šta će mu doneti sledeći dan, ako nema realnu nadu u budućnost, sve ono ští čini elemente ljudske sreće i zadovoljstva životom. Neizbežna posledica takvog stanja je gubitak vere u pravni i društveni poredak, ali što je još teže gubitak civilizacijskog smisla takvog pravnog poretka.

Takav pristup je polazna osnova za uočavanje i analizu funkcionalne poveznosti prava na život i brojnih radnih i socijalnih prava. Ako se pođe od činjenice da je rad izvor materijalnog i društvenog bogatstva, što je opšte prihvaćeni stav klasičnih političkih ekonomista³ onda iz toga proizilazi da je osnovni uslov za ostvarivanje svih drugih radnih i socijalnih prava - pravo na rad. S obzirom da se pravo na rad u savremenim modelima političke, ekonomske i socijalne organizacije društva ostvaruje kroz zaposlenje, odnosno realnom mogućnošću da se kroz određenu ekonomsku aktivnost obezbede sredstva za život, očigledno je kako je pravo na život u krajnjoj liniji uslovljeno ukupnim stanjem nacionalne ekonomije.

Ako čovek ima pravo na slobodan i dostojanstven život, onda iz toga poističe da mora imati i pravo na slobodan i dostojanstven rad. Naravno, da je besmisleno govoriti o slobodi i dostojanstvu čoveka, ako je njegov rad ropski, pod ponižavajućim, neljudskim uslovima. To otvara čitav niz pitanja i zahteva, koji su predmet radnog i socijalnog prava. Jasno je u tom pogledu da pravo na slobodan i dostojanstven rad podrazumeva čitav niz radnih i socijalnih prava: Pravo na pristojnu zaradu; Pravo na prihvatljivo radno vreme; Pravo na zdravu radnu i životnu sredinu; Pravo na opšte, stručno i profesionalno obrazovanje; Pravo na zdrav život; Pravo na socijalnu sigurnost i zaštitu; Pravo na određene oblike ekonomske i socijalne zaštite u slučaju privremene nezaposlenosti; Pravo na lečenje u slučaju bolesti u skladu sa najvišim dostignutim standardima savremene medicine; Pravo na napredovanje u službi; Pravo na pristojne uslove stanovanja; Pravo na socijalnu sigurnost i kvalitet života u starosti, odnosno posle penzionisanja; Pravo na zaštitu dece i porodice; Druga radna i socijalna prava.

Ako bi se pokušalo da se napravi jedna kompozicija, koja pokazuje međusobnu povezanost i uslovljenost prava na život i radnih i socijalnih prava, onda bi ona izgledala ovako: pravo na život - pravo na rad - pravo na zaposlenje ili samostalnu ekonomsku aktivnost - pravo na pristojnu zaradu - pravo na zdravu radnu

³ Smit A. "O izvorima bogatstva naroda", Centar za liberalno demokratske studije, Beograd, 2005.

i životnu sredinu... i sl. Ono što se lako uočava je međusobna funkcionalna povezanost i uslovljenost svih navedenih radnih i socijalnih prava. Naime, očigledno je ako bi se izuzelo bilo koje od ovih prava, automatski bi se dovelo u pitanje ostvarivanje svih drugih radnih i socijalnih prava, čime bi, posredno ili neposredno bilo ugroženo i pravo na život kao osnovno ljudsko pravo.⁴ Drugim rečima, radna i socijalna prava mogu se suštinski ostvarivati samo kao celina, kao integralni međuzavisni kompleks radnih socijalnih prava, kao sastavnog dela ljudskih prava u celini.

Podrazumeva se da povezanost prava na život i radnih i socijalnih prava ima i svoju drugu stranu. Naime, pravo na slobodan i dostojanstven rad je u suštinskoj suprotnosti i potpuno isključuje neke civilizacijski neprihvatljive oblike ponašanja i odnosa u ovoj oblasti. Pre svega, pravo na slobodan i dostojanstven rad, kao "condition sine qua non", slobodne i dostojanstvene ličnosti isključuje bilo kakav oblik prinudnog i ropskog rada. Međunarodne i nacionalne pravne norme, kao i opšte prihvaćeni međunarodni standardi idu u tom smislu i korak dalje tako da isključuju i bilo kakav oblik rada koji je sličan ropskom i prinudnom radu. To je civilizacijska reakcija na činjenicu da se savremena civilizacija suočava sa čitavim nizom pojava i odnosa, koji iako nisu formalno, u suštini sadrže karakteristike prinudnog i ropskog rada. Takva reakcija bezuslovnog i apsolutnog neprihvatanja bilo kakvog – prikrivenog ili otvorenog oblika prinudnog rada, opredeljena je činjenicom da ropski i prinudni rad ne može da ima gradacije po pitanju suštine, u smislu da li je neki oblik rada ropski ili prinudni, već da može imati gradacije samo po težini posledica na pojedinca i društvo. Ta opravdana negativna odbacujuća reakcija, ispoljava se u moralnoj osudi i multidimenzionalnom pravnom tretmanu ropskog i prinudnog rada. Zabrana ropskog i prinudnog rada nalazi se u svim relevantnim međunarodnim političko-pravnim dokumentima, u ustavno-pravnom poretku svih elementarno demokratskih zemalja, u radnom i socijalnom pravu, kao i u krivičnom zakonodavstvu, u kome se trgovina ljudima, kao i svaki oblik prinuđavanja ljudi na ropski i prinudni rad tretira kao teško krivično delo, za koje su zaprećene veoma oštre krivične sankcije, očigledno sa ciljem generalne prevencije. To je nesporni zajednički stav, kako međunarodnih organizacija, tako i zakonodavstava elementarno demokratskih zemalja, pa se u tom smislu može smatrati opštom civilizacijskom pravnom i društvenom tekinom.⁵

Međutim, stanje u oblasti trgovine ljudima kao jednog od ključnih izvora, ropskog i prinudnog rada u vidnom je raskoraku sa pravnim normama, oko kojih postoji visok stepen globalne saglasnosti. To potvrđuje činjenica da u svetu posto-

⁴ Vuković D., "Socijalna sigurnost i socijalna prava", Fakultet političkih nauka, Beograd 2005.

⁵ Pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima UN, Zbornik konvencija i preporuka MOR, Institut za političke studije, Beograd 1998.

je, doduše sve manja ostrva u kojima ropски i prinudni rad postoje u svojim klasičnim, otvorenim oblicima. Međutim, mnogo su opasniji oni sofisticirani, prikriveni oblici ropstva, koji su karakteristični, ili tačnije rečeno koji su se razvili u savremenom dobu. U tom pogledu mogu se izdvojiti dve osnovne grupe sofisticiranog ropstva, u kome rad neizbežno dobija prinudni i ropски karakter. Prvu grupu čine sofisticirani oblici ropstva koji su rezultat ideološke manipulacije, kojom se utiče na način života i sistem životnih vrednosti. Drugu grupu čine oni društveni odnosi koji pojedinca ili čitave društvene grupe dovode u ekonomski i socijalno ponižavajući položaj, ili drugim rečima u socijalno bezizlaznu situaciju (dugotrajna nezaposlenost i nemogućnost sticanja bilo kakvih prihoda, bolest bez mogućnosti odgovarajućeg medicinskog tretmana, rad pod neljudskim uslovima, rad bez isplaćivanja naknade od strane poslodavca, seksualno ucenjivanje o čemu su sva elementarno demokratska društva, koja podrazumevaju i vladavinu prava, rekla svoju reč, tretirajući mnoge od ovih pojava kao teška krivična dela). To je veoma značajan, ali sam za sebe nedovoljan korak. Neophodno je da se na takvim pravnim temeljima, napravi još jedan strateški korak, podizanja lestvice kriterijuma u redefinisaju pojma prinudnog i ropskog rada u savremenom dobu.

ČINIOCI KOJI UTIČU NA KVALITET RADNIH I SOCIJALNIH PRAVA

Očigledno je da se u savremenom dobu koje odlikuje novi, sve širi i zahtevniji pristup ljudskim pravima, pravo na život mora posmatrati, a to znači i definisati na dva nivoa. Prvi nivo je pravo na život kao pravo u fizičkom smislu, da ljudskom biću niko ni iz kakvih razloga ne može oduzeti život, niti ugroziti njegov fizički integritet, izložiti ga torturi, mučenju, sakaćenju i sl. Ovo pravo može se definisati kao prirodno, biološko pravo, odnosno prirodna biološka pretpostavka čoveka kao prirodnog bića, za ostvarivanje svih drugih ljudskih prava. Drugi nivo je definicija prava na život u civilizacijskom smislu, koje integriše čitav splet ljudskih prava kroz koje se čovek suštinski ostvaruje kao moralno, društveno, razvojno biće. Između ova dva aspekta prava na život, primarnog i civilizacijskog je veoma dug, složen, konfliktan put, za koji se može reći da predstavlja esenciju ljudskih prava kao civilizacijske tekovine savremenog doba.

Analiza tog puta, pored ostalog, pokazuje proces uspostavljanja funkcionalne povezanosti i uslovljenosti prava na život i radnih i socijalnih prava, koja uslovljava da se pravo na život mora definisati na drugi način, odnosno ostvarivanje ovog prava meriti drugim kriterijumima, u odnosu na sve prethodne društvene epohe.

U analizi odnosa prava na život i radnih i socijalnih prava, polazi se od stava da je pravo na život konstanta, a radna i socijalna prava varijabilne vrednosti. Upravo je taj odnos uticao na redefinisanje odnosa prema pravu na život u savre-

menoj društvenoj teoriji i praksi. Kao argument u prilog ovoj tvrdnji govori činjenica da su radna i socijalna prava izuzetno dinamična, razvojna, promenljiva kategorija. Naime, činjenica je da su se svog uspostavljanja u okvirima građanskog, kapitalističkog društva radna i socijalna prava izuzetno brzo razvijala. Osnovna tendencija u tom procesu bilo je stalno proširivanje liste radnih i socijalnih prava, podizanje njihovog kvaliteta i širenje svesti o njihovom značaju, kao civilizacijske tekovine i jednog od temelja kapitalističkih građanskih društava. To širenje svesti je imalo veoma značajnu pokretačku ulogu, jer je podsticalo sindikate da se odlučnije bore za svoja radna i socijalna prava, a državu i poslodavce da u uspostavljanju ovih prava vide i sopstvene interese, kao jednog od neophodnih uslova socijalnog i industrijskog mira.⁶

Ta promena odnosa prema radnim i socijalnim pravima, omogućila je da ona postanu ne samo društvena, socijalna, moralna, već i pravna tekovina, u tom smislu što su osnovna radna i socijalna prava u svim elementarno demokratskim zemljama definisana i zaštićena ustavom i zakonom. Međutim, upravo je oblast radnih i socijalnih prava ona oblast nauke i društvenog života koja pokazuje koliko su pravne norme zavisne od čitavog niza društvenih činilaca i da upravo ti društveni činioци odlučujuće utiču da se stanje u ovoj oblasti kreće između dve krajnosti – od toga da pravne norme u oblasti radnih i socijalnih prava budu “mrtvo slovo na papiru”, do toga da se pravne norme u visokom stepenu ostvaruju u praksi, odnosno da između pravnih normi i društvene stvarnosti postoji visok stepen podudarnosti. U svakom slučaju, društvena praksa je potvrdila da odnos između pravnih normi i društvene prakse u oblasti radnih i socijalnih prava predstavlja jedan od najpouzdanijih pokazatelja ukupnog političkog, ekonomskog i socijalnog stanja u jednom društvu. Drugim rečima, visok stepen podudarnosti pravnih normi i realnog stanja radnih i socijalnih prava karakterističan je za ekonomski i tehnološki razvijena, demokratska, otvorena društva.

Takav zaključak opredeljuje i osnovu teorijsko-metodološkog pristupa u tom smislu, što nameće potrebu komparativne analize pravnog uređivanja prava na život, pravnog uređivanja radnih i socijalnih prava i realnog društvenog stanja u ovim oblastima. Na taj način se na teorijskoj i empirijskoj ravni može dokazati da kompleks radnih i socijalnih prava čini jednu od ključnih sadržina prava na život, što znači da ostvarivanje prava na život u suštinskom civilizacijskom smislu, zavisi u velikoj meri od onih činilaca od kojih zavisi i ostvarivanje radnih i socijalnih prava. To podrazumeva da su pravne norme samo jedan od činilaca, ali i da pravne norme u oblasti radnih i socijalnih prava, mogu u određenim društve-

⁶ “Demokratija i socijalna pravda”, VII Međunarodna škola, Centar za tranziciju ka demokratiji, Herceg Novi, 2001.

nim okolnostima biti u sukobu sa drugim parametrima ostvarivanja radnih i socijalnih prava.⁷

Brojna istraživanja i teorijski tekstovi o savremenom društvu potvrđuju jednu činjenicu, koja se može uzeti kao zajednički imenitelj – stanje radnih i socijalnih prava, čiji je temelj njihovo pravno uređivanje, predstavlja pouzdani rentgen-ski snimak stanja u jednom društvu. Može se slobodno reći – kaži mi kakvo je stanje radnih i socijalnih prava u tvojoj zemlji, pa ću ti reći u kakvoj zemlji živiš. Drugim rečima, u velikoj meri su identični činioци od kojih zavisi ukupno stanje u društvu i stanje radnih i socijalnih prava, samo se kod radnih i socijalnih prava ta međuzavisnost pokazuje na specifične načine.

U tom smislu, prva varijabila od koje zavisi stanje radnih i socijalnih prava u jednom društvu jeste društveno-ekonomsko uređenje i politički sistem. Ta opšta uslovljenost i povezanost proističe iz činjenice da su radna i socijalna prava izuzetno značajan, ali samo deo ukupnih ljudskih prava, a da uspostavljanje i ostvarivanje ovih prava zavisi od ukupnog društvenog okruženja, odnosno karaktera društveno-ekonomskog i političkog sistema. Ako se u pravne, političke i ekonomske temelje sistema ne ugrade radna i socijalna prava, onda je u društvu moguća samo lažna predstava o njima. S druge strane, u analizi stanja i odnosa u danas razvijenim društvima može se već na pojavnoj ravni uočiti direktna srazmera između stepena ekonomskog i tehnološkog razvoja i na toj osnovi kvaliteta radnih i socijalnih prava i stepena razvoja demokratije. Naime, činjenica je da su danas ekonomski i tehnološki najrazvijenija društva, sa najvišim stepenom standarda i kvaliteta života, istovremeno i najdemokratskija društva, se veoma razvijenim instrumentima i praksom socijalne i političke demokratije i da su to tzv “otvorena društva”. Iz napred navedenog proističe da pravni poredak radnih i socijalnih prava mora biti deo ukupnog pravnog poretka, a na taj način i element strategije održivog razvoja. Drugim rečima, takav pravni poredak radnih i socijalnih prava, kao komponenti prava na život u suštinskom, civilizacijskom smislu, deo je pravnog poretka otvorenih društava, zasnovanih na socijalnoj tržišnoj privredi, društveno odgovornom poslovanju i korporativnoj kulturi. Na taj način je pravni poredak radnih i socijalnih prava na jedan viši nivo podigao pravo na život, jer je civilizacijskim tekovinama građanskog, kapitalističkog društva, koje su uspostavljane u proteklih nekoliko vekova dao snagu pravnih normi.

Uspostavljanje funkcionalne povezanosti i međuzavisnosti između prava na život i radnih i socijalnih prava u civilizacijskom smislu uslovljeno je stanjem društvene svesti. Ako u jednom društvu, što zavisi od karaktera društvenog sistema i vladajuće ideologije, dominira podanički mentalitet, onda se i siromaštvo, koje je, po pravilu pratilac takvih društava, tretira kao zla sudbina ljudi, to će

⁷ “Zaštita ljudskih prava i sloboda u uslovima krize” Zbornik sa istoimenog naučnog skupa, Udruženje za međunarodno krivično pravo, Tara 2011.

se, posredno ili neposredno odraziti na stanje radnih i socijalnih prava. Međutim, ako društvu dominira svest o ljudskim pravima kao civilizacijskoj tekovini, koja pripada svim građanima, bez obzira na religiju, naciju, socijalno poreklo, imovinski status, političko opredeljenje i dr., onda će to podsticajno delovati na borbu za radna i socijalna prava i ukupno povoljnije stanje u ovoj oblasti.

Vezivno tkivo koje povezuje pravo na život i radna i socijalna prava je moral. To znači da stanje morala u jednom društvu, koji obuhvata načelo jednakih šansi, odnosno isključivanje diskriminacije po bilo kom osnovu, načela socijalne pravde, solidarnosti i sl. predstavlja neophodni izvor energije na kome se temelji funkcionalna povezanost i međuzavisnost prava na život i radnih i socijalnih prava. Od snage morala, odnosno odnosa ekonomije i morala zavisi i koncept i principi raspodele društvenog bogatstva. Sa tog stanovišta postoje dve vrste društava - ona u kojima veći deo društvenog bogatstva pripada privilegovanoj manjini, dok većina živi u većem ili manjem siromaštvu i ona društva u kojima se raspodela društvenog bogatstva vrši po načelima ekonomije i socijalne pravde, na dobrobit svih društvenih slojeva. U tom smislu radna i socijalna prava su ona oblast u kojoj se možda jasnije nego u drugim oblastima vidi povezanost pravnih i moralnih normi, odnosno činjenica da one nastaju jedne iz drugih.⁸

Odnos pravnih normi i realnog stanja u oblasti radnih i socijalnih prava u izuzetno velikoj meri zavisi od stepena ekonomskog i tehnološkog razvoja društva, odnosno sposobnosti, ali i realne spremnosti društva da odvaja i ulaže potrebna sredstva za ostvarivanje radnih i socijalnih prava. Bez realne materijalne osnove pravne norme u oblasti radnih i socijalnih prava neizbežno ostaju samo prazne reči. Jedna od uočljivih linija razdelnica između ekonomski i tehnološki razvijenih društava i društava u razvoju odnosi se na nivo izdvajanja za obezbeđivanje radnih i socijalnih prava. Istovremeno, ona društva koja su u mogućnosti da izdvoje veći procenat društvenog proizvoda za obezbeđivanje radnih i socijalnih prava, uspešnije se suočavaju sa izazovima diskriminacije i korupcije, stvaraju mogućnosti za dinamičniji i kvalitetniji razvoj ljudskih resursa, efikasnije sprečavaju industrijske i socijalne konflikte, što, po principu povratne sprege, podsticajno deluje na ekonomski i tehnološki razvoj i na tome zasnovan kvalitet života.

Ovaj raskorak između pravnih normi i realnog stanja radnih i socijalnih prava veoma je izražen u zemljama tranzicije u koje spada i Srbija. Pri tome posebno je karakterističan za prve, konfliktne faze tranzicije, koji objektivno imaju najveću socijalnu cenu. U tom pogledu izdvaja se jedna odrednica procesa tranzicije. Naime, sve zemlje tranzicije, uključujući i Srbiju, u procesu uspostavljanja nove pravne regulative primerene novim društvenim odnosima, gde spada i pravna regulativa radnih i socijalnih prava, koristili su iskustva, a u tom okviru

⁸ Madžar Ljubomir: "Ekonomski učinci morala", Zbornik "Moral i ekonomija" Institut društvenih nauka, Beograd 2008.

i zakonska rešenja ekonomski i tehnološki razvijenih zemalja Evrope. Upravo u oblasti radnih i socijalnih prava pokazalo se da donošenje dobrih zakona jeste neophodno, ali nije dovoljno. Tako se javljao veliki raskorak između pravnih standarda i realnog stanja radnih i socijalnih prava. Neke zemlje tranzicije su uspešnije, a neke manje uspešno savladavale ovaj raskorak, a savladavanje tog raskoraka može uzeti kao jedan od značajnih, pouzdanih kriterijuma za ocenjivanje uspeha procesa tranzicije, odnosno političkih, ekonomskih i socijalnih reformi koje proces tranzicije podrazumeva.

Sa, u suštini, istim problemom suočavaju se i ekonomski i tehnološki razvijene zemlje EU, pri čemu se taj problem manifestuje u drugačijem pojavnom obliku. Naime, zemlje EU su nesporno ekonomski i tehnološki razvijenije od zemalja tranzicije i to im daje prednost za podizanje radnih i socijalnih prava na viši nivo. Međutim, činjenica je da između zemalja EU postoje razlike u nivou ekonomskog i tehnološkog razvoja, što uslovljava da ove zemlje mogu da pruže različit nivo radnih i socijalnih prava svojim zaposlenima i građanima. Ta činjenica je opredelila osnovu strategije EU u oblasti radnih i socijalnih prava – koja je realizovana kroz usvajanje Evropske socijalne povelje, koju je usvojila Palamentarna Skupština Saveta Evrope. Ovaj strateški dokument sadrži civilizacijske tekovine i standarde u oblasti radnih i socijalnih prava, a činom ratifikacije Povelje u nacionalnom parlamentu, odredbe Povelje postaju deo pravnog poretka određene zemlje. Imajući u vidu objektivno stanje, odnosno činjenicu različitih mogućnosti pojedinih članica EU u oblasti radnih i socijalnih prava, autori Povelje su ovaj dokument u suštini podelili na dva dela. Povelja obuhvata devet tzv. “tvrdih članova”, koje je obavezna da ratifikuje svaka zemlja u procesu ratifikacije. Ove odredbe odnose se na osnovna prava – pravo na rad, pravo na slobodu udruživanja, zabranu diskriminacije, pravo na kolektivno pregovaranje, zabranu ropskog i prinudnog rada i sl. Zaštita ovih prava je preduslov zaštite svih drugih radnih i socijalnih prava, a ne zavisi direktno od ekonomske snage zemlje. U drugu grupu spadaju odredbe vezane za pravo na zdravlje, socijalnu sigurnost, zaštitu nezaposlenih, zaštitu porodice, pristojne uslove stanovanja, čiji nivo ostvarivanja zavisi od stepena ekonomskog i tehnološkog razvoja zemlje.⁹

AUTONOMNA REGULATIVA U OBLASTI RADNIH I SOCIJALNIH PRAVA KAO “DIFERENTIA SPECIFICA”

Proces uspostavljanja pravnih normi u oblasti radnih i socijalnih prava je složen, dugoročan, protivurečan i konfliktan društveni proces, u kome su na različite načine i sa različitim stepenom uticaja u pojedinim periodima učestvovali

⁹ Revidirana evropska socijalna povelja, Kancelarija Saveta Evrope, Beograd 2008.

li svi akteri industrijskih odnosa – država, poslodavci i radnici, odnosno radnički sindikati. Taj proces traje i danas, potvrđujući karakteristike promenljivosti, razvojnosti, prilagodljivosti pravnih normi u oblasti radnih i socijalnih prava promenjenim društvenim okolnostima. Reč je o procesu uspostavljanja i razvoja nove grane pravnih nauka i prakse – radnog i socijalnog prava. Jedna od bitnih karakteristika ovog procesa je paralelni razvoj radnog i socijalnog prava na nacionalnom i međunarodnom planu, što otvara čitav niz pitanja u oblasti međunarodnog prava.

U procesu uspostavljanja radnog i socijalnog prava kao globalnog procesa, nastaje jedan novi vid pravnih normi – autonomne pravne norme (kolektivni ugovori, socijalni paktovi i sl.). Na taj način radno pravo obuhvata dve vrste pravnih normi – zakonske i autonomne, koje su, po svojoj prirodi komplementarne. Pri tome je uočljiva tendencija stalnog proširivanja broja pitanja u oblasti radnog i socijalnog prava koja se regulišu autonomnim normama i porast značaja autonomnog radnog i socijalnog prava u celini. Reč je o specifičnom procesu u kome su faktički odnosi sveta rada i sveta kapitala, dobijali postepeno formu i snagu pravnih normi. Istovremeno, jednom uspostavljene pravne norme, štatile su dostignuti stepen radnih i socijalnih prava, ali i principe i sadržaj odnosa sindikata, poslodavaca i države i tako postajale temelj i podsticaj za dalje unapređivanje industrijskih odnosa. Drugim rečima, pravne norme postajale su temelj i uporište za delovanje svih aktera industrijskih odnosa na daljem unapređivanju radnog i socijalnog prava, dok je autonomna regulativa otvarala prostor da se radna i socijalna prava podižu na sve viši nivo. U tom pogledu je posebno značajna činjenica da su pravne norme u nepovoljnim društvenim okolnostima, ekonomskih i socijalnih kriza sprečavale pad nivoa radnih i socijalnih prava ispod određenog nivoa.¹⁰

Za analizu odnosa prava na život i radnih i socijalnih prava posebno je važna činjenica koja se odnosi na izvor snage autonomnih pravnih normi. Za razliku od zakonske regulative, iza koje stoji aparat legitimne fizičke prinude, snaga autonomne regulative nalazi se u svesti i odgovornosti socijalnih partnera o potrebi i značaju ove regulative, o tome da je njeno usvajanje i primena u zajedničkom interesu svih, u dobrovoljnosti prihvatanja i zajedničkoj odgovornosti za njeno sprovođenje. Drugim rečima, iza autonomne regulative ne stoji prinuda, već princip “bona fides”, što daje specifičnu, izvornu snagu, autonomnoj regulativi.

Na taj način nastaje, razvija se i dobija sve veću društvenu moć i značaj čitav splet institucija i mehanizama kroz koje se izgrađuju i razvijaju demokratski industrijski odnosi, preventivno se deluje na sprečavanje potencijalnih i realnih

¹⁰ Lubarda B.: “Evropsko radno pravo”, CID Podgorica 2008.

izvora industrijskih i socijalnih konflikata i gradi trajni i stabilan socijalni mir. Time se pored etičkih i pravnih, postiže i veoma važan ekonomski efekat. Taj ekonomski efekat se realizuje kroz dva aspekta. Prvo, autonomna regulativa je temelj trajnog i stabilnog socijalnog mira, do sada potvrđeno najefikasniji način da se spreče industrijski i socijalni konflikti, ili, ako do njih dođe da izazovu najmanju štetu, što povoljno deluje na ekonomski i tehnološki razvoj društva u celini. Drugo, izbegavaju se skupi, složeni, dugotrajni sudski postupci, čime se smanjuju i visoki troškovi sporova iz ove oblasti. Međutim, najvažniji efekat ogleda se u činjenici da se sa stanovišta motivacije za prihvatanje i sprovođenje gradi od strane svih učesnika drugačiji odnos prema odluci suda iza koje stoji sila državne vlasti i odluke koju su koncenzusom prihvatili socijalni partneri.

ZAKLJUČAK

Dvadeseti i početak dvadesetprvog veka obeležilo je, pored ostalih, pitanje ljudskih prava. Ljudska prava su jedan od temelja svih savremenih građanskih, kapitalističkih društava, ona su civilizacijska tekovina, pokazatelj relanog političkog, ekonomskog i socijalnog stanja u svakom pojedinačnom društvu, a sve više i u "globalnom selu", predmet političkih i ideoloških manipulacija, kao i industrijskih i socijalnih konflikata. Činjenica je takođe, da je u ovom periodu došlo do značajnog unapređivanja koncepta i prakse ljudskih sloboda i prava, da je podignuta lestvica kriterijuma na osnovu kojih se ocenjuje stanje ljudskih sloboda i prava u svakom društvu, što je, po principu spojenih sudova uticalo da se promene i svi ostali parametri za ocenjivanje stanja i odnosa u svim oblastima društvenog života.

U tom kontekstu, ma kako to kontradiktorno zvučalo, redefiniše se i odnos prema osnovnom ljudskom pravu – pravu na život. To ne znači da život nekog našeg savremenika više vredi u odnosu na život nekog čoveka u prvobitnoj zajednici. Međutim, život savremenog čoveka postao je bogatiji, sadržajnije, nastali su novi kriterijumi, koji uslovljavaju njegovu veću socijalnu cenu. Pravo na život objedinjuje i sadrži u sebi sva ljudska prava. Radna i socijalna prava kao deo ukupnih ljudskih prava imaju u tom smislu poseban značaj, jer štite ono što čini ključne sadržaje ljudskog života, bez kojih sloboda i dostojanstvo ljudske ličnosti neizbežno ostaju samo mrtvo slovo na papiru.

Ni jedno ljudsko pravo ne osvaja se jednom za uvek, jer da je tako, odavno bi smo živeli u idealnom svetu. Razlika između radnih i socijalnih i drugih ljudskih prava, upravo se ogleda u tome, što su radna i socijalna prava izuzetno dinamična razvojna, a upravo tom svojom dinamikom i razvojnošću daju ljudsku

suštinu i smisao ljudskim pravima u celini, štiteći time osnovnu moralnu i društvenu meru vrednosti pravo na život.

GORDAN STEFANOVIĆ

Master of sciences, Legal and General Affairs Director
Delta Sport Ltd. Belgrade

THE RIGHT TO LIFE THROUGH THE PRISM OF LABOR AND SOCIAL RIGHTS

Summary

The connective tissue binding the right to life and labor and social rights is morality. This means that the state of morality in a society – the morality which includes the principle of equal opportunity, that is the elimination of discrimination at all levels, as well as the principles of social justice and solidarity etc. – represents the needed source of energy that the functional connections between and interdependence of the right to life and labor and social rights are based upon.

The concept and principles of social wealth distribution also depend on the strength of morality, and specifically on the relationship between economy and morality. We may differentiate two types of societies from that perspective – those where the major part of the social wealth belongs to the privileged minority, while the majority lives more or less in poverty, and those societies where the social wealth distribution relies on the principles of economy and social justice, to the benefit of all social classes. In that respect, the labor and social rights belong to the field where the connection between the legal and moral norms, and the fact that one originate from the other, may be more pronounced compared to other fields.

STOJAN DABIĆ

ULOGA POSLOVNIH BANAKA U RAZVOJU PRIVREDE

U V O D

Već 25 godina pravnici Srbije u okviru “Kopaoničke škole prirodnog prava” bave se bankarskim pravom kao sastavnim delom ukupnog prava u finansijama. Za to vreme dogodile su se krupne promene na planu finansijskog tržišta, a posebno na planu organizacije i položaja banaka u Srbiji. Upravo zbog moguće uloge banaka u procesu razvoja privrede zemlje danas, bilo bi korisno da se ukratko podsetimo vremena stvaranja banaka u Srbiji kao i njihove uloge u razvoju privrede tog vremena.

Početak bankarstva u kneževini Srbiji

Daleke 1862. godine Srbija je bila mala kneževina bez razvijene privrede, bez novca i bez finansijskih organizacija na koje je Kneževina mogla osloniti svoj razvoj. Tada je zaključeno da je jedini izlaz iz nemaštine u objedinjenom i ubrzanom razvoju privrednih aktivnosti uz pomoć jedne, u to vreme jake domaće finansijske institucije koja bi objedinila sva sredstva usitnjenih držalaca finansijskih sredstava u jednu centralnu finansijsku organizaciju. Tako je 16. avgusta 1862. go-

dine knez Mihajlo Obrenović potpisao Zakon o uređenju Uprave fondova – prve finansijske institucije u oslobođenoj Srbiji koja je bila preteča Državnoj hipotekarnoj banci, Jugoslovenskoj investicionoj banci i Investbanci Beograd.

Zadatak ove institucije je bio da objedini sredstva posebnih fondova i sredstva državne kase radi odobravanja kredita za razvoj privrednih aktivnosti i podrške razvoju poljoprivrednih gazdinstava. Pored kreditiranja razvoja zemlje Uprava fondova je obavljala i sve druge poslove koje su obavljale banke u razvijenim zemljama. Ona nije prestajala sa radom ni za vreme brojnih ratova kroz koje je prolazila Srbija uključujući i Prvi i Drugi svetski rat.

*Model razvoja privrede i bankarstva
u Kraljevini Jugoslaviji*

Na teritoriji novoformirane Kraljevine Srba, Hrvata i Slovenaca u momentu osnivanja nove države poslovalo je mnogo bankarskih institucija formiranih najvećim delom od strane banaka država u čijem sastavu su se nalazila područja koja su 1918. godine ušla u sastav nove države. Prema tadašnjim ocenama nova država nije mogla da temelji svoj privredni razvoj na radu stranih banaka. Iz tih razloga odlučeno je da se Državna uprava fondova transformiše u Državnu hipotekarnu banku preko koje bi se obezbeđivao kako investicioni razvoj tako i snabdevanje privrede obrtnim kapitalom na celokupnoj teritoriji nove države. Pored ove državne razvojne banke u tom periodu poslovale su brojne privatne banke po cejoj teritoriji zemlje koje su se bavile kreditiranjem privrede i stanovništva na lokalnom nivou.

*Uloga banaka u obnovi i razvoju zemlje
posle Drugog svetskog rata*

Po završetku II svetskog rata na zgarištu privrede Kraljevine Jugoslavije formirana je nova Jugoslavija (FNRJ). Od oko 700 banaka i novčanih zavoda koliko ih je poslovalo u Kraljevini Jugoslaviji pre rata malo ih je preživelo rat i otvorilo svoje šaltere u prvim danima posle oslobođenja.

Ponovo su se vladajuće strukture našle pred dilemom kojim putem krenuti u izgradnji privrede. Prvi put se Kneževina Srbija opredelila da svoj privredni razvoj temelji na jakoj domaćoj finansijskoj organizaciji preko koje je objedinjavala sva raspoloživa usitnjena domaća sredstva i usmeravala ih u kreditiranje razvoja privrede.

Kraljevina Jugoslavija je preuzela model korišćen u Kraljevini Srbiji i izgradnju kapitalnih projekata usmeravala preko Državne hipotekarne banke.

Nova Jugoslavija se opredelila da strategiju razvoja privrede ostvaruje posredstvom jake domaće specijalizovane banke, a da finansiranje tekućih potreba privrede i stanovništva poveri NBJ. Na osnovu ovog koncepta Državna hipotekarna banka transformisana je u Državnu investicionu banku sa zadatkom da finansira izgradnju i prati razvoj kapitalnih projekata na području cele zemlje.

Ubrzo sa razvojem ukupne privrede ukazala se potreba za formiranjem specijalizovanih banaka. Za podršku ubrzanijeg razvoja poljoprivrede formirana je Jugoslovenska poljoprivredna banka, a za jedinstveno obavljanje poslova sa inostranstvom formirana je Jugoslovenska banka za spoljnu trgovinu. Pored ovih specijalizovanih banaka na lokalnom nivou funkcionisao je sistem komunalnih banaka.

Jačanjem privrede smanjivala se i potreba direktnog uticaja države na kreditnu politiku specijalizovanih banaka u čijem kreditnom potencijalu su se nalazila sredstva državnih fondova. Ovaj proces povlačenja državnih sredstava iz potencijala banaka okončan je donošenjem Zakona o osnovama kreditnog i monetarnog sistema početkom 1977. godine. Ovim zakonom je prvi put izričito određeno da društveno-političke zajednice, dakle država, ne mogu biti osnivači banke niti mogu učestvovati u upravljanju njenim poslovanjem.

Prinudom ovog zakona prestaju sa radom sve državne banke i kroz postupak reosnivanja one od tada posluju kao mešovite poslovne banke. Sve promene u bankarskom mehanizmu su se kasnije odnosile na proces ukрупnjavanja banaka kroz pripajanja malih banaka velikim i proces usitnjavanja gde su postojeće filijale velikih banaka proglašavane novim samostalnim bankama uglavnom namenjenim za kreditiranje privrede sa užeg područja.

U procesu transformacije bivših državnih banaka u poslovne banke one su zadržale sve velike sisteme, u čijem razvoju su učestvovalе, kao svoje osnivače i klijente pa se sa pravom može reći da su one i dalje ostale nosioci privrednog razvoja kroz direktno kreditiranje svih većih investicionih projekata. U svim republičkim centrima formirane su jake poslovne banke koje su umesto države igrale aktivnu ulogu u razvoju privrede na području republika. Dakle, posle promena izazvanih ovim zakonom kao i drugim propisima Federacija je prestala da bude koordinator i finansijer privrednog razvoja i tu funkciju preuzimaju novoformirane velike banke, svaka na nivou svoje republike.

Velike spoljnotrgovinske organizacije su postale organizatori proizvodnje namenjene za izvoz. Svi veliki sistemi, banke, pa i NBJ bili su zainteresovani za proizvodnju namenjenu izvozu jer su uvoz i otplata kredita prema inostranstvu bili vezani za visinu ostvarenog deviznog priliva po osnovu izvoza roba i usluga. Ograničenjem uvoza obimom izvoza država je držala pod kontrolom platni bilans, a NBJ je kroz politiku reeskontnih kredita podržavala poljoprivrednu pro-

izvodnju i generalno proizvodnju namenjenu izvozu i sam izvoz. Novčana masa je držana u planiranim okvirima korišćenjem stope obavezne rezerve. Krediti iz inostranstva su korišćeni namenski za izgradnju kapitalnih projekata čija je buduća proizvodnja garantovala devizni priliv koji će biti dovoljan za izmirenje deviznih obaveza po korišćenom kreditu. Ovaj sistem je počeo da se narušava početkom devedesetih godina kada je kroz nekontrolisano zaduženje u inostranstvu počela priprema republika za raspad Jugoslavije.

Uvođenje interne konvertibilnosti dinara

Veliki obim priliva deviza iz korišćenih kredita doveo je do enormnog rasta deviznih rezervi. Visok nivo deviznih rezervi bio je osnov za političko proglašenje interne konvertibilnosti dinara. Konvertibilnost dinara je značila napuštanje vezivanja uvoza za izvoz i uvođenje slobodne kupovine deviza za plaćanje i nepotrebnog uvoza kao i za konverziju dinarskih štednih uloga u devizne uloge prostom kupoprodajnom knjigovodstvenom transakcijom.

Raspadom Jugoslavije postojeće devizne rezerve NBJ koje su formirane iz deviznih kredita i kratkoročnih depozita nisu bile dovoljne da pokriju ukupne zahteve deponenata za isplatu. Zajedno sa problemima sankcija, banke u Srbiji su se suočile i sa nezadovoljstvom deviznih štediša koji su to postali ranijom kupovinom deviza na šalterima banaka.

Rad banaka pod sankcijama

Zadatak banaka u radu pod sankcijama je prvenstveno bio da obezbede relativno normalne cikluse proizvodnje u svim firmama čiji su proizvodi imali tržište.

Iako su u neviđenoj inflaciji banke izgubile skoro ceo svoj dinarski potencijal i portfelj, one su uvođenjem novog dinara početkom 1994. godine bile prisiljene da dinarsko poslovanje počnu iz početka kao kad se osnivaju. Ubrzo su banke uspele da se oporave i da nastave sa podrškom tekućeg poslovanja privrednih organizacija. Skidanje sankcija dodatno je otežalo položaj banaka i preduzeća jer su se inostrani poverioci pojavili sa zahtevom za regulisanje dospelih kredita. Taj problem nakon dužih pregovora je relativno povoljno rešen kroz sporazume tzv. Londonskog i Pariskog kluba.

Rad banaka posle 2000. godine

Kada su došle političke promene 2000. godine realno je bilo očekivati da će nove snage u privrednom životu "stati na ramena prethodnika" i nastaviti sa ra-

zvojem postojećih projekata sa kadrovima koji taj posao znaju da rade ojačanim sa novim koji poslovni zanat u praksi treba da savladaju. Umesto normalno očekivanog dogodilo se suprotno, ono što se ni u kom slučaju nije smelo dogoditi. Smenjeni su kadrovi koji su poslove znali i dobro vodili i u najtežim uslovima, a kroz tzv. krizne štabove dovedeni su oni koji se nikada tim i sličnim poslovima nisu bavili. Kao posledica tih promena došlo je do prestanka rada u najvećem broju privrednih organizacija koje su do tada bile nosioci razvoja. Gase se spoljnotrgovinske organizacije i raskidaju spoljnotrgovinski aranžmani koji su bili izuzetno korisni za privredu Srbije. Najuočljiviji primer je gašenje tzv. Gasnog aranžmana kojim je preko Beogradskog Progresu uvoz gasa iz Rusije plaćan izvozom proizvoda iz Srbije mahom poljoprivrednih proizvoda i proizvoda tekstilne i industrije obuće. Ovaj potez novih vlasti bio je neshvatljiv partnerima iz Rusije jer je i njima bilo jasno da je taj potez bio štetan po Srbiju.

Gašenje i rasprodaju velikih firmi nije bilo moguće do kraja izvršiti uz postojanje generatora njihovog razvoja u licu četiri velike banke. Za završetak zamišljenog projekta rasprodaje, pod nazivom privatizacije najboljih preduzeća, zavodi se stečaj nad ove četiri banke koje su pokrivala preko 80% preduzeća značajnih za razvoj privrede Srbije i koje su posedovale oko 75% ukupnih poslovnih jedinica banaka Srbije. Ovaj potez u istoriji svetskog bankarstva nije zabeležen, a kod svetskih autoriteta iz oblasti bankarstva i finansijskog tržišta ostao je nerazumljiv.

Nestankom najvećih banaka na finansijskom tržištu Srbije pojavio se ogroman prazan prostor koji su veoma brzo (kao da je to tako već bilo dogovoreno) popunile banke iz našeg okruženja osnivajući svoje banke sa ciljem da prikupe slobodnu štednju i da plasiranjem svojih sredstava u kratkoročne namene ostvare dobit koja je bila višestruko veća od dobiti koja se mogla ostvariti u matičnim zemljama. Odobravanje kredita domaćim preduzećima po enormno visokim kamatnim stopama učinilo je nekonkurentnim i ono malo preduzeća koja su zadržala proizvodnju i koja nisu kroz proces privatizacije uništena. Odobravanjem potrošačkih kredita građanima direktno je formirana tražnja za proizvodima koji su najčešće uvoženi iz zemalja iz kojih su i osnivači banaka.

Ponašanju banaka u zemlji ("domaćih banaka") čiji su vlasnici u inostranstvu ne mogu se stavljati primedbe jer su one veoma profesionalno i striktno sprovodile zadatke svojih vlasnika a to je da ostvare što veću zaradu i da kroz kredite, stvore prostor za izvoz proizvoda njihovih klijenata na tržište Srbije.

Stečajem četiri velike banke otklonjene su sve prepreke za nesmetanu rasprodaju i stečaj najvećeg broja privrednih organizacija. Kakvi su rezultati te svojinske transformacije privrede govori činjenica da je raskinut ugovor o kupovini velikog broja firmi, a firme je u uništenom stanju preuzela Agencija za privatizaciju. Da je stanje u privredi i zemlji ozbiljno govori i činjenica da čak i oni koji su se svesrd-

no zalagali za gašenje domaćih banaka i za bespoštednu rasprodaju firmi tvrde da se zemlja nalazi pred stečajem jer nema domaću proizvodnju namenjenu izvozu niti ima domaće banke koja bi bila u stanju da takvu proizvodnju podrži dugoročnim kreditima.

Teško je danas dati odgovor na pitanje kako dalje, jer je za vreme posle 2000. godine uništen najveći deo onog što je stvarano između 1946. i 2000. godine. Možda se odgovor na to pitanje nalazi i u iskustvu iz prošlosti. Da bi se to iskustvo moglo primeniti Srbija bi morala imati čelo vlasti autoriteta Kneza, Kralja i Broza i političku podršku koju je imao Broz u sprovođenju razvoja zemlje. Naravno ovom autoritetu nužno je dodati i saradnike sa primenjenim znanjima i iskustvom u kreiranju i vođenju razvojnih programa i direktnoj organizaciji rada u neposrednoj proizvodnji i na razvojnim bankarskim poslovima.

Mnogi političari, a među njima neki pravници i ekonomisti smatraju da bi se ulaskom u Evropsku uniju rešili svi naši problemi jer nas tamo čekaju slobodna sredstva koja bi pokrila sve naše potrebe. Oni ne znaju ili neće da znaju da se za ulazak u Evropsku uniju mora najpre srediti vlastita država. Čak i kada bismo ispunili sve druge uslove koje zahteva EU, Srbija ne bi imala koristi od fondova Unije jer danas ne postoje ni razvojni program zemlje niti pojedinačni programi koji bi se kvalifikovali za korišćenje sredstava Evropske zajednice. Srbija danas ima značajan iznos odobrenih kredita kod Svetske banke, EBRD-e i Ruske federacije koji se već duže vreme ne povlače jer nisu završeni pojedinačni projekti potrebni za njihovo korišćenje.

Da bi se izašlo iz postojeće krize potrebno je bar približno ispuniti napred nabrojana tri uslova. Ako se oni ispune tada će se obezbediti i četvrti uslov, a to su slobodna sredstva za realizaciju programa izlaska iz krize. Još uvek se za dobre investicione programe i programe razvoja mogu obezbediti potrebna sredstva na tržištu.

ULOGA NBS U IZLASKU IZ KRIZE

Postavlja se pitanje kako NBS može sa kreditno-monetarnom politikom da pomogne u konsolidaciji privrede i izlasku iz krize. Da bi se lakše razumeo zadatak i moć domaće monetarne vlasti u nastavku se daje kratak osvrt na mehanizme kontrole privrednih tokova putem instrumenata kreditno monetarne politike koje primenjuju centralne banke u razvijenim privredama.

Uloga centralne banke na finansijskom tržištu

Monetarna politika nije uvek ista. To je neprekidno žongliranje s ciljem da se održi takav nivo novca u privredi koji će joj omogućiti da se razvija, ali ne i su-

više brzo. Nije lako usmeriti novčanu masu niti kontrolisati stopu rasta, zbog toga što privreda obično ne reaguje dovoljno brzo niti precizno na poteze centralne banke. Obično je potrebno oko šest meseci da se značajne promene u finansijskoj politici direktno odraze na privredu. Ovaj vremenski raskorak najbolje govori o tome da privreda ima sopstveni ritam i da se, kod ocene efikasnosti mera koje se donose, mora i o tome voditi računa.

Da bi usporila rast privrede, u kojoj je u opticaju mnogo novca, centralna banka različitim instrumentima smanjuje količinu novca u opticaju (prodaje državne hartije od vrednosti, povećava stopu obavezne rezerve i eskontnu stopu a kroz politiku kursa stimuliše kupovinu deviza) i na taj način direktno utiče na smanjenje prekomerne tražnje koja bi u suprotnom dovela do povećanja cena proizvoda i usluga tj. povećanja inflacije.

Da bi podstakla razvoj privrede centralna banka ciljno upumpava u privredne kanale dodatnu količinu novca kroz kupovinu hartija od vrednosti, smanjenje eskontne stope, smanjenje stope obavezne rezerve i kroz politiku kursa, stimulišući izvoznike na povećanje izvoza i prodaju deviza.

Novčana masa se povećava tek kada banke odobre kredite svojim klijentima ili otkupe hartije od vrednosti i devize od svojih klijenata iz sredstava primljenih od centralne banke i iz sredstava svog potencijala formiranog iz depozita po viđenju. Ne postoji idealna novčana masa. Cilj centralne banke je da privreda ujednačeno funkcioniše, a to postiže tako što vodi računa o odnosu količine novca i raspoloživih robnih fondova i deviznih rezervi.

Tako je u svetu, a kako je kod nas?

Položaj NBS

Funkcija NBS prema postojećem Zakonu skoro da je identična sa funkcijama centralnih banaka u razvijenim privredama. Zakonom su definisani istovetni instrumenti za regulisanje količine novca u opticaju. Dakle, NBS su Zakonom data ista prava i instrumenti za regulisanje stabilnih privrednih kretanja. Bez obzira na ista prava, njene mogućnosti su ograničene političkim mnjenjem i položajem privrede i finansijskih organizacija na finansijskom tržištu.

Stvaranje uslova za povećanje novčane mase NBS vrši povećanjem likvidnog kreditnog potencijala poslovnih banaka odobravanjem kredita za likvidnost ili namenskih kredita, i kupovinom hartija od vrednosti. Novčana masa se povećava i kroz otkup deviza u korist deviznih rezervi i smanjenjem stope obavezne rezerve ili smanjenjem obuhvata izvora sredstava na koje se obračunava obavezna rezerva.

Novčana masa se povećava, kao i u drugim zemljama, tek kada banke odobre kredite, otkupe devize ili hartije od vrednosti od svojih klijenata iz sredsta-

va primljenih od centralne banke ili iz svog potencijala formiranog iz depozita po viđenju. Drugim rečima svako povećanje novca na računima pravnih lica i u rukama stanovništva predstavlja povećanje novčane mase u opticaju.

Smanjenje novčane mase se vrši obrnutim postupkom. Naime, svako povlačenje sredstava sa računa pravnih lica (naplata odobrenih kredita, prodaja deviza iz deviznih rezervi, prodaja hartija od vrednosti iz portfelja centralne banke ili poslovnih banaka) predstavlja smanjenje novčane mase u opticaju.

Procedura povećanja i smanjenja novčane mase u opticaju je usaglašena sa procedurama koje se primenjuju i kod centralnih banaka u razvijenim privredama.

I pored toga što NBS može koristiti iste instrumente regulisanja novčane mase u opticaju kao i druge centralne banke, ona ostaje nemoćna u uslovima potpunog odsustva finansijske discipline krajnjih korisnika kredita. Mere kreditno monetarne politike koje primenjuje NBS ne daju iste rezultate kao što daju kada se primenjuju od strane centralnih banaka u razvijenim privredama.

Uticao eskontne stope

Igrajući ulogu bankara banaka NBS može, prema Zakonu kao i druge centralne banke, da utiče na količinu novca u opticaju menjajući eskontnu stopu (kamatnu stopu) koju zaračunava bankama kada im daje sredstva na zajam.

Međutim, u uslovima realno negativne ukupne aktivne kamatne stope pa samim tim i eskontne stope, kao i prakse korisnika kredita da u startu prihvataju svaku kamatnu stopu sa ubeđenjem da kasnije neće morati da je plate i da će je u najboljem slučaju konvertovati u kredit sa neizvesnim rokom vraćanja, ovaj instrument je potpuno neefikasan. Banke su prinuđene da prihvataju kredite za pokriće ugrožene likvidnosti izazvane ponašanjem njenih komitenata, bez obzira na visinu eskontne stope.

Uticao obavezne rezerve

Primena ovog instrumenta, u normalnim uslovima, direktno utiče na visinu kreditnog potencijala banaka tj. obima sredstava iz koga poslovne banke mogu odobravati kredite korisnicima. Međutim, kod nas, korišćenje stope obavezne rezerve skoro da nema uticaja na brzo smanjenje novčane mase ali zato ima direktan uticaj na smanjenje privrednih aktivnosti jer povećanjem stope obavezne rezerve poslovne banke se primoravaju da vrše naplatu odobrenih kredita od najboljih krajnjih korisnika u višem obimu nego što bi trebalo jer od većine drugih korisnika to u kratkom roku nije moguće. Kako do naplate kredita ne dolazi brzo, poslovne banke se primenom ovog instrumenta KMP dovode u zonu nelikvidnosti i nesposobnosti normalnog obavljanja osnovnih funkcija što se veoma nepo-

voljno odražava na kreditnu podršku dobrim preduzećima koja bi kroz povećanje proizvodnje obezbedila ravnotežu ponude i tražnje na domaćem tržištu i povećanje izvoza, a samim tim i deviznih rezervi iz robnog priliva.

Uticao politike deviznog kursa

Korišćenje deviznog kursa kao instrumenta za regulisanje novčane mase u opticaju, u dosadašnjim uslovima, nije dalo zadovoljavajuće rezultate iz više razloga. Za efikasno korišćenje ovog instrumenta potrebno je da se obezbede sledeći uslovi: puna zaposlenost domaćih privrednih subjekata; struktura proizvodnje treba da bude prilagođena uslovima koje traži inostrano tržište, a cena koštanja proizvoda konkurentna na inostranom tržištu, i potreban obim deviznih rezervi formiranih iz otkupa deviza po osnovu robnih i nerobnih transakcija.

Prema opštoj definiciji, devizni kurs predstavlja odnos kupovne snage nacionalne valute prema inostranoj valuti. Ovaj čist odnos se nigde ne primenjuje u izvornom obliku. Obično je on korigovan zavisno od uticaja: ponude i tražnje valute; kretanja novčane mase i deviznih rezervi; kretanja kamatnih stopa na finansijskom tržištu; kretanja stope inflacije; ekonomske politike, i čiste politike.

Novčana masa u svim zemljama pa i u Srbiji se povećava po osnovu deviznih transakcija kada centralna banka otkupljuje devize od izvoznika po osnovu izvoza roba i usluga, od korisnika inostranih kredita prilikom konverzije tog kredita u dinare i prilikom kupovine deviza od građana.

Smanjenje novčane mase u opticaju se vrši kada NBS na teret deviznih rezervi prodaje devize uvoznicima za plaćanje uvoza roba i usluga, korisnicima inostranih kredita za otplatu tih kredita, građanima za tekuća plaćanja prema inostranstvu i Državi za otplatu njenih obaveza prema inostranstvu.

U napred datom uticaju deviznih transakcija na visinu novčane mase primena kursa kao instrumenta regulisanja novčane mase i rasta ili usporavanja privredne aktivnosti namenjene domaćem ili inostranom tržištu ima direktnog uticaja jedino kroz stimulaciju ili destimulaciju izvoza i uvoza. Ukoliko se dogodi da je ponuda roba na domaćem tržištu viša od potražnje pri čemu je zabeležen pad domaće proizvodnje podizanjem kursa država će dodatno stimulisati domaću proizvodnju i izvoz, a destimulisati uvoz i destimulisati inostrano zaduženje za pokriće tekuće likvidnosti. Ukoliko ne postoji proizvodnja koja može generisati proizvode namenjene izvozu tada ova mera sa deviznim kursom neće dati željene rezultate. Politika kursa ima smisla samo u uslovima kada se njom usaglašava obim deviznih rezervi formiranih po osnovu izvoza roba i usluga i obim novčane mase. Insistiranje da NBS, u današnjim uslovima, deviznim kursom drži pod kontrolom novčanu masu i inflaciju nema nikakve ekonomske logike.

Kako se iz dosadašnje prakse može zaključiti, primena kursa kao vodeće mere KMP i devizne politike u našim uslovima nije bila efikasna i njena samostalna primena može biti pogubna za čitavu ekonomsku politiku zemlje. Rast deviznih rezervi iz nerobnog priliva (najčešće kreditnog) nije osnova za vođenje ispravne politike deviznog kursa. Bez stvaranja uslova za povećanje proizvodnje, kao osnove za stabilno snabdevanje domaćeg tržišta i povećanje izvoza, samostalna politika deviznog kursa je potpuno neprimenljiva i može biti od koristi samo špekulantima na deviznom tržištu.

Današnje stanje privrede i deviznih rezervi mora biti prelomni trenutak kada monetarna i politička vlast moraju tesno da sarađuju u kreiranju i sprovođenju mera za ciljni podsticaj razvoja proizvodnje jer bez obezbeđenja adekvatnog rasta ukupnih privrednih aktivnosti Narodna banka kao i svaka druga centralna banka u svetu postaje nemoćna u primeni mera KMP.

Upumpavanje dodatne količine novca u privredne tokove na dosadašnji način u cilju oživljavanja privrednih aktivnosti nije dalo željene rezultate. U drugim privredama, u uslovima recesije, sredstva su strogo namenski korišćena za nabavku elemenata potrebnih za direktno pokretanje procesa proizvodnje, a kod nas su najčešće novoemitovana sredstva korišćena za isplatu zaostalih plata radnika koji su, iako u radnom odnosu, nezaposleni. Na ovaj način emisija novca ne deluje na povećanje privredne aktivnosti već deluje suprotno, odnosno deluje na povećanje inflacije jer povećava tražnju u nepromenjenim (na bolje) uslovima ponude roba. Višak novca, kada ne može da se plasira u kupovinu roba, jer do proizvodnje nije ni došlo, vrši pritisak na kupovinu deviza i rast cena što samo po sebi ubrzava inflacionu spiralu. Novčanu masu, kada iz depozitnog oblika pređe u gotovinu, nemoguće je kontrolisati postojećim instrumentima KMP i veoma je teško, bez povećane proizvodnje i ponude roba i usluga, vratiti je u redovne depozitne tokove.

Kako do sada primenjivane mere KMP nisu dale zadovoljavajuće rezultate jer nisu naišle ni na odgovarajuću podršku od poslovnog bankarstva očigledno je da će Narodna banka morati da se vrati primeni davno napuštenih instrumenata selektivnog regulisanja novčane mase.

ZAKLJUČAK

Prilikom definisanja sadržaja ovog rada pošlo se od činjenice da je Kopao-nička škola počela sa radom daleke 1987. godine za vreme relativnog izobilja druge Jugoslavije, da je nesmetano funkcionisala za vreme treće Jugoslavije u uslovima ratova i sankcija i da je nastavila sa radom i u novoformiranoj državi Srbiji. Period od 2000. godine do 2012. karakterističan je po rasprodaji i potrošnji najvećeg dela prodate imovine stvorene u periodu posle 1946. godine. Nesporna je činjenica da svojim potomcima nećemo ostaviti skoro ništa od onog što je nasleđe-

no od prethodnih generacija. Umesto uvećane imovine ostavićemo im enormno visok obim duga koji je korišćen ne za razvoj privrede, već najvećim delom za pokriće opšte i zajedničke potrošnje. Proteklih 25 godina je karakteristično po nestanku II i III Jugoslavije, po gašenju domaćeg razvojnog bankarstva i po gašenju dela privrede koji se bavio stvaranjem nove vrednosti. U tom periodu donet je veliki broj zakona koji su uglavnom nekritički preuzimani iz zemalja EU i koji se zbog nekompatibilnosti sa okruženjem teško primenjuju.

Sudeći po izjavama sadašnje vlasti, Srbija se nalazi u skoro bezizlaznom stanju bez jasne strategije kakav se izlaz može očekivati. Upravo zbog te dezorijentacije u radu su dati primeri kako su iz slične situacije (znatno teže) izlazili jedan Knez, Kralj i Predsednik. Zajedničko svima njima je da su oni razvoj zemlje temeljili na razvoju domaće proizvodnje, a razvoj proizvodnje realizovali su pomoću jake domaće razvojne banke.

Iz prezentovanog iskustva jasno se vidi da ne postoje rešenja koja će brzo izvući privredu i zemlju iz postojeće situacije. Država bi zajedno sa NBS hitno morala, radi zaštite deviznih rezervi i sprečavanja porasta spoljnotrgovinskog deficita, da uvede meru vezivanja uvoza za izvoz. Ovo zapravo znači da se uvozom robe široke potrošnje mogu baviti samo ona pravna lica koja imaju priliv deviza po osnovu izvoza roba i usluga.

NBS u okviru mera KMP mora da, u cilju konkretne podrške proizvodnji namenjenoj izvozu i podrške samom izvozu, uvede sistem reeskontnih kredita. Ovo znači da bi NBS unapred definisala uslove pod kojim bi poslovne banke odobravale kredite za proizvodnju roba za izvoz i sam izvoz kao i za podršku razvoja poljoprivredne i prerađivačke industrije sposobne za povećanje izvoza. Odobrene kredite pod tim uslovima banke bi mogle da refinansiraju kod NBS.

Što se tiče budžetskog deficita sasvim je sigurno da se on ne može rešiti samo merama štednje kroz smanjenje zaposlenih i drugih davanja jer je učešće ušteda stvorenih na ovaj način znatno ispod budžetnog deficita. Trajno rešenje budžetskog deficita moguće je ostvariti, pored mera štednje, jedino povećanjem privredne aktivnosti koja će generisati i veće budžetske prihode.

Postojeće banke ne raspolazu sa kadrovima osposobljenim za praćenje razvojnih programa jer su oni obučeni, uglavnom, za odobravanje kratkoročnih kredita putem kojih se dobija najveća dobit. Upravo zbog tako definisane poslovne politike i jednostrano obučeni kadrova ove banke nisu podesne da se koriste za razvojne poslove.

Za sprovođenje razvojne politike zemlje sadašnja vlast bi morala, po uzoru na napred navedene modele prethodnika, da formira centralnu državnu banku u koju bi unela sva svoja sredstva koja se nalaze u depozitima kod brojnih banaka kao i sredstva namenjena za razvoj privrede. Ova banka bi morala da bude obezbeđena sa iskusnim kadrovima kako iz klasičnog bankarskog poslovanja tako i iz projektnih bankarskih poslova. Oni bi morali da budu osposobljeni da prepozna-

ju dobar projekat, da ga ocene i da ga prate kroz izgradnju i eksploataciju sve do otplate korišćenog kredita. Ta banka ne bi smela da klasično kreditira privredne organizacije za pokriće globalno nedostajućih obrtnih sredstava. Ona bi kroz praćenje realizacije posla koji je kreditirala morala da obezbedi da se iz njegovih prihoda obezbedi uredno vraćanje odobrenog kredita.

Prilikom obrade projekta banka bi posebnu pažnju morala posvetiti analizi tržišta nabavke i tržišta prodaje pri čemu bi sigurnu prednost trebalo da imaju projekti koji obezbeđuju neto devizni priliv i koji obezbeđuju dohodak dovoljan da likvidno pokrije sve obaveze i obezbedi nesmetanu otplatu kredita i budući razvoj.

STOJAN DABIĆ, LL.D.,
International Financial Development Center,
Belgrade

THE ROLE OF COMMERCIAL BANKS IN ECONOMIC DEVELOPMENT

Summary

This paper concerns a comparative analysis of the role of banks in possible models for exiting the economic crisis. The paper begins with a short overview of the role of banks in the model of construction of the economic system in the Principality of Serbia, Kingdom of Yugoslavia and the Socialist Yugoslavia.

The analysis of these models has shown that their basis for the economic development was the development of the production capacities built, the intermediaries being strong domestic development banks. The results of those analysis lead to an inevitable conclusion that the rise in commercial activity from today's point zero may only be realized through the development of mainly export-oriented production. The rise in economic activities may be realized through long-term loans. Since the current commercial banks are exclusively oriented to short-term activities in their business politics, one can not count on their more active role in the development investment cycle in Serbia. Therefore, forming a special development bank owned by the state could represent a possible solution. This kind of bank should have the staff specially educated and experienced in this new kind of banking operations. There is a possibility of solving the balance of payments deficit towards other countries by introducing a limitation of importation of consumer goods with the scope of exportation and the increase of exportation. When it comes to increasing the exportation, there is a possibility for the National Bank of Serbia to introduce a selective loan system for crediting export-oriented production and exportation itself through the system of discount credits.

MARIJANA DUKIĆ-MIJATOVIĆ

CENTRALNA BANKA I RAZVOJ FINANSIJSKOG TRŽIŠTA

CENTRALNA BANKA, POJAM, POLOŽAJ I FUNKCIJE

Komparativni pregled položaja i uloge centralnih banaka

a) *Položaj centralnih banaka u bankarskim sistemima.* – Centralna banka spada u red najvažnijih finansijskih institucija u okviru finansijskog sistema i finansijskih tržišta svake zemlje. Na makro nivou, centralna banka je odgovorna za sprovođenje monetarne, kreditne i devizne politike. Na mikro nivou ona vrši kontrolu i daje podršku funkcionisanju većeg broja finansijskih institucija, koje čine finansijski sistem.¹ Centralna banka reguliše monetarnu politiku, utiče na visinu kamatnih stopa, nivo kredita, odnose ponude i tražnje novca, nivo deviznog kursa i na taj način ona direktno ili indirektno utiče na najvažnija zbivanja na finansijskim tržištima, finansijskom sistemu ali i šire – na celokupnu privredu jed-

Dr Marijana Dukić-Mijatović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Privredna akademija, Novi Sad.

¹ Prve centralne banke u mnogim zemljama nastaju još u XVIII i drugoj polovini XIX veka. U početku neke od njih su se nalazile u privatnom vlasništvu, ali kasnije su pretvarane u državne institucije. Potiču od različitih emisionih institucija, što asocira na jednu od njihovih prvih i osnovnih funkcija- emisiju novca. Pored toga, one su obavljale poslove za finansiranje državnih rashoda. Vremenom, broj funkcija centralne banke se širio u pravcu visokog nivoa regulative i supervizije poslovanja banaka. One postaju centralna ustanova i institucija finansijskog sistema i najvažniji organ u ostvarivanju ciljeva monetarno-kreditne politike. Na taj način su bile u prilici da sprečavaju različite probleme koji bi mogli da nastanu u funkcionisanju realnog i finansijskog sektora.

ne zemlje.² Centralna banka mora biti potpuno nezavisna i samostalna u svoje radu, što se ogleda u sposobnosti da preuzima sve neophodne mere kako bi se ostvarili zacrtani ciljevi.³ Samo na taj način centralna banka može da pomogne u ostvarivanju makro i mikro ekonomskih ciljeva, kao što su niska inflacija, jeftini krediti, niska nezaposlenost, efikasni bankarski i finansijski sistem, itd.⁴ Talas zalaganja za visok stepen nezavisnosti centralnih banaka je novijeg datuma. Smatra se da je potpisivanjem sporazuma u Mاستrihtu i kreiranjem Evropske centralne banke obezbeđen vrlo visok stepen nezavisnosti ove finansijske institucije.

b) *Uloga centralnih banaka u bankarskim sistemima.* – Uloga centralnih banaka posebno je značajna kod regulisanja visine i strukture kapitala, odnosno kapitalne adekvatnosti.⁵ Centralna banka ima vrlo značajnu ulogu u mnogim segmentima finansijskog tržišta, kako u tržištu novca, gde direktno određuje količinu novca u opticaju i visinu kratkoročnih kamatnih stopa, tako i u tržištu kapitala i deviznom tržištu. Pojavljuje se ne samo kao običan učesnik u poslovima na finansijskim tržištima, već često i u ulozi regulativnog tela. Centralna banka može odigrati značajnu ulogu u razvoju finansijskog tržišta na dva načina: emisijom kvalitetnih hartija od vrednosti i operacijama na otvorenom tržištu, gde se može pojavljivati u ulozi kupca ili prodavca već emitovanih finansijskih instrumenata.⁶ U empirijskim istraživanjima uticaja centralnih banaka na dinamiku fluktuacija na finansijskim tržištima neki naučnici otkrili da su nezavisnije centralne banke povezane sa nižim nivoima inflacije, ali nema velike koristi u sferi makroekonomske situacije. Takođe u empirijskim istraživanjima neki naučnici su utvrđivali koliko brzo intervencije centralne banke utiču na inostrano finansijsko

² Vidi: Beine, M., Laurent, S., 2003. *Central bank interventions and jumps in double long memory models of daily exchange rates.* *Journal of Empirical Finance* 10, 641-660.

³ Više: Pasquariello, P., 2004. *Central bank intervention and the intraday process of price formation in the currency markets.* Mimeo, University of Michigan Business School.

⁴ Vidi Neely, C., 2000. *The practice of central bank intervention: looking under the hood.* *Central Banking* 11 (2), 24-37.

⁵ Juna 1988. godine u Bazelu su usvojeni određeni standardi od strane vodećih zemalja sveta – SAD, Kanade, Japana, zemalja zapadne Evrope. Oni su poznati pod nazivom Bazelski standardi i ustvari predstavljaju prihvatanje određenih proporcija kojih banke treba da se pridržavaju u svoje poslovanju. Važno je napomenuti da banke i u našoj zemlji moraju da poštuju navedene standarde. – Više: Beattie, N., Fillion, J., 1999. *An intraday analysis of the effectiveness of foreign exchange intervention.* *Bank of Canada Working Paper 99-4*; Chang, Y., Taylor, S., 1998. *Intraday effects of foreign exchange intervention by the Bank of Japan.* *Journal of International Money and Finance* 18, 191-210; Saacke, P. "Technical Analysis and the Effectiveness of Central Bank Intervention," unpublished manuscript, University of Hamburg, 1999.

⁶ Vidi Lecourt, C., Raymond, H., 2004. *Central bank interventions in industrialized countries: a characterization based on survey results.* Mimeo, CORE.

tržište i kurs valute. Oni koriste ažurne dnevne podatke da se ispita odnos između efikasnosti interventnih operacija i stanje na tržištu u trenutku kada je operacija preduzeta. Ovi testovi utvrđuju postojanje li uzročne veze uticaja mikrostrukture tržišta i intervencije centralne banke. Rezultati podržavaju hipotezu da efikasnost intervencije centralne banke zavisi od karakteristika međunarodnog finansijskog tržišta u vreme kada je operacija postala poznata učesnicima. Dokazi sugerišu da se kreatori politike nadaju da će imati najveći dnevni uticaj na kurs valuta koristeći interventne operacije tako što će se intervencija vršiti kada je obim trgovanja visok (kada su aktivne Londonska i Njujorška berza) kao i kada druge centralne banke intervišu u istom smeru. Identifikovane su i okolnosti u kojima centralne banke utiču na devizne kurseve svojim intervencijama.⁷

v) *Centralne banke i korporativna praksa.* – U uporednom pravu uloga centralne banke je veoma raznolika. Rezervna banka Novog Zelanda (ekvivalent Narodne banke Srbije) je aktuelan primer i u pravnoj teoriji i praksi izuzetno liberalizovanog sistema kontrole centralne banke nad bankarskim sistemom, kome je po vlasničkoj strukturi sve bliži naš bankarski sistem. Na Novom Zelandu posluju dve manje državne banke, a ostale banke su u stranom vlasništvu. U našem bankarskom sistemu uočavaju se slične tendencije posle velikog priliva stranog bankarskog kapitala. Razlika postoji u organizacionoj strukturi, jer su na Novom Zelandu strane banke organizovane kao *subsidiaries* i *branches*, što otežava kontrolu korporativnog upravljanja od strane centralne banke.⁸

Osnovne kontrolne funkcije centralnih banaka

1) *Kontrolna funkcija centralne banke u sferi zakonitosti poslovanja.* – Regulisanje i supervizija rada banaka je funkcija u okviru koje centralna banka reguliše i vrši kontrolu rada banaka i drugih finansijskih institucija. Centralna banka može značajno da unese sigurnost u poslovanje banaka preko politike osiguranja depozita. Na taj način se dodatno afirmiše poverenje u bankarski i celokupni fi-

⁷ Vidi više Dominguez, K., 1998. *Central bank intervention and exchange rate volatility. Journal of International Money and Finance* 17, 161-190; Dominguez, K., 2003b. *Foreign exchange intervention: did it work in the 1990s? In: Bergsten, C.F., Williamson, J. (Eds.), Dollar Overvaluation and the World Economy. Institute for International Economics, Washington, DC, pp. 217-245. Special Report 16.* and Dominguez, K., Frankel, F., 1993a. *Does foreign exchange intervention matter? The portfolio effect. American Economic Review* 83, 1356-1369.

⁸ Vidi Kim, S-J. and Sheen, J. "The Determinants of Foreign Exchange Intervention by Central Banks: Evidence from Australia," unpublished manuscript, The University of New South Wales, December 1999.

nansijski sistem.⁹ Kontrolu boniteta i zakonitosti poslovanja banke Narodna banka Srbije obavlja neposredno uvidom u poslovne knjige i drugu dokumentaciju banke i posredno kontrolom izveštaja i druge dokumentacije koju banka dostavlja centralnoj banci, kao i drugih podataka o poslovanju banke kojima centralna banka raspolaže. Narodna banka Srbije može vršiti kontrolu i nad bilo kojim članom bankarske grupe u kojoj je i banka.

2) *Kontrola bankarske grupe na konsolidovanoj osnovi.* – Suprotno liberalnom modelu kontrole, koju sprovodi centralna banka, kontrola bankarske grupe na konsolidovanoj osnovi, koju reguliše naš zakonodavac omogućava kvalitetnije korporativno upravljanje i veću koordinaciju u korporativnoj organizacionoj strukturi, što je nužno uzmemo li u obzir da je vlasnička struktura u bankarskom sistemu Srbije znatno izmenjena prilivom stranog bankarskog kapitala. Strano regulatorno telo, a ne naša centralna banka, vrši kontrolu bankarske grupe¹⁰ ako bankarski holding¹¹ ima sedište van teritorije Republike Srbije, ako kontrola na konsolidovanoj osnovi zadovoljava propisane uslove centralne banke i pri tome postoji odgovarajuća saradnja između stranog regulatornog tela i centralne banke.¹²

Osvrt na srpski bankarski sistem i položaj centralne banke

a) *Specifičnosti srpskog bankarskog zakona.* – Zakon o bankama, koji je stupio na snagu 10. decembra 2005. godine, a primenjuje se od 1. oktobra.2006. godine sa poslednjim izmenama i dopunama iz 2010, osim odredaba člana 10 do 20. i člana 94 do 101, koje se primenjuju od 1. jula 2006. godine je *lex specialis*, što se tiče regulative korporativnog upravljanja u bankarstvu. Zakon o bankama približio nas je međunarodnim integracijama, obzirom da je zakonodavac izvršio harmonizaciju u sferi bankarske zakonske regulative sa propisima Evropske Unije (Direktiva 2000/12/EC), principima i definicijama ustanovljenim od Baze-

⁹ Praksa osiguranja depozita je započela u SAD posle velike krize 30-ih godina XX veka. Tada je kreirana Federalna korporacija za osiguranje depozita koja je počela da osigurava depozite i na taj način povećava sigurnost u celokupan bankarski sistem. Glavna svrha osiguranja ove korporacije je bila da obezbedi povlačenje depozita čak i u slučaju bankrotstva banaka. Slični sistemi osiguranja depozita postoje i u drugim zemljama. U Evropi, Nemačka je prva uvela takav sistem još 1966. godine, malo kasnije i Francuska, Velika Britanija, Italija, a Srbija tek posle promena 2001. godine.

¹⁰ Bankarska grupa predstavlja grupu društava koju čine isključivo lica u finansijskom sektoru i u kojoj najmanje jedna banka ima svojstvo najvišeg matičnog društva ili svojstvo zavisnog društva.

¹¹ Bankarski holding predstavlja najviše matično društvo bankarske grupe koje nije banka.

¹² Vidi Vitale, P., 2003b. *Foreign exchange intervention: how to signal policy objectives and stabilize the economy.* *Journal of Monetary Economics* 50, 841–887.

lskog komiteta za bankarski nadzor¹³ (Bazel I, Bazel II).¹⁴ *Ratio legis* Zakona o bankama¹⁵ usmeren je ka omogućavanju prodora domaćih banaka na inostrano bankarsko tržište, ali i prilivu stranog kapitala uz obezbeđivanje visokog stepena pravne sigurnosti, nužne stranim investitorima, što proizlazi iz zakonskih rešenja postuliranih na sistemu korporativnog upravljanja bankama i instrumentalizovanju principa i standarda utemeljenih kako u Bazelskim dokumentima¹⁶, ali i Principima korporativnog upravljanja OECD.¹⁷ Prelaznim odredbama Zakona o bankama predviđeno je usklađivanje drugih finansijskih organizacija sa odredbama Zakona, čime je uzrokovan njihov nestanak iz privredne stvarnosti. Druge finansijske organizacije, koje su osnivane u skladu sa Zakonom o bankama i drugim finansijskim organizacijama¹⁸ u skladu sa važećim zakonom bile su dužne su da svoje poslovanje, organizaciju i akte usklade sa pozitivnim odredbama Zakona, dok su afilijacije i predstavništva stranih banaka imale obavezu da usklade svoje poslovanje najkasnije do 10. decembra 2006. godine, obzirom da mogućnost postojanja filijale strane banke (afilijacija) više nije predviđena Zakonom. Značajan je svakako, posebno u funkciji prevencije set antikriznih zakona i to novine kako

¹³ Bazelski komitet za bankarski nadzor osnovan je 1975. godine od strane guvernera centralnih banaka razvijenih zemalja grupe G-10 i čine ga finansijski funkcioneri dvanaest zemalja (osam iz zemalja Evropske Unije i po jedan predstavnik iz SAD, Kanade, Japana i Švajcarske), koji se sastaju svaka tri meseca u Banci za Međunarodna poravnanja u Bazelu, te iniciraju i donose propise, koji postaju obavezujući tek kada ih usvoje parlamenti zemalja. Međutim, ovi propisi su značajni prvenstveno jer su rezultat konsultacija sa finansijskim ekspertima najvećih svetskih banaka. – Vidi više, Dukić-Mijatović M., Compliance funkcija u svetlu novog Zakona o bankama sa osvrtom na Bazelski sporazum, Zbornik radova IV tradicionalnog naučnog skupa Zlatiborski dani prava Univerziteta Privredna akademija Pravni fakultet za privredu i pravosuđe Novi Sad i časopisa Pravo – teorija i praksa, str. 183–195, 2007.

¹⁴ Enhancing Corporate Governance for Banking Organizations, Basel Committee on Banking Supervisions, September 1999 and International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards Basel Committee on Banking Supervisions, June 2004.

¹⁵ Više: Dukić-Mijatović M., Zakon o bankama u svetlu implementacije evropskog zakonodavstva, Pravni život, br. 13, Beograd, 2007, str. 153–161.

¹⁶ Basel Committee Core Principles for Effective Banking Supervision, September 1997; Framework for Internal Control System in Banking Organizations, September 1998; Enhancing Bank Transparency, September 1998; Core Principles Methodology, October 1999; Internal Audit in banks and the supervisor's relationships with auditors, August 2001; Customer due diligence for Banks, October 2001; The relationship between banking supervisors and bank's external auditors, January 2002.

¹⁷ OECD Principles of Corporate Governance, April 2004.

¹⁸ Član 12 Zakona o bankama i drugim finansijskim organizacijama ("Sl. list SRJ", br. 32/93, 24/94, 5/95 – Odluka SUS, 61/95, 28/96, 44/99, 36/2002 i 37/2002 i "Sl. glasnik RS", br. 72/2003, 61/2005 i 101/2005).

kod Zakona o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje¹⁹, tako i Zakona o izmenama i dopunama Zakona o bankama²⁰, o čemu je bilo reči, te Zakona o izmenama i dopunama Zakona o osiguranju depozita²¹, Zakona o izmenama i dopunama Zakona o Agenciji za osiguranje depozita²² i Zakona o deviznom poslovanju²³. Položaj centralne banke uređen je Zakonom o Narodnoj banci Srbije²⁴, koji je pretrpeo i najnovije izmene prema Zakonu o izmenama i dopunama Zakona o Narodnoj banci Srbije.²⁵

b) Supsidijerna primena kompanijskog zakona i Kodeksa korporativnog upravljanja. – Zakon o privrednim društvima Republike Srbije²⁶ predstavlja osnovni regulatorni okvir kod nas, što se tiče kompanijskog prava. Struktura korporativnog upravljanja uslovljava pozicije unutar kompanije i nadležnosti za donošenje različitih poslovnih odluka.²⁷ Upravni odbor kotiranog akcionarskog društva može da donese svoj pisani kodeks ponašanja ili da prihvati neki drugi kodeks, koji bi se primenjivao na društva kapitala upravljanja, te je Privredna komora Srbije donela Kodeks korporativnog upravljanja²⁸, u cilju formiranje dobrih poslovnih običaja, popunjavanja pravnih praznina i tumačenja i pojašnjavanja nedorečenih zakonskih odredbi.

Kodeksom korporativnog upravljanja regulisana su samo upravljačka prava akcionara u društvu, u cilju podsticanja vršenje ličnih prava akcionara, te su akcentovana pitanja sazivanja sednice skupštine akcionara, glasanja, načina rada skupštine akcionara i obaveza institucionalnih akcionara. Težište korporativnog upravljanja je na stvaranju pravila kojima se štite akcionari od nepostupanja uprave u njihovom interesu, te pozitivnim ocenjujemo svetske tendencije u regulati-

¹⁹ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o stečaju i likvidaciji banaka i društava za osiguranje ("Sl. glasnik RS", br. 91/2010).

²⁰ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o bankama ("Sl. glasnik RS", br. 36/2011).

²¹ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o osiguranju depozita ("Sl. glasnik RS", br. 91/2010).

²² Zakon o izmenama i dopunama Zakona o Agenciji za osiguranje depozita ("Sl. glasnik RS", br. 91/2010).

²³ Zakon o deviznom poslovanju ("Sl. glasnik RS", br. 31/2011).

²⁴ Zakon o Narodnoj banci Srbije ("Službeni glasnik RS", br. 72/03, 55/04, 85/05 – dr. zakon i 44/10).

²⁵ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o Narodnoj banci Srbije ("Službeni glasnik RS", br. 76/12).

²⁶ Zakon o privrednim društvima ("Sl. glasnik RS", br. 36/2011).

²⁷ Više: Tabaroši S., "Društvena odgovornost kompanija", Pravni život", br. 11, Beograd, 2005.

²⁸ Kodeks korporativnog upravljanja ("Sl. glasnik RS", br. 1/2006).

vi korporativnog upravljanja²⁹, koje zapažamo u Kodeksu korporativnog upravljanja.

c) *Položaj domaće centralne banke.* – U srpskom bankarskom sistemu Narodna banka Srbije, kao jedan od segmenata strukture korporativnog upravljanja, ima znatan uticaj. Naša centralna banka vodi konzervativno-restruktivnu politiku, što sinergično sa zakonskim preciziranjem korporativnog sistema u pojedinačnim poslovnim bankama stvara poslovnu klimu, koja je otpornija na uticaje globalne recesije. Suprotno liberalizovanom pristupu kontroli banaka, karakterističnom po uvođenju kvartalnih izveštaja, umesto redovne kontrole i kontrole na licu mesta, lociranju težišta u koordinaciji korporativnog upravljanja na direktore, insistiranju na samodisciplini banaka (minimalno korišćenje prudencijalne regulative kako propisivanjem obaveznog minimalnog kapitala, tako i limitiranja kredita povezanim licima), odsustvu osiguranja depozita u cilju jačanja tržišne discipline, kao i jačanju transparentnosti poslovanja, koja se postiže objavljivanjem izveštaja, koje overavaju direktori, naš Zakon o bankama propisuje da nijedno lice ne može bez prethodne saglasnosti Narodne banke Srbije steći direktno ili indirektno vlasništvo u banci koje mu omogućava od 5% do 20%, više od 20% do 33%, više od 33% do 50% i više od 50% glasačkih prava, čime je granica za traženje saglasnosti centralne banke za sticanje vlasništva u banci spuštena sa 15% na 5%, a proširen je sa direktnog i na indirektno vlasništvo u odnosu na prethodno važeći zakon.³⁰ Pored uslova koji su propisani zakonom za sve sticaoce u slučaju kada je sticalac strano lice iz finansijskog sektora zahtevaju se i dodatni uslovi koji se odnose na mogućnost da se prema tom licu može sprovesti kontrola na konsolidovanoj osnovi. Ako neko lice stekne učešće u banci iznad dozvoljenog procenta bez prethodne saglasnosti, Narodna banka Srbije ima ovlašćenja da naloži tom licu da otuđi vlasništvo, odnosno zabraniće mu da posredno ili neposredno ostvaruje glasačka prava u banci i da utiče na upravljanje bankom ili na poslovnu politiku banke, a ako to lice ne otuđi vlasništvo u roku koji je određen, pravni posao na osnovu kojeg je vlasništvo stečeno je ništav. Na taj način predupređen je niz slabosti, koje su vidljive u liberalizovanom sistemu kontrole, kod koga eventualni stečaj banke i aktiviranje obaveza roditeljske zakonodavac pokušava da ublaži obavezom postojanja dva nezavisna direktora u upravljačkoj strukturi banke.³¹

²⁹ Više: Dukić-Mijatović M., Korporativno upravljanje i kompanijsko pravo Republike Srbije, Pravo – teorija i praksa, br. 1–2/2011, str. 15–23.

³⁰ Više: Bejatović, M.; Dukić-Mijatović M.; Spalević Z.: “The Comparative Review of the Impact of Central Banks on the Dynamics of Fluctuations in the Financial Markets”, *WSEAS TRANSACTIONS on BUSINESS and ECONOMICS*, Print ISSN: 1109–9526, E-ISSN: 2224–2899, Issue 1, Vol. 9, 2012, pp. 16–28.

³¹ Više: Bejatović, M.; Dukić-Mijatović M.; Spalević Z.: “The Comparative Review of the Impact of Central Banks on the Dynamics of Fluctuations in the Financial Markets”, *WSEAS TRAN-*

Prema najnovijim izmenama i dopunama zakona o Narodnoj banci Srbije propisana je stroga kontrola finansijskih institucija od strane centralne banke, ali i Izvršnog odbora, guvernera i direktor Uprave za nadzor Narodnoj skupštini Republike Srbije.

BANKARSKI SISTEMI I CENTRALNE BANKE
U FUNKCIJI RAZVOJA FINANSIJSKIH TRŽIŠTA

Finansijska tržišta, osnovne karakteristike

a) *Fluktuacije na tržištu novca i kapitala i odgovori bankarskih sistema.* – Posledica konzervativne politike domaće centralne banke i odgovornosti zakonodavca, koja se manifestuje već kod davanja dozvole za rad aktivnoj kontroli nad bilo kojim članom bankarske grupe u kojoj je i banka, te uvidom u poslovne knjige i drugu dokumentaciju pravnih lica koja su s bankom kod koje se vrši kontrola povezana imovinskim, upravljačkim i poslovnim odnosima, adekvatnoj kontroli banke na konsolidovnoj osnovi, te postojanju i interne revizije, ali i spoljnog revizora rezultovala je likvidnošću bankarskog sektora.³² Za razliku od svetskih iskustava, posebno država sa razvijenim tržištima novca i kapitala, naš zakonodavac je u drugi plan stavio insistiranje na samodisciplini banaka, akcentovao obavezu osiguranja depozita u cilju jačanja tržišne discipline, a posebno detaljno propisao okvire, koji će omogućiti jačanje transparentnosti poslovanja, čime su fluktuacije na tržištu novca smanjene.³³ Efekti globalne recesije za sada su neznatni u poređenju sa svetskim iskustvima, prvenstveno jer kod nas još ne postoji razvijeno tržište novca i kapitala, što je uočeno u periodu kulminacije globalne recesije. Pozitivna slika, koja je vidljiva u osvrtnu na razvoj našeg bankarskog sistema, kao katalizatora razvoja tržišta novca i kapitala rezultat je uz konzervativnu politiku centralne banke, koja propisuje standarde u skladu sa kojima su poslovne banke dužne da identifikuju, mere i procenjuju rizike kojima su izložene u svom poslovanju i da upravljaju rizicima: rizikom likvidnosti³⁴, kreditnim rizi-

S A C T I O N S on BUSINESS and ECONOMICS, Print ISSN: 1109-9526, E-ISSN: 2224-2899, Issue 1, Vol. 9, 2012, pp. 16–28.

³² Problemi postoje na nivou pojedinih poslovnih banaka, dakle javljaju se na mikro nivou, kao što je trenutno slučaj sa Agrobankom a.d. Beograd i nisu sistemskog tipa.

³³ Vidi Dominguez, K., 2003a. *The market microstructure of central bank intervention.* *Journal of International Economics* 59, 25–45.

³⁴ Centralna banka je likvidnost stimulisala i podržala odobravanjem dinarskih kredita s rokom dospeća do godinu dana i deviznim svop transakcijama na međubankarskom deviznom tržištu bankama, s tim da se kratkoročni krediti za likvidnost vezuju za zalogu hartija od vrednosti koje su izdale centralna banka i Republika Srbija, slobodnih deviznih sredstava koje banka zalaže na poseb-

kom³⁵, kamatnim i deviznim rizikom i ostalim tržišnim rizicima, rizicima izloženosti banke prema jednom licu ili grupi povezanih lica, rizicima ulaganja banke u druga pravna lica i u osnovna sredstva³⁶, rizicima koji se odnose na zemlju porekla lica prema kome je banka izložena, operativnim rizikom, uključujući i pravni rizik, kao i rizikom neodgovarajućeg upravljanja informacionim i drugim tehnologijama značajnim za poslovanje banke i višestrukog obezbeđenja plasmana poslovnih banaka sredstvima obezbeđenja. Sprečavanje depresijacije kursa dinara je izuzetno značajno za održavanje finansijske stabilnosti na makro nivou. U suprotnom bi došlo do preliivanja krize i na tržište novca i kapitala³⁷, jer bi se usled otežane isplate dospelih anuiteta, te dislociranja težišta naplate na nepokretnosti, čija cena može padati i dalje, mogli izazvati gubitci kod poslovnih banaka, ali imajući u vidu korporativnu strukturu naših poslovnih banaka, te kontrolu centralne banke, sve to je koordinirano prvenstveno merama, koje regulišu obim kreditne aktivnosti banaka i visinu zaduženosti.³⁸U interakcijskom međudelovanju bankarskog sistema i privrede, može doći do nepovoljnih dešavanja u bankarskom sistemu, ali i u privredi, a posebno na tržištu novca i kapitala, jer se efekti globalne recesije ispoljavaju preliivanjem efekata finansijske krize na realni sektor ekonomije. Posmatrano sa pravnog aspekta, politika naše centralne banke dala je već svojom preventivnošću rezultate, obzirom da je moderan bankarski zakon formirao preciznu korporativnu strukturu, a centralna banka je nadzirala celokupne aktivnosti svih poslovnih banaka. U ekonomskom smislu rezultate su dale različite mere.³⁹ Usporeniiji rast bankarskog sistema neminovno uslovljava stagnativne

nom računu kod centralne banke, kao i potraživanja banke po osnovu odobrenih hipotekarnih kredita, te potraživanja prema Republici Srbiji i budžetskim korisnicima. Centralna banka stimuliše likvidnost i kroz svop trgovinu devizama.

³⁵ Uzroci pada kreditne ekspanzije koji datira od poslednjeg tromesečja 2008. godine su raznoliki počev od smanjene tražnje za kreditima, loša makroekonomska situacija i njena reflektovanja na izvore likvidnosti, te kvalitetno upravljanje rizicima od strane banaka. – Vidi više, Dukić-Mijatović M., Osvrt na dinamiku razvoja bankarskog sistema Republike Srbije u uslovima globalne recesije, Zbornik radova VI tradicionalnog naučnog skupa Zlatiborski dani prava Univerziteta Privredna akademija Pravni fakultet za privredu i pravosuđe Novi Sad, Privredne komore Vojvodine i časopisa Pravo – teorija i praksa, str. 311–329, 2009.

³⁶ Smanjena likvidnost obeležava realni sektor, koji je okrenut kreditima.

³⁷ Juhas G., Hipotekarna kriza u bankarskim kreditima, Pravni život, br. 12/2008, Beograd, str. 731–749.

³⁸ Todorović N., Hipotekarno tržište i sklonost ka refinansiranju, Kragujevac, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, 2006.

³⁹ Vidi više Dukić-Mijatović M., Aktuelnosti u legislativi spoljnotrgovinskog i deviznog poslovanja Republike Srbije, Pravni život, vol. 58, br. 12, str. 779–795, 2009.

fluktuacije na tržištu novca i kapitala, što znači da se napredak može očekivati tek sa stabilizacijom bankarskog sistema, sa slabljenjem efekata globalne recesije.

b) *Specifičnosti hipotekarnih i finansijskih tržišta.* – Bankarski sistem države i njegova efikasnost i funkcionisanje predstavlja jedan od osnovnih pokazatelja, koliko je uspešna privreda te države, samim tim što je osnovna uloga bankarskog sistema mobilisanje sredstava i njihovo usmeravanje u različite investicije.⁴⁰ Tako je na primer bankarski sistem Republike Srbije, posebno u poslednjih deset godina, pretrpeo niz pozitivnih promena, što uočavamo u pojavi i razvoju novih finansijskih instrumenta, te metodologiji zaštite od rizika i podsticanju razvoja korporativnog upravljanja. To su rezultati globalnih uticaja razvijenih finansijskih tržišta.⁴¹

Hipotekarno tržište je segment tržišta kapitala zasnovan na uzajamnom delovanju tržišta kreditnih i finansijskih instrumenata neposredno ili posredno obezbeđenih hipotekom na nepokretnostima ili pokretnim stvarima koja se izjednačuju sa nepokretnostima, kao što su brodovi i vazduhoplovi. Sa razvojem bankarskog sistema, stvaranjem stabilnog zakonskog okvira i uplivom stranih investicija, stižu se uslovi za razvoj i hipotekarnog i finansijskog tržišta u Srbiji. Preduslovi za razvoj primarnog hipotekarnog tržišta su relativno ispunjeni primenom Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa⁴², Zakona o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi⁴³, Zakona o obligacionim odnosima⁴⁴ i Zakona o obligacionim i osnovnim materijalno-pravnim odnosima u vazdušnoj plovidbi⁴⁵, te donošenjem Zakona o hipoteci⁴⁶. Razvoj sekundarnog hipotekarnog tržišta vezan je za Zakon o tržištu kapitala⁴⁷ i Zakon o Nacionalnoj korporaciji za osiguranje stambenih kredita⁴⁸.

⁴⁰ O sadržaju i ciljevima korporativnog upravljanja finansijama vidi: Ivaniš Marko, Jeremić Ljiljana, "Osnovi finansija", Univerzitet Singidunum, Beograd, 2005.

⁴¹ Vidi: Begović, Bukvić, Živković, Mijatović, Hiber, "Unapređenje korporativnog upravljanja", Beograd, 2003.

⁴² Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa ("Sl. list SFRJ", br. 6/80 i 36/90, "Sl. list SRJ", br. 29/96 i "Sl. glasnik RS", br. 115/2005).

⁴³ Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi ("Sl. list SRJ", br. 12/98, 44/99, 74/99 i 73/2000, "Sl. glasnik RS", br. 101/2005 i 85/2005).

⁴⁴ Zakon o obligacionim odnosima ("Sl. list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 i 57/89, "Sl. list SRJ", br. 31/93 i "Sl. glasnik RS", br. 115/2005).

⁴⁵ Zakon o obligacionim i osnovnim materijalno-pravnim odnosima u vazdušnoj plovidbi ("Sl. list SRJ", br. 12/98 i 15/98).

⁴⁶ Zakon o hipoteci ("Sl. glasnik RS", br. 115/2005).

⁴⁷ Zakon o tržištu kapitala ("Sl. glasnik RS", br. 31/2011).

⁴⁸ Zakon o Nacionalnoj korporaciji za osiguranje stambenih kredita ("Sl. glasnik RS", br. 55/2004).

Razvoju primarnog hipotekarnog tržišta doprineo je i Zakon o izvršenju i obezbeđenju,⁴⁹ koji sadrži niz rešenja po ugledu na moderne svetske izvršne zakone. Zakon je posebno harmonizovan kod uređenja profesionalnih izvršitelja i ubrzanog postupka prodaje nepokretnosti. Suština sekundarnog hipotekarnog tržišta je u kreiranju mehanizma za obnavljanje kreditnog potencijala i smanjenje rizika banaka ili drugih institucija koje izdaju hipotekarne kredite. Osim zakonske regulative za razvoj hipotekarnog tržišta nužne su i druge mere kao što je ažuriranje zemljišnih knjiga, denacionalizacija gradskog građevinskog zemljišta ali i ustanovljenje sistema vrednovanja nekretnina po univerzalnoj metodologiji, čime dolazi do smanjivanja ili potpunog otklanjanja određenih rizika u postupku odobravanja hipotekarnih kredita, te se snižavaju kamatne stope i povećava obim hipotekarnog kreditiranja.⁵⁰

U svetu danas postoje dva osnovna modela ovog tržišta.⁵¹ Zemlje u tranziciji su se u svojim zakonodavstvima opredeljivale u većem obimu za sistem hipotekarnih obveznica, prvenstveno zbog nedovoljne izgrađenosti regulative za proces prenosa hipoteka koji je neophodan za *mortgage-backed securities*. Tako se stvaraju uslovi za otklanjanje rizika držanja značajnog dela sredstava u aktivni poslovnih banaka u formi hipotekarnih kredita i uspostavljaju se standardi kreditne evaluacije i založnih procedura koje bi direktno uticale na podizanje efikasnosti primarnog hipotekarnog tržišta. To bi kreiralo izdržljiviji bankarski sistem sa boljom diversifikacijom rizika i efikasniji sistem odobravanja hipotekarnih kredita.⁵²

I naš bankarski sistem izložen je svetskim globalnim uticajima po principu "spojenih sudova" i kada su u pitanju pozitivni uticaji, ali i negativni, što je posebno došlo do izražaja sa pojavom svetske finansijske krize, koja je dobila razmere globalne recesije⁵³

⁴⁹ Zakon o izvršenju i obezbeđenju ("Sl. glasnik RS", br. 31/2010).

⁵⁰ Vidi: Dukić-Mijatović M., Uticaj aktuelne legislative i prakse poslovnih banaka na razvoj domaćeg hipotekarnog i finansijskog tržišta, Zbornik Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, VII Majsko savetovanje – XXI Vek – Vek usluga i uslužnog prava, 2011, str. 251–272.

⁵¹ Anglosaksonski model, podrazumeva prodaju hipotekarnih kredita, tako što se kredit dislocira iz bilansa banaka u bilans specijalizovanih državnih i (para)državnih agencija ili specijalizovanih pravnih lica, te sekjuritizacijom dobijamo *mortgage-backed securities*. Evropski model je baziran uglavnom na nemačkom iskustvu, pri čemu specijalizovane hipotekarne banke emituju vrednosne papire, koji su u stvari hipotekarne obveznice, a hipotekarni krediti ostaju u bilansu banke kao *on-balance sheet securitization*.

⁵² Vidi Dominguez, K., 2003a. *The market microstructure of central bank intervention*. *Journal of International Economics* 59, 25–45.

⁵³ U ekonomiji, pod recesijom se podrazumeva period umanjene ekonomske aktivnosti i redukcija ukupnog domaćeg bruto dohotka posmatrano u vremenskom intervalu od poslednjih šest meseci. Recesija se manifestuje zastojem rasta domaćeg bruto dohotka, zarada zaposlenih, porastom broja nezaposlenih, padom razvoja industrijske proizvodnje i kupovne moći građana. U slučaju kada globalni rast padne ispod 3% prema tumačenjima Međunarodnog monetarnog fonda

i opovrgla ovakve tendencije u savremenom bankarstvu.⁵⁴ Zato je neophodno u daljem razvoju domaćih hipotekarnih i finansijskih tržišta imati u vidu iskustva razvijenih država, kako bi se predupredili eventualni problemi u njihovom funkcionisanju.

Aktuelna finansijska kriza, koja je najveća od tridesetih godina prošlog veka, počela je američkim kolapsom u hipotekarnim kreditima u avgustu 2007. godine kao posledica neusklađenosti ponude i potražnje,⁵⁵ tako što su u trci za profitom banke identifikovale novu ciljnu grupu korisnike kredita, koji nemaju adekvatnu kreditnu sposobnost, ali poseduju nepokretnost, te su iskalkulisale da će veće kamatne stope kredita odobrenih ovim korisnicima pokriti veći rizik.⁵⁶ To je bio okidač za nastupanje globalne recesije⁵⁷, posmatrano sa ekonomskog as-

postoji globalna recesija, koja se obično javlja u ciklusu od 8 do 10 godina i karakteriše je negativan privredni rast. Pad cena na tržištu akcija može biti jedan od pokazatelja nastupajuće recesije, ali i slabosti na tržištu nekretnina, što je u ekonomiji poznato kao *The halfway rule*, u skladu sa kojim investitori počinju ekonomski oporavak nakon protoka polovine perioda nastupele recesije.

⁵⁴ Ilustrativan primer predstavlja banka, koja u svojoj aktivi ima dugoročan kredit, a posluje u državi sa razvijenim hipotekarnim tržištem. Banka će radi smanjenja rizika, koji nosi dugoročnost prodati ovakve kredite po pravilu državnoj agenciji, što je klasičan američki model, koja formira pulove standardizovanih hipotekarnih kredita i na bazi tih pulova vrši se sekjuritizacija hipotekarnih hartija od vrednosti. Vlasnik pula hipotekarnih kredita ima aktivu, koja je trostruko osigurana i to od strane korisnika kredita, hipotekom na nekretnini i garancijom državne agencije, pa će usled niskog rizika izdavalac hipotekarnih hartija platiti nisku kamatu kupcima hipotekarnih hartija. U finansijskom lancu, koji se formira zarađuju svi. Vlasnik pula i izdavalac hipotekarnih hartija zarađuje već pri otkupu kredita od banaka uz diskont, a potom i kada je sekjuritizacijom tih hartija i plaćajući nisku kamatu mobilisao sredstva sa tržišta, a onda ih uz više kamate preusmerio u banke, koje su već zaradile prodajom kredita, čime su došle do sredstava za nova ulaganja. Kupci hartija od vrednosti su zaradili kupovinom ovih nisko rizičnih hartija, dok građani dobiti ovih transakcija mogu osetiti kroz smanjenje kamatnih stopa kod hipotekarnih kredita, a državni interes je svakako razvijanje finansijskih tržišta. Vidi više Dukić-Mijatović M., Harmonizacija bankarskog zakonodavstva Republike Srbije u svetlu uticaja na razvoj hipotekarnog i finansijskog tržišta, Pravo i privreda, vol. 46, br. 5–8, str. 118–141, 2009.

⁵⁵ Više: Todorović N, "Hipotekarno tržište i sklonost ka refinansiranju" Kragujevac, Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, 2006.

⁵⁶ Više: Šoškić D i Živković B, "Finansijska tržišta i institucije", Beograd, Centar za izdavačku delatnost Ekonomskog fakulteta, 2007.

⁵⁷ Osvrnimo se na hronologiju dosadašnjih recesija u ekonomiji SAD, obzirom na njihovo značajno učešće od 21% u svetskoj ekonomiji, kojim znatno utiče na globalnu recesiju. U 16 recesija u SAD od 1919. godine prosečno trajanje recesije bilo 13 meseci, te posmatramo li iz tog ugla aktuelnu recesiju uočićemo da je u novembru 2008. tržište akcija doživelo najveći pad, što je pokazatelj da će recesija trajati znatno duže. Od 1854. godine u ekonomiji SAD ekonomisti su uočili 32 kruga ekonomskih oscilacija, a od 1980. godine ukupno osam perioda negativnog privrednog rasta i to od januara do jula 1980. i od jula 1981 do novembra 1982 neprekidno dve godine, potom od jula 1990. do marta 1991, od marta 2001 do novembra 2001 i aktuelna recesija, koja je počela još

pekta, obzirom da je nastupio period kada veći broj korisnika kredita nije plaćao dospele anuitete. Posmatrano sa pravnog aspekta, pokretači recesije su i nedostaci u uređenosti korporativnog sistema upravljanja, kako u pojedinačnim bankama, tako i u koordinaciji centralnih banaka.

ZAKLJUČAK

Efikasnost bankarskog sistema države je adekvatan parametar za procenu dinamike razvoja privrede te zemlje. Pošto su banke, u skladu sa zakonom organizovane kao akcionarska društva, jasno je da su svi nedostaci u korporativnom upravljanju privrednih društava odražavaju na poslovne aktivnosti banaka. Uzimajući u obzir da je suština korporativnog upravljanja u bankarstvu iznalaženje najboljeg načina za uspostavljanje korporativnih ciljeva, dobro regulisan korporativni sistem sigurno doprinosi stabilnosti bankarskog sistema u kome se kontrola aktivno vrši i od strane centralne banke. Uloga centralnih banaka je veoma važna za razvoj privrede svake zemlje. U empirijskim istraživanjima uticaja centralnih banaka na dinamiku fluktuacija na finansijskim tržištima neki naučnici otkrili da su nezavisnije centralne banke povezane sa nižim nivoima inflacije. Zaključci su da dok centralna banka promoviše nezavisnost i stabilnost cena, nema merljiv uticaj na realne ekonomske uslove. Ovi rezultati pokazuju da je monetarna disciplina povezana sa nezavisnosti centralne banke, čime se smanjuje nivo i promenljivost inflacije, ali nema velike koristi na makro nivou. Pored toga, stepen nezavisnosti centralne banke je samo jedan od nekoliko faktora, uz institucionalni sistem i kursne varijacije, što utiče na ekonomske uslove u različitim zemljama. Domaći zakonodavac je stavio akcenat na obavezu obezbeđivanja depozita u cilju jačanja tržišne discipline, te aktivnosti usmerene na jačanje transparentnosti poslovanja. Dinamika razvoja hipotekarnog i finansijskog tržišta u potpunosti zavisi od stabilnosti i razvoja bankarskog sektora. U empirijskim istraživanjima naučnici su utvrđivali koliko brzo intervencije centralne banke utiču na inostrano finasijsko tržište i kurs valute koristeći ažurne dnevne podatke u cilju da se ispita odnos između efikasnosti interventnih operacija i stanje na tržištu u trenutku da je operacija preduzeta. Ovi testovi utvrđuju postoje li uzročne veze uticaja mikrostrukture tržišta i intervencije centralne banke. Rezultati podržavaju hipotezu da efikasnost intervencije centralne banke zavisi od karakteristika međunarodnog finansijskog tržišta u vreme kada je operacija postala poznata učesnicima. Dokazi sugerišu da se kreatori politike nadaju da će imati najveći dnevni

u decembru 2007, kulminirala na tržištu akcija u novembru 2008 i traje i dalje. Vidi: "A Slowdown or a Recession in the U.S. in 2008." By Prof. Rodrigue Tremblay – "Global Research", May 6, 2007.

uticaj na kurs valuta koristeći interventne operacije tako što će se intervencija vršiti kada je obim trgovanja visok (kada su aktivne Londonska i Njujorška berza) kao i kada druge centralne banke intervenisanja u istom smeru. Dakle, možemo zaključiti sledeće: harmonizacijom propisa u bankarskoj sferi sa evropskim i svetskim standardima, naš kompletan finansijski sistem je stabilizovan u pravcu progresivnog razvoja, što neminovno utiče na poslovne trendove u pozitivnom smislu, iako globalna recesija nameće specifična poslovna pravila. Domaća centralna banka ima pozitivan uticaj na dinamiku promena na domaćem finansijskom tržištu. U svakom slučaju neophodno je da se nastavi sa procesima koji su otpočeli i koji su usklađeni po standardima korporativnog upravljanja postavljenim od strane Bazelskog komiteta za superviziju banaka i OECD. Neophodno je takođe zadržati neke jedinstvene karakteristike našeg bankarskog i finansijskog sistema prilagođene našoj ekonomskoj stvarnosti.

MARIJANA DUKIĆ-MIJATOVIĆ, Ph.D.,
Associate professor, Vice dean for science and
international cooperation The Faculty of Law,
University Business Academy, Novi Sad

CENTRAL BANK AND DEVELOPMENT OF FINANCIAL MARKET

Summary

In this paper the author analysed comparative review of the impact of central banks on dynamics of fluctuations in the financial markets and point out the significance of the heretofore accomplished harmonization of the domestic banking legislation with the current world standards set up in the field of banking, pointing out that we, by rendering a modern law, such as the Law on Banks, created prerequisites not only for the development of the banking system but for the development of mortgage and financial markets which are characteristic for the countries in transition at the very beginning of development. The qualities of the Law on banks are both the direct implementations of the world corporative solutions and harmonization with the regulations of the European Union (Directive 2000/12/EC) and principles and definitions established by the Basel Committee for banking supervision (Basel I, Basel II). Author concluded that it is necessary to continue with the harmonization of the domestic banking legislation, with applying a set of anti-crisis laws and the development of the domestic mortgage and financial market, especially instructed by the experiences of the countries which have developed economies, taking into consideration the fact that current global recession is actually a circumstance of the shortcomings in the organization of the corporative management in the banks, firstly investment ones, crisis of the developed mortgage and financial markets, but also a liberal politics of the central banks.

UGOVOR O OKVIRNOM – OVERDRAFT KREDITU KAO FINANSIJSKA USLUGA BANKE

U V O D

Okvirni, odnosno overdraft kredit je kratkoročni kredit koji banka daje svom klijentu za dnevnu likvidnost. To je radni pojam, odnosno definicija okvirnog kredita prihvatljiva za praksu i pravno-ekonomsku teoriju. Kredit – uopšte je složeni bankarski posao i jedan od najstarijih oblika bankarske delatnosti kako poslovnih tako i emisionih banaka.

Polazeći od ekonomskih principa, kredit predstavlja ustupanje kupovne snage jednog lica (davanje kredita) drugom licu (korisniku kredita) uz obavezu da ovo drugo lice do određenog roka vrati dati iznos kupovne snage povećan za dogovorenu kamatu koja predstavlja tržišnu cenu za ustupljenu kupovnu snagu, odnosno korišćeni kredit.¹

U našem pravnom sistemu kreditni poslovi banaka su uređeni sa više propisa, od kojih posebno treba istaći propise o: obligacionim odnosima, poslova-

Nikola Cicmil, pravni savetnik Agencije “MEDO”, Beograd.

¹ Analogna pravna definicija kredita data je u članu 1065 našeg Zakona o obligacionim odnosima u kojem se kaže: “Ugovorom o kreditu banka se obavezuje da korisniku kredita stavi na raspolaganje određeni iznos novčanih sredstava, na određeno ili neodređeno vreme, za neku namenu ili bez utvrđene namene, a korisnik se obavezuje da banci plaća ugovorenu kamatu i dobijeni iznos novca vrati i na način kako je utvrđeno ugovorom.”

nju banaka, kreditnim poslovima sa inostranstvom, deviznom poslovanju, finansijskom lizingu i propisima o javnim kreditima zaduživanjem u inostranstvu.²

Prilog – Ugovor o okvirnom, odnosno overdraft kreditu zasnovan je prvenstveno na odredbama Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga (u daljem tekstu: Zakon o zaštiti KFU), koji je donela Narodna skupština Republike Srbije maja 2011. godine sa obavezom primene počev od 4. decembra 2011. godine.³

Zakon o zaštiti KFU je novi i prvi takav zakon u pravnom sistemu Republike Srbije. Zakon je usaglašen sa propisima Evropske unije i u istom je transponovana Direktiva Unije broj 2008/48 o kreditiranju potrošača, a Zakonom su uređena i određena nova prava korisnika finansijskih usluga koja odgovaraju specifičnostima domaćeg finansijskog tržišta.

Sadržina i obuhvatnost ugovora o okvirnom, odnosno overdraft kreditu uređeni su odredbama Zakona o zaštiti KFU, a posebno u čl. 20 i 19 tog Zakona, uz napomenu da je ovaj pravni institut (okvirni – overdraft kredit) kvalifikovan u članu 20. Zakona kao *Ugovor o dozvoljenom prekoračenju računa*. Praktično u zakonski tekst unet je prevod anglosaksonskog pravnog pojma *overdraft* koji u prevodu na srpski jezik ima značenje – *račun sa automatskim prekoračenjem*.⁴

Pojam *Ugovor o dozvoljenom prekoračenju računa* koji je tako imenovan članom 20. Zakona o zaštiti KFU etimološki nije dobar. Pojam je nepotpun. Postavlja se pitanje – kakvo je to “dozvoljeno prekoračenje”, na šta se odnosi, to može biti i prekoračenje nekog naloga, neke prethodno preuzete obaveze koja podrazumeva podnošenje nekog računa? Nedostaje objekat u rečeničnom sklopu da bi pojam bio jasan. Trebalo bi bar za delimičnu jasnoću u tekst uneti reč “novčanom” tako da bi taj naziv mogao da glasi “Ugovor o dozvoljenom novčanom prekoračenju računa”.

² Videti: Zakon o obligacionim odnosima (“Sl. list SFRJ”, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, “Sl. list SRJ”, br. 31/93 i “Sl. list SCG”, br. 1/2003 – Ustavna povelja) - čl. 143, 400, 478. do 500, čl. 501. do 507. i čl. 508. do 515; Zakon o Narodnoj banci Srbije (“Službeni glasnik RS”, br. 72/2003, 55/2004, 85/2005, 44/2010 i 76/2012); Zakon o bankama (“Službeni glasnik RS” broj 107/2005 – čl. 41,42,43,44, 45, 46. i 47); Zakon o platnom prometu (“Službeni list SRJ” 3/2002, “Službeni glasnik RS” br. 43/2004, 62/2006, 111/2009 i 31/2011); Zakon o finansijskom lizingu (“Službeni glasnik RS” broj 55/2003, 61/2005 i 31/2011); Zakon o deviznom poslovanju (“Službeni glasnik RS”, br. 62/2006 i 31/2011), i Zakon o javnom dugu (“Službeni glasnik RS” br. 61/05, 107/09 i 78/11).

³ Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga donela je Narodna skupština Republike Srbije na zasedanju od 25. maja 2011. godine. Zakon je objavljen u “Službenom glasniku RS” broj 36 od 27. maja 2011. godine, a stupio je na snagu osmog dana od dana objavljivanja – tj. 4. jula 2011. godine, sa obavezom primene po isteku od šest meseci od dana njegovog stupanja na snagu.

⁴ -Vidi: *Webster’s new explorer dictionary*, Federal Street Press – Springfield, MA 01102, USA – 1999, str. 373; Vidi: Vukašin Stanojević – *Englesko-srpski poslovni pojmovnik sa objašnjenjima*, Izdanje “Prometej” Novi Sad 1998, str. 270.

Dozvoljeno prekoračenje računa kako je to definisano u članu 20. Zakona podrazumeva *odobravanje i davanje* na korišćenje kratkoročnog kredita za pokriće prekoračenja – negativnog salda na tekućem računu klijenta, koje je taj klijent uzrokovao emisijom naloga za plaćanje, za čije pokriće nije imao sredstava na svom tekućem računu.

Sledstveno tome bio bi prikladniji naziv *Ugovor o kratkoročnom kreditu za pokriće negativnog salda po tekućem računu*.

Ugovor o kreditu na koji se odnosi član 20. Zakona nije ni dosada bio izričito definisan u našim pozitivnim propisima. Međutim bankarska praksa poznaje takav kredit i takav ugovor, to je tzv. *Ugovor o okvirnom kreditu a u poslednje vreme i ugovor o overdraft kreditu*. Takav kredit, odnosno ugovor o takvom kreditu, postojao je u vreme postojanja i rada bivše Službe za platni promet. Služba je nestala, a u bankarskoj praksi takav ugovor je ostao da živi i danas postoji. Aktuelni propisi o platnom prometu nisu definisali taj ugovor, što nije učinio ni novi Zakon o zaštiti KFU u članu 20. Određivanju pojma tog ugovora ne doprinosi ni definicija iz člana 2. tačka 17. Zakona o zaštiti KFU u kojoj stoji da je “dozvoljeno prekoračenje računa ugovorni iznos sredstava koji banka stavlja na raspolaganje korisniku računa”.

No, pošto u praksi postoji pojam, a ima ga i u određenim podzakonskim aktima, u ovom prilogu opredelili smo se za upotrebu naziva *Ugovor o okvirnom, odnosno Ugovor o overdraft kreditu*, umesto naziva *Ugovor o dozvoljenom prekoračenju računa*, koji je dat u članu 20. Zakona. Praksa, odnosno život kao najbolji zakonodavac, opredeliće najadekvatniji naziv tog ugovora i njegovo mesto u pravnom sistemu.

Ugovor o okvirnom kreditu je finansijska usluga koju pruža banka svom klijentu – fizičkom licu kao korisniku finansijske usluge. Pojmovi koji prate ovaj ugovor banke su uređeni u članu 2. tačka 1, 2, 6, 9, 10, 17, 20. i 21. Zakona i na istima se u ovom prilogu nećemo šire zadržavati. Izuzetno, za ovu priliku treba istaći pojmove: finansijska usluga, bankarska usluga i pojam korisnika finansijske usluge koji opredeljuju ugovorne strane i predmet ugovora o okvirnom kreditu što je i osnovni sadržaj ovog priloga.

Finansijskom uslugom se smatra bankarska usluga, usluga finansijskog lizinga i finansijska pogodba – član 2. stav 1. tačka 1. Zakona o zaštiti KFU.

Bankarskom uslugom smatra se usluga banke koju banka pruža korisnicima po osnovu ugovora o kreditu, ugovora o depozitu, ugovora otvaranju i vođenju računa, ugovora o izdavanju platne kartice i ugovora po osnovu drugih bankarskih poslova.

Korisnikom finansijskih, odnosno bankarskih usluga se smatra fizičko lice koje koristi ili je koristilo te usluge, odnosno lice koje se obratilo davaocu finansijskih usluga radi korišćenja tih usluga, ali u svrhe koje nisu namenjene njegovoj

poslovnoj ili drugoj komercijalnoj delatnosti. To je upravo i cilj Zakona, odnosno zaštita fizičkih lica kao potrošača finansijskih usluga, zasnovana na standardima Evropske unije koje je prihvatila Republika Srbija.

*Opšta određenja o ugovoru o okvirnom kreditu
kao finansijskoj usluzi banke*

Ugovor o okvirnom kreditu je ugovor o kratkoročnom kreditu koji banka daje svom klijentu za pokriće negativnog salda, odnosno prekoračenja računa koje je izvršio klijent izvršenim plaćanjem svojih obaveza za koje nije imao novčano pokriće na svom tekućem računu. S tim u vezi, nužno je podsetiti da je klijent banke fizičko lice i da kredit ne može koristiti za potrebe svoje poslovne, odnosno komercijalne delatnosti – član 2. tačka 9. Zakona. Sadržina i obuhvatnost ugovora su određeni članom 20, odnosno članom 19. Zakona o zaštiti KFU, a supsidijarno čl. 1065. do 1068. Zakona o obligacionim odnosima. Međutim, taj ugovor kao ugovor o kratkoročnom kreditu ima i svoje određene specifičnosti, kojima će u ovom prilogu biti posvećen odgovarajući komentar.

Ugovor o pružanju finansijskih usluga prate određena zajednička pravila ugovaranja, što se odnosi i na ugovor o okvirnom kreditu, od kojih neka od njih treba posebno istaći, a to su:

– Ugovor o okvirnom kreditu zaključuje se u pisanoj formi, a ugovorne obaveze moraju biti precizno određene, odnosno odredive. Taj ugovor ne može da sadrži odredbe kojima se korisnik kredita odriče prava koja su mu zagarantovana Zakonom niti može sadržati upućujuće odredbe na poslovnu politiku banke – davaoca kredita;

– Ugovor o okvirnom kreditu mora da bude zasnovan na pravilima o opštim uslovima poslovanja banke koja se donose u skladu sa članom 42. Zakona o bankama i čl. 9. i 10. Zakona o zaštiti KFU;

– U predugovornoj fazi koja predhodi zaključenju ugovora o okvirnom kreditu, banka je dužna da svom klijentu – korisniku kredita dostavi ponudu koja sadrži bitne elemente toga ugovora kako je to propisano članom 17. Zakona o zaštiti KFU;

– Obavezni element ugovora o okvirnom kreditu je i određivanje nominalne, odnosno efektivne kamatne stope.

Efektivna kamatna stopa je diskontna stopa koja na godišnjem nivou izjednačava sve novčane tokove, odnosno sadašnje vrednosti novčanih prihoda i vrednosti svih novčanih izdataka po osnovu korišćenja finansijskih usluga, koji su poznati u momentu iskazivanja te stope. Banke su dužne da efektivnu kamatnu

stopu obračunavaju na jedinstven, propisani način radi mogućnosti upoređenja istovetnih ponuda različitih davalaca finansijskih usluga na finansijskom tržištu.⁵

– Korisnik okvirnog kredita ima pravo da odustane od zaključenog ugovora u roku od 14 dana od dana zaključenja tog ugovora bez obeveze navođenja razloga za taj odustanak.

Korisnik kredita koji je odustao od ugovora dužan je da odmah, a najkasnije u roku od 30 dana od dana obaveštenja banke o odustanku od ugovora, vrati banci glavnicu iskorišćenog kredita sa pripadajućom kamatom, kao i stvarne troškove pričinjenje banci usled odustanka od tog ugovora - član 12. Zakona;

– Pre zaključenja Ugovora o okvirnom kreditu, banka je dužna da proceni kreditnu sposobnost korisnika kredita na osnovu podataka koje dobije od njega i na osnovu uvida o njegovom zaduživanju u bazi podataka koju vodi Kreditni biro kod Udruženja banaka Srbije uz prethodno datu saglasnost toga korisnika. Ako zahtev korisnika za dobijanje kredita bude odbijen zbog njegove nesolventnosti, banka je dužna da bez naknade o tome obavesti takvog klijenta – član 18. Zakona;

– Okvirni kredit vraća se po pravilu iz tekućeg priliva na tekući računa pa se ne može pojaviti slučaj prevremene otplate kredita kako je to propisano u članu 36. Zakona.

Nasuprot prevremenoj otplati kredita u praksi se često može pojaviti slučaj docnje u otplati kredita što ima za posledicu obračun *zatezne kamate*.

Međutim, korisno je podsetiti da se kod okvirnog kredita ugovaraju relativno visoke kamate koje se kreću od 2% do 3% na mesečnom nivou, odnosno godišnje od 24% do 36% tako da ugovorena kamata prelazi iznos zatezne kamate, pa banke kao davaoci kredita naplaćuju ugovorenu kamatu kao povoljniju, odnosno veću nego što je važeća zatezna kamata;

– Odredbom člana 32. stav 2. Zakona o Zaštiti KFU predviđena je mogućnost zastoja (moratorijuma) u otplati kredita za određeni period, ako bi u toku trajanja ugovornog odnosa nastupile okolnosti koje korisnika kredita dovode u teško imovinsko stanje, što se kod ove vrste kredita može izuzetno dogoditi s obzirom na njegovu namenu i način otplate.

Ovo je više teoretska nego praktična mogućnost, pošto se okvirni kredit daje “proverenim” klijentima i isti se vraća u principu iz tekućeg priliva (najčešće zarade ili penzije).

– Kod okvirnog kredita banka je dužna da korisniku najmanje jednom mesečno dostavi bez naknade u pisanoj formi ili na drugom trajnom nosaču podataka – izvod o svim promenama na računu, a na zahtev korisnika uz plaćanje naknade i više puta u toku meseca.

⁵ Način obračuna efektivne kamatne stope propisan je Odlukom Izvršnog odbora Narodne banke Srbije o uslovima i načinu obračuna efektivne kamatne stope i izgledu i sadržini obrazaca koji se uručuju korisniku – “Službeni glasnik RS” broj 65 od 2. septembra 2011. godine.

U slučaju znatnog neugovorenog prekoračenja računa koje traje duže od jednog meseca, banka je dužna da bez odlaganja u pisanoj formi ili na drugom trajnom nosaču podataka obavesti klijenta o iznosu prekoračenja, kamatnoj stopi koja će se obračunati na prekoračenja, odnosno kaznama po tom osnovu - član 31. Zakona;

– Ako je okvirni kredit ugovoren u stranoj valuti (što najčešće može biti slučaj kod kreditnih kartica za plaćanje u inostranstvu), banka je dužna da primenjuje zvanični devizni kurs NB Srbije za otplatu kredita - član 34. Zakona;

– Neplaćeno potraživanje banke po osnovu ugovora o okvirnom kreditu, banka može ustupiti drugoj banci na teritoriji Republike Srbije uz obavezu da o tome obavesti korisnika kredita - član 39. Zakona;

– Korisnik okvirnog kredita ima pravo na podnošenje prigovora banci - davacu kredita radi zaštite njegovih prava.

U zaštiti tih prava korisnik kredita može inicirati vansudsko rešavanje spornog odnosa u postupku medijacije koji vode ovlašćena lica Narodne banke Srbije na osnovu čl. 42. i 44. Zakona.

Elementi i sadržina ugovora o okvirnom kreditu

Sadržina i obuhvatnost ugovora o okvirnom kreditu određeni su u članu 20, odnosno članu 19. Zakona, gde je određeno da taj ugovor treba da sadrži odredbe o: vrsti kredita, periodu na koji se kredit odobrava, imenu, odnosno nazivu ugovornih strana i njihovu adresu; iznosu kredita i uslovima povlačenja sredstava; valuti u kojoj se kredit odobrava i načinu indeksiranja kredita; visini nominalne kamatne stope sa određenjem da li je fiksna ili promenljiva; efektivnoj kamatnoj stopi izračunatoj na dan zaključenja ugovora; planu otplate kredita, metodu za obračun kamate; kamatnoj stopi za slučaj docnje u otplati kredita; odredbe o otkazu, odnosno raskidu ugovora o kreditu; vrstu i iznos naknada koje plaća korisnik kredita; vrste sredstava obezbeđenja za otplatu kredita; pravo korisnika kredita na odustanak od ugovora; pravo korisnika na prigovor i mogućnost pokretanja postupka posredovanja radi vansudskog rešavanja spornog odnosa i obavezno navođenje adrese Narodne banke Srbije kao organa koji vrši kontrolu banke.

Kod ugovora o okvirnom kreditu, kamate, naknade i drugi troškovi koji su promenljivi, moraju zavisiti od ugovornih elemenata koji se zvanično objavljuju (npr. referentna kamatna stopa Narodne banke Srbije, indeks potrošačkih cena i dr.) a čija je priroda takva da na promenu njihove vrednosti ne može uticati jednostrana volja nijedne od ugovornih strana.

Prilikom zaključenja ugovora o okvirnom kreditu, banka uz ugovor uručuje korisniku jedan primerak pregleda obaveznih elemenata ugovora, koji se sma-

traju sastavnim delom ugovora, a drugi primerak tog pregleda banka zadržava u svojoj dokumentaciji.

Iako je odrednica Zakona (član 19) o ugovoru o kreditu dosta opširna, ipak ne sadrži i druga bitna određenja o tom ugovoru, pa će se za te potrebe supsidijarno primenjivati odredbe Zakona o obligacionim odnosima čl. 1065. do 1068. što se posebno odnosi na: definisanje ugovora o kreditu kao pravnog posla; modalitete otkaza ugovora o kreditu, kao i delimičnu primenu odredbi o odustajanju od ugovora o kreditu. Iznetom treba dodati određena rešenja sadržana u Odluci izvršnog odbora Narodne banke Srbije o obračunu efektivne kamatne stope i obrascima koji se uručuju korisniku bankarske usluge, koje treba ugraditi u ugovor o okvirnom kreditu, odnosno u ugovor o dozvoljenom prekoračenju računa⁶ a to se odnosi na ponudu za zaključivanje ugovora, pregled obaveznih elemenata ugovora o kreditu i plan otplate kredita.

Odluka sadrži i pojediniosti o načinu obračunavanja efektivne kamatne stope i načinu popunjavanja obrazaca koji prate ugovor o kreditu.

Ugovor o okvirni kreditu u propisima Republike Srbije

Kao što je već istaknuto, okvirni kredit banka daje svom klijentu za dnevnu likvidnost, odnosno klijentu fizičkom licu za pokriće negativnog salda na tekućem računu posle dnevne obrade naloga za plaćanje koji su izvršeni toga dana, što će reći da se kredit koristi prema potrebi od slučaja do slučaja.

Iako okvirni kredit, kao bankarski posao nije definisan zakonom, u bankarskoj praksi on postoji i široko je zastupljen u međusobnim poslovnim odnosima između banaka i njihovih klijenata – pravnih lica i preduzetnika. Taj pojam bio je definisan i uređen ranije važećim propisima o platnom prometu, kada je poslove platnog prometa obavljala bivša Služba društvenog knjigovodstva, a docnije Služba za platni promet⁷.

Od januara 2003. godine poslove platnog prometa su preuzele banke na osnovu novog, sada važećeg Zakona o platnom prometu (“Službeni list SRJ” br. 3/02 i 5/03 i “Službeni glasnik RS” br. 43/04 i 62/06). Odredbe tog zakona, koje

⁶ Odluka o uslovima i načinu obračuna efektivne kamatne stope i izgledu i sadržini obrazaca koji se uručuju korisniku finansijske usluge objavljena je u “Službenom glasniku RS”, br. 65/2011.

⁷ Videti član 107. Zakona o Službi društvenog knjigovodstva – “Službeni list SFRJ” broj 70/1983. U članu 107. stav 2. toga Zakona je propisano: “Pod pokrićem u smislu stava. 1 ovog člana, podrazumeva se stanje sredstava na računu kod Službe iz prethodnog dana, sredstava prispelih u toku dana do vremena prijema naloga za plaćanje od korisnika društvenih sredstava i *iznosa neiskorišćenog odobrenog okvirnog kredita od banke depozitara koji se koristi po principu tekućeg računa.*”

definišu transakcije plaćanja, poznaju konstrukciju okvirnog kredita – terećenjem žiro-računa poslovne banke za plaćanje obaveza njenih klijenata kada oni na svom tekućem računu nemaju potrebno novčano pokriće, ali se u tekstu zakona ne koristi pojam “okvirnog kredita” nego pojam “privremeni kredit na računu”.⁸ Međutim, praksa je u poslovnoj komunikaciji i dalje zadržala naziv “okvirni kredit” i “ugovor o okvirnom kreditu”.

Nasuprot činjenici da u tekstovima važećih zakona iz oblasti bankarstva i platnog prometa ne postoji pojam “okvirni kredit”, taj pojam je prisutan u pojedinim podzakonskim propisima, kao što su:

– Odluka Guvernera Narodne banke Srbije o adekvatnosti kapitala banke (“Službeni glasnik RS” broj 46/2011) – tač. 29. stav 2. podtačka 1, 2, i 3;

– Odluka Guvernera Narodne banke Srbije o uslovima i načinu obračuna efektivne kamatne stope i izgledu i sadržini obrazaca koji se uručuju korisniku (“Službeni glasnik RS” broj 65/2011) - tačka 15. podtač. 8, alineja 4 (“naknada za neiskorišćeni deo okvirnog kredita”);

– Pravilnik ministarstva za finansije o kontnom okviru i sadržini računa u kontnom okviru za privredna društva, zadruge, druga pravna lica i preduzetnike (“Službeni glasnik RS” br. 114/06, 119/08, 9/09, 4/10, 3/2011) – član 18. stav 3.

Okvirni kredit koji se daje klijentima banke za dnevnu likvidnost ima određene sličnosti sa revolving kreditom, odnosno kreditnom linijom, što nije isto, s obzirom na namene odnosnih kredita, njihovo odobravanje, način korišćenja i način vraćanja.

Revolving kredit, odnosno kredit iz kreditne linije se koristi i vraća nalogom koji izdaje korisnik kredita, a okvirni kredit se pušta u tečaj, odnosno vraća nalogom banke preko tekućeg računa klijenta.

Okvirni kredit se odobrava na osnovu ugovora koji zaključuju banka i njen klijent. *Ugovor o okvirnom kreditu je ugovor* “intuitu personae”, što će reći da se ovaj ugovor zaključuje sa proverenim klijentima sa dobrom poslovnom reputacijom, pošto banka, u vezi sa korišćenjem i vraćanjem takvog kredita ne želi nikakve nesporazume sa svojim klijentom. Osnovni uslov za zaključivanje takvog ugovora je obaveza klijenta da kod banke davaoca kredita ima otvoren tekući račun, u protivnom ne bi postojao osnovni uslov za odobravanje okvirnog kredita. To dalje znači, da se okvirni kredit može ugovoriti i u ugovoru o otvaranju tekućeg računa klijentu banke.

Okvirni kredit je kratkoročni kredit koji se odobrava na kraći rok – najduže do godinu dana sa mogućnošću obnavljanja. Taj kredit prati raskidni uslov što podrazumeva pravo korisnika da kredit koristi kontinuirano i da ga vraća iz teku-

⁸ Videti član 2. stav 1. tačka 9; član 11. stav 4. i član 24. stav 2. Zakona o platnom prometu.

ćeg priliva (zarade, odnosno penzije) u protivnom banka otkazuje korišćenje kredita i traži promptno vraćanje kredita sa kamatom iz raspoloživih sredstava obezbeđenja.

Okvirni kredit nije namenski, on se može koristiti za sva plaćanja koja proizilaze iz delatnosti klijenta banke (plaćanje obaveza prema poveriocima, obaveza po osnovu javnih prihoda i sl.), što će reći da se taj kredit ne bi mogao koristiti za finansiranje terorizma, pranje novca i drugih nedozvoljenih, odnosno nezakonitih radnji.

Za korišćenje okvirnog kredita klijent banci plaća kamatu, u principu, po visokoj stopi – od 2 do 3,00% na mesečnom nivou, što ovaj kredit čini izuzetno skupim za korišćenje, a banci - davaocu kredita donosi značajne prihode.

Specifične karakteristike ugovora o okvirnom kreditu kao bankarskog posla

Kao što je već rečeno, ugovor o okvirnom kreditu je posebna vrsta ugovora o kratkoročnom kreditu koji banka daje svom klijentu – fizičkom licu radi pokrića negativnog salda na njegovom tekućem računu.

Bitne karakteristike ovog ugovora su sledeće:

– *Ugovor o okvirnom kreditu je ugovor “intuitu personae”, a to znači da banka ovaj ugovor zaključuje sa klijentom u kojeg ima poverenje i očekuje da će korišćeni kredit biti vraćen blagovremeno iz redovnog priliva na tekući račun;*

– *Ugovor o okvirnom kreditu je ugovor o kratkoročnom kreditu koji se povremeno koristi i vraća, s tim da se ugovor zaključuje na vreme od šest meseci do godinu dana sa mogućnošću obnavljanja, odnosno produženja;*

– *Okvirni kredit može biti odobren u domaćoj i stranoj valuti, zavisno gde se vrši plaćanje obaveza, u zemlji ili u inostranstvu (radi pokrića negativnog salda po platnim karticama koje se koriste u inostranstvu);*

– *Bitan element ugovora o okvirnom kreditu je raskidni uslov koji se ugovara u interesu banke, odnosno pravu banke da jednostrano može raskinuti taj ugovor ukoliko klijent blagovremeno ne vraća korišćeni okvirni kredit;*

– *Ugovor o okvirnom kreditu je ugovor po pristupu – tzv. “athezioni ugovor” pošto banka opredeljuje glavne elemente ugovora – iznos kredita, visinu kamate, rokove vraćanja kredita, način obezbeđenja naplate kredita i dr., što će reći da je autonomija volje klijenta banke značajno ograničena;*

– *Ugovor o okvirnom kreditu zaključuje se u pisanoj formi a to znači da je ugovor o okvirnom kreditu formalni ugovor.*

Ugovor o okvirnom kreditu može biti sastavni deo ugovora o tekućem računu tako da u tom slučaju imamo *kombinovani ugovor* iz čega proizilazi i zaključak da ugovor o okvirnom kreditu podrazumeva prethodno zaključenje ugovora o tekućem računu kod iste banke;

– *Pošto je ugovor o okvirnom kreditu*, odnosno ugovor o dozvoljenom prekoračenju računa vrsta kreditnog ugovora, na njega se odnose i druge karakteristike tih ugovora – tj. da je to dvostrani i teretni ugovor sa trajnim prestacijama, pojedinačan ugovor sa odgovarajućom kauzom na čemu u ovoj prilici samo podsećamo bez posebnog zadržavanja.

ZAKLJUČNI STAVOVI

Vezano za ugovor o okvirnom kreditu i njegovu praktičnu primenu, može se otvoriti više pitanja, od kojih se kao zaključni stavovi mogu istaći i sledeća:

1. *Ugovor o okvirnom kreditu*, odnosno Ugovor o dozvoljenom prekoračenju računa, “živi” u našoj bankarskoj, odnosno privrednoj praksi gde se kao korisnici javljaju privredna društva, preduzetnici i fizička lica iz čega proizilazi potreba da taj ugovor treba zakonom bliže urediti. Analogiju za taj ugovor imamo u *Ugovoru o kreditu na osnovu zaloge hartija od vrednosti (Ugovor o lombardnom kreditu)* – čl. 1069. do 1071. Zakona o obligacionim odnosima. Taj ugovor može biti uređen Zakonom o platnom prometu, Zakonom o bankama, odnosno u delu o bankarskim poslovima našeg novog Građanskog zakonika, čije donošenje uskoro predstoji.

2. *Ugovori o pružanju finansijskih usluga promovisani i ustanovljeni Zakonom o zaštiti korisnika finansijskih usluga*, a to su: ugovor o kreditu, ugovor o dozvoljenom prekoračenju računa, odnosno ugovor o okvirnom – overdraft kreditu, ugovor o depozitu, ugovor o otvaranju i vođenju računa, ugovor o izdavanju i korišćenju platne kartice i ugovor o lizingu (čl. 19. do 24. Zakona o zaštiti korisnika finansijskih usluga) su obligacioni ugovori sa novom sadržinom i novim rešenjima, odnosno institutima kao što su: novčani tokovi kapitala, efektivna kamatna stopa, valutiranje i indeksacija novčanih obaveza, zatim pravni standardi o opštim uslovima poslovanja davalaca finansijskih usluga, standard “fer odnos” prema korisnicima finansijskih usluga i dr., stavili su pred našu teoriju i pravnu praksu obavezu da se teorijski obrazlože ti instituti i ujednači pravna praksa radi istovetne primene tih ugovora i zaštite korisnika finansijskih usluga kroz svakodnevnu bankarsku praksu.

NIKOLA CICMIL
Legal Advisor of the Agency “MEDO”,
Belgrade

CREDIT LINE - OVERDRAFT AGREEMENT
AS BANK’S FINANCIAL SERVICE

Summary

The credit line agreement is a bank service established by the Law on the Protection of Financial Service Customers of the Republic of Serbia – Article 19 of the said Law. In the economic and bank practice in the Republic of Serbia, the said agreement is known as the *credit line agreement*. In Article 19. of the Law on Protection of the Financial Service Customers, the agreement is referred to as the “Agreement on Authorised Overdraft Facility”, which is a translation (however not so good) of the concept from the Anglo-Saxon law of the “overdraft credit”. The explanation can be found in the fact that the Law on Protection of the Financial Service Customers (passed in May 2011) is based on the EU Directive No. 2008/48 on consumer credits, which defines the type and content of financial services offered by banks to their customers, *including the Credit Line i.e. Overdraft Agreement*, as a special kind of financial services.

This paper is composed of the following five segments: general definitions regarding the credit line, elements and contents of the credit line agreement, other regulations of the Republic of Serbia related to the credit line, specific characteristics of the credit line agreement and final conclusions suggested by the author.

ODGOVORNOST IZ UGOVORA O KREDITU

U pogledu odgovornosti kreditora, u novije vrijeme se razvija i koncept “odgovornog kreditiranja”, koji nalazi mjesta i u direktivama EU, koji nalaže da se kreditor prilikom zaključenja ugovora ne rukovodi čisto lukrativnim motivima, već i da mora savjesno ispitati kreditnu sposobnost potencijalnog korisnika, kao i davaoca personalnog sredstva obezbjeđenja, upoznati ih sa sadržajem usluge koju im pruža i procijeniti koja im vrsta usluge najviše odgovara.¹ Jedan od slučajeva iz sudske prakse koji jasno ukazuje na ovakvu potrebu je Barclays Bank v. O’Brien iz 1993. god. gdje je jemac bio zaveden od strane glavnog dužnika netačnim iznošenjem činjenica i lošim uticajem. U tom slučaju je sud istakao da je kreditor tre-

Mr Zoran Vasiljević, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci.

¹ Vidjeti Gerster, Cornelia/ Klein, Germaine/ Schoppmann, Henning/ Schwander, David/ Wengler, Christoph – *European Banking and Financial Services Law*, Kluwer Law International- European Association of Public Banks, Hague, 2004, str. 145. Takođe, Jovanić, *Potrošački kredit*, str. 117. Dužnost informisanja korisnika kredita i jemaca i upoznavanja sa dokumentacijom pribavljenom u postupku procjene kreditne sposobnosti, u slučaju potrošačkih kredita, je predviđena i u našem pravu- čl. 98l. Zakona o bankama. Primjer odgovornosti bančinog službenika zaduženog za kredite, kako prema banci, tako i prema klijentu, daju Rose, Peter/ Hudgins, Sylvia – *Bankarski menadžment i finansijske usluge*, Data status, Beograd, 2005, str. 581–583. U konkretnom primjeru se ukazuje na potrebu balansiranja između zahtjeva klijenta, njegovih potreba, kreditne sposobnosti i rizika banke, a sve u cilju održavanja dobrih poslovnih odnosa i neposlovanja sa gubicima.

balo da ukaže jemcu na pogrešku.² Čak i kad mu ne daje sam objašnjenje, kreditor bi trebao makar uputiti jemca na savjet nezavisnog pravnog savjetnika, i to prije preuzimanja obaveze.

S druge strane, kreditor se ne bi mogao osloboditi odgovornosti čak ni upućivanjem na pravnog savjetnika, ukoliko je on sam u posjedu informacije koja nije dostupna advokatu ili je riječ o transakciji koja prelazi okvire advokatske struke, tj. njihovog poznavanja problematike. U takvim slučajevima sam kreditor mora dati objašnjenje davaocu personalnog sredstva obezbjeđenja.³

Ni sama banka, razumljivo, ne smije da dovodi korisnika kredita u zabludu iznošenjem netačnih i neistinitih podataka. Ukoliko do toga, ipak, dođe, pravi se razlika između prevare, nepažnje i tzv. "nevinog" iznošenja netačnih činjenica. U slučaju prevare, pored građanske odgovornosti koja za posljedicu ima poništenje ugovora i naknadu štete, moguće je prouzrokovanje i krivične odgovornosti. U slučaju nepažnje, tj. nepružanja dužnog standarda ponašanja, postoji samo građanska odgovornost za naknadu štete. Ovaj oblik odgovornosti u poslovnim transakcijama u engleskom pravu je ustanovljen čuvenim slučajem *Hedley Byrne & Co. Ltd v. Heller & Partners Ltd* iz 1963/64. god.,⁴ a poslužio je i za prihvatanje koncepta odgovornosti vodeće banke prema ostalim članicama kod sindikalnih kredita. Ukoliko se radi o tzv. "nevinom" iznošenju netačnih podataka, kada je banka vjerovala da je ono što iznosi istinito, a nisu ispunjeni uslovi za karakterisanje njenog ponašanja nepažljivim, tada će se moći tražiti naknada štete. U slučaju sindikalnih kredita, investitor ima alternativno pravo na poništenje ugovora ili naknadu štete.⁵

² Vidi: Giliker, Paula – *The Surety, the Bank and the Solicitor: the Saga Continues*, *Business Law Review*, Kluwer Law International, Dordrecht, Netherlands, No. 2/99, str. 31.

³ Tako je istaknuto u presudi u slučaju *Credit Lyonnais Bank Nederland NV v. Burch*, (1997) 1 All E.R. 144. Vidi: Giliker, *navedeni članak*, str. 33. Odgovornost prema davaocima personalnih sredstava obezbjeđenja ima i sam korisnik kredita, ali na osnovu posebnog ugovornog odnosa između njega i davaoca obezbjeđenja. U jugoslovenskoj sudskoj praksi je tako zabilježen jedan slučaj kad je davalac garancije tužio korisnika kredita zbog neizmirivanja provizije na ime date garancije. Međutim, zbog činjeničnog stanja koje je išlo na stranu samog korisnika (ugovorom sa davaocem garancije je bilo predviđeno da se sporna provizija otplaćuje prilikom otplate anuiteta, a ovi se nisu mogli otplaćivati zbog sankcija prema SRJ zbog kojih su mirovale obaveze i prema inostranom kreditoru) presuđeno je da za vrijeme dok miruje obaveza plaćanja prema kreditoru, treba da miruje i plaćanje provizije davaocu garancije. Radi se o presudi Saveznog suda, Gzs br. 36/99 od 27.01.2000. god. u Beogradu. Vidi: *Bilten sudske prakse Saveznog suda SRJ*, Beograd, br. 49, 2001, str. 33–34.

⁴ (1963) 2 A11 ER 575, HL. Kod drugog autora je zaveden pod: (1964) A.S. 465 H.L. Upoređi Wood, Philip R. – *International loans, bonds and securities regulation*, Sweet & Maxwell, London, 1995, str. 309. i Kwaw, Edmund – *The Law and practice of Offshore Banking and Finance*, Westport, Quorum Books, 1996, str. 107, 135. Takode, Ellinger/Lomnicka – *Modern banking law*, str. 671.

⁵ Vidi: Wood, *navedeno djelo*, str. 309.

Banke pokušavaju svoju odgovornost za davanje obavještenja o kreditu i da isključe, ukoliko je to moguće. Tako je prema br.10. Opštih uslova poslovanja banaka SR Njemačke bilo predviđeno da banka svoju odgovornost kod davanja obavještenja o kreditu isključuje, ukoliko to dozvoljava pravni poredak. Ipak, i u teoriji se priznaje da ranije neograničeno isključivanje odgovornosti ne može više da se održi u novije vrijeme.⁶

Da bi se ostvarivala prava po osnovu odgovornosti davaoca netačne informacije, ona mora biti bitna u smislu navođenja subjekta sa prosječnom pažnjom na zaključenje ugovora, a ne trivijalna, koja nije bila od uticaja na ugovorni odnos. Međutim, čak i kad se radi o činjenicama, npr. izjavama korisnika kredita, koje kreditor ne bi ni uzeo u obzir, vodeća banka ili agent kod sindikalnih kredita, koji prenosi takve informacije, treba da obavijesti članove sindikata i zatraži instrukcije, kako bi izbjegao potencijalnu odgovornost za kršenje fiducijarne dužnosti.⁷

Vodeće banke kod sindikalnih kredita često pokušavaju isključiti svoju odgovornost unošenjem posebnih klauzula u memorandumu koje dostavljaju ostalim članovima, u kojima se navodi da nisu izvršili posebnu verifikaciju informacija, da nisu odgovorne za takve informacije, da svaki član treba da izvrši sopstvenu procjenu prilikom odlučivanja o učešću u sindikatu i da se banka neće pouzdati u memorandum.⁸ Ipak, ni ovakvo izuzeće ne može osloboditi od odgovornosti za prevarno postupanje ili krajnju nepažnju. Tako je u slučaju *Natwest Australia Bank Ltd. v. Tricontinental Corp. Ltd. and Minter Ellison (1993)* presuđeno da klauzula izuzeća ne oslobađa banku za neiznošenje činjenica kojih je bila svjesna.⁹

Kreditor mora voditi računa i o dostavljanju istinitih podataka prilikom izvršavanja svoje obaveze prema kreditnom registru, s obzirom da dostavljanjem netačnih podataka može da pričini štetu korisniku kredita. Npr., može se desiti da korisnik zatraži novi kredit od drugog kreditora, koji ga ne odobri zbog pouzdanja u istinitost podataka iz kreditnog registra, a ispostavi se da su oni netačni i to na štetu podnosioca zahtjeva za kredit. Mala je vjerovatnoća da se otkrivena greška neće ispraviti tokom ispitivanja kreditne sposobnosti, ali moguće je i da samo prolongiranje odobrenja novog kredita zbog propusta u dostavljanju ili ažuriranju podataka prouzrokuje štetne posljedice, pa bi u tom slučaju oštećena strana imala pravo i na naknadu izgubljene dobiti. U svakom slučaju, korisnik bi morao da do-

⁶ Pleyer, Klemens, *navedeno djelo*, str. 89.

⁷ Wright, Sue – *International loan documentation*, Palgrave Macmillan, Hampshire-New York, 2006, str. 121.

⁸ Vidi: Wood, *navedeno djelo*, str. 320. Takođe, primjer ove klauzule vidjeti na str. 480–481.

⁹ Više o navedenom slučaju: Kwaw, *navedeno djelo*, str. 108.

kaže postojanje štete. Davanje neistinitih podataka drugim subjektima može korisniku da prouzrokuje i nematerijalnu štetu, npr. u vidu psihičkog bola, pa se smatra da bi korisnik kredita imao pravo i na eventualnu naknadu ove vrste štete.¹⁰ Prema stavu naše sudske prakse, međutim, pravna lica nemaju pravo na ovu vrstu obeštećenja. Ipak, s obzirom da se pravno lice i Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda izjednačava sa fizičkim licem u pogledu prava na pravično suđenje, na pravne lijekove, neometano uživanje imovine, u teoriji postoji shvatanje da bi se u tom slučaju morali prihvatiti i standardi nematerijalne imovine pravnih lica i priznati sudska zaštita prava na nematerijalnu štetu i ove kategorije subjekata.¹¹

U slučaju davanja neistinitih izjava od strane korisnika kredita, koje su bile od uticaja na zaključenje ugovora, kreditor ima pravo na raskid ugovora, kao i odbijanje puštanja narednih tranši u tečaj u slučaju kreditnih linija. Pored toga, davanje ovakvih izjava namjerno ili s krajnjom nepažnjom, može prouzrokovati i odgovornost za naknadu štete. Kreditor se ne smije uvijek pouzdati u istinitost izjava korisnika, s obzirom da ovaj često i nema tačnu predstavu o pitanju o kojem se izjašnjava. Tako npr., izjavu da nema preferencijalnih povjerilaca trebaju provjeriti pravnici kreditora.¹²

Veoma je osjetljivo i pitanje odgovornosti uslijed povrede fiducijarne dužnosti kreditora prema korisniku kredita. U pravilu, banka kao samostalan privredni subjekt, koji ulazi u kreditni odnos prije svega motivisan lukrativnim ciljem, nema ovakvu dužnost prema korisniku. Ovakav stav je potvrđen i u slučaju *Williams & Glyn`s Bank Ltd. v. Barnes*.¹³ Naime, Barnes je kao iskusan privrednik lično pozajmio preko milion funti radi ulaganja u kompaniju koja je bila teško zadužena kod banke, te je i pored ulaganja propala. Barnes je optužio banku da ga je trebala upozoriti na opasnost transakcije, međutim, sud je stao na stanovište da banka nije preuzela izričito ovakvu obavezu prema korisniku kredita. I u jednom

¹⁰ Vidi: Milutinović, Petar/ Dobrić, Vladimir – Pravni položaj kreditnog biroa i zaštita prava korisnika kredita, *Pravni život*, br. 13/09, str. 104.

¹¹ Ibid, str. 105–106. Ta šteta se može sastojati u gubitku kupaca, izostanku pridobijanja nove klijentele, smanjenju broja poslovnih partnera, padu cijene akcija na tržištu, i sl., što je sve posljedica pada ugleda pravnog lica. Navedeni primjeri mogu poprimiti i obilježje izgubljene dobiti, kao oblika materijalne štete, tako da razgraničenje između ova dva oblika štete ne treba rigorozno sprovoditi.

¹² Vidi: Wright, Sue – *International loan documentation*, Palgrave Macmillan, Hampshire-New York, 2006, str. 118. Međutim, i sam korisnik mora povesti računa o istinitosti izjava, s obzirom da prema engleskom pravu lice može biti odgovorno, ako da bilo pisanu ili usmenu izjavu, koja je navela drugu ugovornu stranu da uđe u ugovorni odnos, čak i ako nije imalo namjeru, već je bilo samo nepažljivo prilikom davanja takve izjave. Ibid, str. 119. Takođe, prema pravilima LMA terminkskih kredita, korisnik nema pravo da ispravi grešku nastalu uslijed davanja neistinitih izjava.

¹³ (1981) Com. LR 205. Vidi: Ellinger/Lomnicka, *navedeno djelo*, str. 671–673.

drugom slučaju je naglašeno da je odnos između kreditora i korisnika normalan poslovni odnos i u uobičajenim okolnostima nije fiducijarne prirode.¹⁴

Da bi, prema tome, postojao fiducijarni odnos moraju biti ispunjene posebne okolnosti slučaja, kao što su da jedna strana ima mogućnost ili se obavezala ili praktično postupa u određenoj stvari u interesu druge strane, koja joj je ukazala takvo povjerenje. Takođe, potrebno je da takva mogućnost ili obaveza postupanja u interesu druge strane čini tu stranu ranjivom.¹⁵ Tako je u slučaju *Verity and Spindler v. Lloyd's Bank plc*, činjenično stanje bilo takvo da je banka pružila savjet neiskusnim klijentima da kupe jednu stvar umjesto druge, što se pokazalo lošom investicijom, te je sud stao u odbranu korisnika kredita s obrazloženjem postojanja fiducijarne dužnosti na strani banke.¹⁶

Jedan interesantan slučaj kršenja fiducijarne dužnosti sa elementima odgovornosti za druga lica desio se 1995. god. u američkom pravosuđu. Radi se o slučaju *Scott v. Dime Savings Bank of New York*.¹⁷ Slučaj se počeo odvijati još 1987. god. kad je Leon Scot zatražio od filijale "Dime" kredit u iznosu od 5.000 \$, a kao obezbjeđenje je trebala služiti hipoteka nad kućom njegove 97-godišnje majke. Kreditni službenik ga je, međutim, uvjerio da može dobiti i veći iznos kredita, te mu je odobreno 100.000 \$, a zatim su mu se obraćali i finansijski konsultanti ispred društva *Invest*, koje je imalo ugovor sa kreditorom o obavljanju brokerskih usluga, mjesto za svog službenika u samoj banci, a sami brokери su tretirani kao dvojni službenici banke i brokerskog društva. Brokersko društvo je *Scott*-a navelo na lošu investiciju u iznosu od 52.000 \$, s tvrdnjom da može ostvariti profit u iznosu od 20–25% uložених sredstava. Umjesto ostvarivanja profita, sredstva su propala i *Scott* je u svoje i u ime svoje majke tužio banku i brokersko društvo 1988. god., i to zbog prevare, kršenja fiducijarne dužnosti i nepažnje. Sud je pri-

¹⁴ *National Westminster Bank plc v. Morgan* (1985) AC 686. U slučaju *McEvoy v. ANZ Banking Group Ltd* (1988) sud je zauzeo stav da se od banke ne može zahtijevati da učini nešto bez naknade (pruži finansijski savjet), kada je ona izričito odbila da to čini bilo sa ili bez naknade, a klijent zna da postoje drugi subjekti na tržištu koji pružaju takve usluge uz naknadu. Vidi: *Ellinger/Lomnicka, navedeno djelo*, str. 129.

¹⁵ *Kwaw, navedeno djelo*, str. 106.

¹⁶ (1995) CLC 1557. Vidi: *Ellinger/Lomnicka, navedeno djelo*, str. 131, 673. Slično je presuđeno i u slučaju *Foti v. Banque Nationale de Paris*, (1989) 54 SASR 354, gdje je sud smatrao da je takođe zbog neiskustva klijenta koji nije imao spekulativne namjere, banka trebala da ga upozori da se osigura od rizika koji je preuzeo dobivši kredit denominovan u švajcarskim francima radi kupovine šoping centra. Zbog promjene kursa u odnosu na australijski dolar, pretrpljen je gubitak. Više: *ibid*, str. 130. Kršenje fiducijarne dužnosti je ustanovljeno i u slučaju *Dennis v. BancOhio National Bank, No. 18738* (Perry County). Postojanje navedene dužnosti je jasno uočeno kad je banka počela da daje savjete porodici *Dennis* kako da upravlja farmom, što je rezultiralo finansijskim gubicima. Miješanje u poslove tužioca je išlo čak do te mjere da im je banka naredila da otpuste njihovog nezavisnog konsultanta za marketing. Više o slučaju: *Cassens Moss, navedeni članak*, str. 67–68.

¹⁷ U.S. Dist. LEXIS 4009 (March 31, 1995, amended May 15, 1995).

hvatio navode o postojanju povrede fiducijarne dužnosti i nepažnje. Postojanje fiducijarne dužnosti se moglo uočiti iz činjenice da je banka nagovorila tužioca da uzme i više sredstava nego što je tražio, a zatim ga preko promotivnog materijala ubijedila da investira dobijena sredstva, a fiducijarna dužnost brokera se mogla imputirati banci zbog činjenice dvojnog zaposlenja službenika ovog društva. Na isti način, banci je pripisana i odgovornost za nepažnju. Međutim, dio odgovornosti je pripisan i samom tužiocu.¹⁸

Zloupotreba položaja kreditora

Koncept fiducijarne dužnosti ne treba miješati sa učešćem banke u upravljanju dužnikom, koje vodi statusu tzv. "direktora iz sjenke" i potencijalnoj deliktnoj odgovornosti prema trećim licima. Banka može imati dužnost uviđanja svojevrsnih zabluda klijenta i upozoravanja na iste, ali s druge strane ne smije da se miješa u njegove poslove, jer klijent mora da ostane vlasnik svojih odluka.¹⁹ Jedan vid zloupotrebe položaja u upravljačkoj strukturi saugovarača predstavlja kreditiranje ili uzimanje kredita između matičnog i zavisnog društva, kada matično društvo može odgovarati kako prema saugovaraču- zavisnom društvu čiji je podređen položaj iskoristilo (npr., ugovaranjem veće kamatne stope ukoliko je nastupilo u ulozi davaoca kredita, i obrnuto), tako i prema trećim oštećenim povjericima saugovarača (npr., deliktna odgovornost u slučaju stečaja zavisnog društva).²⁰

Kreditor ne smije ni na drugi način zloupotrebljavati svoj položaj. To se npr. odnosi na postupanje sa sredstvima obezbjeđenja primljenim od korisnika ili trećeg lica. Kreditor je dužan da navedena sredstva obezbjeđenja čuva s pažnjom dobrog privrednika, a u suprotnom biće odgovoran za štetu.²¹ Posebna opasnost zloupotrebe postoji kada se obezbjeđenje sastoji u hartijama od vrijednosti kojima kreditor može raspolagati prema trećim licima. Ukoliko je treće lice bilo savjesno, steći će pravo na osnovu takvog nelegitimnog prenosa, a založni povjerilac će biti građanskopravno i krivičnoppravno odgovoran.²² Inače, založni povjerilac smije da upotrebljava predmet zaloga samo na način kako je to ugovorom određeno.²³

¹⁸ Ishod je bio djelimično priznanje tužbenog zahtjeva u iznosu od 36.000 \$ i prihvatanje banke da da doživotni zakup majci tužioca nad kućom, bez zahtijevanja izvršenja sve do njene smrti.

¹⁹ Tako i Vasiljević, Mirko – *Poslovno pravo*, Udruženje pravnika u privredi, Beograd, 2001, str. 765.

²⁰ Slično: Vasiljević, Mirko – *Kompanijsko pravo*, Pravni fakultet, Beograd, 2005, str. 430–431.

²¹ Vidi: čl.159. st.1. Zakona o stvarnim pravima, *Sl. glasnik R. Srpske*, br. 124/08, 58/09, 95/11.

²² Stojanović, Dragoljub/ Pavićević, Božidar – *Pravo obezbeđenja kredita*, Službeni list SRJ, Beograd, 1997, str. 197. Prema nesavjesnom sticaocu zalogodavac ima pravo na vindikaciju.

²³ *Ibid*, str. 217.

Zloupotreba položaja se može sastojati i u ugovaranju nepravinih klauzula²⁴ koje mogu da prouzrokuju štetu korisniku, kao npr. raskid ugovora bez opravdanog razloga i ostavljanja otkaznog roka. U slučaju spora, sud bi imao pravo da takve klauzule, suprotne postupanju u dobroj vjeri, stavi van snage.²⁵ Primjer postupanja suprotno dobroj vjeri može se sagledati iz slučaja *K.M.C. Co. Inc. v. Irving Trust Co.*²⁶

Naime, sud je presudio da je dužnost banke bila da korisniku da obavještenje prije prekida kreditiranja, bez obzira na njeno diskreciono pravo na odlučivanje o tome da li će predujmiti tražena sredstva. Ova obaveza proizlazi upravo iz principa dobre vjere, koji je banka na ovaj način prekršila. Dužnost dobre vjere je nalagala da se korisniku da vrijeme da pronađe drugi izvor kreditiranja. Automatski raskid ugovora se dozvoljava samo u slučaju ozbiljnijih povreda ugovora od strane korisnika kredita (npr. neplaćanje anuiteta ili drugih naknada kreditoru, neblagovremeno pružanje sredstva obezbjeđenja ili nepružanje traženog sredstva obezbjeđenja u smislu postojanja određenog kvaliteta, i sl.). Ove povrede u ranijim rješenjima njemačkog zakonodavstva daju kreditoru pravo na tzv. raskid ugovora iz važnog razloga, tj. bez ostavljanja otkaznog roka. U slučaju, pak, raskida ugovora bez opravdanog razloga, korisnik kredita ima pravo na naknadu štete.²⁷ I u francuskom pravu je trenutni raskid moguć samo u slučaju “ozbiljne osude ponašanja klijenta” ili kad je prema okolnostima slučaja dokazano da je on “nepovratno kompromitovan”.²⁸ I engleski Zakon o potrošačkim kreditima iz 1974. izričito nalaže kreditoru da korisniku ostavi period od najmanje sedam dana da ispravi prekršaj ili plati dugovani iznos. Ova obaveza postoji čak i kad zahtjev za raskid nije motivisan kršenjem ugovorne obaveze, već se zasniva na specifičnoj klauzuli o gašenju ugovora unesenju u sam tekst istog.²⁹

²⁴ U vezi sa navedenim zahtjevom u EU je usvojena Direktiva 93/13/EES, 05.04.1993, Official Journal of the EC No L 95/29 of 21.04.1993, o nepravinih terminima u potrošačkim ugovorima, kojom se pod nepravinih klauzulama smatraju one koje “prouzrokuju značajnu neravnopravnost u pravima i obavezama iz ugovora, na štetu potrošača”.

²⁵ Vidi: Ellinger/Lomnicka, *navedeno djelo*, str. 675.

²⁶ 757 F.2d 752 (6th Cir.). Vidi: Cassens Moss, *navedeni članak*, str. 66–67.

²⁷ Pritom su iste posljedice bez obzira da li se radi o redovnom ili vanrednom raskidu (tj., sa ili bez ostavljanja otkaznog roka). Vidi: Hopt/Mülbert, *navedeno djelo- knjiga II*, str. 193–196, 295–296.

²⁸ Vidi: Dekeuwer-Defossez, *navedeno djelo*, str. 20. Ovaj autor se poziva na čl. 60. Zakona od 24.01.1984. koji uspostavlja obavezu ostavljanja otkaznog roka u slučaju raskida ugovora o bankarskim kreditima.

²⁹ Vidi: Ellinger/Lomnicka, *navedeno djelo*, str. 81. Ova odredba se ne primjenjuje na preko-račenja računa gdje banka ima pravo na otplatu po istaknutom zahtjevu.

Posebno je naglašen problem zloupotrebe položaja kreditora kod javnih zajmova od strane moćnijih država i međunarodnih finansijskih organizacija ka slabijim državama, gdje se javlja praktično orkestriran napor ka eliminisanju bilo kakve odgovornosti kreditora, čak i u slučaju ozbiljnih posljedica njegovog mišljenja po cjelokupnu ekonomiju dužnika.³⁰ Tako je, npr. Kostarika 1922. god. odbila da honoriše kredite koje je The Royal Bank of Canada dala Federico-u Tinoco-u, iako je znala da će se odobrena sredstva koristiti za lične troškove pensionisanog vladara. Isto tako, na Filipinima su društva povezana sa Markosovim klanom pozajmila sredstva obezbijeđena državnom garancijom, te su poslije plasmana odobrenih sredstava otišla pod stečaj, a dugove ostavila vladi. Prema New York Times-u, dug je iznosio 9.59 milijardi dolara.³¹

Jedna od bitnih ugovornih obaveza kreditora, koja može biti veoma značajna za klijenta je i dužnost čuvanja poslovne tajne, te njeno nepoštovanje takođe može prouzrokovati odgovornost i obavezu snošenja štetnih posljedica. Međutim, navedena obaveza nije apsolutna, s obzirom da kreditor ima dužnost odavanja i tajnih podataka kada je to u skladu sa zakonom, kao u slučaju podnošenja zahtjeva od strane organa gonjenja, sudova, poreskih organa, i sl.

Takođe, kreditori i sami ponekad razmjenjuju podatke o korisnicima kredita radi stvaranja tzv. crnih lista i zaštite od nesavjesnih klijenata. Obaveza dostavljanja podataka postoji i prema nacionalnim kreditnim registrima, čije podatke mogu koristiti samo subjekti koji imaju opravdan interes (po pravilu, sami kreditori prilikom ispitivanja kreditne sposobnosti podnosioca kreditnog zahtjeva).

ZORAN VASILJEVIĆ, LL.M.,
Senior Assistant, Faculty of Law, University in Banja Luka

LIABILITY UNDER THE LOAN AGREEMENT

Summary

The subject of this article is the question of contractual parties liability under the loan agreement. Contractual liability arises in the case of breach of contractual obligations and principles of contract law. The sanction consists in the right to compensation for damages caused by contractors,

³⁰ Više o navedenom problemu: Raffer, Kunibert – *Risk of lending and liability of lenders*, www.ebsco.com, str. 85–106.

³¹ *Ibid.*, str. 102.

but in the case of serious injury counterparty may be entitled to the annulment or cancellation of the contract. As to the scope of indemnity, it fit only for foreseeable damage, ie. actual damage and lost profit. Although the parties have independent legal personality in relation to their employees, they are liable for their actions, too. However, we must distinguish between the responsibility for exceeding the authority and responsibility for damage caused by the exercise of delegated tasks. Also, there is a different regime for exemption from liability for exceeding authority depending on whether the persons who exceed their authority have the status of authorized representative or agent.

Statutory exemption from contractual liability is possible in case of force majeure, then in the case if a party proves that it has provided the necessary standard of care and due to the guilt of other. The contracting parties may exclude or mitigate the consequences of their liability by contractual provisions, ie. contracting so-called exoneration clauses. In doing so, the liability can not be excluded if the damage was caused intentionally or by gross negligence or in the case of ordinary negligence if the exclusion is a consequence of the unequal relations of the parties.

TAMARA MILENKOVIĆ-KERKOVIĆ,
VLADIMIR DINIĆ

PRAVNI ASPEKTI ZABRANE KAMATE U POSLOVIMA ISLAMSKIH BANAKA

U V O D

U pravnim poslovima bankarskog prava poniklim na pravnoj tradiciji rimskog prava, kako u pravnoj porodici *common law*-a tako i *civil law*-a, poslovanje finansijskih institucija zasnovano je na principima vremenske vrednosti novca i kamate, kao nadoknade za odricanje od sadašnje potrošnje. Međutim, ovi principi nisu karakteristični za finansijske institucije islamskog sveta, koje kao osnovna načela svog poslovanja imaju religijske postavke definisane Kur'anom i drugim običajnim izvorima prava.

Jedno od osnovnih i najpoznatijih pravila šerijatskog prava je ono, po kome je finansijskim institucijama zabranjeno ubiranje prihoda od kamate. U čemu se tada ogleda ekonomski interes poslovanja ovih institucija? Odgovor leži u činjenici da šerijatsko pravo, iako zabranjuje kamatu, dozvoljava ovim institucijama da naplaćuju naknadu za usluge koje obavljaju, kao i naknadu za rizik koji preuzimaju. Stoga su subjekti islamskog bankarstva razvile niz finansijskih aranžmana, tj. modela finansiranja koji im mogu obezbediti prihode, koji nisu u sukobu sa zabranama šerijatskog prava. Dok su neki od ovih pravnih poslova gotovo identični

Dr Tamara Milenković-Kerković, profesor Ekonomskog fakulteta Univerziteta u Nišu.
Vladimir Dinić, student master studija Ekonomskog fakulteta Univerziteta u Nišu.

modelima finansiranja od strane klasičnih subjekata (banaka i drugih finansijskih institucija zapadnog sveta) sa druge strane, neke od najzastupljenijih transakcija u ponudi islamskih banaka su *sui generis* poslovi. Međutim, najveći broj ovih poslova, na šta kritičari veoma često ukazuju, upravo je i nastao sa ciljem da tehnikom transakcije koju obuhvataju prikriju činjenicu da banka *de facto* naplaćuje od klijenta vremensku vrednost novca tj. kamatu (riba) dok sa druge strane odsustvo kamate kao motiva za depozitne poslove u islamskom bankarskom sistemu, umnogome utiče na investicionu motivisanost privrednih subjekata u islamskim zemljama.

Pitanje održivosti poslovanja klasičnih finansijskih institucija, potencirano višegodišnjom finansijskom i ekonomskom krizom aktuelizuje perspektive nove paradigme finansijskih institucija gde bi se islamske finansijske institucije mogle poimati kao provajderi modela finansiranja, podobnih da eventualno ublaže probleme, koje su imanentne kriznim dešavanjima u svetskoj ekonomiji i finansijama. Takođe, i sve veći broj islamskih finansijskih institucija prisutih u zapadnim neislamskim zemljama, ukazuje na potrebu poimanja koncepta kamate, razumevanja njene zabrane, kao i načine prevazilaženja imperativnih normi o kamati, kroz kreaciju brojnih specifičnih finansijskih aranžmana.

Poreklo i karakteristike Šerijatskog prava

Šerijat predstavlja verski zakon Islama, suštinski deo ove veroispovesti, sa ishodištem u predislamskom običajnom pravu. Prema shvatanjima muslimana, šerijat je utemeljen na Božijoj objavi i izveden iz četiri glavna izvora (Prijevod Kur'ana, 2006):

1. *Kur'an* koji je sveta knjiga Islama, objava Božjih reči čovečanstvu, preko Božjeg poslanika (proroka) Muhameda. Od 6236 izreka (sura) koje Kur'an sadrži, pet stotina se odnosi na pravo ili predstavljaju pravne norme kojima se reguliše život zajednice.

2. *Sunnet* – predstavlja tradiciju koja je nastala iz života Prorokovog i predstavlja sva njegova dela, postupke, način života, kao i prećutno odobrenje tuđih dela, učinjenih nakon što je Muhamed počeo da propoveda Islam. Ova praksa, koju muslimani smatraju normativnom, predstavlja, zapravo, presedane načinje ne tokom Muhamedovog života i svaki od tih postupaka naziva se *hadis*. Ukupnost *hadisa* čini *sunne* a koje su religiozna uputstva vernicima. Pravila nastala na osnovu religiozne prakse, prenošena su, najpre, usmeno, da bi se potom te norme sistematizovale, pismeno uobličile i dobile svoje realne forme, kako se to već dešavalo i u drugim arhaičnim pravnim sistemima, kako onim zasnovanim na reli-

gionim propisima (Talmud – Mišna i Gemara)¹ ali i u sistemima čija su pravila izvorno svetovnog porekla, poput rimskog prava.

1. *Idžma ul Umet* – predstavlja arapski termin koji označava konsenzus zajednice (Ummeta) i stavove islamskih naučnika o određenim nejasnim pravnim problemima i normama šerijatskog prava. I ova tumačenja, najpre Muhamedovih drugova, potom njegovih učenika i, najzad, priznatih naučnih autoriteta Islama, imaju svoj pandan u drugim pravnim sistemima, poput Gemare iz hebrejskog prava, delatnosti pontifeksa tokom kreacije starog rimskog *ius civile* odnosno postglosatora, koji su stvarali pravna mišljenja i stavove na osnovu pozitivnog prava.

2. *Kijas* – predstavlja donošenje određenih zaključaka na osnovu prva tri izvora, dakle svojevrstu sintezu i pravna tumačenja postojećih normi.

Nastanak i organizacija islamskih banaka

I pored toga što postoji veliki broj definicija instituta islamske banke, u najviše izvora se može naći ona po kojoj je islamska banka, zapravo, finansijska institucija koja dobrovoljno pristaje da istovremeno posluje po važećim zakonskim propisima u zemlji u kojoj je osnovana i po principima šerijatskog prava (Ebrahim, Joo 2001, 314–337).

Prve konkretne ideje o razvijanju sopstvenih finansijskih institucija, koje bi počivale na šerijatskom pravu, i pored duge tradicije Islama, javljaju se relativno kasno, tek početkom 20. veka, dok je prva finansijska institucija, koja je počivala na principima šerijatskog prava osnovana 1963. god. u Egiptu (*Mit Ghimar*) da bi već 1967. god. bila zatvorena. Svoj potpuni procvat islamske finansijske institucije su doživele tek nakon 1990. godine (*Islamic Research And Training Institute*,

¹ Usmena i pisana predanja jevrejskog naroda su do današnjih dana očuvana u dve odvojene grupe tekstova, čija je i popularnost i sudbina veoma različita. Prva od tih književnih tvorevina je Biblija, poznata pod imenom Stari zavet, koja je ponikla u krilu jevrejskog naroda ali postala značajni i nerazdvojni deo ukupne svetske kulturne baštine, a od dvadeset i četiri knjige koje je čine, versku svetinju za Jevreje predstavlja samo njegov prvi deo, poznat po akronimu TANAH (prema početnim slovima naslova njegovih delova: *Torā* – Zakon, *Petoknjižje*, *N'vūm*-Proroci i *K'tuvīm*-Spisi) i uz svoj istorijski, religijski i književni značaj, starozavetni spisi predstavljaju zbirke pravnih pravila, zakona ali i etičkih, higijenskih, i svih drugih pravila kojima je usmeravan život ovog naroda tokom hiljada godina. Drugi zbornik zapisanog predanja predstavljaju, mnogo manje poznata ali neuporedivo obimnija dela, zvan talmudskom književnošću. Talmud predstavlja zbornik celokupnog usmenog predanja, izražen kroz tekstove Mišne i Gemare, postoji u dva posebna izdanja, kao Jerusalimski i kao Vavilonski Talmud. Svi se tekstovi unutar ovog velikog dela mogu podeliti na *halahā* – a što se može prevesti kao pravilo ili propis, koje je ustaljeno, sa obavezjućom snagom, dok je drugi deo obavezno činila *hagadā* – koja predstavlja pripovedačko-legendarni deo predanja, sa zadatkom da objasni i pouči i time pruži egzegezu pravila. Dok je *halahā* normirala život i imala za cilj stvaranje pravila, svrha *hagade* je bila da pravilo objasni i približi, i time narod pripremi i odgaji u duhu tih normi. Više o tome, Verber, E. Povijest Talmuda, u Talmud, Rijeka, 1982, str. 9–136.

2004). Pored toga, moguće je pronaći i podatke da su tokom srednjeg veka pojedini modeli finansiranja zasnovani na islamskim religioznim principima, koji zabranjuju naplatu kamate, bili zastupljeni, kako među muslimanima, tako i među hrišćanima i Jevrejima, nakon čega su izgubili na značaju tokom kolonizacije da bi do obnavljanja islamskih finansijskih institucija došlo u drugoj polovini 20. Veka. (Chapra, Khan 2000).

Da bi implementacija principa šerijatskog prava bila uspešna, islamske banke, u savremenim uslovima, u okviru svoje organizacione strukture formiraju posebne organizacione jedinice nadležne za kontrolu usklađenosti bankarske prakse sa temeljnim načelima Islama. Ove organizacione jedinice su poznate kao "Verški nadzorni odbor" ("*Religious Supervisory Board*" – RSB) i u njih čine stručnjaci za islamsko bankarsko pravo koji redovno kontrolišu sve poslove banaka i da daju savete banci u cilju osiguranja usklađenosti sa principima šerijatskog prava (Saeed 1999, 108).

Danas islamske banke u manjoj ili većoj meri funkcionišu u velikom broju muslimanskih zemalja, ali se sve više šire i na nemuslimanske zemlje. Pored zemalja, poput Irana, Pakistana i Sudana, gde su ove banke jedine finansijske institucije, u nizu drugih zemalja islamske finansijske institucije posluju paralelno sa klasičnim finansijskim institucijama, kako je to, primera radi u Maleziji, Indoneziji i Egiptu. Kako nema uniformnog odgovora po pitanju operativnih načela i pravnog okvira po kojima bi ove banke trebalo da funkcionišu, svaka od zemalja pristup ovim pitanjima uređuje na immanentan način, stvarajući tako raznorodnu praksu i regulativu.

Malezija se smatra pretečom islamskog bankarstva, a prve su banke osnovane nakon što je Parlament usvojio *lex specialis*, u vidu "Islamic Banking Act" (IBA) 1983. godine, nakon čega je donet još niz akata, od kojih je najznačajniji "Banking and Financial Institutions Act" (BAFIA) iz 1989. godine, a koji je imao uticaja i na klasične finansijske institucije, budući da ih je ograničio jedino na obavljanje depozitnih poslova, kreditnih poslova i poslova sa čekovima. Bankarske poslove zasnovane na šerijatskom pravu mogu obavljati samo finansijske institucije, koje za to poseduju dozvolu resornog ministra. Za poslovanje na načelima šerijatskog prava i njemu immanentnih pravila o zabrani kamate, u Indoneziji je od najvećeg značaja bilo donošenje zakona iz 1998. god. ("Law No. 10") iako je i prethodni zakon ("Law No. 7") iz 1992. već regulisao bankarske poslove vezane za učešće u respodeli ostvarenog profita ("profit-sharing"). Međutim, "Law No. 10" je regulisao postojanje sistema dualnog bankarstva, tj. istovremenog funkcionisanja islamskih i tradicionalnih banaka, čime je pružena je mogućnost banakama da odaberu koncept svog poslovanja. Usled brojnosti neregulisanih pitanja, koja se javljaju kao posledica specifičnosti poslova islamskih banaka, pravo u ovoj zemlji se u velikoj meri oslanja na precedentno pravo, pri čemu kao reference uzima praksu ostalih muslimanskih zemalja, kao što je Pakistan. Po mnogo čemu je slič-

na situacija i u većini drugih islamskih zemalja, u Kataru, Sudanu, Kuvajtu, Jordanu, Gambiji, Bahreinu, Iranu, Turskoj, Ujedinjenim Arapskim Emiratima, Jemenu, Pakistanu, gde su islamske banke predmet regulacije centralnih banaka, s tim što većina prihvata dvojni sistem, paralelenog funkcionisanja tradicionalnih i islamskih banaka ovih zemalja.

I u neislamskim zemljama implementacija koncepta islamskog bankarstva rađa brojna pitanja, pa tako primera radi, u Velikoj Britaniji, prisustvo velikog broja stanovnika islamske veroispovesti, dovodi do potrebe prilagođavanja pravnog sistema pravilima i poslovanju finansijskih institucija šerijatskog prava, što je omogućeno već 2003. god. od strane nacionalne regulatorne institucije (FSA) a prema podacima iz 2008. godine (Ahmad, 2008) dvadeset i jedna finansijska institucija u ovoj zemlji pruža finansijske usluge muslimanskom stanovništvu, pri čemu nema ograničenja za osnivanje i poslovanje islamskih finansijskih institucija. Najveći problem u svim neislamskim zemljama za poslovanje ovih banaka predstavlja primena Bazelskih standarda adekvatnosti kapitala, kao i problem računovodstvenog tretmana određenih kategorija u bilansima ovih banaka koje nemaju adekvatan pandan u strukturi bilansa klasičnih banaka. Veliku ulogu u standardizaciji računovodstvenih standarda za islamske banke, moglo bi da odigra telo poznato kao "Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institutions (AAOIFI)" a pre svega u pogledu procene stepena rizika kojem su ove banke izložene.

Izvori principa islamskog bankarstva

Razlozi postojanja i ustrojstvo islamskih banaka ne razlikuju se mnogo od onih kod zapadnih banaka, jer cilj i kod jednih i kod drugih predstavlja ostvarenje profita po osnovu pozajmljivanja novca ili kapitala. Međutim, u odnosu na klasične banke postoje i određene razlike, koje se ispoljavaju u sledećim karakteristikama: kamata ("riba") je zabranjena, kao i zelenašenje ("usury"); najvećim svojim delom, islamska ekonomija počiva na svojevrsnom udruživanju resursa (npr. rada i kapitala).

Osnovna načela islamskog bankarstva počivaju na zapovestima i poukama Kur'ana, a kojima se izričito zabranjuje upotreba kamate i ohrabruje se udruživanje rada i kapitala, a neke od njih su i:

"Oni koji prisvajaju kamatu neće preživeti Sudnji dan, kao što ga neće preživeti ni onaj koga je dodirom đavo izbezumio, zato što su govorili: "Kamata je isto što i trgovina." A Allah je dozvolio trgovinu, a zabranio kamatu. Onome do koga dopre pouka njegovog Gospodara - pa se uzdrži, njegovo je ono što je ranije stekao, njegov slučaj će Allah rešavati; a oni koji to opet učine - biće stanovnici Pakla, u njemu će večno ostati."(Kur'an 2:275).

Moglo bi se reći da ovom porukom Kuran izričito zabranjuje obavljanje svih onih poslova koji na direktan ili indirektan način podrazumevaju naplatu kamate. Pored ovih, ima i mnogih drugih sura koje izričito zabranjuju kamatu.²

Pored toga što zabranjuju kamatu ove sure jasno govore i o obavezi pisane forme ugovora među vernicima, što je takođe karakteristika svih arhaičnih pravnih sistema, koji su zahtevali pisanu formu *ad solemnitatem* ili svečanu formu kao nerazdvojivi deo zaključenog pravnog posla. Pored zabrane naplate kamate, islamskim bankama je zabranjeno i finansiranje određenih projekata vezanih za proizvodnju alkohola, svinjskog mesa, kockanje i ostale delatnosti koje se prema islamskim shvatanjima smatraju nezakonitim (hg.org 2012.) pa je u tom smislu zabranjena upotreba derivata (opcije, fučersi,...) kao i kupovina na berzama, spekulativna kupovina i prodaja u kratkim vremenskim intervalima i slične aktivnosti.

Shvatanje kamate u islamskom običajnom pravu i literaturi

Većina teoretičara kamatu definiše kao naknadu za odricanje od potrošnje u sadašnjosti, odnosno kao cenu za korišćenje pozajmljenog novca tokom određenog perioda vremena. Moguće je naći i shvatanja po kojima kamata, u stvari, predstavlja samo jedan oblik dohotka, koji se ni po čemu ne razlikuje od profita po osnovu različitih ulaganja. Pre svega, pojedini autori smatraju da je kamata u velikoj meri slična dividendi, iako kupovina akcija određene kompanije predstavlja realnu investiciju za razliku od pozajmljivanja novca, a takođe sa sobom nosi viši stepen rizika.

Međutim, muslimani smatraju da se novčani kapital ne može tretirati na isti način kao i realni kapital uložen u konkretnu proizvodnju. Upotreba kamate (*riba*) je u Islamu izričito zabranjena, pre svega jer se smatra “nezarađenim dohotkom”, tj. njeno postojanje stvara grupu ljudi koji ne čine ništa korisno za društvo, već žive od kamate kao sigurnog prinosa na sopstveni kapital, pri čemu u velikoj meri indirektno eksploatišu druge ljude. Pored toga, budući da se u Islamu novac po-

² Veliki broj sura se odnosi upravo na zabranu naplate kamate, poput: “Ako je dužnik u nevolji, onda pričekajte dok bude imao; a još vam je bolje, neka znate, da dug poklonite” (Kur’an 2:280) “O vernici, bojte se Allaha i od ostatka kamate odustanite, ako ste pravi vernici” (Kur’an 2:278), “O vernici, zapišite kada jedan od drugog pozajmljujete za određeni period. I neka jedan pisar između vas to verno napiše i neka pisar ne uzdržava da napiše, Allah ga je poučio; neka on piše, a dužnik neka mu u pero kazuje i neka se boji Allaha, Gospodara svoga, i neka ne umanjí ništa od toga.... A ako to ne učinite, onda ste zgrešili. I bojte se Allaha – Allah vas uči, i Allah sve zna” (Kur’an 2:282), “A novac koji dajete da se uveća novcem drugih ljudi neće se kod Allaha uvećati, a za milostinju koju udelite da biste se Allahu pomolili, bićete višestruko nagrađeni” (Kur’an 30: 39), kao i druge.

smatra kao sredstvo razmene i mera vrednosti, pa kao takav nema materijalnu vrednost, u tom smislu ne može biti dozvoljeno njegovo povećanje na bazi njegovog pozajmljivanja. Ljudski napor, inicijativa i spremnost za preuzimanjem rizika u proizvodnji su mnogo važniji nego novac kojim bi se to finansiralo (Ahmad, Hassan 2012, pp 17).

I etički razlozi se u literaturi navode kao oni koji dovode do ove zabrane jer kamata utiče na povećanje nejednakosti u raspodeli dohotka između bogatih i siromašnih. Kada su siromašni konstantno siromašni, a bogati konstantno bogati, to za posledicu ima ugnjetavanje, konsekventno društveno raslojavanje i nemire. Uzrok ovoj pojavi je upravo kamata, budući da ona omogućuje bogatima da investiraju bez preuzimanja rizika, što inače ne omogućuje nijedan drugi vid realnih investicija (Nzibo 2012, 27). Kamata kao nagrada za štednju nema moralnu potporu, tj. odricanje od sadašnje potrošnje ne zaslužuje finansijsku nagradu.

U literaturi se takođe ističe i da je konstatna inflacija u zapadnim ekonomijama upravo posledica postojanja kamate. Naime, bankarski krediti su jedan od izvora povećane tražnje, bez postojanja realnih transakcija koje bi dovele do povećanja ponude, i samim tim usklađivanja ponude i tražnje na istom nivou cena. To je shvatanje upravo suprotno od onih, po kojima je kamata opravdana jer svojim velikim delom predstavlja kompenzaciju za obezvređenje novca usled inflacije (Nzibo 2012, 127). U tom smislu je koncept islamskog bankarstva bolji u odnosu na koncept klasičnog bankarstva, jer ne dovodi do kreiranja fiktivnog novca bez realnog pokrića u zlatu ili određenoj robi.

S druge strane, u pojedinim izvorima (Nico 2009, 409–430) se mogu naći i shvatanja da pod "ribom" treba podrazumevati jedino veoma visoku kamatu, koja je neracionalna i eksploatorska, tj. Zelenaška, iako drugi autori (Kahf 2012, 13–14) tvrde da je ovo shvatanje u stvari samo pogrešno interpretiranje poruka iz Kur'ana koje izričito zabranjuju da poverilac na dan dospeća duga zahteva povraćaj sume veće od pozajmljene.

U nekim izvorima (Ahmad, Hassan 2012, 12–16) se može naći i shvatanje, po kome je umerena kamata pogodna jedino ukoliko se sredstva plasiraju u proizvodne namene, dok za potrošačke kredite ona ne bi trebalo da se naplaćuje. Time se razgraničavaju potrošački od investicionih kredita. U istom izvoru se može naći, čak i shvatanje da se principi definisani u Kur'anu odnose samo na pojedince, tj. fizička lica, ali ne i na institucije, poput banaka. Prema tom shvatanju, pojedinci imaju pravo na kamatu po osnovu deponovanih sredstava kod banke, budući da u tom slučaju nije prihvatljiv argument, po kome pojedinac eksploatiše banku. Ovo shvatanje je naišlo na niz kritika. Sličan stav se može pronaći i u nekim drugim izvorima (Gamal 2001, 2) u kojima se postavlja pitanje na koji je način moguće da pojedinac putem kupovine obveznica države ili neke snažne kompanije eksploatiše tu kompaniju, tj. smatra se da kamata ne mora uvek imati eksploatatorski karakter, već često i dobrovoljni.

Inače je dozvoljeno da korisnik zajma vrati zajmodavcu veći iznos od onog koji je pozajmio, ali ova transakcija ne sme biti unapred ugovorena, tj. mora biti bazirana na dobrovoljnoj osnovi (Nzibo 2012, 31). Iako postoje argumenti da bi bez kamate nestala štednja, pristalice koncepta islamskog bankarstva smatraju da će za profitabilne projekte uvek biti dovoljno investitora spremnih da snose rizik ulaganja u te projekte. Sa druge strane, postavlja se pitanje da li različite finansijske usluge koje pružaju banke u sebi sadrže skrivene elemente kamate, što otvara širok prostor za diskusiju.

*Oblici profita kao potencijalni oblici
skrivenih prihoda po osnovu kamate*

Iako je po Kur'anu i ostalim izvorima šerijatskog prava kamata izričito zabranjena, islamska trgovačka praksa je razvila, a potom su i banke prihvatile različite mehanizme finansiranja, koji donose različite vrste prihoda, koji se deklarativno razlikuju od kamate.

Treba imati u vidu da inače postoje dve osnovne vrste kamate: klasična kamata po osnovu povećanja vrednosti kapitala bez preuzimanja rizika i pružanja usluga i, s druge strane, razmena dobara u različitim odnosima razmene. Dok je prvi oblik ribe zabranjen po Kur'anu, drugi je zabranjen po Sunetu. Tačnije, Kur'an ne podrazumeva samo zabranu kamate po osnovu pozajmljivanja novca, već zabrana naplate kamate ima širi smisao. Naime, zabranjeno je i ostvarivati zaradu po osnovu vraćanja pozajmljene robe u većoj količini ili u većoj vrednosti od pozajmljene. Takođe, pod ribom se podrazumevaju i prihodi po osnovu veštački stvorene nestašice, po osnovu zloupotrebe dominantnog položaja, povećanje cene proizvoda po osnovu različitih metoda plaćanja, itd. (Hosein 1997, 5–7).

Pri tom, treba imati u vidu specifičan karakter trgovačke aktivnosti, budući da trgovina olakšava razmenu i time stvara vrednost, pa profit koji ostvaruju trgovci nema karakter "ribe". Upravo na ovom shvatanju je nastao čitav set poslova koje obavljaju islamske banke, a koji su povezani sa trgovačkom aktivnošću (Siddiqi, 2004, 35).

*Tri vrste pravnih poslova koje primenjuju
islamske banke*

Koncept islamskog bankarstva se u suštini bazira na čitavom setu različitih pravnih poslova, koji se mogu podeliti u tri osnovne grupe (Erico, Farahbakhsh 1998): a) Poslovi zasnovani na učešću u profitu; b) Depozitni poslovi; c) Ostali poslovi.

Poslovi zasnovani na učešću u profitu. – Trgovačka praksa u islamskim zemljama je tokom vremena razvila različite aranžmane, prihvaćene i od strane banaka, pri čemu se najznačajnije transakcije temelje na udruživanju resursa banke, tj. investitora i zajmprimca, tj. preduzetnika.

Kako je ugovaranja kamate, kao unapred definisanog profita banke izričito zabranjenom, od investitora se očekuje da zajedno sa preduzetnikom snosi celokupan rizik projekta, tj. da ima pravo na učešće u ostvarenoj dobiti kod uspešnih projekata, kao i da, u drugom slučaju, snosi gubitak. Uslovno rečeno, jedini izuzetak u ovom slučaju bi bili zajmovi odobreni državi, koji u principu nisu profitabilni.

U tom smislu, smatra se da profit koji banka ostvaruje po osnovu ove grupe aranžmana nema karakter kamate, budući da on zavisi od visine ukupnog profita projekta i određuje se *ex post*, dok se visina kamate u principu određuje *ex ante*, po zaključenju posla. Po ovom konceptu, banke umesto da ostvaruju kamatu, imaju pravo da ostvaruju profit po osnovu prihvatanja rizika, ili po nekim drugim osnovama, čime se ovi poslovi pretvaraju u aleatorne pravne poslove, kod kojih vrednost uzajamnih davanja nije unapred poznata. U pitanju su aranžmani zasnovani na takvom pravnom odnosu između banke i korisnika aranžmana koji podrazumevaju unapred definisano učešće oba učesnika u ostvarenom profitu ili način pokrića gubitka. Kao osnovne oblike ovih aranžmana možemo navesti:

a) *Učešće u profitu (Mudharabah – “profit and loss sharing”)* je jedan je od najznačajnijih poslova kojima se bave islamske finansijske institucije. U odnosu osnovni vid transakcije, kod koje oba učesnika ulažu kapital, kod ovog pravnog posla banka je jedina koja ulaže kapital, dok preduzetnik ostale resurse. Ovaj aranžman podrazumeva davanje kredita, odnosno ulaganje kapitala od strane investitora, tj. banke, sa jedne strane, i ulaganje rada i ostalih fizičkih i intelektualnih resursa od strane preduzetnika (abdullahsaeed.org 2012). Predmet ovog ugovora je učešće u riziku odnosno podela ostvarenog profita po unapred određenoj proporciji, dok sa druge strane, nije dozvoljeno unapred odrediti paušalni iznos profita koji bi pripao nekom od učesnika, jer postoji opasnost da u tom slučaju ostvareni profit bude manji od iznosa koji bi pripao banci, tako da bi preduzetnik ne samo ostao bez profita, već bi čak možda ostao i dužan banci.

U slučaju gubitka, rizik u potpunosti snosi investitor, tj. banka. Izuzetak od ovog pravila postoji jedino u slučaju ukoliko se dokaže da je preduzetnik bio nemaran, u kom slučaju on snosi celokupni rizik gubitka. Da bi banka smanjila rizik gubitka po ovom projektu, ona nema pravo da traži kolateral od preduzetnika iz čije vrednosti bi pokrila gubitak. Pravo da traži kolateral banka ima jedino sa ciljem smanjenja moralnog hazarda, odnosno da bi sprečila preduzetnika da na bilo koji način izbegne neke od svojih obaveza.

Preduzetnik ima potpuno slobodu da samostalno upravlja projektom za koji je po osnovu ovog aranžmana dobio sredstva od banke. Ovi ugovori se ne zaključuju na određeni vremenski period, ne mogu prestati protekom vremena,

pa stoga imaju elemente ugovora o ulaganju a ne kreditnog posla. U slučaju da ugovor prestane izjavom volje jedne od ugovornih strana ona je o tome dužna da obavesti drugu stranu (Saeed 1999, 57). Smatra se da je razlog zbog kojeg je ovaj posao dozvoljen činjenica da je zadovoljen princip jednakosti (koji, prema shvaćanjima muslimana, ne postoji kod kamate) odnosno, iako investitor nakon ulaganja novca, praktično nema obaveza, sa druge strane, on je taj koji mora da apsorbuje gubitak ukoliko je projekat neuspešan (Saeed 1999, 55). Naime, u ovom poslu je banka faktički investitor koji preuzima rizik, pa samim tim nema elementa kamate u profitu koji bi ostvarila.

b) *Zajedničko ulaganje (Musharakah)* predstavlja specifičan oblik "mudarah" aranžmana koji se primenjuje na poslovne entitete i podrazumeva zajedničko ulaganje kapitala banke i preduzetnika u određeni projekat u određenoj proporciji. Pritom proporcija, u kojoj bi obe strane učestvovala u raspodeli profita, ne mora odgovarati proporciji uloženog kapitala, ali proporcija učešća u gubitku mora biti identična proporciji uloženih sredstava. Takođe, kod ovih transakcija, nije dozvoljeno ugovaranje profita u fiksnom iznosu, iz istog razloga koji postoji kod "mudarabe". U okviru ovog aranžmana banka ima pravo na svoje predstavničke u organima upravljanja pravnog lica, sa kojim je ušla u aranžman.

c) *Musharaka al-Mutanaqisa* je bankarski posao koji podrazumeva kreiranje novog pravnog entiteta, gde banka i komitent unose sredstva u određenom procentu. Novostvoreni privredni subjekat kupuje predmet koji je potreban klijentu i za čije korišćenje klijent plaća rentu pravnom licu. Nakon što otplati određen broj rata, predmet koji je do tada koristio prelazi u njegovo vlasništvo. Ovaj aranžman ima veliki broj elemenata lizinga, ali se od njega razlikuje po tome što klijent u ovom slučaju ulazi u određenu vrstu finansijskog aranžmana uz učešće i otplatu rentiranog predmeta, odnosno otkupljuje učešće banke u vrednosti zajednički kupljenog predmeta ugovora. Praktično, putem ovih otplata klijent menja svoj status suvlasnika u status jedinog vlasnika predmeta ugovora. Uporedo sa otkupom vlasništva predmeta ugovora, povećava se i učešće korisnika aranžmana u ostvarenom profitu, dok se sa smanjenjem učešća banke u vrednosti predmeta ugovora smanjuje njeno učešće u ostvarenom profitu. Uglavnom se ova vrsta transakcije koristi kod novih industrijskih, poljoprivrednih projekata ili uslužnih poslova, dok se ređe koristi kod komercijalnih poslova (Saeed 1999, 64-65).

d) *Musaqat i Muzarah* aranžmani predstavljaju specifični oblik prethodnog aranžmana, kod kojih se prvi primenjuje se u voćarskoj proizvodnji a drugi u poljoprivrednoj proizvodnji, dok se profit deli u srazmeri uzajamnog učešća.

f) *Direktne investicije* – kod ovih je poslova u pitanju je koncept koji se ne razlikuje od klasičnog bankarstva. Zasniva se na učešću u akcijskom kapitalu različitih kompanija, pri čemu je zabranjeno ulaganje u one privredne aktivnosti koje islama religija zabranjuje.

Depozitni poslovi islamskih banaka

Depozitni poslovi islamskih banaka su veoma specifična kategorija, budući da je potrebno, sa jedne strane, motivisati deponente da polože određena sredstva u banku, dok je sa druge strane je neophodno poštovati zabranu davanja kamate na depozite, takođe zabranjenu. Stoga je kauza ovih poslova drugačija od kauze poslova u bankarskim poslovima, poniklih na tradiciji građanskog prava. Dok kauza depozitnih poslova, poniklih na evropskoj pravnoj tradiciji, izvire iz prirode građansko pravnog instituta ostave (*depositum*) kao i naloga, čija je pravna svrha čuvanje stvari i ubiranje plodova, ukoliko je predmet ostave novac ili finansijski derivat, depozitni poslovi islamskog bankarstva imaju prevashodno aleatornu prirodu i temelje se na prihvatanju rizika budućeg posla.

Kao neke od poslova kojima islamske banke pokušavaju da prikupe depozite islamskog stanovništva mogu se navesti:

a) “*Two windows*” u okviru kog aranžmana depozitari imaju mogućnost da izaberu vrstu depozita koji žele da polože, a njihov se izbor u krajnjem može sveći na izbor između transakcionih i investicionih depozita.

U slučaju transakcionih depozita, banka bi bila dužna da izdvoji 100% obavezne rezerve na te depozite, iako je to retko u praksi, a takođe je dužna da u potpunosti garantuje vrednost deponovanih sredstava njenih klijenata. Ovi depoziti su dostupni po viđenju. Investicioni depoziti su namenjeni različitim investicionim projektima, koji sa sobom nose određeni stepen rizika. Banka ne bi imala obavezu da izdvaja obavezne rezerve na ove depozite, ali bi deponenti u potpunosti snosili rizik ulaganja, odnosno učestvovali u pokriću gubitka, ali i u podeli profita u ugovorom definisanom procentu. Ovi depoziti mogu biti povučeni jedino o roku dospeća.

Ukoliko se uzmu u obzir karakteristike ovog aranžmana mogu se uočiti brojne sličnosti sa investicionim fondovima, kod kojih vrednost investicione jedinice koju kupuju zainteresovana lica zavisi od vrednosti finansijskih instrumenata, koje se nalaze u *portfolio* investicionog fonda. Inače su investicioni depoziti povezani sa aranžmanom poznatim kao dvostrani posao (“*two tier*”) odnosno “*mudarabah*”. U ovom slučaju, aktiva i pasiva banke su potpuno integrisane. Preciznije, na aktivnoj strani bilansa stanja, banka istupa kao finansijer različitih projekata u okviru klasičnog “*mudarabah*” aranžmana, i tu ne postoji razlika u odnosu na prethodni slučaj. Sa druge strane, u pasivi bilansa stanja se depoziti klijenata banke posmatraju kao svojevrsne investicije, pa bi i vrednost deponovanih sredstava bančinih klijenata zavisila od stepena uspešnosti banke u plasiranju svojih sredstava. Posledica ovakvog aranžmana je da bi bančini deponenti koji sa bankom sklope “*mudarabah*” ugovor o depozitu time, praktično, pristali da finansiraju banku kao preduzetnika i da snose rizik vezan za uspeh projekata u koje je banka investirala. Između ostalog, putem ovog aranžmana se podstiče štednja

među islamskim stanovništvom, budući da je štednja u islamskim zemljama zbog relativno niskog nacionalnog dohotka po stanovniku i zabranjene kamate uglavnom relativno mala. U tom smislu je i deponentima dozvoljeno da ostvaruju naknadu po osnovu deponovanog novca, jedino ukoliko su prihvatili rizik, a to je upravo ono što im omogućuje ovaj aranžman. Ovaj aranžman je naročito pogodan za banku sa aspekta solventnosti, budući da se strukturiranjem aktive i pasive na ovaj način maksimalno usklađuje njihova vrednost, a to na makro nivou pozitivno utiče i na samu stabilnost finansijskog sistema. Slična je situacija i sa nekim drugim poslovima, kojima se islamske banke bave, ali je ovaj pozitivan efekat kod njih manje izražen (Siddiqi 2004, 92–93).

Karakteristika je depozitnih poslova u islamskom bankarstvu da vrednost depozita uglavnom nije garantovana kao i da banke imaju veliku slobodu u pogledu investiranja, bez obzira na stepen rizičnosti finansiranih projekata, pa su to i glavni razlozi zbog kojih je transparentnost poslovanja islamskih banaka jedan od glavnih predmeta supervizije od strane nadležnih institucija.

b) *Čuvanje depozita (Wadiah)* – kod ovog pravnog posla banka garantuje vrednost deponovanih sredstava u potpunosti. Ukoliko deponent plaća ovu uslugu, banka je dužna da mu nadoknadi vrednost predmeta čuvanja u slučaju gubitka (wiki.islamicfinance.de 2012). U suprotnom, banka može slobodno raspolagati ovim sredstvima, pri čemu deponenti nemaju pravo na učešće u profitu po osnovu plasmana ovih sredstava, ali takođe ne trpe ni gubitke. Inače, treba imati u vidu da banke imaju i diskreciono pravo da svojim deponentima daju poklon (“*Hibah*”) i one to uglavnom čine da bi zadržale postojeće i privukle nove klijente. Čak i u pogledu ovog poklona, postoje teorijske rasprave da li i ovaj poklon predstavlja neki vid skrivene kamate. Međutim, brojni argumenti ukazuju na to da se ne radi o kamati, jer nagradu banka daje na dobrovoljnoj bazi, potom da vrednost poklona ne zavisi od vremena držanja depozita, a takođe, postoji i niz drugih argumenata koji opravdavaju postojanje ovakve prakse, pa se ona ne dovodi u vezu sa imperativnom normom o zabrani kamate u islamskom bankarstvu.

Ostali poslovi kojima se bave islamske banke. – Reč je o poslovima koji nisu pogodni za realizaciju aranžmana zasnovanog na podeli rizika vezanih za profit i gubitak. Kao osnovni razlog za koncipiranje drugačijih metoda finansiranja navodi se činjenica da ovi poslovi nose sobom preveliki rizik i niz nesigurnosti. Pored toga, postoje i drugi razlozi zbog kojih se ove transakcije strukturiraju na drugačiji način, a pre svega je to činjenica da se kod njih radi o potrošačkim kreditima i kreditima manje vrednosti. Neki od najznačajnijih oblika ove vrste aranžmana su sledeći poslovi :

a) *Troškovi-plus (Murabahah)*. – U okviru ovog pravnog posla, klijent banke koji želi da kupi određenu robu, za koju ne poseduje sredstva, zaključuje ugovor sa bankom, po kome se banka obavezuje da kupi konkretan proizvod, a klijent da taj proizvod otkupi od banke. Banke, pritom, zaračunavaju određeni proce-

nat profita za finansiranje poslova, poput uvozno-izvoznih transakcija, kupovine nekretnina, opreme i slične namene. Klijentu bi trebalo da unapred budu poznati cena predmeta ugovora, ostali transakcioni troškovi, kao i profitna stopa koja se obračunava na zbir cene i pratećih transakcionih troškova. Neophodno je da u momentu prodaje, predmet ovog posla bude u vlasništvu banke, što se potvrđuje odgovarajućom dokumentacijom. Sa druge strane, klijent ima pravo da odbije otkup proizvoda od banke, ukoliko je proizvod oštećen ili po nekim karakteristikama ne odgovara pratećim dokumentima ili specifikacijama definisanim u ugovoru sa bankom. Neki autori ovaj posao poistovećuju sa komisionom prodajom. Ono, čemu banka u ovom poslu pregovara sa klijentom nije cena proizvoda, već profitna stopa koju banka naplaćuje kao naknadu za ovu uslugu. Ova transakcija predstavlja najznačajniji pravni posao u okviru poslovanja islamskih banaka, tj. oko 75% aktive islamskih banaka čine plasmani po osnovu ovog aranžmana.

U literaturi se navode brojni razlozi za rasprostranjenost ovih poslova (Saeed 1999, 76–95) a pre svega činjenica da je iznos profita po osnovu ovog posla unapred poznat, pa je profit moguće uporediti sa kamatom, a sa druge strane se izbegava se neizvesnost koja je prisutna kod aranžmana zasnovanih na učešću u podeli profita i gubitaka. Jasno je da predvidivost profita kod ovih poslova inicira brojne kritike, najpre one po kojima se ovim poslom samo fingira kamata, ali se istovremeno mogu uputiti i kontraargumenti za ovu tvrdnju. Najpre, kod ovog posla, banka prihvata rizik, pa se stoga ne radi o kreditnom poslu, već se on može poimati kao komisiona prodaja uz odloženo plaćanje. Banka postaje vlasnik predmetne stvari, pa tako ni *de iure* a ni *de facto* ne daje kredit, već čini uslugu i preuzima niz rizika, između ostalog i rizike vezane za mogućnost pada tržišne cene proizvoda, oštećenja na proizvodu, odustajanje klijenta od ugovorenog posla i sl. Budući da banka prihvata rizik, ona ima pravo na naknadu po tom osnovu. Ovaj posao se prema ovom shvatanju u velikoj meri poistovećuje sa trgovačkim poslom, tj. preprodaja predmeta ugovora po višoj ceni koja donosi prihod svojstven trgovcima, na koji oni inače imaju pravo. Takođe, visina profita ne zavisi od vremena naplate potraživanja, jer banke ne naplaćuju naknadu u slučaju docnje klijenta.

Ovaj bi se profit mogao smatrati kamatom ukoliko bi banka kao prodavac ponudila klijentu dve različite cene: jednu, za plaćanje u gotovom, a drugu za odloženo plaćanje. Pošto ova usluga, po definiciji, predstavlja kupovinu robe po nalogu klijenta uz odloženo plaćanje od strane klijenta, klijent će imati samo jednu mogućnost plaćanja.

b) *Lizing (Ijarah)*. – Podrazumeva kupovinu određenog predmeta od strane banke u svoje ime i za svoj račun i ustupanje tog predmeta na korišćenje klijentu, koji je dužan da redovno otplaćuje rate lizing aranžmana, odnosno troškove korišćenja predmeta, sve dok ne otplati celokupnu vrednost predmeta koji je koristio, nakon čega stiče i pravo svojine na tom predmetu. U suštini, ovaj aranžman se ne razlikuje od lizing poslova koje obavljaju klasične finansijske institucije. Pri-

tom je potrebno razlikovati operativni lizing (*Ijarah*) od finansijskog lizinga (*Ijarah wal-'Iqtina*).

c) *Qard al-Hasanah*. – Reč je o zajmovima sa nultom kamatnom stopom za koje Kur'an podstiče muslimane da ih odobravaju onima kojima su oni zaista potrebni. Banka ima pravo na naplatu administrativnih troškova usluga vezanih za odobravanje kredita, ali ta naknada ne bi trebalo da zavisi od iznosa odobrenog zajma. Ovi se zajmovi odobravaju iz sredstava formiranih po osnovu depozita, na koje banka ne plaća kamatu, tako da u ovom slučaju imamo značajne socijalne i društveno-korisne elemente ovih aranžmana.

d) *Istisna* je aranžman o kupovini sa odloženom isporukom, i primenjuje se na proizvode izrađene po porudžbini. Pritom je potrebno tačno definisati prirodu i kvalitet proizvoda koji se naručuje, proizvođač se mora obavezati da će proizvesti proizvod u skladu sa definisanim specifikacijama, kao i da će ga isporučiti nakon izrade, pri čemu je cena unapred fiksno određena, dok datum isporuke nije, tj. može se odrediti maksimalan period nakon koga finansijer nije dužan da preuzme proizvod (Islamic-finance.com, 2012). Od trenutka zaključenja ugovora ne može doći do otkaza jednostranom izjavom volje ugovorne strane (finance.alislam.pk, 2012). Kao model finansiranja, ova je transakcija izuzetno pogodna investicione aranžmane visoke vrednosti, kao što su izgradnja građevinskih objekata, ali i aviona, brodova, složenih mašina i sl. Pritom proizvođač, odnosno izvođač radova može sam izvršiti obaveze iz ugovora, a može obavezati i drugog učesnika da to obavi umesto njega, tako što bi sa njim sklopio paralelni aranžman, pa ovi poslovi u svojoj prirodi mogu nositi i elemente kontratrgovinskih aranžmana, poput offset-a (bez1tmmj.dib.ae 2012).

e) *Obveznice (Sukuk)* – zabrana kamate nije razlog za nepostojanje obveznica, kao jednog od najznačajnijih finansijskih instrumenata. Svrha obveznica je u islamskom bankarstvu drugačija od onih u klasičnim finansijskim institucijama, jer one nisu dokaz o postojanju duga, već su one komercijalni papiri koji predstavljaju učešće u aktivi emitenta, a čiji prinos zavisi od uspešnosti poslovanja emitenta (al-sukuk.com 2012). One se mogu prenositi samo do trenutka kada nastane zaduženje, po osnovu koga su emitovane, a nakon toga se njima ne može trgovati, već se mogu naplatiti samo po dospeću, čime se izbegavaju spekulativni finansijski efekti.

f) *Ostali poslovi: agentura (Wakalah)*, razmena deviza (*sarf*) i drugi pravni poslovi.

ZAKLJUČAK

Islamsko bankarsko pravo je jedno od retkih koje za jedno od osnovnih izvora prava uzima religijska načela, definisana religijskim pravilima Kur'ana i drugim izvorima prava, koje čine sistem šerijatskog prava. Plasiranje novčanih

sredstava uz unapred definisanu kamatu (riba) je izričito zabranjeno, pre svega religijskim ali i drugim razlozima, što pravne poslove islamskog bankarstva omogućava samo kao investicione poslove i posove zasnovane na učešću u riziku. Pritom riba ima daleko širi smisao od klasične kamate, pa se u brojnim diskusijama razmatra pored ostalog i to predstavlja li ona, između ostalog, svaki prihod po osnovu kamate, bez obzira na kamatnu stopu ili se odnosi samo na tzv. zelenašku kamatu.

Međutim, shvatanje o zabrani ostvarivanja prihoda po osnovu kamate predstavlja značajnu kočnicu razvoju ekonomije u islamskim zemljama. Stoga su banke prihvatile neke od aranžmana koje je stvorila trgovačka praksa, da bi kasnije banke razvile specifične finansijske aranžmane, koji im omogućavaju plasiranje sredstava i ostvarenje profita po različitim osnovama, kao što su preuzimanje rizika, profit po osnovu poslova srodnih trgovačkim, naknada za obezvređenje novca usled dejstva inflacije i dr. U okviru svakog od tih aranžmana banka ima mogućnost da ostvari profit, ali za njegovu osnovu se ne sme uzeti sam protok vremena.

I pored zabrane kamate, time se ne dovodi u pitanje pravo banke na naknadu usluga koje pružaju, na prihode po osnovu poslova u okviru kojih banka nastupa kao investitor i svesno prihvata rizik, kao i na naknadu za obezvređenje novca usled inflacije.

Između ostalog, potrebno je poslovanje islamskih banaka uskladiti i sa zvaničnim regulatornim propisima zemalja u kojima su osnovane, što predstavlja veliki izazov, pre svega za sve češću praksu osnivanja ovih insitucija u tradicionalno neislamskim zemljama, što dovodi do neophodnosti preciznog usklađivanja poslovanja islamskih banaka sa šerijatskim pravom, pravnim kontekstom domicilne zemlje i međunarodnim propisima.

U tom smislu, zabranu kamate nametnutu islamskim bankama je, možda, najbolje shvatiti kao otelotvorenje principa pravičnosti prema klijentima i siromašnim slojevima stanovništva, koji bi islamske banke morale da poštuju. Prema tom principu, banke bi imale pravo jedino na prihode po osnovu realnih faktora, kao što su preuzeti rizik, troškovi izvršenja usluga i sl. što bi ih ukoliko su i efikasne u savremenim uslovima dovelo u poziciju veće konkurentnosti u odnosu na tradicionalne finansijske institucije, a globalni efekti ove konkurencije se ne bi mogli oceniti kao negativni.

Literatura

1. Abdullahaheed www.abdullahaheed.org/sites/abdullahaheed.org/files/Law_and_Society.pdf (04.2012)
2. Ahmad Abu Umar Faruq, Hassan M. Kabir, "Riba and Islamic banking", *Journal of Islamic Economics, Banking and Finance*, www.ibtra.com/pdf/journal/v3n1_article1.pdf (06.2012.)

3. Al-sukuk al-sukuk.com/Finance%20islamique/fiprod/fiprod_Sukuk.html (04.2012)
4. Bez1mmj-dib bez1tmmj.dib.ae/en/realestate_istisna.htm (04.2012)
5. Chapra M. Umer, Khan Tariqullah (2000) – “Regulation and supervision of islamic banks” - Islamic Development Bank (Islamic Research And Training Institute) - Occasional paper no. 3
6. Ebrahim M. Shahid, Joo Tan Kai (2001), “Islamic banking in Brunei Darussalam” Economics - International Journal of Social – Vol. 28 No. 4: 314–337
7. Erico Luca, Farahbaksh Mitra (1998), “Islamic banking: Issues in Prudential Regulations and Supervision” – IMF working paper (WP/98/30)
8. Finance-al-islam finance.alislam.pk/Istisna.aspx (04.2012)
9. Financial-islam www.financialislam.com/murabahah.html (04.2012)
10. Gafoor A.I.M. Abdul (1996), “Islamic banking & finance – Another aproach”, “The museum shop Malaysia”
11. Gamal Mahmoud A. El (2001), “An economic explanation of the prohibition of riba in classical Islamic jurisprudence”, ruf.rice.edu/~elgamal/files/riba.pdf (06.2012)
12. HG www.hg.org/article.asp?id=4880 (04.2012)
13. Imran N. Hosein (1997), “The prohibition of riba in the Qur’an and Sunnah”, Malaysia, Kuala Lumpur: Ummavision Sdn. Bhd.
14. Islamic-finance www.islamic-finance.com/item_istisna_f.htm (04.2012)
15. Islamic-finance wiki.islamicfinance.de/index.php/Wadiah (04.2012)
16. Islamic Research And Training Institute (A member of the Islamic Development Bank Group) (2004), “Islamic banking and finance: Fundamentals and Contemporary Issues”
17. Kahf Monzer, “Zahan and prohibition of riba in the Islamic economic system”, www.monzer.kahf.com/papers/english/zakah_and_prohibition_of_riba_in_the_isl_econ_system.pdf (06.2012.)
18. Kanz-ul-Eeman (2005), “Kuran Al-Quran-ul-Kareem” (English Translation)
19. Karić, E. “Prijevod Kur’ana”, FF Bihać, 2006
20. Siddiqi Mohammad Nejatullah (2004) - “Riba, interest and the rationale of its prohibition”, Saudi Arabia, Jeddah: Islamic Development bank – Islamic research and training institute
21. Saeed Abdullah (1999), “Islamic banking and interest – A study of the prohibition of Riba and its Contemporary Interpretation”, Studies of Islamic law and society
22. Swartz Nico P. (2009), “The prohibition of usury (riba) – A moral-ethical perspective of Islamic financial and banking law: A comparative study between the islamic and the conventional model”, Jurnal Syariah, Jil. 17, Bil. 2 409-430
23. The Commissioner of law revision (2008), “Islamic banking act 1983 – Laws of Malasya – Act 276” , Malasya
24. Waseem Ahmad 2008 – “Islamic Banking in the United Kingdom: Opportunities and Challenges” – Kingston Business School: Kingston University, London
25. Verber, E. Povijest Talmuda, u Talmud, Rijeka, 1982, str. 9–136.

TAMARA MILENKOVIĆ-KERKOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Economics, University of Niš
VLADIMIR DINIĆ
Ph.D. student Faculty of Economics, University of Niš

THE LEGAL ASPECTS ON PROHIBITION OF INTEREST IN ISLAMIC BANKING

Summary

Islamic banks are financial institutions which have to do business in conformity with the Sharia law, and, on the other side, in conformity with official legal regulations. The most specific characteristic of Islamic banks is the fact that they, accordance with Sharia law, don't have right to collect interest-based income, so they had to develop special models of financing which permits them to collect income based on other factors (taken risk, services cost etc.). In this regards, there are three basic groups of contracts that Islamic banks offer. The first one includes profit and loss sharing between bank and its client. In this case, conditions of financing and repayments, proportions in sharing the profit and the way of covering the loss, and other relevant questions are known ex ante. In the second group it is possible to find a lot of different financial services similar to traditional banks' services, but they are also structured in the way that bank could't collect forbidden "riba" (interest). The third group of transactions includes different types of deposit contracts which are used by Islamic banks to attract money from local population, where also tend to enforce the Sharia law. Thereby, it should be keep in sight that occasionally it is seems to be quite complex to define what is "riba", what is interest, why are forbidden, what are differences between them, and do the different types of Islamic banks' income have some elements of interest.

ČETVRTA KATEDRA

**PRAVO
NA INTELEKTUALNU
TVOREVINU**

Industrijska svojina i Autorsko pravo

DIMITRIJE P. MILIĆ

GRAĐANSKOPРАВNA ZAŠTITA PATENTNOG PRAVA

POJAM PRONALASKA

Za sticanje subjektivnih prava industrijske svojine, karakteristično je i neophodno “postojanje određenih pravnih činjenica, odnosno ispunjenje određenih materijalnih i formalnih uslova”.¹

Stvaranje određenog nematerijalnog dobra koje je predmet zaštite ne znači da je stečeno pravo industrijske svojine. Samim stvaranjem takvog dobra u cilju pravne sigurnosti nužno je pred nadležnim državnim organom izvršiti prijavljivanje kako bi se ispitalo da li su ispunjeni uslovi za priznanje subjektivnog prava licu koga je stvorilo.

Pronalazak je intelektualno delo koje se sastoji u uputstvu o tehničkom načinu i tehničkim sredstvima kojima se rešava određeni tehnički problem. Pronalazak kao objekat prava mora ispunjavati uslov patentabilnosti: da je apsolutno nov, da se pronalaskom rešava određeni tehnički problem, da ima inventivni nivo kao i da je primenjiv u privredi.

Zaštita pronalaska ostvaruje se u upravnom postupku pred Zavodom za intelektualnu svojину podnošenjem prijave pronalaska – patentna prijava. Ukoliko prijava za zaštitu pronalaska sadrži uslove predviđene Zakonom i utvrdi se da su

Dimitrije P. Milić, dugogodišnji sudija Vrhovnog suda Srbije, advokat u Beogradu.

¹ Zoran Miladinović: Subjektivna prava intelektualne svojine, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, Niš 2004, str. 21.

ispunjeni materijalno-pravni uslovi za patentno-pravnu zaštitu pronalaska zahtev za priznanje patenta se usvaja. U tom slučaju podnosiocu prijave kojom se tražilo patentiranje pronalaska priznaje se patent. Doneta odluka upravnog organa ima karakter upravnog akta.

Donošenjem odluke donosiocu je priznato pravo na patent a samim tim stekao je i pravo iz patenta. Nosilac patenta stekao je pravo korišćenja predmeta prava i njegovog ekonomskog iskorišćavanja. Kako se radi o apsolutnom pravu, pravu erga omnes, nosilac patentnog prava je ovlašćen da svakom drugom licu zabrani korišćenje zaštićenog pronalaska, štiti imovinsko-pravna ovlašćenja na kojima se nosilac patenta može koristiti.²

Prema Konvenciji o osnivanju svetske organizacije za intelektualnu svojinu WIPO, izraz intelektualna svojina označava prava koja se odnose na: "književna, umetnička i naučna dela, interpretacije umetnika i interpretatora i izvođača umetnika, izvođača fonograma i radio emisija, pronalaska u svim oblastima ljudske aktivnosti naučna otkrića, industrijske uzorke i modele, fabričketrgovačke i uslužne žigove, kao i trgovačka imena i trgovačke nazive, zaštitu od nelojalne utakmice i sva druga prava vezana za intelektualnu aktivnost u industrijskoj, naučnoj, književnoj i umetničkoj oblasti."³

Prema Pariskoj konvenciji za zaštitu industrijske svojine: "industrijska svojina se podrazumeva u najširem značenju i odnosi se ne samo na industriju i trgovinu u pravom smislu te reči, već i na granu poljoprivrednih i ekstraktivnih industrija i na sve fabrikovane ili prirodne proizvode, na primer: vina, žitarice, listove duvana, voće, stoku, rude, mineralne vode, piva, cveće, brašno"⁴

Pravo industrijske svojine sadrži pravne norme kojima se regulišu društveni odnosi ekonomskog iskorišćavanja proizvoda ljudskog duha u privredi.

Preko prava industrijske svojine društvo podstiče tehničko-tehnološki i privredni razvoj kao i uređuje odnose između pravnih i privrednih subjekata. Pravnom zaštitom intelektualne svojine u celosti doprinosi se pravnoj i ekonomskoj sigurnosti i iskorišćavanju proizvoda ljudskog duha u oblasti nauke, tehnike, industrije i svih oblika stvaralaštva. Preko prava industrijske svojine i njenom zaštitom podstiče se inovacija i naučno-tehničko-tehnološki razvoj.

Od privilegija koje su se davale pronalazačima, vremenom se pravna zaštita uređuje zakonima a posle se puna i sudska zaštita, a posebno i građansko pravna za-

² Siniša Varga: Pravo industrijske svojine, Univerzitet u Kragujevcu, Pravni fakultet, Kragujevac, 2010, str. 143–148.

³ Član 2 Konvencije koja je stupila na snagu 26. aprila 1970. godine. Konvenciju je ratifikovala i Jugoslavija ("Službeni list SFRJ" Međunarodni ugovori broj 31 od 22. juna 1972. godine).

⁴ Član 2 Konvencije koja je stupila na snagu 26. aprila 1970. god., koju je ratifikovala i Jugoslavija ("Službeni list SFRJ" Međunarodni ugovori, br. 31/1972).

štita licima čija se prava ugrožavaju. Nacionalnim zakonodavstvom se uređuju, posebno uslovi postupak zaštite prava intelektualne svojine, pa i industrijske svojine.

POJAM POVREDE

Vrste povrede prava

U teoriji se povreda prava deli na neposrednu i posrednu povredu patenta. Pod neposrednom povredom patenta podrazumeva se neovlašćeno preduzimanje od strane trećih lica onih radnji koje su u isključivoj nadležnosti subjekta prava. Tu spadaju i povrede koje se ne koriste i imaju za cilj da se povrede prikriju. Neposredna povreda patenta “je radnja određenog lica, koja ima sledeća obeležja: učinjena je bez dozvole nosioca prava; odgovara sadržini bar jednog isključivog ovlašćenja nosioca prava; odnosi se na pronalazak koji je predmet zaštite; učinjena je na teritoriji važenja prava i u toku roka trajanja prava; nije nije obuhvaćena nijednim sadržinskim ograničenjem zaštite”.⁵

Sušтина posredne povrede prava patenta “je u tome što se povredom prava smatra i radnja koja ima karakter svesnog omogućavanja drugom neovlašćenom licu ili navođenja tog lica da izvrši neposrednu povredu prava”.⁶

“Opšti je stav u patentnom pravu da je za posrednu povredu patenta nužna pretpostavka svesno omogućavanjedrugom neovlašćenom licu da izvrši neposrednu povredu patenta”.⁷

Stranke u sporu

Nosilac prava ili sticalac isključive licence su zakonom ovlašćena lica za podnošenje tužbe zbog povrede njihovog prava. Nosilac patenta ima isključivo pravo da koristi u proizvodnji zaštićeni pronalazak, da stavlja u promet predmet pronalaska zaštićen pronalaskom zaštićen patentom i da raspolaže patentom. Nosilac patenta ima isključivo pravo ekonomskog iskorišćavanja zaštićenog pronalaska i da spreči svako treće lice koje nema njegovu saglasnost da proizvodi, nudi, stavlja u promet ili upotrebljava proizvod koji je izrađen prema zaštićenom pronalasku ili da uvozi ili skladišti taj proizvod u navedene svrhe, za primenjuje postupak koji je zaštićen patentom i da nudi postupak koji je zaštićen patentom. U okviru ekonomskog iskorišćavanja zaštićenog pronalaska pravo je nosioca patenta i da spreči svako treće lice koje nema njegovu saglasnost da proizvodi, nudi,

⁵ Slobodan Marković: Patentno pravo intelektualne svojine.

⁶ Isto, str. 325.

⁷ Zoran Miladinović: cit. delo str. 189.

stavlja u promet, upotrebljava, uvozi ili skladišti za te svrhe proizvod direktno dobijen postupkom koji je zaštićen patentom i da nudi i isporučuje proizvode koji čine bitne elemente pronalaska licima koja nisu ovlašćena za korišćenje tog pronalaska, ako je pronalazaču ili isporučiocu poznato ili mu je iz okolnosti slučaja moralo biti poznato da je taj proizvod namenjen za primenu tuđeg pronalaska.⁸ Navedena prava predstavljaju sadržinu patentnog prava.

Nosilac prava ili sticalac isključive licence kod patenta iz biotehnologije takođe ima pravo na podnošenje tužbe zbog povrede prava.⁹

Posle objave prijave patenta prava na tužbu ima i podnosilac objavljene prijave ili sticalac isključive licence.¹⁰

Tuženi u parnici može biti svako lice koje izvrši posredno ili neposredno povredu prava, kao i svako lice koje je učestvovalo u povredi prava.

Pravnu zaštitu za pronalazak iz radnog odnosa ima pronalazač, njegov pravni sledbenik ili poslodavac, kao i zaposleni.

Vrste tužbi

U ovom referatu obrađene su tužbe kako ih je predvideo ZOP dok se u teoriji dele i na drugi način.

Tužba zbog povrede prava

Ovakvu tužbu može podneti nosilac patenta ili sticalac isključive licence protiv svakog lica koje povredi njegovo pravo kojim se neovlašćeno preduzimanju radnje za povredu isključivih prava koja predstavljaju sadržinu patentnog prava i prava patenta iz biotehnologije. Radnje moraju biti neovlašćene. Nakon objave prijave patenta pravo na tužbu ima podnosilac prijave ili sticalac licence.¹¹

Tužbeni zahtev

Podnetom tužbom može se tražiti: utvrđivanje povrede prava patenta; zabrana radnji kojima se povređuje patent; naknada štete zbog povrede prava; objavljivanje presude o trošku tuđenog; oduzimanje, odnosno uništenje, bez bilo kakve naknade, proizvoda koji su nastali ili stečeni povredom patenta i oduzimanje, od-

⁸ Član 52 Zakona o patentima "Službeni list SCG", broj 32/2004, 35/2004.

⁹ O sadržini prava kod patenta iz biotehnologije govori član 53 ZOP.

¹⁰ Član 92 st. 2 ZOP.

¹¹ Član 92 i član 52 i 53 ZOP.

nosno uništenje bez bilo kakve naknade, materijala i predmeta (pribor, alat) koji su pretežno upotrebljeni u stvaranju proizvoda kojima se povređuje patent.

Ukoliko se utvrdi postojanje povrede, a stekli su se uslovi za naknade štete a to je učinjeno namerno ili krajnjom nepažnjom tužilac umesto nakande štete i zabrane može zahtevati naknadu do trostrukog iznosa uobičajene licencne naknade za korišćenje pronalaska.¹²

Prilikom razmatranja zahteva za oduzimanje odnosno uništenje proizvoda koji su nastali ili stečeni povredom patenta ili predmeta ili materijala koji su potrebni u stvaranju proizvoda kojima je povređen patent, uzima se u obzir potrebu za srazmerom između ozbiljnosti povrede i traženih mera, kao i interesa trećih lica.¹³

Prijava patenta koja ispunjava uslove za priznanje objavljuje se u službenom glasilu, pa od datuma objave prijave podnosilac ima pravo na naknadu štete.¹⁴

Na odnose koji nisu uređeni ZOP-om primenjuje se Zakon o obligacionim odnosima u delu koji se odnosi na naknadu štete.

Privremene mere

Tužilac je ovlašćen da istakne zahtev da sud donese privremenu meru radi zaštite prava nosilaca patenta ili sticaoca isključive licence. Radi se o sredstvu obezbeđenja u skladu sa odredbama Zakona o izvršnom postupku.

Sporazum o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine – TRIPS predvideo je ovlašćenja pa i obaveze država članica vezano za zakonsko uređenje instituta privremene mere. TRIPS predviđa obavezu država članica da na zahtev predlagača naloži hitne i efikasne privremene mere u cilju zaštite ugroženih prava.¹⁵

Privremene mere su sredstvo zaštite i obezbeđenja nosioca patenta.

Radi zaštite isključivih prava nosioca patenta ili sticaoca isključive licence nosilac prava i sadržine tih prava i prava kod patentaiz biotehnologije ukoliko je njihovo pravo povređeno ili će biti povređeno mogu tražiti da sud odredi privremenu meru. Da bi sud odredio privremenu meru tužilac je dužan da učini verovatnim da je njegovo pravo povređeno ili da će biti povređeno.

Privremenom merom može se odrediti: oduzimanje, odnosno isključenje iz prometa proizvoda koji su nastali ili stečeni povredom patenta; oduzimanjem, odnosno isključenjem iz prometa predmeta – pribora, alata koji su pretežno upo-

¹² Član 93 stav 2 ZOP.

¹³ Član 93 stav 3 ZOP.

¹⁴ Član 93 stav 4 ZOP.

¹⁵ Vidi član 50 i 51 TRIPS-a.

trebljeni u stvaranju proizvoda kojima se patent povređuje, kao i zabrane nastavljanja započelih radnji kojima se povređuje patent.

Predlog za određivanje privremene mere može se podneti i pre podnošenja tužbe, pod uslovom da se tužba podnese u roku 30 dana od dana od podnošenja zahteva za izdavanje privremene mere.

Sud može odrediti privremenu meru bez prethodnog izjašnjenja tuženog ukoliko postoji opasnost od nastanka nenaknadive štete ili je očigledno da postoji opasnost od uništenja dokaza.

Podnosiocu zahteva za određivanje privremene mere sud može naložiti da dostavi dodatne dokaze o izvršenoj povredi patenta, odnosno o postojanju očigledne opasnosti da će patent biti povređen. Sud može naložiti da podnosilac zahteva položi jemstvo radi onemogućavanja zloupotrebe.

Sud može odrediti privremenu meru sa važnošću do pravosnažnosti presude.

Tuženi protiv odluke o izjavljivanju privremene mere može izjaviti žalbu, ali žalba ne odlaže izvršenje rešenja.

ZOP odredbom člana 94 uređuje pitanje izdavanja privremene mere, a predviđa da će se zakonom koji uređuje izvršni postupak primenjivati ako on nije uredio neka pitanja vezana za ovaj pravni institut.¹⁶

Zakon o izvršenju i obezbeđenju u glavi V privremene mere posle osnovnih načela: kada se može odrediti privremena mera (član 285), nedopustivost privremene mere (član 286), jemstvo umesto privremene mere (član 287), jemstvo kao uslov za određivanje privremene mere (član 288), određivanje više privremenih mera (član 289), vreme za koje se određuje privremena mera (član 290), ukidanje privremene mere (član 291) i nakanda štete izvršnom dužniku (član 292), posebno uređuje privremene mere za obezbeđenje novčanog potraživanja (član 293-295) i za obezbeđenje nenovčanog potraživanja (član 296-297).¹⁷

Zakon o izvršenju i obezbeđenju određuje uslove za određivanje privremene mere i vrste privremenih mera posebno za obezbeđenje novčanih a posebno nenovčanih potraživanja.

Tužilac koji traži određivanje privremene mere ne mora dokazivati opasnost za nastanak nenaknadive štete i očiglednu opasnost da će patent biti povređen, ako učini verovatnim da bi predloženom privremenom merom tuženi mogao pretrpeti samo neznatnu štetu.¹⁸

¹⁶ Član 94 ZOP.

¹⁷ "Službeni glasnik RS", br. 31/2011, stupio na snagu 17. 05. 2011. godine.

¹⁸ Odredba člana 293 Zakona o izvršenju i obezbeđenju omogućile bi primenu takvog zaključka kod određivanja privremene mere iz ZOP.

Rešenje o privremenoj meri uvek je rešenje o izvršenju koje se sprovodi u granicama određenim tim rešenjem bilo da se određuje po odredbama Zakona o izvršnom postupku ili drugih zakona.¹⁹

Obezbeđenje dokaza

Obezbeđenje dokaza ima za cilj da se prikupe i obezbede dokazi značajni za postupak zaštite nosioca patenta i da se to učini brzo i efikasno.

Na predlog tužioca koji učini verovatnim da je povređeno njegovo pravo i da postoji sumnja i to isključivo opravdana sumnja da će dokazi biti uništeni ili da ih kasnije neće biti moguće pribavljati, sud može pristupiti obezbeđenju dokaza. To sud može učiniti bez da prethodno obavesti ili sasluša lice od koga se dokazi pribavljaju.

Pod obezbeđenjem dokaza smatra se pregled prostorija, knjiga, dokumenata, baze podataka i dr. Zaplena stvari, ispitivanje svedoka i veštaka, takođe, mogu biti predmet obezbeđenja dokaza.

Sud donosi rešenje o obezbeđivanju dokaza i ono će biti uručeno licu od koga se dokazi prikupljaju u trenutku prikupljanja dokaza a odsutnom licu čim to bude moguće.

Pre podnošenja tužbe može se tražiti i obezbeđenje dokaza pod uslovom da se podnese tužba u roku od 30 dana od dana kada je podnet takav predlog.²⁰

Rok zastarelosti

Zastarelost je jedan od načina prestanka obligacija jer se u određenom zakonskom roku nije tražila zaštita. Nastupanjem zastarelosti obligacija se ne gasi već prestaje pravo na tužbu. Sud se ne može obazirati na zastarelost ako se na nju nije pozvao tuženi.

Tužba za povredu patenta može se podneti u roku od tri godine od dana saznanja za povredu i učinioa povrede. Istekom roka od pet godina od dana učinjene povrede tužba se ne može podneti.²¹

¹⁹ Pravni zaključak Građanskog odeljenja Vrhovnog suda Srbije usvojen na sednici 19. II 1996. god.

²⁰ Član 95 ZOP.

²¹ Član 96 ZOP Pitanje zastarelosti potraživanja, odeljak 4, član 360. 393 uređuje Zakon o obligacionim odnosima, "Službeni list SFRJ", br. 29/78 izmene, dopune 29/78, 39/85, 57/89 i 31/93.

Teret dokazivanja

ZOP u okviru građansko-pravne prava u delu koji uređuje pitanje tužbe zbog povrede prava posebno uređuje pitanje tereta dokazivanja.²²

Kada je predmet povrede patenta postupak za dobijanje novog proizvoda prema odredbi člana 97 stav 1 ZOP smatra se da je svaki identičan proizvod dobijen zaštićenim postupkom, dok se suprotno ne domaže. Teret dokazivanja pada na tuženog koji proizvodi takav proizvod. U takvim situacijama uzima se u obzir legitimni interes tuženog da zaštiti svoj proizvod i poslovna tajna.

Ovde se odstupa od pravila da svaka strana mora dokazivati svoje tvrdnje, a tužilac da je njegovo pravo patenta povređeno. Teret dokazivanja u ovom slučaju prebacuje se na tuženog jer bi tužiocu bilo teško to dokazati. Interesi tuženog koji legitimni šite se zakonom.

Tužba za utvrđivanja prava na zaštitu

Pravo na zaštitu pronalaska iz radnog odnosa, koji je zaposleni stvorio izvršavajući svoje redovne radne obaveze ili posebno naložene zadatke ili koji je nastao u izvršavanju ugovora o istraživačkom radu zaključen sa poslodavcem, stiče pravo na tužbu radi utvrđivanja prava na zaštitu.

Tužbom se može zahtevati da se utvrdi da pronalazač, njegov pravni sledbenik ili poslodavac ima pravo na zaštitu određenog pronalaska umesto lica ili zajedno sa licem koje je prijavilo taj pronalazak.

Ukoliko je patent priznat pronalazač, njegov pravni sledbenik ili poslodavac mogu tražiti ovom tužbom da se utvrdi da je on nosilac patenta umesto lica ili zajedno sa licem koje je upisano kao nosilac prava.

Tužba za zaštitu pronalaska može se podneti do donošenja rešenja o priznanju patenta, a ako je patent priznat, do isteka roka trajanja patenta. Postupak po tužbi za zaštitu pronalaska je hitan.

Pravosnažnu presudu kojom se usvaja tužbeni zahtev po ovoj tužbi sud dostavlja nadležnom organu koji upisuje nastalu promenu u odgovarajući registar.²³

Zakon o parničnom postupku predviđa da se može podneti tužba za utvrđenje, i njom se može tražiti da sud samo utvrdi postojanje, odnosno nepostojanje nekog prava ili pravnog odnosa, povredu prava ličnosti ili istinitost odnosno neistinitost neke isprave. Za postojanje tužbe tužilac mora imati pravni interes za takvu tužbu iz člana 194 ZPP.²⁴

²² Član 97 ZOP.

²³ Član 98 i član 109 ZOP.

²⁴ Zakon o parničnom postupku "Službeni glasnik RS", br. 72/2011.

*Tužba za zaštitu prava poslodavca,
odnosno zaposlenog*

ZOP odredbom člana 108–119 uređuje pitanja pronalaska iz radnog odnosa, prava na zaštitu, naknade zaposlenom, postupka prijavljivanja pronalaska i obaveze čuvanja tajne.

Poslodavac odnosno zaposleni kojima pripada pravo na zaštitu ili ekonomsko iskorišćavanje pronalaska stvorenog u radnom odnosu tužbom pred sudom mogu zahtevati zaštitu svojih prava. Poslodavac odnosno zaposleni ovu tužbu radi zaštite i radi zaštite prava na ekonomsko iskorišćavanje pronalaska u radnom odnosu kao i za povrede moralnih prava u vezi sa pronalaskom i za pravo na naknadu može podneti u roku od dve godine. Rok počinje teći od dana objavljivanja prijave za priznanje patenta “ali ne po isteku dve godine od dana prestanka radnog odnosa tokom koga je pronalazak stvoren”.²⁵

Pravosnažnu presudu kojom je usvojen tužbeni zahtev sud će dostaviti Zavodu za intelektualnu svojinu koji će izvršiti upis promene podataka o nosiocu prava u odgovarajućem registru.

Tužba za utvrđivanje svojstva pronalazača

Ovom tužbom se štite lično pravna ovlašćenja pronalazača. Ovom tužbom pronalazač zahteva da se utvrdi da je on pronalazač i da se naloži upisivanje njegovog imena u prijavi patenta ako je kao pronalazač navedeno drugo lice. Pored toga pronalazač ima pravo da zahteva da se pored upisa imena u prijavi patenta njegovo ime upiše kao i u druge odgovarajuće isprave i registar koji se vodi u Zavodu za intelektualnu svojinu, kao i u drugim ispravama predviđenim zakonom u kojima je navedeno neko drugo lice kao pronalazač.

Rok za podnošenje tužbe nije ograničen. Tužbu mogu podneti i naslednici pronalazača.²⁶

Ako tužbu podnosi naslednik pronalazača svojstvo pronalazača se utvrđuje za pronalazača, ali ne za njegovog naslednika koji je podneo tužbu.

“Tužbu ne može podneti pronalazač protiv nezavisnog pronalazača, ali može protiv supronalazača kada je zahtev upravljen na utvrđivanje svojstva supronalazača.”²⁷

²⁵ Član 99 stav 2 ZOP.

²⁶ Član 100 ZOP.

²⁷ Siniša Varga: Pravo industrijske svojine, Univerzitet u Kragujevcu, Pravni fakultet, Kragujevac 2010 str. 182.

Kako se ovom tužbom štite ličnopravna ovlašćenja pronalazača, tužilac, pronalazač ima pravo zahtevati i naknadu nematerijalne štete. Takvo pravo pripada samo pronalazaču, fizičkom licu, a ne i njegovim naslednicima. Visina naknade se određuje po slobodnom sudijskom uverenju.²⁸

Sudska praksa²⁹

O zaštiti patentnog prava nema mnogo objavljenih presuda sudova. Međutim, u vreme bivše Jugoslavije objavljeno je više sudskih odluka, pa će se određene citirati i u ovom radu.

Po Zakonu o patentima i tehničkim unapređenjima, nosilac patentiranog pronalaska je zaštićen i ima pravo na naknadu ne samo od dana izdavanja patenta, nego i od vremena podnošenja prijave za izdavanje patenta.

O osnovima i uslovima odgovornosti za naknadu zbog neovlašćenog iskorišćavanja pronalaska sudi se prema pravilima imovinskog prava o odgovornosti za naknadu štete. (Vrhovni sud Jugoslavije, Rev. 1965/65)

Tužiocu je od nadležnog organa priznato patentno pravo za pronalazak i dok to pravo postoji svako lice je dužno da ga priznaje i da se uzdržava od njegove povrede. Dok je pronalazak zaštićen patentnim pravom, treća lica se mogu koristiti pronalaskom samo ako je to u skladu sa zakonom. Ako postoje razlozi za poništenje ili osporavanje patenta, svako lice je ovlašćeno da zahteva poništenje patenta, odnosno može osporavati priznati patent. (Vrhovni sud Srbije, Gž. 1104/81)

Prema propisu člana 44. stav 2 Zakona o pronalascima i tehničkim usavršenjima ("Sl. list FNRJ", br. 108/48), koji dolazi do promene i za novatore i racionalizatore (član 52. i 53) pronalazač gubi pravo na naknadu, ako je zano za primenu svog pronalaska, a nije pristupio ostvarenju svoga prava na naknadu za vreme od tri godine od nastanka tog prava. (Savezni vrhovni sud, Rev. 174/60)

Pravo daljeg korišćenja istog pronalaska, bez obaveze na naknadu licu koje bi za takav pronalazak docnije dobilo patent, pripada samo licu koje je ranije, pre podnete prijave radi dobijanja patenta, savesno i nejavno iskorišćavalo taj pronalazak. (Vrhovni sud Srbije, Gž. 540/83)

²⁸ O naknadi nematerijalne štete vidi čl. 199–205, Zakon o obligacionim odnosima, a o moralnim pravima autora čl. 14–18 Zakona o autorskom i srodnim pravima, kao i Dimitrije Milić, Priručnik Obligaciono pravo sa sudskom praksom "NNN"-International, Beograd, 2010, IV dopunjenje izdanje, str. 188–126 i 191–229.

²⁹ Sudske odluke su objavljene: Vrhovni sud Srbije, Zbirka sudskih odluka iz oblasti građanskog prava 1973–1986, Beograd decembar 1986, str. 286–289.

Upotreba u privredne svrhe je obeležje povrede prijavljenog ili zaštićenog izuma, bez obzira da li je ona neovlašćenom korisniku donela kakvu imovinsku korist.

Sledstveno tome, i samo zaključivanje ugovora o tome da će neko lice, bez odobrenja izumitelja, drugom licu primenom izuma izraditi elaborat za neko tehničko rešenje, za proizvodnju ili slično, uz naknadu, predstavlja, u smislu člana 99. Zakona o patentima i tehničkim unapređenjima, iskorišćavanje – upotrebu u privredne svrhe. (Savezni sud Gž. 16/82)

Ako se radi o tehničkom usavršavanju, tužilac ima pravo na naknadu od onoga ko se koristi njegovim usavršavanjem, bez obzira na činjenicu što se nalazi u radnom odnosu kod preduzeća koje je pristupilo primeni tehničkog usavršavanja.

Pogrešno je pravno stanovište da tužilac nema pravo na naknadu zbog toga što mu nije priznat status racionalizatora, ili da je zbog toga preuranjen njegov tužbeni zahtev. (Savezni vrhovni sud, Rev. 24/60)

Tuženi je u obavezi da naknadi štetu tužiocu, kao imaocu patenta, u slučaju kada tuženi štampa i izda prospekt patenta i izloži na sajmu u reklamne svrhe konstrukciju na koju se patent odnosi, a u prospektu ili na drugi način ne označi pronalazača patenta.

Štampanje prospekta i izlaganje konstrukcije predstavlja jedinstven vid korišćenja tuđeg patenta. (Vrhovni sud Jugoslavije, Rev. 290/66)

Nema povrede autorskog prava na korišćenju patenta ako neko drugi neovlašćeno izradi patentne naprave, pa ih uništi, ne stavivši ih uopšte u promet. (Vrhovni sud Jugoslavije, Rev. 1686/64)

Tužba radi naknade za tehničko unapređenje, kad tuženi osporava i postojanje tehničkog unapređenja i zahtev tužioca, ima se uzeti kao predlog okružnom privrednom sudu za obrazovanje arbitražnog veća u smislu člana 88. stav 1. Zakona o patentima i tehničkim unapređenjima. (Vrhovni sud Jugoslavije), R. 97/74)

Za sporove radi osporavanja autorstva u vezi sa tehničkim unapređenjima nadležan je okružni privredni sud, kako je to propisano u članu 94. Zakona o patentima i tehničkim unapređenjima shodno članu 457. tačka 2. ZPP. (Vrhovni sud Jugoslavije, R. 338/73)

Kad je ugovorom između radnika i radne organizacije predviđeno pravo radnika na naknadu za ostvareno pronalazaštvo nezavisno od fiksnog ugovorenog ličnog dohotka, spor radi ostvarenja te naknade nije radni spor, te se pitanje rokova procenjuje po odredbama o rokovima u redovnom postupku. (Vrhovni sud Jugoslavije, Rev. 124/67)

Za suđenje u sporu po zahtevu za ugovorenu naknadu za korišćenje patenta nadležan je opštinski sud, jer je to imovinsko-pravni spor, a ne okružni sud, koji bi bio stvarno nadležan u slučaju kad bi se tražila zaštita prava na upotrebu pronalaska. (Vrhovni sud Srbije, R. 20/80)

ZAKLJUČAK

Građanskopravna zaštita patentnog prava ostvaruje se u postupku pred sudovima. Prema zakonu o patentima mogu se podneti tužba zbog povrede prava, tužba za utvrđivanje prava na zaštitu, tužba za zaštitu prava poslodavca, odnosno zaposlenog i tužba za utvrđivanje svojstva pronalazača.

Tužba za zaštitu prava zavisno od predmeta tuženog može podneti nosilac prava ili sticalac isključive licence, pronalazač, njegov pravni sledbenik ili poslodavac ili njegov pravni sledbenik. Tužbu može podneti i zaposleni koji ima pravni interes ili ne. Kad se tužba podnosi zbog povrede prava na zahtev tužioca sud može odrediti i privremenu meru i obezbeđenje dokaza.

DIMITRIJE MILIĆ

Judge of the Supreme Court of Serbia,
Attorney at Law

CIVIL PROTECTION OF PATENT LAW

Summary

Civil protection of the patent law is enforced in proceedings before courts. According to the patent law, actions can be brought for the infringement of rights, an action for establishing the right to protection, an action for protecting the rights of employers i.e. employees and an action for establishing the properties of inventors.

An action for the protection of rights depending on the case of the respondent can be brought by the holder of the title or title transferee of the exclusive licence, the inventor, their successor or the employer or their successor. An action can be also brought by an employee whether they have a legal interest or not.

When an action is brought because of infringement of rights at the request of the plaintiff, the court can impose relief and secure evidence.

MILENKO MANIGODIĆ,
ĐURO MANIGODIĆ

QUID ČLAN 6 BIS PARISKE KONVENCIJE ZA ZAŠTITU INDUSTRIJSKE SVOJINE

Član 6 bis Pariske konvencije za zaštitu industrijske svojine (u daljem tekstu: Pariska konvencija) unet je u Parisku konvenciju na haškoj revizionoj konferenciji 1925. god., a dopunjen je na revizionim konferencijama u Londonu 1934. god. i Lisabonu 1958. god. Tekst člana 6 bis usvojen na Lisabonskoj konferenciji sadržan je u celini u članu 6 bis ratifikovanog teksta Pariske konvencije (Službeni list SFRJ, Međunarodni ugovori i drugi sporazumi broj 5 od 31.1.1974. god.).

Član 6 bis PK naveden je u našim propisima u članu 5. stav 1. tačka 10. i članu 38. stav 4. Zakona o žigovima – ZOŽ (Službeni glasnik RS, broj 104 od 16.12.2009. god.)

Prema članu 6 bis Pariske konvencije zemlje Unije obavezuju se da, bilo po zvaničnoj dužnosti, ako zakonodavstvo zemlje to dopušta, bilo na traženje zainteresovanog lica, odbiju ili ponište registrovanje i zabrane upotrebu fabričkog ili trgovačkog žiga koji predstavlja reprodukciju, podražavanje ili prevod, tako izvršen da može stvoriti pometnju sa nekim žigom koji bi nadležna vlast zemlje registrovanja ili upotrebe smatrala da je u toj zemlji nesumnjivo poznat kao žig lica koje uživa pravo da se koristi ovom konvencijom i upotrebljava se za istovetne ili slič-

Dr Milenko Manigodić, advokat & patentni zastupnik, Beograd.
Đuro Manigodić, advokat & patentni zastupnik, Beograd.

ne proizvode. Na isti način postupiće se i ako bitni deo žiga predstavlja reprodukciju jednog takvog žiga koji je nesumnjivo poznat ili podražavanje koje može stvoriti pometnju sa ovim žigom. Jedan najkraći rok od pet godina, računajući od dana registrovanja, treba da se da za traženje brisanja takvog žiga. Zemlje Unije mogu predvideti jedan rok u kome se zabrana upotrebe mora tražiti. Neće se određivati rok za traženje brisanja ili zabrane upotrebe žigova registrovanih ili upotrebljivanih zlonamerno.

Iz prednjeg se može zaključiti da je ovaj član Pariske konvencije posvećen zaštiti neregistrovanih opštepoznatih, nesumnjivo poznatih znakova razlikovanja (well known trademark, la marque notoire).

Kada se postavlja pitanje koji znak je nesumnjivo poznat, najčešće se navode Zajedničke preporuke koje se tiču odredaba o zaštiti nesumnjivo poznatih znakova usvojene na XXXIV seriji sastanaka skupština (Pariske unije i Generalne Skupštine SOIS) država članica SOIS od 20. do 29. septembra 1999. god. uređuju u članu 2. način određivanja da li je jedan znak ili žig nesumnjivo poznati u državi članici.

U vezi sa načinom određivanja da li je jedan znak ili žig nesumnjivo poznat u državi članici, određeni su prvo sledeći činioci koji se uzimaju u obzir:

- da bi utvrdio da li je jedan znak nesumnjivo poznat, nadležni organ uzima u obzir svaku okolnost na osnovu koje može da ispita nesumnjivu poznatost;
- posebno, nadležni organ uzima u obzir podatke koji su mu predloženi u vezi sa činiocima koji služe za utvrđivanje da li je znak nesumnjivo poznat ili ne, a naročito, ali ne samo, podatke koji se odnose na stepen poznatosti ili prepoznatljivosti znaka u odnosnom delu javnosti; trajanje, obim i geografsko područje svakog korišćenja znaka; trajanje, obim i geografsko područje svake promocije znaka, uključujući oglašavanje i predstavljanje, na sajmovima i izložbama, proizvoda ili usluga na koje se znak odnosi; trajanje i geografsko područje svakog registrovanja ili prijave žiga, žiga u meri u kojoj se odnose na korišćenje znaka; efikasna potvrda prava na znak, posebno u meri u kojoj je znak priznat kao nesumnjivo poznat od strane nadležnih organa i vrednost pridružena znaku.

Napred navedeni činioci, koji su indikatori koji pomažu nadležnom organu da utvrdi da li je znak nesumnjivo poznat, nisu unapred određeni uslovi na osnovu kojih se dolazi do zaključka. Zaključak ovisi od okolnosti slučaja. U nekim slučajevima svi ti činioci mogu biti od značaja. U drugim slučajevima nijedan od navedenih činilaca neće biti od značaja i odluka može biti doneta na osnovu drugih činilaca koji nisu navedeni. Ti drugi činioci mogu biti po sebi od značaja ili zajedno sa jednim ili više navedenih činilaca.

Što se tiče pitanja šta čini odnosni deo javnosti, prema Preporuci nju čine stvarni ili mogući potrošači proizvoda ili usluga na koje se odnosi znak, učesni-

ci u odnosnoj distribuciji, privredne sredine koje imaju delatnosti povezane sa vrstom tih proizvoda ili usluga.

Preporuka navodi koji se činiooci ne uzimaju u obzir. Ne uzima se u obzir da li je znak nesumnjivo poznat ukupnoj javnosti u državi članici, sem u sličajevima navedenim u vezi sa distinktivnim karakterom, njegovom nelojalnom dilucijom i neosnovanom dobiti od distinktivnog karaktera nesumnjivo poznatog znaka.

Brojni međunarodni propisi pozivaju se na ovaj član, među kojima posebno treba navesti TRIPS (v. član 16, stav 3, TRIPSA).

Sto se tiče odredaba koje se odnose na član 6 bis Pariske konvencije, prema članu 5. stav 1. tačka 10. ZOŽ, ne može se zaštititi žigom znak koji je istovetan ili sličan, za istu ili sličnu vrstu robe, odnosno usluga znaku drugog lica koji je poznat u Republici Srbiji u smislu člana 6^{bis} Pariske konvencije o zaštiti industrijske svojine (u daljem tekstu: opštepoznati znak).

Prema članu 5. stav 5. ZOŽ, kod utvrđivanja da li je znak opštepoznat, uzima se u obzir upoznatost relevantnog dela javnosti sa znakom, uključujući i poznavanje do koga je došlo putem promocije znaka. Relevantnim delom javnosti smatraju se stvarni i potencijalni korisnici robe, odnosno usluga, koje se obeležavaju tim znakom, kao i lica uključena u distributerske tokove te robe, odnosno usluga.

Najveću pažnju zaslužuje član 38. ZOŽ-a, prema kome:

“Nosilac žiga ima isključivo pravo da znak zaštićen žigom koristi za obeležavanje robe, odnosno usluga na koje se taj znak odnosi.

Nosilac žiga ima pravo da drugim licima zabrani da neovlašćeno koriste:

1) znak koji je istovetan sa njegovim ranije zaštićenim znakom u odnosu na robe, odnosno usluge koje su istovetne robi, odnosno uslugama za koje je taj žig registrovan;

2) znak koji je istovetan njegovom ranije zaštićenom znaku za sličnu vrstu robe, odnosno usluga ili sliča njegovom ranije zaštićenom znaku za istovetnu ili sličnu vrstu robe, odnosno usluga ako postoji verovatnoća da zbog te istovetnosti, odnosno sličnosti nastane zabuna u relevantnom delu javnosti, koja obuhvata i verovatnoću dovodjenja u vezu tog znaka sa njegovim ranije zaštićenim znakom.

U smislu stava 2. ovog člana nosilac žiga ima pravo da zabrani i sledeće:

1) stavljanje zaštićenog znaka na robu, njeno pakovanje ili sredstva za obeležavanje robe (etikete, nalepnice, zatvarači za flaše i sl.);

2) nudjenje robe, njeno stavljanje u promet ili njeno skladištenje u te svrhe, ili obavljanje usluga pod zaštićenim znakom;

3) uvoz, izvoz ili tranzit robe pod zaštićenim znakom;

4) korišćenje zaštićenog znaka u poslovnoj dokumentaciji ili u reklami.

Prava iz st. 1, 2. i 3. ovog člana ima podnosilac prijave od datuma podnošenja prijave, kao i vlasnik znaka koji je poznat u Republici Srbiji u smislu člana 6^{bis} Pariske konvencije o zaštiti industrijske svojine”.

Ovaj član je od posebne koristi, jer za predmetnu odavno postojeću kumulaciju pravane znaju mnoge sudije, izuzev stava 3. koji ne priznaje stečena prava.

Na osnovu ZOŽ jedan znak može biti opštepoznati i/ili čuveni žig, a na osnovu ozbiljne upotrebe uz ostale uslove opštepoznati i/ili čuveni neregistrovani znak razlikovanja.

U vezi sa prednjim i čuvenim žigom, korisno je ovde ponovo navesti odluku Prvostepenog suda Evropske zajednice EZ T-67/04 od 25. maja 2005. god. u kojoj su raspravljena pitanja poznatosti čuvenog žiga i kada postoji neosnovna korist ostvarena od distinktivnog karaktera ili ugleda ranijeg žiga i šteta koja im je naneta.

Sud ističe, u vezi sa čuvenim žigom, da prema sudskoj praksi, da bi bio ispunjen uslov u vezi sa ugledom, raniji žig mora biti poznat znatnom delu javnosti u odnosu na proizvode i usluge na koje se on odnosi. Ovo isticanje upućuje takodje da čuveni žig mora poput nesumnjivo poznatog znaka biti poznat znatnom delu zainteresovane javnosti, tačnije rečeno znatnom delu odnosne javnosti.

Sud ističe da cilj člana 8. stav 5. Pravilnika br. 40/94 nije da se spreči registrovanje svakog znaka koji je istovetan sa renomiranim žigom ili mu je sličan. Cilj ove odredbe je, naročito, da omogući nosiocu ranijeg nacionalnog renomiranog žiga da se usprotivi zaštiti žigovima znakova koji mogu bilo naneti štetu ugledu ili distinktivnom karakteru ranijeg žiga ili ostvariti neosnovanu dobit od tog ugleda ili distinktivnog karaktera. U vezi sa tim, treba precizirati da nosilac ranijeg žiga nije dužan da dokaže da već postoji stvarna povreda njegovog žiga. Međutim, on je dužan da iznese dokaze na osnovu kojih se može zaključiti prima facie da postoji mogućnost u budućnosti koja nije hipotetična ostvarenja neosnovane dobiti ili nastanka štete.

U vezi sa prednjim, u stavu 41. stoji da se vodi računa o odnosnoj javnosti i njenom reagovanju u povezivanju dva žiga, pri čemu su od značaja distinktivni karakter i ugled ranijeg žiga.

O pitanju kada postoji šteta naneta distinktivnom karakteru ranijeg žiga sud ističe da ova šteta postoji kada raniji žig nije više u mogućnosti da odmah stvori asocijaciju na proizvode za koje je registrovan i korišćen.

O pitanju kada postoji šteta naneta ugledu ranijeg žiga sud utvrđuje da ova šteta postoji kada su proizvodi za koje je korišćen znak za koji se traži zaštita žigom smatrani od strane javnosti na način da je time snaga privlačnosti ranijeg žiga smanjena. Treba da postoji antagonizam, bliskost između proizvoda da bi se smatralo da je naneta šteta ugledu ranijeg žiga, odnosno da se ne radi o vrlo razli-

čitim, udaljenim proizvodima kao što je to slučaj suprotstavljanja mineralne vode publikacijama i uslugama putničke agencije.

O pitanju kada postoji neosnovano ostvarena dobit od distinktivnog karaktera ili ugleda ranijeg žiga sud upućuje da treba smatrati da neosnovano ostvarena dobit od distinktivnog karaktera ili od ugleda obuhvata slučajeve kada u odnosu na čuveni žig očigledno postoje korišćenje i parazitizam ili pokušaj da se izvuče korist od njegovog ugleda.

Razume se da prednja pravila važi u sistemu kompenzacione naknade štete.

ZAKLJUČAK

Član 6 bis Pariske konvencije zahteva dalje duboko proučavanje brojnih pitanja. Na primer pitanja da li se on odnosi samo na verbalne znake razlikovanja, kao što to mnogi tvrde. U praksi naših sudova i Suda časti PKS, naprotiv, i opštepoznata oblikovna obeležja priznata su kao notorni znaci razlikovanja. Ili treba na primer, raspraviti da li delo povrede notornog znaka razlikovnja daje pravo na naknadu moralne štete.

MILENKO MANIGODIĆ, LL.D.,

Lawyer, Belgrade

ĐURO MANIGODIĆ

Lawyer, Belgrade

THE ARTICLE 6bis OF THE PARIS CONVENTION FOR PROTECTION OF INDUSTRIAL PROPERTY

Summary

The sens of the article 6 bis of the Paris convention is that the unregistered well-known trademark has the same scope of protection as registered trademark. An earlier well-known trademark, whether registered or not, can be asserted against the registration of a later mark in the same way as an earlier registered mark. Fames trademark must be well-known trademark (see article 16(3) of the TRIPS).

PAVLE TIJANIĆ

KONVENCIJA O EVROPSKOM PATENTU (KEP)

– Usvojena 5. oktobra 1973. godine u Minhenu –

U V O D

Intelektualna svojina¹ 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. 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, odnosno know-how-a. Poslovna tajna se tradicionalno smatra oblikom zaštite intelektualne svojine zato što obezbeđuje

Pavle B. Tijanić, sudija Višeg trgovinskog suda u penziji.

¹ V. Besarović: Intelektualna svojina, Industrijska svojina i autorsko pravo, Beograd, 2005, str. 182–199.

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. 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.

Naš Zakon o patentima² (u daljem tekstu: ZOPat 04) izričito reguliše sadržinu, sticanje i obim prava iz prijave patenta.

Srpski pravni poredak pronalazaču pruža pravnu zaštitu priznanjem isključivog prava korišćenja pronalaska, koje nastaje podnošenjem patentne prijave i dodelom patenta. Po tome šta neposredno regulišu, norme patentnog prava se mogu podeliti na materijalnopravne i procesnopravne norme. Materijalnopravne norme regulišu predmet, uslove za sticanje, sadržinu, trajanje, promet, ograničenja i sudsku zaštitu patenta. Procesnopravne norme regulišu upravni postupak za sticanje patenta.

Svojim materijalnopravnim normama patentno pravo se nalazi u okviru građanskog prava, dok je svojim procesnopravnim normama ono povezano sa javnim (upravnim) pravom.

Pravna funkcija patenta (kao subjektivnog prava), jeste stavljanje određenog pronalaska (kao nematerijalnog predmeta prava) u pravnu vlast određenog subjekta. Analogno svojini, patentom se uspostavlja pravni odnos između njegovog nosioca i svih drugih lica. Sadržina tog odnosa jeste zabrana svima da narušavaju pravnu vlast koju nosilac patenta ima povodom patentiranog pronalaska. Povreda patenta sankcionisana je tužbama za prestanak vršenja povrede i naknadu štete. Patent nastaje i postoji sasvim nezavisno od ličnosti svog nosioca. Nosilac patenta može njime, kao pretežno imovinskim pravom, slobodno raspolagati zaživotnim pravnim poslovima. U slučaju smrti nosioca, patent se nasleđuje.

Patent je tipično građansko isključivo pravo, na koje su, u nedostatku specijalnih pravila, primenljiva opšta pravila građanskog prava. To se, pre svega, odnosi na pravila obligacionog prava. U našem pravu, ugovor o licenci, kao instrument konstitutivnog prometa ovlašćenja iz patenta, regulisan je u čl. 686. do čl. 711. Zakona o obligacionim odnosima. U slučaju potrebe, a s obzirom na pravnu prirodu ugovora o raspolaganju patentom, primenjuju se analogno i pravila o prodaji i za-

² "Službeni list SCG", br. 32/04 i 35/04).

kupu³. U oblasti pravnih posledica povrede patenta ili tzv. prava iz prijave patenta takođe su, u nedostatku specifične patentnopravne regulative, primenljiva opšta pravila o odgovornosti za nastalu štetu, i o neosnovanom obogaćenju.

Iz ugla pravnog sistema gledano, paradoksalno je da patent⁴, kao građansko pravo, nastaje u upravnom postupku, na osnovu rešenja upravnog organa. Ta jedinstvena pojava sasvim opravdano izaziva velike nedoumice u teoriji.

U staroj patentnopravnoj doktrini ovog paradoksa nije bilo, jer je ona naginjala ka javnopravnom tumačenju pravne prirode patenta⁵.

Način da se spreči prisvajanje viška vrednosti koji ima poreklo u kreativnosti, od strane lica koji nisu investirali u njegovo stvaranje, jeste zaštita tih nematerijalnih dobara putem prava intelektualne svojine. Pravo intelektualne svojine tek u informatičkom društvu doživljava svoju punu afirmaciju.

UGOVOR O SARADNJI U OBLASTI PATENTA (USP)

Uprkos postojanju prava međunarodnog prvenstva, koje je predviđeno u čl. 4. PK, praktične teškoće vezane za podnošenje prijave patenta za isti pronalazak u više država nisu otklonjene. Taj problem je potenciran činjenicom da se danas sve veći broj pronalazaka prijavljuje za patentiranje u srazmerno velikom broju zemalja. Tako, rok međunarodnog prvenstva od jedne godine nije više dovoljan da se uredna prijava patenta podnese u npr. deset ili više zemalja, imajući u vidu da taj posao podrazumeva prevođenje prijave na razne jezike, kontaktiranje sa lokalnim patentnim zastupnicima, uređivanje prijave saglasno nacionalnim propisima, plaćanje odgovarajućih (ne malih) administrativnih taksi.

U cilju rešavanja izloženog problema (koji je više praktične nego pravne prirode), 1970. godine na diplomatskoj konferenciji u Vašingtonu zaključen je USP. USP predstavlja posebni međunarodni sporazum u smislu čl. 19 PK. Sam USP je praćen jednim iscrpnim Pravilnikom za sprovođenje USP-a.

Jugoslavija je potpisala USP još 1970. godine, a ratifikovala ga je 1996. godine. Smisao UPS-a je da objedini (pa time i pojednostavi) postupak prijavljivanja pronalazaka u više država putem međunarodne prijave patenta, kao i da olakša nacionalnim patentnim zavodima postupak ispitivanja prijave. Postupak patentiranja određenog pronalaska u više država uz pomoć USP-a podeljen je u dve faze.

³ Na primeru odgovornosti za pravne nedostatke, vidi Marković, S: Odgovornost za pravne nedostatke izvršenja ugovora o licenci patentiranog pronalaska (Pravni život, br. 11–12, 1992, str. 281).

⁴ S. Marković: Patentno pravo, 1997, str. 11–90.

⁵ Građansko pravnu koncepciju patenta je zavio nemački pravnik i "otac" savremenog nemačkog prava intelektualne svojine Jozef Koler, vidi Bernhardt/Krasser: Lehrbuch des Patentrechts, München, 1986, str. 18.

U prvoj (tzv. međunarodnoj) fazi podnosi se međunarodna prijava patenta propisanom patentnom zavodu (zavodu primaoca) koji je najčešće nacionalni patentni zavod podnosioca prijave (čl. 10). Podnosilac međunarodne prijave može biti lice koje ima državljanstvo ili domicil u nekoj od država članica USP-a (čl. 9). Međunarodna prijava može se pozivati na međunarodno prvenstvo ranije (prvenstvene) prijave za isti pronalazak, koja je podnesena u nekoj od država članica PK (čl. 8).

U međunarodnoj prijavi, prijavitelac naznačuje one države članice USP-a u kojima želi da ima patent (čl. 11). Posle provere formalne urednosti međunarodne prijave, zavod primalac priznaje međunarodnoj prijavi datum podnošenja. Taj čin ima efekat pravne fikcije da je prijavitelac podneo urednu nacionalnu prijavu patenta za odnosni pronalazak u svim naznačenim državama na dan podnošenja međunarodne prijave (čl. 11). Dalji efekat je da nacionalni zavodi naznačenih država imaju obavezu da u roku od 20 meseci od dana prvenstva međunarodne prijave ne otpočnu sa postupkom po prijavi, čekajući dalji razvoj postupka u međunarodnoj fazi USP-a (čl. 22. i čl. 23).

Zavod primalac šalje jedan primerak međunarodne prijave u WIPO, koji deluje kao Međunarodni biro za države članice USP-a, a drugi primerak Organu za međunarodni rešerš (pretraživanje). Organ za međunarodni rešerš je patentni zavod i tehničko-dokumentacione opremljenosti, i kojem je Skupština USP-a poverila taj mandat (čl. 16). Zadatak Organa za međunarodni rešerš je da utvrdi stanje tehnike koje je relevantno za ispitivanje novosti i inventivnog nivoa prijavljenog pronalaska, tj. da identifikuje svojoj dokumentaciji izvore koji sadrže podatke o relevantnom stanju tehnike. Rezultat ovog ispitivanja je izveštaj o međunarodnom rešeršu, koji sadrži samo listu oznaka dokumenata čiji sadržaj čini relevantno stanje tehnike, bez ikakvih ocena o patentibilnosti pronalazaka. Izveštaj se dostavlja podnosiocu i Međunarodnom birou.

Zavisno od toga koji je Organ za međunarodni rešerš nadležan za koji zavod primalac, određuje se i jezik na kojem mora biti podnesena međunarodna prijava (službeni jezik organa za međunarodni rešerš).

Međunarodni biro objavljuje međunarodnu prijavu (najčešće zajedno sa izveštajem o međunarodnom rešeršu) u roku od 18 meseci od datuma prvenstva međunarodne prijave (čl. 21). Ta objava ima isti učinak kao i objavljivanje nacionalne prijave, s tim da se, u slučajevima kad je međunarodna objava na jeziku koji nije službeni jezik naznačene države, taj učinak može usloviti objavljivanjem prevoda (objavljene) međunarodne prijave u nacionalnom službenom glasilu (čl. 29).

Prijavitelac ima mogućnost da jednom, na osnovu izveštaja o međunarodnom rešeršu, izvrši izmene u patentnim zahtevima svoje međunarodne prijave, i da te izmene podnese Međunarodnom birou (čl. 19). Podrazumeva se da te izmene ne smeju uključivati novi sadržaj kojeg nije bilo u prvobitnoj međunarodnoj prijavi.

Međunarodni biro šalje zavodu svake naznačene države (naznačenom zavodu) primerak međunarodne prijave, sa izmenama patentnih zahteva (ako je izmena uopšte bilo) i izveštaj o međunarodnom rešeršu (čl. 20).

Druga, (tzv. nacionalna) faza postupka patentiranja po USP-u počinje u trenutku kad naznačeni zavodi imaju kod sebe primerak međunarodne prijave i izveštaj o međunarodnom rešeršu, i kad im je prijavilac dostavio prevod međunarodne prijave na službenom jeziku tog zavoda. Ti poslovi moraju biti okončani pre isteka 20 meseci od datuma prvenstva međunarodne prijave. Svaki naznačeni zavod tada nastavlja postupak po prijavi na osnovu nacionalnih propisa. On ne mora zasebno utvrđivati relevantno stanje tehnike jer već ima izveštaj o međunarodnom rešeršu. Ipak, izveštaj o međunarodnom rešeršu formalno ne obavezuje naznačeni zavod. Po okončanju postupka, svaki naznačeni zavod suvereno donosi odluku da li priznaje nacionalni patent ili ne.

Postoji i jedna fakultativna faza kojom se, zapravo, produžuje prva (međunarodna) faza. Naime, ukoliko je to prijavilac tražio pre isteka 19 meseci od datuma prvenstva međunarodne prijave, Međunarodni biro šalje međunarodnu prijavu (sa eventualno jedanput izmenjenim patentnim zahtevima) i izveštaj o međunarodnom rešeršu nadležnom Organu za međunarodno prethodno ispitivanje. Tu je reč o nacionalnom ili nadnacionalnom patentnom zavodu koji ispunjava propisane uslove, i kojem je Skupština USP-a poverila tu funkciju⁶. Organ za međunarodno prethodno ispitivanje ima zadatak da u pisanom obliku formuliše mišljenje o tome da li pronalazak koji je predmet međunarodne prijave ispunjava uslove novosti, inventivnog nivoa i privredne primenljivosti, kako su određeni u čl. 33 USP-a. Tokom svog rada, Organ za međunarodno prethodno ispitivanje kontaktira sa prijaviocem, radi pribavljanja eventualnih razjašnjenja, i pružanja prijaviocu mogućnosti za naknadnu izmenu patentnih zahteva u skladu sa mišljenjem organa (čl. 34).

Izveštaj o međunarodnom prethodnom ispitivanju sadrži samo mišljenje o patentibilnosti pronalaska, bez detaljnih obrazloženja tog mišljenja. Izveštaj, koji se inače ne objavljuje, dostavlja se preko Međunarodnog biroa zavoda država koje je prijavilac izabrao (izabrana država/izabrani zavod) najkasnije u roku od 30 meseci od datuma prvenstva međunarodne prijave. Do isteka tog roka izabrani zavod je dužan da čeka sa postupkom u nacionalnoj fazi. Kada jednom dobije sve izveštaje i međunarodne faze, kao i prevedenu međunarodnu prijavu, izabrani zavod preuzima postupak patentiranja po nacionalnom zakonu. On je ovlašćen, ali ne i obavezan, da se u svom radu osloni na izveštaj o međunarodnom prethodnom ispitivanju. U svakom slučaju, izabrani zavod samostalno i suvereno donosi odluku o priznanju ili odbijanju priznanja nacionalnog patenta.

⁶ Funkciju Organa za međunarodno prethodno ispitivanje vrše patentni zavodi SAD, Japana, Australije, Rusije, Švedske, Austrije, Kine, kao i Evropski zavod za patente.

Ceo postupak po USP-u prate obaveze plaćanja propisanih taksi u propisanim rokovima. Komunikacija između svih učesnika u postupku je prilično komplikovana zbog problema vezanih za jezik, kao i za pravne posledice propusta u komunikaciji.

USP pruža konkretne praktične prednosti kako prijaviocima, tako i nacionalnim (naznačenim, odn. izabranim) zavodima. Prednosti za prijavioca su: pojednostavljenje i pojeftinjenje podnošenja prijave patenta za isti pronalazak u više država; odlaganje svih poslova i plaćanja taksi u vezi sa postupkom patentiranja pred nacionalnim zavodima za patente stranih država do isteka roka od 20, odn. 30 meseci od datuma prvenstva međunarodne prijave. Prednosti za zavode su: mogućnost uštede u vremenu i radu na utvrđivanju relevantnog stanja tehnike, što je, inače, najteži deo posla tokom ispitivanja prijave patenta; mogućnost oslanjanja na izveštaje koji su urađeni od strane najopremljenijih i najkompetentnijih patentnih zavoda na svetu.

Po svom učinku, USP nije zamišljen da deluje u pravcu ujednačavanja nacionalnih propisa o patentima država članica. Izuzetak čini odredba čl. 27. kojom je utvrđeno da države članice ne smeju propisivati druge ili dodatne poslove u pogledu forme međunarodne prijave patenta, od onih koje je predvideo USP. Budući da uredna međunarodna prijava ima učinak uredne nacionalne prijave u svim naznačenim državama, to je jasno da će države članice USP-a iz praktičnih razloga, ujednačiti formalne zahteve u pogledu nacionalnih prijava, sa onima koje važe za međunarodne prijave.

Posredno, USP računa na unifikaciju nacionalnih propisa u pogledu uslova patentibilnosti pronalazaka (novost, inventivni nivo, privredna primenljivost), budući da Organ za međunarodno prethodno ispitivanje u svom izveštaju polazi od definicije tih uslova, kakva je data u čl. 33. Pri tom, mehanizam unifikacije nije sama ta odredba USP-a, već drugi međunarodni propisi.

KONVENCIJA O IZDAVANJU EVROPSKIH PATENATA (KEP)

KEP je posebni regionalni sporazum zaključen na osnovu čl. 19 PK. On ustanovljava nadnacionalni sistem pravnih normi kojima se uređuje postupak priznavanja patenta (evropskih patenata) koji neposredno proizvode dejstvo u državama članicama.

Istorija ideje o evropskom (pa i svetskom) patentnom pravu seže do 1909. godine i radova nemačkog advokata du Bois-Raymonda. U nizu teorijskih doprinosa razradi i konkretizaciji ove ideje, među mnogim istaknutim imenima patentno-pravne misli vredni pomenuti i dr Janka Šumana, izvanrednog stručnjaka i direktora Uprave za zaštitu industrijske svojine Kraljevine Jugoslavije od 1920. do 1937.

Posle Drugog svetskog rata, tehnološka i ekonomska integracija zemalja zapadne Evrope započela je zbližavanjem ovih zemalja upravo u sferi zaštite industrijske svojine. Već 1947. godine, na predlog Francuske, obrazovan je u Hagu Međunarodni institut za patente, kao prva specijalizovana evropska organizacija (pre Evropske zajednice za uglj i čelik). Institutu je stavljeno u zadatak da za države članice Sporazuma o obrazovanju instituta, na zahtev njihovih uprava za industrijsku svojinu, izrađuje obrazložene (dokumentovane) izveštaje o stanju tehnike u određenim tehničkim oblastima, odnosno tzv. rešeršne izveštaje u vezi sa prijavama pronalazaka. Haški sporazum o osnivanju Međunarodnog instituta za patente bio je otvoren za pristupanje i drugim državama, ali tu mogućnost Jugoslavija nije iskoristila.

Osnivanje Međunarodnog instituta za patente je bilo dobar osnov i podsticaj da se davnašnja ideja o evropskom patentnom pravu pokuša sprovesti u život. Realizacija ove ideje imala je dve svoje osnovne faze. Prva faza je vezana za aktivnosti Evropskog saveta, u čijem okviru je donesena Konvencija o ujednačavanju nekih pojmova materijalnog patentnog prava. Tek druga faza, koja se odvijala u okvirima organa i stručnih tela Evropske ekonomske zajednice (dalje: EEZ), i koja je krunisana zaključenjem KEP-a u Minhenu 1973, dovela je do konačnog probijanja principa teritorijalnosti u patentnom pravu u Evropi. Među pretpostavkama za započinjanje i uspešno okončanje ove faze razvoja evropskog patentnog prava, posebno bitne su bile dve činjenice:

- uklanjanje carinskih barijera radi omogućavanja slobodnog protoka roba i kapitala između zemalja članica EEZ podrazumevalo je da samo rad na unifikaciji nacionalnih prava u mnogim oblastima, već i rad na uklanjanju teritorijalnih granica određenih privatnih isključivih prava;

- neophodnost traženja izlaza iz strukturne administrativne krize patentnog sistema, koja je počela tokom 60-tih godina; krza, čiji je uzrok bila neracionalnost teritorijalnog principa priznavanja patenta (postupak patentiranja pronalazaka se sprovodi odvojeno i paralelno u svim državama u kojima je podnesena patentna prijava za isti pronalazak) ogledala se u tome da nacionalne patentne administracije u svemu više nisu bile u stanju da odgovore svojim zadacima, s obzirom na ogroman priliv patentnih prijavi i dokumentacije.

Prvu fazu rada na stvaranju evropskog patentnog prava karakterisalo je shvatanje o nužnosti unifikacije nacionalnih patentnih prava *de iure conventionis*. Međutim, taj pristup se pokazao nedovoljno dobrim⁷. Zbog toga, drugu fazu (fazu rada u okviru EEZ) karakterisao je sasvim drugi pristup. Naime, KEP ne propisuje obavezu za države članice da ujednače svoje nacionalno patentno pra-

⁷ Pored ove, u okviru Evropskog saveta donesene su još dve konvencije: Konvencija o formalnim elementima patentne prijave (1953. godine) i Konvencija o međunarodnoj klasifikaciji patenata (1954).

vo sa propisima sadržanim u ovoj konvenciji. Naprotiv, tzv. Evropsko patentno pravo "druge faze" pretpostavlja paralelno postojanje nacionalnog i konvencijskog (nacionalnog) patentnog prava u svakoj državi članici. To znači da je svakoj državi članici dozvoljeno da sama oceni da li i u kojoj meri može da toleriše razlike između nacionalnog i "evropskog" patentnog sistema, koji uporedo postoje na njenoj sopstvenoj teritoriji. Kao što se i očekivalo, evropsko patentno pravo "druge faze" je pokrenulo proces dobrovoljnog, na pravno-političkim uviđanjima zasnovanog, ujednačavanja nacionalnih prava sa KEP-om. Taj proces je u evropskoj literaturi dobio ime "harmonizacija patentnog prava". Naravno, proces harmonizacije je najpre započeo i najdalje otišao u državama koje su članice KEP-a, ili imaju nameru da to postanu. Međutim, ovaj proces je vidljiv i u drugim državama.

KEP je regionalni sporazum, tako da mu mogu, pod određenim uslovima, pristupiti samo evropske države. U članstvu KEP-a je 18 država. Do sada je KEP pretrpeo dve minimalne izmene, i to 1978. i 1991. godine.

Sadržaj KEP-a. – Norme koje sačinjavaju KEP mogu se, prema svom sadržaju, podeliti u tri osnovne grupe: jednim se ustanovljava Evropska patentna organizacija (EPO), drugim se ustanovljava sistem materijalno-pravnih normi kojima se uređuju uslovi, oblik i trajanje pravne zaštite pronalazaka, i trećima se ustanovljava administrativni postupak za patentiranu zaštitu pronalazaka.

Takođe, integralni deo KEP-a čine: Pravilnik o sprovođenju KEP-a, Protokol o priznanju, Protokol o povlasticama i imunitetima, Protokol o centralizaciji i Protokol o tumačenju člana 69.

Evropska patentna organizacija (EPO). – EPO je nadnacionalna organizacija čiji je zadatak da vodi postupak radi priznanja evropskih patenata. Njeni organi su Evropski zavod za patente (EZP) i Upravni savet. Dok Upravni savet ima upravljačku i kontrolnu funkciju u EPO, EZP je centralni stručno administrativni i izvršni organ koji primenjuje materijalno evropsko patentno pravo. Konkretno, EZP prima evropske prijave, sprovodi rešerš stanja tehnike radi utvrđivanja novosti i inventivne visine pronalaska, donosi odluku o priznanju ili odbijanju priznanja patenta, sprovodi žalbeni postupak i postupak po prigovoru na rešenje o priznanju patenta.

EZP ima sedište u Minhenu i po jedan ogranak u Hagu (bivši Međunarodni institut za patente) i Berlinu. Službeni jezici na kojima EZP vodi postupak su engleski, nemački i francuski.

Pored toga, što obavlja posao nadnacionalnog administrativnog organa koji prima i ispituje prijave patenata i izdaje evropske patente, EZP je istovremeno i snažan informacioni centar. On raspolaže najvećom zbirkom patentne (tehničke) dokumentacije u svetu, koja ga čini svojevrsnim rasadnikom najaktuelnijih tehnoloških informacija koje su dostupne državama članicama EPO. Funkcija pri-

znavanja evropskih patenata i funkcija prikupljanja, sistematizovanja, čuvanja i diseminacije tehnoloških informacija su dve ravnopravne i međusobno povezane funkcije koje EZP obavlja za države članice EPO. Štaviše, u svim razvojnim planovima EZP-a razvoj informacionog sistema ima prioritet; taj razvoj podrazumeva ulaganja u informacionu tehnologiju, koja po obimu prevazilaze novčane i druge mogućnosti pojedinačnih država. U oblasti informatike, EPO ima stalnu saradnju sa patentnim zavodom SAD i Japana, čime, praktično “pokriva” tehnološke informacije iz celog sveta.

MATERIJALNO EVROPSKO PATENTNO PRAVO

Materijalno evropsko patentno pravo sačinjava skup normi, sadržanih u KEP-u, koje određuju: predmet patenta zaštite (čl. 52, 53), uslove patentibilnosti pronalazaka (čl. 54. do čl. 57), lica koja imaju pravo na evropski patent (čl. 59. do čl. 61), pravne učinke evropske prijave i evropskog patenta (čl. 64. do čl. 67), dužinu trajanja evropskog patenta (čl. 63) i uticaj evropskog patentnog prava na nacionalni pravni sistem (čl. 68. do čl. 70).

U osnovi materijalnog evropskog patentnog prava je da ono, na nadnacionalna način, uređuje patentnu zaštitu pronalazaka od trenutka podnošenja evropske prijave do trenutka priznavanja evropskog patenta. Od trenutka priznavanja evropskog patenta, u načelu, prestaje primenljivost nadnacionalnih normi, te se evropski patent “raspada” na onoliki broj nezavisnih nacionalnih patenata, koliko ima zemalja članica KEP-a, koje je prijavila u evropskoj prijavi naznačio kao države u kojima želi patentnu zaštitu za svoj pronalazak. Svaki od tih patenata, koji se i dalje naziva “evropski patent”, nastavlja da traje u pojedinoj državi, podvrgnut propisima nacionalnog patentnog prava. Njegova pravna sudbina je nezavisna u odnosu na pravnu sudbinu ostalih evropskih patenata za isti pronalazak, koji su priznati na osnovu iste odluke EZP-a. Tako, na primer, evropski patent može u jednoj državi biti poništen ili prestati zbog neplaćanja taksi, dok, u drugoj državi, evropski patent za isti pronalazak može ostati na snazi.

Materijalno evropsko patentno pravo ne dira u nacionalno patentno pravo, ond. ova dva sistema patentnog prava postoje paralelno, s tim da se evropski patent, po njegovom priznavanju, uliva u nacionalni patentni sistem i podvrgava istom režimu kao i da ga je priznao nacionalni patentni zavod. Izuzetno, materijalno evropsko patentno pravo, kao nadnacionalno, zadržava primat nad nacionalnim pravom i posle prelaska evropskog patenta u tzv. Nacionalnu fazu, u pet slučajeva:

- evropski patent mora trajati 20 godina od podnošenja prijave (čl. 63);

– države članice KEP-a moraju kod evropskog patenta za proizvodni postupak priznati protezanje zaštite i na proizvode koji su neposredno odbijeni u tom postupku (čl. 64, st. 2);

– način tumačenja patentnih zahteva radi utvrđenja obima zaštite koju pruža evropski patent, regulisan je u čl. 69. i Protokolu o tumačenju čl. 69. KEP-a;

– opoziv evropskog patenta u postupku po prigovoru ima dejstvo *ex tunc* u svim državama članicama (čl. 68);

– razlozi za poništaj evropskog patenta pred nacionalnim sudom države članice KEP-a propisani su u KEP-u, te nacionalno pravo ne može propisati druge ili dodatne razloge za poništaj evropskog patenta u svojoj državi (čl. 138).

Moguća je kolizija evropskog patenta sa ranijom nacionalnom prijavom patenta za isti ili sličan pronalazak, koja (prijava) u trenutku podnošenja evropske prijave, nije još bila objavljena, već je objavljena kasnije. Za takav slučaj KEP predviđa rešenje po kojem ranija nacionalna prijava oduzima svojstvo novosti ili inventivnog nivoa pronalasku iz kasnije evropske prijave, ali samo za teritoriju te države (čl. 139). Tako, priznati evropski patent može u toj državi biti poništen, jer ne ispunjava uslov novosti ili inventivnog nivoa.

Moguća je i obrnuta situacija: nacionalni patent, odn. nacionalna prijava patenta kolidira sa ranijom evropskom prijavom za isti ili sličan pronalazak, koja još nije bila objavljena u trenutku podnošenja nacionalne prijave, već je objavljena kasnije. U tom slučaju, opet samo za teritoriju odnosne države, ranija evropska prijava ima karakter tzv. Starijeg prava koje oduzima svojstvo novosti ili inventivnog nivoa pronalasku iz kasnije nacionalne prijave (čl. 139). Kao posledica toga, nacionalni patent neće biti priznat, ili će eventualno priznati nacionalni patent može da bude poništen iz razloga neispunjenja uslova novosti ili uslova inventivnog nivoa pronalaska.

U slučaju da nacionalna prijava patenta i evropska prijava patenta za isti pronalazak imaju isti datum prvenstva⁸, pa dođe do priznanja nacionalnog i evropskog patenta, KEP prepušta državama članicama da svojim propisima urede da li će ova prava moći da koegzistiraju na teritoriji jedne države, ili će primat dati samo jednom od njih (čl. 139). Uglavnom, sve države članice su to pitanje uredile tako što su primat dale evropskom patentu, dok nacionalni patent prestaje da važi ili nema dejstvo.

POSTUPAK PRIZNANJA EVROPSKOG PATENTA

Postupak otpočinje podnošenjem prijave evropskog patenta (evropske prijave) EZP-u ili nacionalnom patentnom zavodu zemlje članice EPO-a, koji je pro-

⁸ To je moguće u slučaju kad je u evropskoj prijavi naznačena država u kojoj je podnesena nacionalna prijava na čije prvenstvo se poziva evropska prijava.

sleđuje EZP-u (čl. 75. i čl. 77). U evropskoj prijavi mora biti naznačena bar jedna država članica EPO-a (najčešće se naznačuju preko tri /čl. 79). Moguće je naznačenje i one države članice EPO-a, u kojoj je podnesena nacionalna prijava patenta, na čiji datum prvenstva se poziva evropska prijava (tzv. autodezignacija). Na osnovu toga moguća je kolizija nacionalnog i evropskog patenta na teritoriji jedne te iste države.

Pravo na podnošenje evropske prijave nije uslovljeno državljanstvom ili domicilom podnosioca, tako da se i državljani zemalja koje nisu članice EPO-a mogu pojavljivati kao podnosioci prijave (čl. 58). Evropska prijava se, u skladu sa čl. 4 PK, može pozivati na međunarodno prvenstvo ranije prijave za isti pronalazak, koja je podnesena u nekoj od država članica Unije. Evropska prijava se podnosi na jednom od službenih jezika EZP-a. Dozvoljeno je da se prijava podnese i na drugom jeziku, ukoliko je to službeni jezik u državi čiji je zavod izvrši prijem iste, i ukoliko se u roku od 3 meseca po podnošenju, ali ne i posle isteka od 13 meseci od datuma prvenstva, dostavi njen prevod na jedan od službenih jezika EZP-a.

Pravo na evropski patent ima pronalazač ili njegov pravni sledbenik (čl. 60). Ukoliko prijavioc nije i pronalazač, on je dužan da uz prijavu dostavi izjavu o osnovu po kojem je stekao pravo na evropsku prijavu (čl. 81). EZP ne ispituje da li prijavioc ima pravo na evropski patent ili ne (čl. 60). Materijalno utvrđenje prava na evropski patent vrše nacionalni sudovi. Pri tome, ukoliko je postupak za priznanje evropskog patenta još u toku, pitanje nadležnosti suda i priznanja njegove odluke regulisano je u Protokolu o priznanju. Ako je, pak, evropski patent već priznat, nadležnost suda i priznavanje njegove odluke ravna se prema opštim pravilima međunarodnog privatnog prava.

Po proveru ispunjenosti osnovnih formalnih uslova urednosti, evropskoj prijavi se priznaje datum podnošenja. Ta činjenica ima efekat pravne fikcije da je tog dana u svim naznačenim državama podnesena nacionalna prijava patenta (čl. 66). U slučaju potrebe EZP u saradnji sa prijaviocem nastavlja da formalno uređuje prijavu, ali istovremeno pristupa i izradi izveštaja o rešeršu (čl. 92). Taj izveštaj ima za cilj da utvrdi relevantno tanje tehnik, tj. da popiše sva raspoloživa dokumenta na osnovu kojih se može oceniti novost i inventivna visina prijavljenog pronalaska. Izveštaj se, zajedno sa kopijama relevantnih dokumenata šalje prijaviocu (čl. 92).

Odmah po isteku roka od 18 meseci EZP objavljuje evropsku prijavu (čl. 93). Objava evropske prijave ima u svim naznačenim državama efekat nacionalne objave prijave patenta, što znači da u svim tim državama prijavioc stiče ona prava koja nacionalni zakon vezuje za čin objave prijave. Ta prava ne smeju biti manja od prava na naknadu za iskorišćavanje pronalaska koji je predmet objavljene evropske prijave (čl. 67). Ukoliko je evropska prijava objavljena na jeziku koji nije službeni jezik pojedine naznačene države, KEP dozvoljava takvoj državi da nastu-

panje efekata objave evropske prijave uslovi objavljivanjem prevoda te prijave na službenom jeziku u službenom glasilu nacionalnog patentnog zavoda (čl. 67).

Tokom roka od 6 meseci od objavljivanja evropske prijave, prijavitelj ima pravo da podnese EZP-u zahtev za potpuno ispitivanje uslova za priznanje evropskog patenta (čl. 94). U slučaju da takav zahtev izostane, smatra se da je evropska prijava povučena. Cilj potpunog ispitivanja je da se na osnovu izveštaja o rešenju ustanovi da li prijavljeni pronalazak ispunjava materijalno-pravne uslove za patentnu zaštitu. U toj fazi postupka EZP komunicira sa prijaviocem, koji ima mogućnost da vrši izmene u patentnoj prijavi, vodeći računa da te izmene ne idu preko okvira sadržaja prvobitne prijave (čl. 123). Po okončanju potpunog ispitivanja, EZP donosi i objavljuje odluku o tome da li priznaje evropski patent ili ne (čl. 97).

U postupku za priznanje evropskog patenta postoji mogućnost žalbe na odluku EZP-a, o kojima odlučuje Žalbeno veće ili Veliko žalbeno veće EZP-a (čl. 106 do čl. 112). U roku od 9 meseci od objavljivanja odluke o priznanju evropskog patenta, bilo koje lice ima pravo da uloži prigovor na tu odluku (čl. 99). Jedini razlozi za prigovor mogu biti da je evropski patent priznat za pronalazak koji: ne ispunjava materijalno-pravne uslove za patentiranje; nije dovoljno opisan u prijavi, tako da ga stručnjak ne može ponoviti; je definisan šire nego u prvobitno podnesenoj prijavi (čl. 100). Dejstvo uspešnog prigovora usmereno je na opoziv odluke o priznanju evropskog patenta (čl. 102). To znači da se dejstva evropske prijave i evropskog patenta smatraju kao da nisu ni nastala (čl. 68). Ukoliko je prigovor opravdan samo delimično, EZP će doneti odluku o ostajanju na snazi izmenjenog patenta, koji nije obuhvaćen osnovanim razlozima za prigovor (čl. 102). Ukoliko nema prigovora na odluku o priznanju evropskog patenta, ili se prigovor pokaže neosnovanim, evropski patent nastavlja svoje trajanje u roku od 20 godina (počev od datuma podnošenja evropske prijave) u svakoj od naznačenih država posebno. U svakoj od naznačenih država on ima dejstvo kao i nacionalni patent, s tim da KEP obavezuje države članice da evropskom patentu koji se odnosi na proizvodni postupak, priznaju protezanje dejstva i na proizvode koji su neposredno dobijeni u tom postupku. Pitanje povrede evropskog patenta se raspravlja isključivo prema nacionalnom pravu naznačene države (čl. 64).

U slučaju da neko smatra da je evropski patent priznat iako nisu bili ispunjeni uslovi za to, postupak poništaja evropskog patenta mora se voditi u svakoj od država u kojoj odnosni patent važi. Razlozi za poništaj evropskog patenta su jedinstveni, i propisani su u čl. 138. KEP-a.

AKTA KOJA SAČINJAVAJU SASTAVNI DEO KEP-a

Pravilnik o sprovođenju KEP-a – Pravilnik sadrži norme kojima se opširno i detaljno razrađuju odredbe KEP-a, koje se prvenstveno odnose na organizaci-

ju i način rada EZP, odn. na administrativni postupak koji sprovodi EZP u vezi sa priznavanjem evropskog patenta.

Protokol o priznanju. – Protokol o priznanju sadrži odredbe o određivanju nadležnosti nacionalnih sudova, i o uzajamnom priznanju njihovih odluka od strane država članica EPO-a, u sporovima za utvrđenje prava na evropski patent. Pri tom, reč je samo o sporovima koji se vode pre nego je evropski patent priznat. Pitanja sudske nadležnosti i priznanja sudskih odluka u sporovima oko prava na evropski patent, koji se vode ili okončavaju pošto je evropski patent već priznat, uređuju se na osnovu opštih pravila međunarodnog privatnog prava, koja važe između zainteresovanih država.

Protokol o povlasticama i imunitetima. – Ovaj protokol uređuje položaj prava službenika EPO-a u državama u kojima EPO ima svoje organe, kao i drugim državama članicama KEP-a.

Protokol o centralizaciji. – Protokol o centralizaciji sadrži odredbe kojima je uređeno spajanje Međunarodnog instituta u Hagu sa EZP-om, kao i odredbe kojima se uređuju odnosi između patentnih zavoda zemalja članica EPO i EZP-a u pogledu saradnje na ispitivanju evropskih prijava i međunarodnih prijava koje su podnesene prema USP-u.

Protokol o tumačenju člana 69. – Ovaj protokol daje tumačenje člana 69. KEP-a, u kojem se određuje obim patentne zaštite na osnovu dikcije patentnog zahteva i uz pomoć opisa pronalaska u evropskoj prijavi (vidi prilog 9).

Odnos KEP-a i USP-a. – Pripremni radovi na donošenju ove dve konvencije tekli su skoro paralelno i usaglašeno. Rezultat toga je potpuna usaglašenost odredaba KEP-a i USP-a. U osnovnim crtama, ta usaglašenost se ogleda u sledecem:

- međunarodna prijava se može pozivati na međunarodno prvenstvo evropske prijave, kao i vice versa;
- za potrebe funkcionisanja UPS-a, EZP može da deluje kao zavod primalac, naznačeni zavod i izabrani zavod;
- EZP je jedan od organa za međunarodni rešerš i organa za međunarodno prethodno ispitivanje;
- propisi postupka KEP-a i USP-a su usklađeni u pogledu vremenskih rokova za obavljanje određenih radnji, kao i u pogledu formalnih zahteva vezanih za prijavu patenta.

KEP i bivša Jugoslavija. – KEP je odigrao ogromnu ulogu u oblikovanju aktualnog bivšeg jugoslovenskog patentnog prava. To se, u prvom redu, odnosi na činjenicu da su materijalnopravne odredbe ZOPat-a skoro u potpunosti harmonizovane sa materijalnopravnim odredbama KEP-a. Takođe, odredbe ZOPat-a i formalnostima patentne prijave usklađene su sa onima iz KEP-a. Tim je postignut visok stepen kompatibilnosti jugoslovenskog sistema patentne zaštite sa onim koji je propisan u KEP-u. Jedan od važnih političkih razloga zbog kojih je jugoslovenski zakonodavac prilikom donošenja ZOPat-a uzeo KEP kao obrazac,

jeste nastojanje naše zemlje da bude punopravan član EPO-a. To nastojanje je sasvim jasno ispoljeno još u toku postojanja SFR Jugoslavije⁹, a potvrđeno je i kao čvrsto opredeljenje SR Jugoslavije donošenjem ZPKEP-a 1996. godine.

ZPKEP je bio pripremljen za usvajanje još 1991. godine – u vreme dok je SFRJ, kao potpisnica KEP-a, imala pravo da na osnovu čl. 166. KEP-a, jednostranim aktom o pristupanju postane član EPO-a. Raspad SFRJ je otvorio političko-pravno pitanje da li SR Jugoslavija, u pogledu međunarodnih prava i obaveza, nastavlja kontinuitet SFRJ. Aktualna nerešenost tog pitanja na nivou najviših organa međunarodne zajednice dovela je do toga da naša zemlja, iako je donela ZPKERP, još nije predala rafitkacione instrumente, niti će to učiniti dok ne bude politički i pravno izvesno da će oni biti prihvaćeni.

S druge strane, događaji u Evropi, koji su se desili tokom poslednjih godina, doveli su do nove politike EPO-a u odnosu na ne mali broj novonastalih država koje su zainteresovane da postanu članice. Naime, EPO za sada nije raspoložen da bitno uvećava broj država – punopravnih članica, ali je spreman da na drugi način obezbedi ono što je glavni praktični efekat članstva – mogućnost naznačenja zainteresovanih država u evropskoj prijavi i protezanje dejstva evropskog patenta na te države. Pretpostavka za to je da je odnosna država harmonizovala svoje patentne propise sa KEP-om i da je sa EPO-om zaključila poseban Ugovor o saradnji, kojim se uređuju mehanizam protezanja evropskog patenta za tu državu. Takav ugovor o saradnji sa EPO-m već je na snazi u Sloveniji (od 1994) Letoniji i Litvaniji (od 1995.). Rumunija i Albanija su od 1994., odn. 1995. godine u priprema za primenu Ugovora.

Sudeći po aktuelnoj situaciji Srbija verovatno neće moći da ostvari svoje pravo na punopravno članstvo u EPO-u, već će biti upućena da saradnju sa EPO-m ostvari putem pomenutog Ugovora o saradnji. U slučaju da se Srbija opredeli za zaključenje takvog Ugovora, KEP će biti primenjen na našu zemlju u svojim funkcionalnim aspektima, dok će institucionalni aspekti KEP-a morati da sačekaju neko bolje vreme. Svi delovi u kojima se govori o dejstvu evropske prijave i evropskog patenta u Srbiji primenljivi su kako na situaciju eventualnog stupanja naše zemlje u punopravno članstvo EPO-a, tako i na slučaj ostvarenja saradnje između naše zemlje i EPO-a na osnovu posebnog Ugovora o saradnji.

KONVENCIJA O PATENTU ZAJEDNIČKOG TRŽIŠTA (KPZT)

Procesi ekonomske integracije zapadne Evrope, koji su bili u osnovi nastanka KEP-a, logično su doveli i do zaključenja KPZT-a. Naime, KEP je na nadnaci-

⁹ Između Vlade SFRJ i EPO-a je 1990. godine potpisan Usaglašeni zapisnik o pristupanju SFRJ ovoj organizaciji 1. januara 1993. godine, tj. odmah po isteku roka koji je u ZPTUZR bio predviđen za početak primene odredbi o patentnoj zaštiti za lekove.

onalan način uredi osamo jedinstveni postupak prijavljivanja, ispitivanja i priznavanja evropskih patenata, dok je važenje evropskog patenta u svakoj naznačenoj državi ostalo skoro u potpunosti podvrgnuto nacionalnim zakonima, odn. Principu teritorijalnosti. Princip teritorijalnosti u patentnom pravu je, pak, u suprotnosti sa idejom stvaranja jedinstvenog zajedničkog tržišta više država, jer patenti čije je važenje ograničeno samo na teritoriju pojedine države ometaju slobodan promet robe (ukoliko je u toj robi materijalizovan određen patentirani pronalazak). Zato se pristupilo dogradnji sistema evropskog patentnog prava, sa ciljem da se ustanovi jedinstveni nadnacionalni evropski patent koji će važiti na teritoriji svih država članica EEZ-a, odn. EU.

Polazeći od čl. 142 do 149. KEP-a, u kojima se predviđa mogućnost da članice KEP-a međusobno zaključe poseban sporazum kojim će se ustanoviti jedinstveni evropski patent države članice EEZ-a su 1975. godine u Luksemburgu zaključile KPZT. Iako još nije stupio na snagu, KPZT je dosad revidiran jednom, 1985. Prateća akta uz KPZT čine:

- Pravilnik za primenu KPZT-a;
- Sporazum u vezi sa zajedničkim patentom;
- Protokol o regulisanju sporova u vezi sa povredom i važenjem zajedničkih patenata;
- Protokol o privilegijama i imunitetima Zajedničkog žalbenog suda;
- Protokol o statutu Zajedničkog žalbenog suda.

Zbog teškoća da KPZT stupi na snagu za sve države EEZ-a, odn. EU istovremeno, godine 1989. donesen je novi Sporazum u vezi sa zajedničkim patentom, kao i Protokol o mogućoj modifikaciji uslova za stupanje na snagu Sporazuma u vezi sa zajedničkim patentom.

S obzirom na svoj smisao i cilj, KPZT je ograničen samo na države članice EEZ, odn. EU, s tim da je članstvo tih država u KPZT-u obavezno. Drugim rečima, članice KPZT-a su države koje su članice KEP-a, ali su istovremeno i članice EEZ, odn. EU.

Za potrebe svog funkcionisanja, KPZT se oslanja na materijalno patentno pravo i upravno-organizacionu infrastrukturu (EZP), koji su ustanovljeni KEP-om. Ali, KPZT ide dalje od KEP-a, pa jedinstveno i nadnacionalno uređuje pitanja sadržine, ograničenja, povrede, održavanja i poništaja evropskog patenta zajedničkog tržišta (dalje: zajednički patent).

Kao i KEP, KPZT toleriše postojanje sistema nacionalnog patentnog prava u državama članicama (čl. 2). Međutim, za razliku od KEP-a, KPZT podrazumeva ne samo dobrovoljnu harmonizaciju nacionalnih patentnih sistema sa konvencijom, već traži unifikaciju nacionalnih patentnih sistema u pogledu normi koje će nadležni nacionalni sud primenjivati u pitanjima povrede ili poništaja zajed-

ničkog patenta, a čije će odluke proizvoditi jedinstveno dejstvo u svim državama EEZ-a, odn. EU.

Sadržina KPZT-a. – Karakteristična regulativa jedinstvenog nadnacionalnog karaktera – Evropska prijava u kojoj je naznačena bar jedna država članica KPZT-a, smatra se prijavom zajedničkog patenta za sve države članice KPZT-a (čl. 3). To znači da za teritoriju države članice KPZT-a nije moguće dobiti evropski patent koji nije zajednički patent i za sve ostale države članice KPZT-a. Tako, prijavitelj koji želi patentnu zaštitu samo u jednoj ili više država članica KPZT-a (ali ne u svim) mora podneti nacionalne prijave patenta.

Od trenutka službene objave prijave zajedničkog patenta, nastaje pravo iz prijave, na osnovu kojeg prijavitelj može da zahteva od neovlašćenog korisnika prijavljenog pronalaska razumnju naknadu za korišćenje (ali ne i zabranu daljeg korišćenja / čl. 32).

Zajednički patent proizvodi jedinstveno dejstvo na teritoriji svih država članica KPZT-a (čl. 2). To dejstvo iscrpno definisano kao zabrana svim trećim licima da bez saglasnosti nosioca zajedničkog patenta neposredno ili posredno privredno iskorišćavaju patentirani pronalazak (čl. 25 i čl. 26). Ograničenja dejstva zajedničkog patenta definisana su u čl. 27.

Prijava zajedničkog patenta, kao i sam zajednički patent mogu biti predmet ugovornog prometa samo za teritoriju svih država članica KPZT-a (čl. 38. do čl. 42, čl. 44).

Održavanje zajedničkog patenta (plaćanjem propisanih taksi), kao i prestanak patenta zbog neplaćanja taksi, odricanja od patenta ili protoka roka zaštite važi za teritoriju svih država članica KPZT-a (čl. 48 do čl. 50).

Konvencija o evropskom patentu ("Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori", br. 3/96) – KEP, odredbama Sporazuma o trgovinskim aspektima prava, na intelektualnu svojinu STAPIS (TRIPS) i Direktive 98/44/EZ Evropskog parlamenta i Saveta od 06.07.1998. godine o pravnoj zaštiti pronalazaka iz oblasti biotehnologije i suštinski uslovi za priznanje evropskog patenta su navedeni u članovima 52-37 Konvencije o izdavanju evropskog patenta.

ZAKLJUČAK

Pitanjem dovoljne opisanosti pronalaska u patentnoj prijavi, i odnosom između tog uslova u know how-a bavio se kongres AIPPI-a 1978. godine u Minhenju. U rezoluciji o pitanju 69 stoji, između ostalog, i ovo: "... patent treba da otkrije samo sredstva koja omogućuju izvođenje pronalaska; ne može se tražiti da patent sadrži sve podatke za praktičnu realizaciju pronalaska; ne može se tražiti da patent sadrži sve podatke za praktičnu realizaciju pronalaska, koji sačinjavaju know how za izvođenje pronalaska.

Mora se naglasiti da pronalazak ne može biti smatran neadekvatno reprodukovanim samo na osnovu toga što je on komplikovan ili nesavršen". (AIPPI Annuaire 1978/II, str. 159).

“Ono što se u sistemu (patentnom – prim. S.M.), promenilo, jeste njegova informativna funkcija: ona nema više neposrednu svrhu da omogući drugima industrijsko iskorišćavanje patentiranih pronalazaka...

Osnovna funkcija opisivanja pronalaska je danas da: omogući javnosti potpun i tačan pregled najnovijeg stanja tehnike; pruži javnosti potrebne informacije i podstičaje da na osnovu patentiranih pronalazaka obavlja dalji razvojni rad; uputi treća lica, koja su zainteresovana za iskorišćavanje pronalaska, na titulara patenta”.

Informacije koje podnosilac patentne prijave zna, ali ih ne iznosi u opisu pronalaska danas se označava kao know how. Prema svemu što je rečeno, taj know how se sastoji od informacija koje:

- ukazuju na optimalan put tehničke realizacije pronalaska, koji je prijaviocu poznat i koji se vremenom može usavršavati;
- omogućavaju ili olakšavaju komercijalnu eksploataciju pronalaska,
- obezbeđuju adekvatnost pronalaska u primeni drugim društvenim vrednostima i očekivanjima (npr. ekološkim).

Dakle, bez tih informacija koje ostaju kao tajna kod podnosioca patentne prijave, industrijski interesent za korišćenje tehničke informacije sadržane u prijavi najčešće ne može, ili ne može jednostavno da primeni konkretan pronalazak u svojoj privrednoj delatnosti. To svedoči o pomeranju izvesnih vrednosnih težišta sistema patentne zaštite.

Američka pravna praksa zahtev je svela na skromnu i razumnu meru. Naime, nije nužno da prijavitelj definiše pronalazak putem navođenja tačnih veličina i mernih vrednosti, fiksirajući se za konkretnu materijalizaciju pronalaska, odn. radni primer (engl. Embodiment). Nepostojanje radnog primera u patentnoj prijavi ne znači istovremeno da je reprodukcija pronalaska nekompletna. Smatra se da je zahtev američkog patentnog prava ispunjen i onda kad izvođenje pronalaska iziskuje i razumnu meru eksperimentisanja, pod uslovom da se ne dokaže da je prijavitelj “prećutao” najbolji način za izvođenje pronalaska, za koji je znao u trenutku podnošenja patentne prijave.

Žalbeni sud je imao stav suprotan od stava Zavoda za patente. Naime, pošavši od toga da je smisao odredbe o najboljem, prijaviocu poznatom, načinu izvođenja pronalaska da spreči prećutkivanje najboljeg načina izvođenja za koji prijavitelj zna, sud smatra da prijava sadrži dovoljno elemenata koji omogućavaju izvođenje pronalaska; shodno tome, takva prijava, odnosno patent ne može se napasti sve dok se ne dokaže da je prijavitelj, u trenutku podnošenja prijave, znao način izvođenja koji nije izložen.

Uvek postoji pitanje šta se podrazumeva pod “najboljim” postupkom. Svim su mogući slučajevi u kojima bi razlozi ekonomičnosti, ili druge potrebe iziskivali korišćenje izvesnog postupka za proizvodnju širokih razmera, iako bi mnogo bolji proizvod mogao da se napravi ukoliko bi se želele manje količine.¹⁰

PAVLE B. TIJANIĆ

Formerly Judge of the Superior Commercial Court
of Serbia

CONVENTION ON ISSUING EUROPEAN PATENTS (KEP)

Summary

KEP is a separate regional treaty signed on the basis of article 19 PK. It establishes supranational system of juridical norms which arrange the procedure of recognition European patents immediately having an effect in member countries.

Convention on Comm on Market Patent (KPZT). – Processes of economic integration of West Europe which were the foundation of emergence of KEP logically led to the signing of KPZT. As was expected, European Patent Law of the “second phase” started the process of voluntary equalization of national rights with KEP based on juridical-political comprehension. In European literature this process was named “harmonization of patent law”. Of course, the process of harmonization first started and farthest went in KEP member countries, or those which intend to become members. However, the process is evident in other countries, too.

¹⁰ 135 USPQ, str. 11, navedeno prema D. Chisum: Patents, tom II, New York 1980, str. 7/65.

POJAM SLIČNIH PROIZVODA U ODLUKAMA EVROPSKOG SUDA PRAVDE I U PRAKSI NEMAČKIH SAVEZNIH SUDOVA

NAČELO SPECIJALNOSTI U PRAVU O ŽIGU

Po shvatanju koje je zastupljeno u većini zakonodavstava zaštita žiga se zasniva na principu specijalnosti. On znači da titular žiga ima isključivo pravo da žig koristi za obeležavanje proizvoda ili usluga koje je naveo u prijavi¹. No, njegovo pravo da trećim licima zabrani korišćenje istog ili sličnog znaka ima širi domašaj. Njime nisu obuhvaćeni samo proizvodi i usluge koje su navedene u prijavi. Po shvatanju koje je bilo zastupljeno u ranijim zakonodavstvima delovanje žiga odnosi se i na proizvode i usluge koje su istovrsne onima navedenim u prijavi.² Ovo shvatanje je zastupljeno i u novijim zakonodavstvima, kao i u sudskoj praksi, ali se umesto pojma istovrsni proizvodi i usluge koristi pojam slični proizvodi i usluge. U svakom slučaju ovim pojmovima određen je krajnji domašaj zaštite koja se stiže žigom. Drugim rečima, to znači da se žig može slobodno upotrebljavati za označavanje proizvoda i usluga koje nisu istovrsne ili slične onima navedenim u prijavi žiga. U tom slučaju se ne može govoriti o povredi žiga.

Dr Božin Vlašković, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

¹ Baumbach, A., Hefermehl, A., *Warenzeichengesetz, 12. Auflage, München, 1985*, str. 443.

² Koppenhofer, J., *Auf welche Waren kann jeweils Kennzeichenschutz ausgedehnt werde* Hamburg, 1968, str. 11.

Obim zaštite koja se stiče žigom zavisi, između ostalog, od načina na koji se tumači pojam istovrsnih ili sličnih proizvoda i usluga. Ekstenzivnije tumačenje ima za posledicu da je pozicija titulara žiga snažnija, pa se time u osetnijoj meri ograničava pravo trećih lica da se koriste zaštićenim znakom za obeležavanje sopstvenih proizvoda i usluga. Ovakvo tumačenje pogoduje interesima titulara žiga i njegovoj težnji da stekne što širu zaštitu. Međutim, u istoj meri se moraju uzeti u obzir i interesi drugih učesnika u prometu koji se ogledaju u tome da im korišćenje nekog znaka ne bude neprimereno ograničeno, jer se time mogu dovesti u lošiju poziciju na diversifikovanom tržištu.

POJAM ISTOVRSNIH PROIZVODA U RANIJOJ TEORIJI I PRAKSI

Pojam istovrsnih proizvoda nije bio definisan u zakonima, već je teoriji i praksi postavljen takav zadatak uz uvažavanje realnosti u privrednom životu. One su u početku ovaj pojam tumačile u relativnom, a kasnije u apsolutnom smislu.³

Pojam relativne istovrsnosti proizvoda susrećemo u sudskoj praksi nekih zemalja već početkom prošlog veka. U jednoj odluci je, na primer, istaknuto da se krug sličnih proizvoda ne može odrediti jednom zauvek. Naprotiv, neophodno je uzeti u obzir i stepen međusobne sličnosti žigova kojima su obeleženi proizvodi koji se porede.⁴ Relativna sličnost proizvoda, dakle, znači da se kao jedan od kriterijuma za njeno određivanje uzima i stepen sličnosti žigova kojima su obeleženi proizvodi koji se porede. Takav pojam je u kasnijim odlukama već primenjivan s ograničenjima i rezervama. Suštinsko ograničavanje je izraženo na sledeći način u jednoj odluci nemačkog Patentnog ureda: "Posebno značenje nekog žiga u prometu može, doduše, da bude podsticaj da se u spornim slučajevima proširi krug sličnih proizvoda u odnosu na one za koje je žig registrovan. No, ono nikada ne može imati za posledicu da se kao slični smatraju oni proizvodi koji su u sudskoj praksi uvek smatrani nesličnim, pa makar da je reč i o žigu koji je slavni znak kvaliteta."⁵

Vremenom je sudska praksa lagano napuštala pojam relativne istovrsnosti proizvoda. Pitanje opasnosti zamene u pogledu samih oznaka ispituje se odvojeno od istovrsnosti proizvoda. Nije dovedeno u sumnju da između istovrsnosti proizvoda i opasnosti zamene postoji određena veza. Međutim, ona je sada defi-

³ Bussmann, *Die Festlegung der Warengleichartigkeitsgrenzen*, GRUR. 9/ 1968, str. 499.

⁴ Daniels, *Warenabstand und Verwechslungsgefahr*, Hamburg, 1967, str. 34.

⁵ Citirano prema: Daniels, *Isto*, str. 37.

nisana na kvalitetno drugačiji način. Naime, istaknuto je da je opasnost zamene u pogledu porekla proizvoda utoliko veća ukoliko su proizvodi međusobno sličniji prema svom privrednom značenju i cilju primene.⁶ U načelnoj odluci u vezi s ovim pitanjem BGH je istovrsnost proizvoda odredio apstraktno i nezavisno od poznatosti žiga i međusobne sličnosti upotrebljenih žigova. Odlučujuće je, naprotiv, da li : “Proizvodi koji se porede, shodno svom privrednom značaju i načinu primene, posebno u vezi s uobičajenim mestima proizvodnje i prodaje, imaju takve dodirne tačke da se nameće zaključak da proizvodi potiču od istog izvora.”⁷

Prelazak s relativnog na apsolutni pojam istovrsnih proizvoda bio je, pre svega, uslovljen razlozima pravne sigurnosti. Naime, relativno shvatanje ovog pojma omogućava sudu da proizvode koji se porede nekada smatra istovrsnim, a nekada ne, sve u zavisnosti od stepena međusobne sličnosti žigova kojima su obeleženi. To ima za posledicu veliku pravnu nesigurnost u privrednom prometu. Pored toga, pojam relativne istovrsnosti zamagljuje okolnost da se opasnost zamene odnosi na mesto odakle potiče proizvod i da se ona zasniva na dva osnovna kriterijuma. To su zamena samih žigova, tj. stepen njihove međusobne sličnosti, istovrsnost proizvoda koji su njima obeleženi. Ako bi krug istovrsnih proizvoda bio određivan zavisno od stepena međusobne sličnosti žigova, to bi značilo da je mera sličnosti jedino odlučujuća za utvrđivanje zablude o pravom poreklu proizvoda.⁸

U teoriji i praksi je potom postavljeno pitanje kakav značaj imaju kriterijumi koji su navedeni u citiranoj odluci BGH. Sam BGH se osetio pozvanim da bliže izloži svoj stav i to je učinio na sledeći način: „Ovaj često korišćeni opis pojma je samo pomoćno sredstvo nastalo na osnovu smisla i cilja zakonskih odredbi, a za njihovu primenu u tipičnim slučajevima. Reč je o upućivanju na okolnosti koje su vrlo često od posebnog značaja za ocenu istovrsnosti proizvoda, ali to ne sprečava da se drugi slučajevi rešavaju neposredno, na osnovu cilja i smisla zakonskih propisa, a bez korišćenja ovog opisa. Svako utvrđivanje istovrsnosti proizvoda mora se zasnivati na tome pod kojim okolnostima promet smatra da proizvodi koje susreće, označene istim ili sličnim žigom, potiču od istog proizvođača. Nema prepreke da se pored kriterijuma koji su navedeni u uobičajenom opisu uzmu u obzir i drugi, već prema okolnostima konkretnog slučaja, koje mogu da podstaknu promet na pogrešnu predstavu o tome da proizvodi koji su obeleženi istim ili sličnim žigom potiču od istog proizvođača.”⁹

⁶ BGH, GRUR, 1955, str. 487.

⁷ BGH, GRUR, 1956, str. 172.

⁸ Daniels, Isto, str.40.

⁹ BGH, GRUR, 9/1958, str. 441. (“TRICOLINE”).

Za raniju nemačku praksu karakterističan je zaključak koji je dao Savezni patentni sud, poznatiji "PINGO."¹⁰ U ovom slučaju za registraciju je bila prijavljena reč "PINGO" za obeležavanje sladoleda. Registraciji se usprotivio titular žiga "PINGO PLUS" registrovanog za obeležavanje duboko zamrznute piletine. Nemački patentni zavod je prigovor odbio sa obrazloženjem da sladoled i duboko zamrznuta piletina nisu istovrsni proizvodi što je potvrdio i Savezni patentni sud Nemačke. Ova odluka je karakteristična za tadašnje shvatanje pojma istovrsnih proizvoda, za koje je odlučujuće bilo to da se proizvodi, prema shvatanju prometa uobičajeno proizvode u istim preduzećima. Sud ističe: "Prilikom ispitivanja istovrsnosti odlučujuće pitanje je da li se proizvodi koji se porede, prema shvatanju prometa, uobičajeno proizvode u istim preduzećima. Takvo mišljenje u prometu obrazuje se po pravilu na osnovu činjenica i okolnosti koje su poznate u prometu, a može se promeniti kada se izmene odgovarajući odnosi na tržištu. U konkretnom slučaju moralo se poći od toga da proizvodnja produkata od mesa s jedne strane i sladoleda, s druge, u jednom te istom preduzeću generalno nikada nije bila uobičajena, a ni danas nije uobičajena, kao što nije uobičajeno da isti proizvođač proizvodi ove namirnice kao duboko zamrznute proizvode, pa utoliko merodavni potrošači po pravilu nisu podstaknuti na takvu pretpostavku. Doduše, mora se konstatovati da najmanje dve velike firme, a to su Dr. Oetker i Langnese, proizvode i nude i sladoled kao i životne namirnice u duboko zamrznutom stanju. Međutim, ova okolnost nije dovoljna da bi se moglo zaključiti da je shvatanje prometa promenjeno u meri koja značajna za odlučivanje."¹¹ Sud dalje ističe da do promene shvatanja u prometu može doći onda kada se ne samo u pojedinačnim slučajevima, nego u sasvim značajnom obimu, dogodi da proizvođači duboko zamrznutih proizvoda od mesa u svoj proizvodni program uvedu i sladoled, te da ove proizvode nude barem pod jedinstvenom oznakom firme i takvom praksom suštinski utiču na shvatanje prometa.

Upravo zato što su mnoga različita jela u duboko zamrznutom stanju, promet se na to navikao i neće samo iz tog razloga zaključiti da jela imaju isto poreklo, a posebno onda kada su proizvodi po svojoj konzistenciji, svojstvima, izgledu i cilju primene jasno međusobno različiti. Suprotno stanovište vodilo bi neobičnom rezultatu da se proizvodi koji se oduvek nesporno smatraju kao neistovrsni kada su u normalnom stanju, smatraju istovrsnim, samo zato što se nalaze u istoj formi konzerviranja, kao što je duboko zamrzavanje.

Na osnovu izložene sudske prakse, možemo zaključiti da se ocena o istovrsnosti proizvoda donosi na osnovu shvatanja koje je o tome formirano u prometu.¹² Uvek se mora postaviti pitanje kakvo je shvatanje prometa u susretu s

¹⁰ BPatG, Zaključak od 5.3.1991, GRUR 10/1991, str. 761–763.

¹¹ Isto, str. 32.

¹² Koppenhofer, Isto, str. 26.

proizvodima koji su označeni istim žigom, a u vezi s njihovim poreklom. Za istovrsnost proizvoda nije neophodno da sav promet ili njegov pretežni deo bude doveden u zabludu u vezi s poreklom proizvoda. Dovoljno je da bilo koji relevantni deo prometa proizvoda zaključi da proizvod ima isto poreklo. Shvatanje prometa o istovrsnim proizvodima se, načelno, formira na stvarnim odnosima koji postoje u privrednom životu.¹³ Drugim rečima, uobičajena mesta proizvodnje i prodaje, cilj primene proizvoda, njegov materijalni sastav itd. su činjenice koje utiču na shvatanje prometa o istovrsnosti proizvoda. Međutim, one mogu biti i u suprotnosti s onim što se stvarno dešava. Na primer, ako se na teritoriji neke zemlje ni u jednom pogonu istovremeno ne proizvode tepisi i određene vrste nameštaja, to je snažna indicija koja govori protiv zaključka da su proizvodi istovrsni. Međutim, ona nije odlučujuća ako promet, uprkos stvarnom dešavanju, smatra da se proizvodi dobijaju u istom pogonu.¹⁴

Pojam predmeta se u ovom kontekstu odnosi na prosečne potrošače nekog proizvoda. Prema tome, kada je u pitanju istovrsnost proizvoda mora se istražiti ko je prosečni potrošač i izvršiti diferenciranje u pogledu njegove moći i sposobnosti razlikovanja.¹⁵ Na primer, ako su potrošači stručna lica, tada je mogućnost zablude u pogledu porekla robe bitno smanjena, nego kada je reč o laicima. Ako proizvodi imaju sasvim različit krug kupaca, tada se, po pravilu, ne može reći da su proizvodi istovrsni.¹⁶ Čest je slučaj da se krugovi potrošača međusobno presecaju, pa se tada mora ustanoviti koji krug potrošača dolazi u obzir za oba proizvoda. Na osnovu njihovog shvatanja će se onda odlučivati o mogućnosti zablude u vezi s pravim poreklom proizvoda.¹⁷

Promenjene okolnosti u savremenom privrednom životu utiču da se krug istovrsnih proizvoda za neke kategorije stalno proširuje. Tu je, pre svega, reč o situacijama u kojima se proizvodnja proširuje i na druge proizvode, o stvaranju velikih proizvodnih firmi, itd.

U svakom slučaju se mora imati na umu da se pojmom istovrsnih proizvoda određuju samo maksimalne granice u čijim okvirima se uopšte može ostvarivati zaštita putem žiga. To drugim rečima, znači da opasnost zamene u vezi s poreklom robe neće postojati u svakom slučaju u kojem su proizvodi koji se porede istovrsni. Dejstvo žiga se odnosi na sve proizvode iz grupe istovrsnih samo onda kada se za njihovo obeležavanje koriste identični žigovi.

¹³ Woesler, *Warengleichartigkeit*, GRUR, 7/1971, str. 295.

¹⁴ BGH, GRUR, 8/1958, str. 393. ("Ankerzeichen").

¹⁵ Koppenhofer, Isto, str. 28.

¹⁶ Koppenhofer, Isto, str. 28.

¹⁷ Koppenhofer, Isto, str. 30.

Najvažniji zaključak, u kojem je sintetizovana suština ranije korišćenog pojma istovrsnih proizvoda je taj, da su za istovrsnost proizvoda odlučujuća shvatanja prometa da se proizvodi koji se porede uobičajeno proizvode u istim preduzećima.

ODLUKA EVROPSKOG SUDA PRAVDE
“Canon”

U ovom slučaju spor je vođen između japanske kompanije Canon i američke firme Metro-Goldwyn-Mayer.¹⁸ Kompanija Canon je titular žiga “Canon” koji je, između ostalog, registrovan za obeležavanje video rekordera. Firma Metro-Goldwyn-Mayer je prijavila za registraciju znak “CANON”, između ostalog, za obeležavanje video kasete. Pravni okvir za rešavanje ovog spora je sadržan u članu 4. stav 1(b) Direktive o harmonizaciji propisa država članica o žigu.¹⁹ U ovom članu je određeno da se žig ne može registrovati kada zbog identiteta ili sličnosti sa starijim žigom i identiteta ili sličnosti proizvoda ili usluga na koje se ovi žigovi odnose za publiku postoji opasnost zamene koja uključuje opasnost da žig misaono bude doveden u vezu sa starijim žigom.

U prethodnom postupku Savezni patentni sud Nemačke je odbio zahtev firme “Canon” za uskraćivanje registracije žiga “CANON,” s obrazloženjem da video kasete i video rikorderi nisu istovrsni proizvodi. Termin istovrsni proizvodi korišćen je u smislu ranijih nemačkih propisa. Po mišljenju ovog suda istovrsnost se može prihvatiti samo onda kada proizvodi i usluge po svom privrednom značaju i načinu primene, posebno u pogledu uobičajenih mesta proizvodnje i prodaje, pokazuju toliko tesne dodirne tačke da prosečni kupac može da pomisli da potiču iz istog privrednog izvora, kada su obeleženi istim ili sličnim znacima.

Savezni Vrhovni sud Nemačke je prekinuo postupak i Sudu pravde Evropske Unije uputio sledeće pitanje: „Može li da prilikom ocene sličnosti proizvoda i usluga na koje se odnose oba žiga bude uzeta u obzir snaga obeležavanja, naročito poznatost prioriteto starijeg žiga, i to tako da opasnost zamene u smislu člana 4. stav 1 (b) Direktive postoji i onda kada promet proizvode i usluge pripisuje različitim mestima porekla?”²⁰

Sud pravde Evropske Unije se u presudi prvo pozvao na obrazloženje broj 10. Direktive, koje glasi: “Cilj zaštite koja se obezbeđuje registrovanim žigom je posebno garantovanje funkcije porekla žiga. Ova zaštita je apsolutna u slučaju

¹⁸ Odluka Evropskog suda pravde- C-39/97, OJ EPO 1997, 318.

¹⁹ Direktiva o harmonizaciji pravnih propisa država članica o žigu 89/104/EEC (OJ 1989 L 40, p. 1).

²⁰ Urteil des Gerichtshofes von 29. September 1998, Rechtssache C-39/97, str. 5531.

identiteta između žiga i znaka i između proizvoda i usluga. Zaštita se takođe odnosi na slučajeve sličnosti znaka i žiga kao i sličnosti proizvoda i usluga. Bezuslovno se zahteva da se pojam sličnosti tumači u vezi sa opasnošću zamene. Opasnost zamene je specifična pretpostavka za zaštitu, a da li ona postoji zavisi od velikog broja okolnosti, posebno od poznatosti žiga na tržištu, misaone veze koju kasniji žig izaziva prema prioritetno starijem žigu, kao i od stepena sličnosti između žiga i znaka i između proizvoda i usluga koji su njima obeleženi.”²¹

Sud dalje ističe da se opasnost zamene za publiku mora kompleksno procenjivati, uzimajući u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja i da je to stalna praksa. Kompleksna ocena opasnosti zamene implicira izvesno povratno delovanje između činjenica koje se uzimaju u obzir, posebno između sličnosti žigova i sličnosti proizvoda ili usluga koji su njima obeleženi. Na primer, niži stepen sličnosti proizvoda ili usluga može da bude kompenziran višim stepenom sličnosti žigova i obrnuto. Povratno dejstvo između ovih faktora potencirano je u broju 10. obrazloženja Direktive, po kojem je bezuslovno potrebno da se pojam sličnosti tumači u odnosu na opasnost zamene, a ocena opasnosti zamene je sa svoje strane zavisna od stepena poznatosti žiga na tržištu, stepena sličnosti žiga i znaka, kao i između proizvoda i usluga koji su njima obeleženi. U praksi suda je već potvrđeno da je opasnost zamene utoliko veća, ukoliko je veća moć obeležavanja starijeg žiga. S obzirom na činjenicu da je zaštita registrovanog žiga prema članu 4. stav 1 (b) Direktive uslovljena postojanjem opasnosti zamene, jasno je da žigovi koji poseduju visoku moć obeležavanja, bilo po svom poreklu, ili po osnovu poznatosti na tržištu, uživaju širu zaštitu, nego žigovi čija je moć obeležavanja manja. Na osnovu iz registracije se može isključiti žig, iako je mali stepen sličnosti između proizvoda i usluga, ali je velika sličnost između žigova i visoka moć obeležavanja koju poseduje stariji žig, kao i posebno stepen njegove poznatosti.

Za primenu člana 4. stav 1(b) je ipak neophodno dokazati da postoji sličnost proizvoda i usluga, čak i onda kada su identični znak i žig, koji poseduje posebnu moć obeležavanja. Pri oceni sličnosti proizvoda ili usluga moraju se uzeti u obzir svi značajni faktori koji odslikavaju njihov odnos. Ovi faktori su posebno vrsta proizvoda ili usluga, njihov cilj primene i korišćenja, kao i činjenica da je reč o proizvodima i uslugama, koji su u međusobnoj konkurenciji ili se međusobno dopunjuju.

Posle ovakve analize Sud pravde Evropske Unije je odgovorio da se član 4. stav 1(b) Direktive mora tumačiti u tom smislu da se moć obeležavanja prioritetno starijeg žiga, posebno njegova poznatost moraju uzeti u obzir pri oceni da li je sličnost između proizvoda i usluga dovoljna da nastupi opasnost zamene.

²¹ Obrazloženje Direktive 89/104/ EEC.

Sud smatra da je suština drugog dela pitanja koje je postavio Savezni vrhovni sud Nemačke u tome da li postoji opasnost zamene u smislu člana 4. stav 1(b) Direktive takođe i onda kada promet dotične proizvode i usluge pripisuje različitim mestima porekla.

U ovom kontekstu mora se imati u vidu da opasnost zamene postoji onda kada se publika može obmanuti u vezi sa poreklom dotičnih proizvoda ili usluga. Prema stalnoj sudskoj praksi, glavna funkcija žiga je da potrošaču garantuje identitet u pogledu porekla obeleženih proizvoda ili usluga, tako što mu omogućava da ove proizvode ili usluge razlikuje bez opasnosti zamene od proizvoda ili usluga drugog porekla. Žig mora da nudi garanciju za to da su svi proizvodi ili usluge koji su označeni njime proizvedeni ili usluge ponuđene, pod kontrolom jednog jedinog preduzeća, koje je time odgovorno za njihov kvalitet. Opasnost zamene u smislu člana 4. stav 1(b) Direktive postoji onda kada bi publika mogla da misli da proizvodi ili usluge potiču iz istog preduzeća ili iz privredno međusobno povezanih preduzeća. Kako je istakao i generalni zastupnik, za negiranje opasnosti zamene nije dovoljno dokazati samo to da za publiku ne postoji nikakva opasnost zamene samo u vezi sa mestom na kome su proizvedeni odgovarajući proizvodi.

Na drugi deo postavljenog pitanja Sud pravde Evropske Unije je, shodno izloženom, odgovorio da opasnost zamene, u smislu člana 4. stav 1(b) Direktive, takođe, može postojati i onda kada publika smatra da su proizvodi dobijeni na različitim mestima, ili su usluge ponuđene sa različitim mesta. Naime, čak i onda kada publika zna da proizvodi i usluge imaju različito poreklo, postoji opasnost da ona misli da je reč o vezi između dva preduzeća, pa iz tog razloga postoji opasnost zamene u smislu Direktive. Nasuprot tome, opasnost zamene je isključena kada ne postoje okolnosti pod kojima bi publika mogla da misli da proizvodi ili usluge potiču iz istog preduzeća ili iz privredno međusobno povezanih preduzeća. Drugim rečima, kada u konkretnom slučaju ne postoji nikakva opasnost da publika pretpostavi bilo koji oblik privredne povezanosti između žigova "Canon" i "CANON" nema opasnosti zamene u smislu člana 4. stav 1(b) Direktive.

ODLUKE NEMAČKIH SAVEZNIH SUDOVA POSLE DONOŠENJA ODLUKE "Canon"

Iz novije nemačke sudske prakse, koja se odnosi na tumačenje pojma sličnih proizvoda, izdvojicemo samo nekoliko. Savezni vrhovni sud Nemačke je 1997. godine rešavao o zaštiti znaka "GARIBALDI,"²² koji je bio registrovan za testenine i odgovarajuće soseve, posebno italijanskog porekla. Za registraciju je ka-

²² GARIBALDI, BGH Zaključak od 13.11. 1997. BPatG; GRUR/2/1999, str. 158–161.

snije prijavljen isti znak za vino, šampanjac, žestoka pića i likere italijanskog porekla. Tokom postupka Nemački patentni ured je odbio zahtev titulara starijeg žiga, jer proizvodi nisu istovrsni u smislu ranijeg prava, što je potvrdio Savezni patentni sud, a takođe i Savezni vrhovni sud Nemačke. Od značaja su, posebno, izlaganja Saveznog patentnog suda, koji je primenjujući novo pravo, negirao sličnost proizvoda u pitanju. Sud ističe da na jednoj strani testenine sa sosevima, a na drugoj strani vina i druga alkoholna pića nisu slični uprkos upućivanja na njihovo italijansko poreklo. Pitanje sličnosti proizvoda se ne može automatski poistovetiti sa pitanjem istovrsnosti proizvoda. Međutim, dosadašnja praksa koja se odnosi na istovrsnost proizvoda mogla bi da bude uzeta i iskorišćena kao polazište za ocenu sličnosti proizvoda. Za pitanje sličnosti proizvoda prvenstveni kriterijum je da li su dva proizvoda po pravilu proizvedena u istim preduzećima, da li pokazuju podudarnosti u svojim materijalnim svojstvima, da li služe istom cilju i da li u distribuciji pokazuju dodirne tačke, jer se na primer nude na istim prodajnim mestima. Testenine i sosevi s jedne strane i vino i žestoka pića, s druge strane potiču iz različitih preduzeća i proizvode se potpuno različitim postupcima, a i sastoje se iz različitih sirovina. Tačno je da imaju isti cilj, a to je da ih konzumiraju ljudi, međutim, u prometu se jasno pravi razlika između jela i pića. Pored toga, mora se uzeti u obzir da se testenine isosevi pre upotrebe moraju dodatno obraditi, što nije slučaj sa vinom i alkoholnim pićima. Istovetno geografsko poreklo navedenih proizvoda se ne može poistovetiti sa njihovim proizvodno-tehnološkim poreklom, jer bi, inače, svi proizvodi koji potiču iz nekog regiona bili slični. Sud ističe i okolnost da se u svakom konkretnom slučaju mora ponovno odlučivati da li se mogu primeniti kriterijumi stvoreni u ranijoj praksi u vezi sa istovrsnošću proizvoda. Moguće je da dođe do faktičkih promena na tržištu posebno u distribuciji robe. No, identitetu prodajnih mesta ne pripada više veliki značaj za ocenu sličnosti, jer se proizvodi na tim prodajnim mestima sve više prostorno razvrstavaju i nalaze na različitim pozicijama.

U sledećoj odluci Savezni vrhovni sud Nemačke rešavao je o zaštiti znaka "LIBERO",²³ koji je bio registrovan za vino, šampanjac, žestoka pića i likere. Kasnije je za registraciju prijavljen isti znak, u kombinaciji sa slikovnim elementima, za vino, šampanjac, kao i vino i šampanjac koji ne sadrže alkohol. Postavilo se pitanje da li se vino i šampanjac sa jedne strane i gorki liker sa druge strane mogu smatrati kao istovrsni proizvodi. Savezni patentni sud Nemačke je smatrao da ovi proizvodi nisu slični. Pošao je od činjenice da vina i šampanjac s jedne strane i gorki liker, s druge strane u ranijoj praksi nisu smatrani istovrsnim proizvodima. Sud je, doduše, istakao da se pojam sličnosti proizvoda prema novom pravu

²³ BGH, Zaključak od 8.10. 1998. GRUR 3/1199, str. 245–247.

ne može automatski poistovetiti sa pojmom istovrsnosti proizvoda prema ranije važećem pravu. Naročito je značajno da se pojmom sličnosti proizvoda ne uvodi ograničenje prioritetno starijeg žiga ispod granice koja je bila definisana pojmom istovrsnih proizvoda za koju se već smatralo da je neodgovarajuća. Pitanje sličnosti proizvoda se ne može dovesti u vezu sa stepenom sličnosti znakova, što znači da se na njega ne može dati različit odgovor u tom smislu da se pojam sličnosti proizvoda u slučaju identiteta znakova tumači široko, a u slučaju nižeg stepena sličnosti znakova strože.

Savezni vrhovni sud Nemačke nije prihvatio argumentaciju kojom je Savezni patentni sud negirao sličnost gorkih likera sa vinom i šampanjcem. Istakao je da opasnost zamene ne postoji samo onda kada apsolutno ne postoji sličnost proizvoda kao i sličnost znakova. Sud naglašava da je pojam sličnosti proizvoda nov i samostalan pravni pojam, ali da se za njegovo određivanje mogu uzeti u obzir okolnosti koje su i do sada bile od značaja za određivanje istovrsnosti proizvoda. Prethodna sudska instanca je, u tom kontekstu, posebno istakla značaj razlika u materijalnim svojstvima ovih proizvoda, u njihovoj proizvodnji i tržišnom plasmanu. Pored toga, u načinu primene gorki biter, vina i šampanjac se bitno razlikuju, jer potrošač pridaje gorkom biteru učinak koji je jednak učinku lekova i lekovitih materija.

Nasuprot tome, Savezni vrhovni sud Nemačke je u nekim elementima našao da su proizvodi slični. Po njegovom stanovištu, navedeni proizvodi se ne mogu oceniti kao proizvodi koji apsolutno nisu slični, pa je time stvorena osnova za utvrđivanje da li u konkretnom slučaju postoji opasnost zamene.

U jednom od sporova tužilja je zaštitila žigom znak "EVIAN"²⁴ za mineralnu vodu. Tužilja je pak, htela da zaštiti znak "REVIAN," za belo vino čije poreklo je oblast RAJNA-HESEN (RHEINHESSEN). Osnovno pitanje je bilo da li su vino i mineralna voda slični proizvodi, iako u načelu potiču iz različitih preduzeća. Naime iz vinarija i postrojenja mineralnih izvora. OLG Hamburg je odbio tužbu sa obrazloženjem da vino i mineralna voda nisu slični proizvodi, a glavni akcenat je stavio upravo na činjenicu da ovi proizvodi potiču iz različitih proizvodnih mesta i da ih nude različiti proizvođači.

Savezni vrhovni sud Nemačke nije usvojio argumentaciju nižeg suda. Naročito je značajna konstatacija da je žig "EVIAN" poznati žig, a ta okolnost može da doprinese potenciranju opasnosti da promet između znaka "EVIAN" i znaka "REVIAN" uspostavlja misaonu vezu i da pretpostavi postojanje bilo kakve privredne povezanosti između ponudioca vina i poznatog proizvođača mineralne vode, ili da takvu povezanost smatra mogućom.

²⁴ Presuda od 16.11.2000, GRUR 6/ 2001. str. 507–509.

U sledećem sporu tužilja je titular žiga u reči "TOSCA"²⁵ koji je, između ostalog registrovan za parfimerijske proizvode koji se prodaju u serijama sa pretežno plavim pakovanjem. Tužena je za registraciju u Nemačkoj prijavila znak TOSCA BLU za obeležavanje visoko kvalitetnih kožnih kaiševa i torbi, odevnih predmeta od kože i kožnih cipela.

Vrhovni zemaljski sud Kelna je smatrao da su parfimerijski proizvodi i proizvodi od kože slični proizvodi, iako potiču od različitih proizvođača, a ta okolnost je poznata prosečnom potrošaču. Sud je ocenu o postojanju sličnosti proizvoda zasnovao na praksi, koja postoji u modnoj branši da se dodeljuju licence za obeležavanje parfimerijskih proizvoda, što je u prometu poznato.

Savezni vrhovni sud Nemačke je ukinuo presudu i stvar vratio na ponovno odlučivanje, a to je obrazložio okolnošću da je u prethodnoj instanci sličnost zasnovana na postojećoj praksi licenciranja žigova iz modne branše za obeležavanje parfema. Međutim, proizvodi koji apsolutno nisu slični, ne mogu se smatrati sličnim samo na osnovu prakse licenciranja. Parfemi i proizvodi od kože uopšteno ne potiču iz istog mesta i nisu, takođe, proizvedeni pod kontrolom jednog preduzeća. Praksa dodeljivanja licenci čiji je cilj unapređenje prodaje nekog drugog proizvoda u načelu nema uticaja na ocenu o sličnosti proizvoda.

U slučaju prioritarno starijeg žiga "TIFFANY & Co"²⁶ titular je stekao zaštitu za obeležavanje artikala za pušaće, takođe, kutije za cigarete i cigare, upaljače, tabakere i pepeljare napravljene od plemenitog metala. Za registraciju je kasnije prijavljen znak "TIFFANY" za filter cigarete. U toku postupka Savezni patentni ured Nemačke je smatrao da duvanski proizvodi i artikli za pušaće nisu stovrsni proizvodi. Savezni patentni sud je, naprotiv, smatrao da su filter cigarete i artikli za pušaće, svakako, kada je reč o upaljačima, pepeljarama, kutijama i tabakerama međusobno dovoljno slični. Ovi proizvodi pokazuju niz zajedničkih elemenata, iako su različitih svojstava i potiču iz različitih proizvodnih mesta, što je poznato merodavnim potrošačkim krugovima. Međutim, tesne dodirne tačke postoje u vezi ciljeva primene koji se međusobno dopunjuju. Bliskost kontakata između cigareta i upaljača dokazuje i tržišna strategija nekih proizvođača duvanskih proizvoda koji nude upaljače obeležene istim žigom, kao dodatak uz cigarete. Na ovim zajedničkim osobinama proizvoda zasniva se sličnost koja, doduše, nije posebno visoka, jer proizvodi nisu istih svojstava i nisu istog porekla, što su odlučujuće činjenice za formiranje shvatanja u prometu o istom poreklu proizvoda.

Savezni vrhovni sud Nemačke je potvrdio odluku niže instance. Odbio je navode u žalbi da je Savezni patentni sud svoju ocenu zasnovao, takođe, na cilju

²⁵ BGH, Presuda od 30.3.2006, OLG Köln, (Lexetius. com/2006, 2054).

²⁶ Zaključak od 26.11.1998. BPatG, GRUR 6/1999, str. 496–498.

proizvoda koji se međusobno dopunjuju. Sud je istakao da se moraju uzeti u obzir svi značajni faktori koji odslikavaju odnos između proizvoda, a to znači i činjenica da su proizvodi u međusobnoj konkurenciji ili s međusobno dopunjuju. U tom smislu, cigarete i artikli za pušače se dopunjuju, a u upotrebi slede jedan drugom. Naročito je značajna konstatacija da se u žalbi pridaje neosnovani značaj pitanju u kom obimu su proizvodi koji se porede, proizvedeni u istim preduzećima. Sud zatim navodi odluku "Canon" i ističe da shodno načelima iz nje za sličnost proizvoda nije odlučujuća konstatacija o istim mestima proizvodnje, nego očekivanje prometa da je isto preduzeće odgovorno za kvalitet proizvoda. Drugim rečima, proizvodi koji su predmet ovog spora pokazuju poklapanje i u vezi svog porekla, jer nekoliko veoma poznatih proizvođača duvanskih proizvoda, kao što su Davidoff, Dunhill, ali takođe i proizvođači luksuznih dobara poput Cartier, Yves, Saint, Laurent nude istovremeno i cigarete i upaljače u luksuznoj opremi.

ZAKLJUČAK

Prema shvatanjima u novijoj pravnoj teoriji i praksi funkcija označavanja porekla sastoji se iz dve komponente. Prva se odnosi na preduzeće iz kojeg potiču proizvodi obeleženi žigom. Druga se odnosi na međusobnu privrednu povezanost preduzeća, koje je titular žiga i preduzeća koje koristi isti ili slični znak za obeležavanje određenih proizvoda. Ova funkcija je povređena kada je promet doveden u zabludu, kako u pogledu preduzeća, tako i u pogledu postojanja međusobnih privrednih veza. Bitno je da povreda postoji i onda kada promet nije u zabludi u pogledu preduzeća, nego samo pogrešno pretpostavlja da postoji navedena privredna veza. Drugim rečima, opasnost zamene je isključena kada ne postoje okolnosti pri kojima bi publika mogla da misli da proizvodi potiču iz istog preduzeća ili iz privredno međusobno povezanih preduzeća.

Postojanje privredne povezanosti ocenjuje se na osnovu mnogih okolnosti u privrednom prometu. Nesumljivo je da poznatost žiga doprinosi formiranju shvatanja u prometu o postojanju privredne povezanosti između dva proizvođača. Drugim rečima, poznatost žiga je jedan od elemenata kojim se stvara proširena osnova za pretpostavku o poreklu proizvoda.

Za određivanje sličnosti proizvoda merodavni su objektivni kriterijumi koji se odnose na prirodu proizvoda, na primer, da li su dva proizvoda po pravilu proizvedena u istim preduzećima, da li pokazuju podudarnosti u svojim materijalnim svojstvima, da li služe istom cilju, da li u distribuciji pokazuju dodirne tačke, da li su u odnosu konkurencije i da li se međusobno dopunjuju. Ocena sličnosti proizvoda se ne može dovesti u vezu sa stepenom sličnosti znakova, što znači da se ne može dati različita ocena u tom smislu da se pojam sličnosti proizvoda

u slučaju identiteta znakova tumači široko, a usko u slučaju nižeg stepena sličnosti znakova.

Pojam istovrsnosti proizvoda u ranijem pravu bio je vezan isključivo za prvu komponentu funkcije označavanja porekla. Svako utvrđivanje istovrsnosti moralo se zasnivati na tome pod kojima okolnostima promet smatra da proizvodi, označeni istim ili sličnim žigom potiču od istog proizvođača. Nasuprot tome, pojam sličnih proizvoda ima širi domašaj i zasniva se i na tome pod kojim okolnostima promet smatra da proizvodi potiču iz privredno međusobno povezanih preduzeća.

Kada je reč o opasnosti zamene, kao specifične pretpostavke za zaštitu funkcije porekla žiga, njena ocena je kompleksna i implicira izvesno povratno delovanje između činjenica koje se uzimaju u obzir, posebno između sličnosti znakova i sličnosti proizvoda ili usluga koji su njima obeleženi. Na primer, niži stepen sličnosti proizvoda može da bude kompenziran višim stepenom sličnosti znakova, i obrnuto.

BOŽIN VLAŠKOVIĆ, Ph.D.,
Professor, Faculty of Law,
University of Kragujevac

DER BEGRIFF DER ÄHNLICHEN WAREN IN DEN ENTSCHEIDUNGEN
DES EUROPÄISCHEN GERICHTSHOFES UND IN DER PRAXIS
DER DEUTSCHEN BUNDESGERICHTE

Zummenfassung

Herkunftsfunktion der Marke hat zwei Aspekte. Der erste Aspekt bezieht sich auf das Unternehmen aus dem die mit Marke bezeichneten Waren stammen. Der zweite Aspekt bezieht sich auf die wirtschaftlichen Beziehungen der Unternehmen. Der Begriff der ähnlichen Waren wird aufgrund der objektiven Kriterien bestimmt und hat grösseren Umfang im Vergleich zu dem statischen Begriff der Gleichartigkeit der Waren. Die Verwechslungsgefahr ist komplex, und Wirkung eines Faktors kann durch Wirkung des anderen kompensiert werden.

ZORAN MILADINOVIĆ,
SINIŠA VARGA

SADRŽINA PATENTNE PRIJAVE

U V O D

Pravni postupak za sticanje patentnopravne zaštite pokreće se podnošenjem prijave pronalaska (patentna prijava). Podnosilac patentne prijave (u daljem tekstu: prijava) može biti domaće ili strano, fizičko ili pravno lice.

U našem patentnom pravu se pretpostavlja da je podnosilac prijave pronalazač. Ukoliko to nije slučaj, podnosilac prijave tu činjenicu mora da predoči i da ili navede ime pronalazača u prijavi ili da naznači kako je pronalazač izjavio da ne želi da se njegovo ime u prijavi navodi (i u tom smislu prijavi priloži izjavu potpisanu od strane pronalazača).

Prijava se podnosi u tri primerka na srpskom jeziku. Prijava se može podneti i na stranom jeziku. Ali i u tom slučaju je podnosilac prijave dužan da Zavodu za intelektualnu svojinu dostavi prevod prijave na srpski jezik i to najkasnije u roku od dva meseca od dana kada mu je dostavljen poziv da spisima priloži prevod patentne prijave. Prijava se podnosi u pismenoj formi, neposredno ili poštom preporučeno. Po prijemu patentne prijave, na svaku stranu prijave upisuju se delovodni broj i datum prijema prijave. Delovodni broj prijave sadrži bez razmaka,

Dr Zoran Miladinović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.
Dr Siniša Varga, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

crtica i drugih znakova: veliko slovo P, četvorocifrenu oznaku godine u kojoj je prijava podneta i četvorocifren redni broj prijave primljene tokom godine. Datum podnošenja prijave obeležava se tako da se dan i mesec označavaju dvocifreno, a godina četvorocifrenim brojem.

Prilikom podnošenja prijave pronalaska, podnosilac prijave je dužan da plati taksu za podnošenje prijave. Dokaz o uplati takse za podnošenje patentne prijave prilaže se prijavi i podnosi uz prijavu. Osim dokaza o uplati takse uz prijavu se, u zavisnosti od okolnosti konkretnog slučaja, prilažu sledeće isprave: punomoćje (ako je prijava podnesena preko zastupnika), potvrda o izlaganju pronalaska na međunarodnoj izložbi (ako je pronalazak izlagan na međunarodnoj izložbi), overen prepis prve prijave odnosno ranijih prijava (ako je zatraženo priznavanje prava međunarodnog prvenstva), izjava o osnovu sticanja prava na podnošenje prijave (ako podnosilac prijave nije pronalazač ili nije jedini pronalazač), dokaz o deponovanju biološkog materijala (ako je biološki materijal deponovan), popis nukleotidnih odn. aminokiselinskih sekvenci (ako prijava sadrži otkrivanje jedne nukleotidne ili aminokiselinske sekvence ili više njih, izjava pronalazača (ako ne želi da bude naveden u prijavi) i izjava o zajedničkom predstavniku (ako postoji više podnosilaca prijave).

Patentnu prijavu čine: zahtev za priznanje prava, opis pronalaska, patentni zahtevi (jedan ili više), nacrti (eventualno) i apstrakt. U nastavku rada ćemo se posvetiti detaljnijem razmatranju sadržine delova patentne prijave pojedinačno, da bismo na kraju razmotrili opšta pravila koja važe za sve delove patentne prijave.

Zahtev za priznanje prava

Zahtev za priznanje prava se podnosi na obrascu P1 ako se zahteva priznanje patenta odnosno na obrascu MP1 ako se zahteva priznanje malog patenta. Zahtev za priznanje prava sadrži: 1) izričito naznačenje da se zahteva priznanje patenta ili malog patenta; 2) podatke o podnosiocu prijave: ime, prezime i adresa ako je u pitanju fizičko lice, odnosno poslovno ime i sedište, ako je u pitanju pravno lice; 3) podatke o pronalazaču: ime, prezime i adresa ili napomenu da pronalazač ne želi da bude naveden u prijavi; 4) naziv pronalaska, kojim se mora jasno i sažeto izraziti tehnička suština pronalaska i koji naziv ne sme da sadrži izmišljene i komercijalne nazive, žigove, imena, šifre, skraćenice uobičajene za pojedine proizvode i sl.; 5) podatke o zastupniku: ime, prezime i adresa ako je u pitanju fizičko lice, odn. poslovno ime i sedište ako je u pitanju pravno lice; 6) naznačenje jednog od podnosilaca prijave kao zajedničkog predstavnika, ako postoji više podnosilaca prijave; 7) podatke o pravu prvenstva i to: datum, naziv zemlje i broj prve pri-

jave odn. ranijih prijava; 8) podatke o izlaganju na međunarodnoj izložbi, ako je pronalazak bio izlagan; 9) broj prvobitne prijave, u slučaju podnošenja izdvojene prijave; 10) broj osnovne prijave, odnosno osnovnog patenta, u slučaju podnošenja dopunske prijave; 11) podatke o ostalim delovima prijave (broj stranica opisa pronalaska, broj patentnih zahteva i broj stranica nacrt, apstraktu i priložima uz prijavu); 12) potpis podnosioca zahteva ili njegovog zastupnika.

Zavod za intelektualnu svojinu nije ovlašćen da proverava da li podnosilac patentne prijave ima pravo na zaštitu pronalaska.

Opis pronalaska

Opis pronalaska je deo patentne prijave u kojem podnosilac prijave izlaže sadržinu pronalaska, pa je sa stanovišta tehničke informacije opis pronalaska (uz nacrt – ako postoji) najvažniji deo prijave. Značaj opisa je naročito u tome što se na osnovu njega utvrđuje da li su u pogledu prijavljenog rešenja tehničkog problema ispunjeni materijalni uslovi za priznanje patenta. U tom smislu opis pronalaska sadrži “otkrovenje tajne pronalaska”,¹ čime se realizuje uslov sadržan u osnovi sistema patentne zaštite prema kojem pronalazač mora otkriti tajnu pronalaska ukoliko želi steći ekskluzivnu pravnu zaštitu. Takođe ovo je prilika da istaknemo da svi delovi patentne prijave moraju biti međusobno usklađeni. To naročito važi za opis i patentni zahtev jer se za ono što nije sadržano u opisu pronalaska ne može tražiti patentna zaštita.²

Pronalazak mora biti opisan potpuno i jasno, tako da ga stručnjak iz odgovarajuće oblasti tehnike može izvesti, a da pri tom ne angažuje vlastitu inventivnost.³ Opis pronalaska umnogome liči na naučni dokument iz oblasti tehnike i tehnologije. Tako opis pronalaska sadrži: 1) naziv pronalaska, koji naziv mora biti isti kao u zahtevu za priznanje prava; 2) oblast tehnike na koju se pronalazak odnosi uz navođenje oznake po Međunarodnoj klasifikaciji patenata (MKP), ako je ista podnosiocu patentne prijave poznata; 3) određenje tehničkog problema za

¹ Marković, S., *Patentno pravo*, Beograd 1997, 190. “To je cena koju pronalazač plaća u zamenu za dvadesetogodišnji monopol” (Bentley, L., & Sherman, B., *Intellectual Property Law*, Oxford University Press 2004, 351).

² Drugim rečima: opisom se moraju podržati patentni zahtevi (Bentley, L., & Sherman, B., *Intellectual Property Law*, Oxford University Press 2004, 354; MacQueen, H., Waelde, C. & Laurie, G., *Contemporary Intellectual Property – Law and Policy*, Oxford University Press 2008, 397).

³ Isto tako: Torremans, P., *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, Oxford University Press 2008, 48. Bez uslova dovoljne opisanosti pronalaska za patentno-pravni sistem bi nastao rizik da za inventivni trud bude nagrađen “ne onaj ko je pobedio u trci već onaj ko je prvi skočio u vodu” (Cornish, W. & Llewelyn, D., *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, Sweet&Maxwell London 2003, 230).

čije se rešenje zahteva patentna zaštita; 4) stanje tehnike (prikaz i analiza poznatih rešenja definisanog tehničkog problema), izloženo u obimu u kome je podnosiocu prijave poznato, a koje je neophodno za razumevanje pronalaska i ispitivanje prijave. Pri svemu tome je poželjno citiranje patentnih dokumenata i drugih izvora informacija koji se odnose na opisano stanje tehnike; 5) izlaganje suštine pronalaska tako da se tehnički problem i njegovo rešenje mogu razumeti, kao i navođenje tehničke novosti pronalaska u odnosu na prethodno stanje tehnike. Rešenje tehničkog problema mora biti potpuno opisano. Sve bitne karakteristike pronalaska moraju biti izložene tako da izostaje svaka proizvoljnost i pretpostavke; 6) kratak opis slika nacрта (ako ih ima), i 7) detaljan opis najmanje jednog od načina ostvarivanja pronalaska, uz navođenje primera izvođenja i sa pozivom na nacrt ako postoji.⁴

Opis pronalaska mora biti sačinjen na način i po redosledu kako je navedeno, osim ako se zbog prirode pronalaska drukčijim načinom i redosledom omogućava bolje razumevanje i racionalniji prikaz pronalaska.

Ako se pronalazak odnosi na postupak, moraju se navesti sve njegove bitne faze i karakteristike, tako da se izvodljivost postupka može sagledati u celini, a dokazuje se primerima izvođenja. Ako se pronalazak odnosi na konstrukciju, a prikazuje se na nacrtu, posle detaljnog opisa konstrukcijskog rešenja s pozivom na oznake elemenata pronalaska sa nacрта, kao dokaz izvodljivosti opisuje se način funkcionisanja bitnih elemenata i konstrukcije u celini. Ako se pronalazak odnosi na supstancu, kompoziciju ili biološki materijal, u opisu pronalaska se moraju navesti njihova fizičko-hemijska ili biološka svojstva, odn. karakteristike. Ako biotehnoški pronalazak podrazumeva upotrebu mikroorganizama koji nisu javno dostupni, uslov dovoljne opisanosti pronalaska će biti ispunjen deponovanjem uzorka (prirodno obnovljivog) biološkog materijala u nadležnoj deponitnoj ustanovi.⁵

Patentni zahtevi

“Patentni zahtevi predstavljaju jezgro prijave”.⁶ Funkcija patentnih zahteva je u definisanju *predmeta* i *obima* tražene patentne zaštite.⁷ Definisanjem pred-

⁴ Misli se na bilo koji način koji je tehnički izvodljiv, a ne na najbrži, najefikasniji i najekonomičniji način primene pronalaska (MacQueen, H., Waelde, C. & Laurie, G., *Contemporary Intellectual Property – Law and Policy*, Oxford University Press 2008, 396).

⁵ Cornish, W. & Llewelyn, D., *Intellectual Property: Patents, Copyright, Trade Marks and Allied Rights*, Sweet&Maxwell London 2003, 228.

⁶ Marković, S., *Pravo intelektualne svojine*, Beograd 2000, 113.

⁷ Tako i: MacQueen, H., Waelde, C. & Laurie, G., *Contemporary Intellectual Property – Law and Policy*, Oxford University Press 2008, 399.

meta pronalaska vrši se utvrđivanje specifičnog tehničkog doprinosa stanju tehnike, dok se definisanjem obima tražene patentne zaštite utvrđuju granice stanja tehnike obuhvaćenog isključivim pravom nosioca patenta odn. malog patenta. Iz tog razloga patentni zahtevi “moraju biti jasni, sažeti i u potpunosti podržani opisom pronalaska”.⁸

Patentni zahtev mora biti jasan pošto se u suprotnom granice tehničkog područja na kojem se imaocu prava dopušta isključiva upotreba patentom zaštićenog pronalaska ne bi mogle u potpunosti razaznati, a to bi vodilo pravnoj nesigurnosti.⁹ Zato patentni zahtev ne sme biti tako formulisan da njegovo značenje može biti bitno različito ili kontradiktorno protumačeno. U tom cilju je neophodno izbegavati upotrebu višeznačnih reči ili izraza kojima se relativizuju numeričke vrednosti pojedinih karakteristika pronalaska (npr. pretežno, prevashodno, približno, otprilike) ili kojima se označavaju pojmovi neprecizne sadržine (npr. tanko, debelo; usko, široko; toplo, hladno; brzo, sporo i sl.).¹⁰

Sažetost patentnog zahteva ne određuje se prema obimu patentnog zahteva i vremenu potrebnom da se patentni zahtev rastumači. Sažetost patentnog zahteva znači da predmet zahteva nije određen obeležjima koja se podrazumevaju ili obeležjima koja nisu bitna za predmet definisanja.¹¹ U funkciji sažetosti patentnog zahteva je i pravno pravilo da patentni zahtevi u pogledu tehničkih karakteristika pronalaska ne mogu sadržati navode poput: “kao što je opisano u delu... opisa” ili “kao što je ilustrovano na slici... nacrtu”, ali ako prijava sadrži nacrt, elementi pronalaska navedeni u patentnim zahtevima označavaju se pozivnim oznakama identičnim oznakama na nacrtu, smeštenim u zgrade.¹²

Patentni zahtevi moraju biti usklađeni sa opisom i nacrtom pronalaska kako bi se uspostavila korelacija između onog što se izumelo i onog za šta se traži patentnopravna zaštita. Drugim rečima, time što patentni zahtev mora biti zasnovan na opisu i nacrtu pronalaska reflektuje se opšti princip patentnog prava da obim patentnog monopola mora odgovarati stepenu doprinosa pronalazača stanju teh-

⁸ Zakon o patentima (“Sl. glasnik R. Srbije” br. 99/2011), čl. 83.

⁹ Kada patentni zahtev sadrži nejasne i dvosmislene izraze manja je verovatnoća da će sudovi utvrditi postojanje povrede prava (Bentley, L., & Sherman, B., *Intellectual Property Law*, Oxford University Press 2004, 495).

¹⁰ Međutim, i takvi izrazi su prihvatljivi ako imaju precizno i dobro poznato (opšteusvoje-no) značenje u stanju tehnike ili ako se koriste uz neku posebnu vrednost kao na primer: “oko 200 °C” (Hinić, M., *Inovacije kao radno stvaralaštvo i industrijska svojina, znanje, razvoj, inovacije*, Beograd 2001, 65). Isto mišljenje zastupaju i: Bentley, L., & Sherman, B., *Intellectual Property Law*, Oxford University Press 2004, 496.

¹¹ Marković, S., *Patentno pravo*, Beograd 1997, 178. i 179.

¹² Uredba o postupku za pravnu zaštitu pronalazaka (“Sl. list SCG”, br. 62/2004) čl. 7. st. 12. i 13.

nike.¹³ Neusklađenost može biti dvojaka. Patentni zahtev može biti uže formulisan u odnosu na predstavljanje suštine pronalaska kako je dato u opisu. Ovo nije protivno patentnom pravu i smatra se da “što nije zatraženo patentnim zahtevima toga se izumitelj odrekao”.¹⁴ Pravna posledica ovako uže definisanog patentnog zahteva je da će pravno zaštićeno biti samo ono što je stvarno formulisano, bez obzira na ono što je, prema opisu pronalaska, moglo biti formulisano u patentnom zahtevu. Suprotno tome, slučaj da patentni zahtev sadrži tehničke karakteristike koje nisu pomenute u opisu pronalaska predstavljao bi povredu patentnog prava, jer patentnim zahtevom ne sme biti obuhvaćeno ništa što nije obuhvaćeno opisom pronalaska pošto “krug materijalnih konretizacija pronalaska koje su obuhvaćene opisom pronalaska predstavlja krajnji dopušteni okvir širine patentnog zahteva”.¹⁵

Definisanje patentnog zahteva je najsloženiji zadatak koji treba obaviti prilikom sačinjavanja patentne prijave. Ovo stoga što se prilikom definisanja patentnog zahteva mora voditi računa o: a) tehničkoj prirodi pronalaska, b) patentnom pravu i c) ekonomskim interesima podnosioca prijave. Sve to formulisanje patentnog zahteva čini vrlo komplikovanim, ali i kreativnim poslom za čije izvršenje su potrebna: tehnička, pravna i ekonomska znanja.

Što se formulacije patentnog zahteva tiče, patentni zahtevi moraju biti definisani tako da označavaju pronalazak isključivo tehničkim karakteristikama. To znači da “patentni zahtev nije pisan tako da ga razumeju laici ili pravnici, već stručnjaci iz odgovarajuće oblasti tehnike kojoj pronalazak pripada”.¹⁶ Pitanje koje se međutim ovde postavlja jeste pitanje izbora tehničkih karakteristika kojima će se pronalazak definisati. Ovo stoga što svaki proizvod ili postupak određuju dve vrste karakteristika: po prvima se određuje šta taj proizvod ili postupak jeste, a po drugima: kakav je, koja je njegova funkcija i čemu služi. Pravilo je da se pronalazak određuje putem strukturnih (statičkih) karakteristika.¹⁷ Tako, ukoliko je reč o

¹³ CIRD Galderma, T1129/97 [2001] OJEP0 273, 287 (Bentley, L., & Sherman, B., *Intellectual Property Law*, Oxford University Press 2004, 496).

¹⁴ Verona, A., *Zaštita izuma*, Zagreb 1977, 66.

¹⁵ Marković, S., *Patentno pravo*, Beograd 1997, 178.

¹⁶ Miladinović, Z., *Subjektivna prava intelektualne svojine*, Niš 2004, 30.

¹⁷ Ipak, postoje situacije u kojima je korišćenje tzv. funkcionalnih definicija prihvatljivo kao npr. u slučaju tzv. Markušovog zahteva (*Markush claim* - ime dobio po US patentnoj prijavi Eugena Markuša br. 1.506.316) koji se naročito primenjuje u hemijskoj industriji radi pribavljanja patenata za funkcionalne ekvivalente odn. varijacije pronalaska kojima se postiže isti inventivni rezultat. Markušov zahtev je prihvatljiv sve dok se priroda varijacija invencije ne razlikuje i sve dok mogu biti, bez štete po inventivni rezultat, zamenjene jedna drugom. Slična situacija se može pojaviti i u oblastima farmacije i biotehnologije gde ponekad postoji potreba za patentno-pravnom

pronalasku proizvoda, strukturna definicija podrazumeva navođenje karakteristika o sastavnim elementima pronalaska, njihovoj građi i njihovom međudnosu.¹⁸ U tom smislu se navodi da “patentni zahtevi...koji se odnose na konstrukciju ne smeju da sadrže opis načina funkcionisanja te konstrukcije”.¹⁹ “Ako je, pak, reč o pronalasku proizvodnog postupka, strukturna definicija će sadržati karakteristike polaznih materijala, faza postupka, uslova pod kojima se postupak odvija, rezultate postupka, ali isključivo u statičkom smislu”.²⁰

Patentni zahtev, odn. logička definicija pronalaska, izražava se u jednoj rečenici s tim što je forma patentnog zahteva trodelna. Prvi deo je uvodni i sadrži najjezgrovitiji opšti pojam pod koji se pronalazak može podvesti (odn. naziv pronalaska), a zatim i one tehničke karakteristike koje u međusobnoj kombinaciji pripadaju prethodnom stanju tehnike, a koje su neophodne za definisanje pronalaska za koji se zahteva patentno-pravna zaštita (tzv. *genus proximum*). Drugi deo je tzv. kopula koja najčešće glasi: “naznačen time”, “karakterisan time” i sl. Treći deo sadrži specifične tehničke karakteristike pronalaska koje ga čine različitim u odnosu na postojeće stanje tehnike na koje se opšti pojam iz prvog dela patentnog zahteva odnosi (tzv. *differentia specifica*). Radi boljeg shvatanja navedemo par primera patentnih zahteva:

Prvi primer (pronalazak proizvoda):

“Termoizolacioni materijal na bazi hidrosilikata, sa sposobnošću selektivne apsorpcije radijacionog spektra, otporan na vodu, kiseline, topljene metale i temperature iznad 560°C, naznačen time da sadrži 90 težinskih procenata kalcijum-hidrosilikatnog tobermorita koralne mikrostrukture, zapremnske gustine od 400 kg/m³, toplotne provodljivo-

zaštitom nekoliko stotina pa i hiljada varijacija jednog te istog pronalaska. Pisanjem posebnog patentnog zahteva za svaku varijaciju pronalaska nastao bi veoma obiman i nepregledan dokument čije bi razmatranje bilo veoma teško, a možda i neizvodljivo. Tada se patentno-pravna zaštita za sve varijacije pronalaska omogućava tzv. reprezentativnim zahtevima koji sadrže tzv. specifične primere koji reprezentuju celokupan raspon mogućih varijanata datog pronalaska (više o ovom i drugim vrstama zahteva kakav je npr. Švajcarski patentni zahtev vidi kod: MacQueen, H., Waelde, C. & Laurie, G., *Contemporary Intellectual Property - Law and Policy*, Oxford University Press 2008, 400/401).

¹⁸ Marković, S., *Patentno pravo*, Beograd 1997, 175.

¹⁹ Bureš, A., *Šta se može štititi patentom u oblasti mašinstva i kako sastaviti prijavu za dobitanje ove zaštite*, u: “Izbor objavljenih radova stručnjaka Zavoda 1920-2000”, knjiga prva, Beograd 2000, 71.

²⁰ Marković, S., *Patentno pravo*, Beograd 1997, 175/176. Razlog za postojanje ovakvog pravila pomenuti autor nalazi u činjenici da su, logički gledano, strukturne definicije preciznije od funkcionalnih.

sti od 0,11-0,16 W/mK koji apsorbuje elektromagnetni radijacioni spektar talasne dužine između 0,8 i 3 mikrona”²¹

Drugi primer (pronazak postupka):

“Postupak za dobijanje 3-metilpiridina reakcijom 3-halogenpiridina i natrijumetilata u aprotičnom rastvaraču na sniženoj temperaturi, naznačen time što se kao 3-halogenpiridin koristi 3-hloropiridin i postupak izvodi u atmosferi azota na temperaturi od -10 °C do -5 °C”²²

Patentno-pravna posebnost ovakvog načina definisanja pronalaska jeste u tome što uvodni deo patentnog zahteva sadrži navođenje onih tehničkih karakteristika pronalaska koje predstavljaju patentno-pravno stanje tehnike dok karakteristični deo patentnog zahteva sadrži navode o onim tehničkim karakteristikama pronalaska zbog kojih, budući da su nove i inventivne, podnosilac patentne prijave traži pravnu zaštitu.²³ Time se formalno-logički ispoljava stanovište da je zapravo celokupna istorija ljudske vrste “istorija primene mašte, odnosno inovacija i stvaralaštva na postojeću osnovu znanja u cilju rešavanja problema”²⁴

Pravilo je da u patentnoj prijavi bude zastupljen jedan patentni zahtev. Od ovog pravila se pod Zakonom predviđenim uslovima odstupa u dva slučaja: kada patentna prijava sadrži nezavisan i jedan ili više zavisnih patentnih zahteva i kada patentna prijava sadrži više nezavisnih patentnih zahteva. U svakom slučaju mnoštvo postavljenih patentnih zahteva mora da odgovara prirodi pronalazaka za koje se traži patentna zaštita.²⁵ I ako se desi da je u patentnoj prijavi sadržano više patentnih zahteva, oni se moraju označiti po redosledu, arapskim brojevima.

Nezavisan patentni zahtev sadrži bitne karakteristike pronalaska dok zavisan patentni zahtev sadrži specifične karakteristike pronalaska definisanog

²¹ primer dat prema: Marković, S., *Pravo intelektualne svojine*, Beograd 2000, 114.

²² Tešankić, V. i Đenović, O. i Jovanović, S., *Zaštita pronalazaka u oblasti hemije, biotehnologije i farmacije - prihvatljiva forma patentnih zahteva*, u: “Izbor objavljenih radova stručnjaka Zavoda 1920-2000”, Beograd 2000, 143.

²³ Marković, S., *Patentno pravo*, Beograd 1997, 169. Pomenuti pisac na str. 170. navedenog dela pominje kako je pored ovog tipa dozvoljeno koristiti i druge tipove patentnih zahteva pošto postoje situacije u kojima je opisani tip patentnog zahteva očigledno neprikladan. Nezavisno od takvih situacija, kao alternativa opisanom tipu patentnih zahteva se naročito u SAD koristi takav tip patentnih zahteva čija formulacija sadrži naznačenje tehničke oblasti kojoj pronalazak pripada i analizu (spisak) karakteristika pronalaska koje su izložene po bilo kojem drugom logičkom redosledu (od opšteg ka posebnom, najvećem ka najmanjem, funkcionalno najvažnijem prema funkcionalno neznatnijem) osim po kriterijumu: poznato-novo.

²⁴ Idris, K., *Intelektualna svojina, moćno sredstvo ekonomskog rasta*, Beograd 2003, str. 9.

²⁵ MacQueen, H., Waelde, C. & Laurie, G., *Contemporary Intellectual Property – Law and Policy*, Oxford University Press 2008, 399. U tom smislu je patentna prijava koja sadrži 157 patentnih zahteva protivna čl. 84. Konvencije o Evropskom patentu (*Oxy/Gel forming composition*, T 246/91 [1995] EPOR 526).

u nezavisnom ili drugom zavisnom patentnom zahtevu. Prema ovakvom opisu razlikujemo dve vrste zavisnih patentnih zahteva: patentni zahtev zavisan od nezavisnog patentnog zahteva i patentni zahtev zavisan od drugog zavisnog patentnog zahteva. Patentni zahtev koji zavisi od nezavisnog patentnog zahteva, iz razloga sažetosti, u preambuli (uvodnom delu) neće sadržati prepisani nezavisni patentni zahtev već samo pozivanje na njega u formi upućivanja na redni broj nezavisnog patentnog zahteva kao na primer:

“1. Uređaj za crtanje koji se sastoji od crtaće ploče (1) sa svoja dva paralelna ispusta (1') na čiju površinu čvrsto naležu vertikalni klizni lenjir (2) i obrtni lenjir (8) pri čemu lenjire u pokretnu celinu povezuje nosač (3), naznačen time što klizači (7) obuhvataju ispuste (1') naležući na njih kuglicama (13) smeštenim u kanal (13') koji se nalazi u žljebu (7') klizača (7).

2. Uređaj za crtanje prema zahtevu 1, naznačen time što nosač (3) naleže i obuhvata ispuste (2'), pri čemu ručka (4) navojem (4') ostvaruje vezu između nosača (3) i lenjira (2) kroz navojni otvor (5')”²⁶

Patentni zahtev koji zavisi od zavisnog patentnog zahteva (tzv. dvostruko zavisan patentni zahtev), u uvodnom delu obuhvata celokupan patentni zahtev od kojeg dvostruko zavisan patentni zahtev zavisi, a u tzv. karakterističnom delu, kao i bilo koji patentni zahtev, sadrži specifične tehničke karakteristike. Na taj način, dvostruko patentni zahtev obuhvata: “nezavisni patentni zahtev, plus neposredno zavisni patentni zahtev, plus dodatne karakteristike sadržane u samom dvostruko zavisnom patentnom zahtevu”²⁷

Bez obzira da li se radi o neposredno, dvostruko ili višestruko zavisnom patentnom zahtevu, svi zavisni patentni zahtevi moraju biti grupisani tako da se lako odredi veza patentnih zahteva koji su u sprezi i da se njihovo značenje u toj vezi može jasno protumačiti.

Uz nezavisan patentni zahtev može biti formulisan jedan ili više (a u slučaju prijave malog patenta najviše četiri) zavisnih patentnih zahteva.

Drugi slučaj množine patentnih zahteva jeste postojanje više nezavisnih patentnih zahteva. Postojanje više nezavisnih patentnih zahteva u patentnoj prijavi

²⁶ Teslić, M., *Patentiranje u mašinstvu*, Beograd 1991, 184.

²⁷ Marković, S., *Patentno pravo*, Beograd 1997, 180. Na istoj strani pomenutog dela autor navodi da patentni zahtev može biti zavisan istovremeno i od nezavisnog i od jednog ili više neposredno zavisnih patentnih zahteva (tzv. višestruko zavisan patentni zahtev). U pogledu višestruko zavisnih patentnih zahteva postoji odstupanje između američkog i evropskog patentnog prava jer u američkom patentnom pravu višestruko zavisan patentni zahtev može biti zavisan od dva ili više drugih patentnih zahteva samo alternativno dok EZP toleriše višestruko zavisne zahteve bez obzira da li su oni zavisni od drugih patentnih zahteva alternativno ili kumulativno.

je dozvoljeno ako je ispunjen uslov jedinstva pronalaska. Uslov jedinstva pronalaska je ispunjen ako su pronalasci tako međusobno povezani da se njima ostvaruje jedinstvena pronalazačka zamisao. Pronalasci su tako međusobno povezani da se njima ostvaruje jedinstvena pronalazačka zamisao onda kad između njih postoji takva tehnička veza kojom su obuhvaćene jedna ili više istih ili posebnih tehničkih karakteristika. Izrazom "posebne tehničke karakteristike" označavaju se one tehničke karakteristike pronalaska u odnosu na koje se svakim od navedenih pronalazaka ponaosob menja postojeće stanje tehnike. Prijavom malog patenta ne može se zahtevati priznanje pravne zaštite za jedinstvo pronalaska.

Nacrt pronalaska

nacrt pronalaska je grafički prikaz pronalaska u formi tehničkog crteža, osim kada je za prikazivanje pronalaska neophodno koristiti drugi način (npr. fotografije metalografskih struktura, mikrofotografije tkiva i ćelija i dr.). Nacrt se izrađuje na posebnim listovima prema pravilima tehničkog crtanja u ortogonalnoj projekciji s potrebnim brojem preseka, a ako je to nužno – u aksonometriji,²⁸ izometriji²⁹ i sl. Nacrt pronalaska se može izraditi i u vidu šema, uz korišćenje simbola standardizovanih za odgovarajuću oblast tehnike.

Dimenzije radne površine listova koji sadrže crtež ne smeju biti veće od 26,2x17cm. Listovi ne smeju imati iscrtane okvire kojima se ograničava radna površina slika. Minimalne margine su na gornjoj i levoj strani lista 2,5cm; na desnoj 1,5cm i na donjoj strani lista 1cm. Linije crteža moraju biti crne, dobro uočljive i neizbrisive, a površine između linija se, po pravilu, ne smeju bojiti ili tonirati. Poprečni preseki treba da budu šrafirani, ali tako da se time ne ometa uočljivost linija i pozivnih oznaka. Brojevi, slova i pozivne oznake moraju biti jednostavni i jasni i pišu se bez stavljanja u zagrade, podvlačenja ili zaokruživanja. Elementi prikaza moraju međusobno biti proporcionalni. Visina slova i brojeva ne sme biti manja od 3,2 mm. Na jednom listu nacrt može biti urađeno više crteža. U tom slučaju crteži treba da budu raspoređeni jedan ispod drugog, međusobno jasno razdvojeni, ali bez većeg slobodnog prostora između njih. Crteži se moraju numerisati arapskim brojevima, nezavisno od numeracije listova. Pozivne ozna-

²⁸ *Aksonometrija*, -e ž [grč. akson osovina, v. -metrija] mat. projekcija predmeta u ravni na osnovu triju osa koje odgovaraju visini, širini, odnosno dužini (Klajn, I. i Šipka, M., *Veliki rečnih stranih reči i izraza*, Novi Sad 2006).

²⁹ *Izometrija*, -e ž [v. izo-, -metrija] 2. mat. preslikavanje u drugu ravan ili drugi prostor pri kome se ne menja međusobna udaljenost tačaka (Klajn, I. i Šipka, M., *Veliki rečnih stranih reči i izraza*, Novi Sad 2006).

ke pojedinih crteža u nacrtu se moraju podudarati sa pozivnim oznakama u opisu pronalaska i patentnim zahtevima što znači da isti elementi moraju u celokupnoj patentnoj prijavi odnosno u svim njenim delovima biti označeni istim pozivnim oznakama. Nacrt ne sme sadržati dimenzije, vrednosti parametara i tekstualne delove, izuzev kad je to neophodno, kratke reči poput: “voda”, “para”, “zatvoreno”, “presek A-A” i sl.

Nacrt može da sadrži: grafikone, algoritme i dijagrame.

Apstrakt

Apstrakt je kratak rezime suštine pronalaska prikazanog u opisu, patentnim zahtevima i na nacrtu pronalaska. U funkciji je tehničkog informisanja. “Svrha mu je pružanje tehničkih informacija o pronalasku, i nema nikakvog uticaja na obim i sadržinu eventualno priznatog subjektivnog prava”.³⁰ Zbog toga apstrakt mora biti formulisan tako da se njime može efikasno poslužiti kao instrumentom za pretraživanje u datoj tehničkoj oblasti, a posebno da se na osnovu njega može oceniti potreba za uvidom u kompletnu prijavu.

U apstraktu se navodi naziv pronalaska i kratak sadržaj suštine pronalaska. Apstraktom se mora ukazati na oblast tehnike na koju se pronalazak odnosi. Apstrakt mora biti sačinjen tako da razumevanje: tehničkog problema, suštine rešenja tog problema i osnovnog načina upotrebe pronalaska, bude jasno. Ako je potrebno u apstraktu se može navesti i hemijska formula kojom se, od svih formula sadržanih u prijavi, najbolje karakteriše pronalazak.³¹ Apstrakt može da sadrži najviše 150 reči.

Apstrakt ne sme sadržati navode u vezi sa proizvoljnim svojstvima i vrednostima pronalaska, kao ni navode u vezi sa teorijskim mogućnostima primene.

Ako prijava sadrži nacrt, podnosilac prijave treba da naznači crtež ili sliku ili izuzetno više njih koje predlaže za objavljivanje uz apstrakt. Zavod za intelektualnu svojinu može odlučiti da objavi jedan ili više predloženih ili drugih crteža ili slika, ako smatra da se njima bolje karakteriše pronalazak. Zavod, ako je neophodno, ima ovlašćenje da izmeni ceo apstrakt. Svi elementi pronalaska koji su navedeni u apstraktu, a prikazani su u nacrtu, moraju biti označeni pozivnim oznakama napisanim u zagradama.

³⁰ Miladinović, Z., *Subjektivna prava intelektualne svojine*, Niš 2004, 30. Tako i: Bentley, L. & Sherman, B., *Intellectual Property Law*, Oxford University Press 2004, 352/353.

³¹ Isto i: Bainbridge, D., *Intellectual Property*, Pearson Education Limited, Harlow 2007, 356.

Opšta pravila

opis pronalaska, patentni zahtevi, nacrt i apstrakt moraju biti podobni za direktno fotografsko umnožavanje, za umnožavanje elektrostatičkim postupkom i za ofsetštampanje i skeniranje u neograničenom broju primeraka. Listovi ne smeju biti izgužvani ili iscepani, nabrani ili presavijeni. Može se koristiti samo jedna stranica lista. Listovi su formata A4 (29,7 x 21 cm), bele boje. Papir mora biti bez sjaja, jak, savitljiv i dugotrajan. Listovi se koriste u tzv. "visokom formatu", gde su gornja i donja strana lista njegove kraće strane. Nabrojani delovi patentne prijave (1-5) moraju započinjati na novom listu. Listovi moraju biti međusobno spojeni tako da ih je lako prelistavati, izdvajati i posebno spajati. Propisane su minimalne (leva strana 2,5 a ostale strane po 2 cm) i maksimalne (leva strana 4, a ostale strane po 3 cm) margine koje u trenutku podnošenja prijave moraju biti potpuno prazne. Svi listovi u prijavi moraju biti numerisani rastućim arapskim brojevima, koji se upisuju gore na sredini lista, ali ne na margini (pošto ove moraju biti prazne). Zahtev za priznanje prava, opis pronalaska, patentni zahtevi i apstrakt moraju biti štampani ili otkucani pisačom mašinom. Samo se grafički simboli i oznake i hemijske i matematičke formule, ako je to neophodno, mogu upisati rukom, ali da to bude neizbrisivo. Veličina i boja slova u tekstu treba da bude takva da je tekst lako čitljiv. Visina velikih slova u tekstu ne može biti manja od 0,21 cm. Boja mora biti crna, neizbrisiva. Prored je 1,5. Zahtev za priznanje patenta, opis pronalaska, patentni zahtevi i apstrakt ne smeju sadržavati slike. Opis pronalaska, patentni zahtevi i apstrakt mogu sadržati hemijske i matematičke formule, a opis pronalaska i apstrakt – tabele. Vrednosti fizičkih veličina se obavezno iskazuju u jedinicama Međunarodnog sistema jedinica (SI). Za matematičke, hemijske i molekularne formule i atomske mase upotrebljavaju se simboli, kao i tehnički izrazi i znaci koji su prihvaćeni i uobičajeni u odgovarajućoj oblasti tehnike. Terminologija, znaci i simboli se moraju dosledno upotrebljavati u celom tekstu prijave. Tekst prijave treba da bude bez dopunjavanja, precrtavanja ili ispisivanja između redova, a po mogućstvu i bez grešaka. Odstupanje od ovog pravila je dozvoljeno samo ako se time ne dovodi u pitanje autentičnost sadržaja i mogućnost kvalitetnog umnožavanja teksta.

Prijava ne sme da sadrži navode i slike protivne zakonu ili moralu. Ovakvi navodi i slike će prilikom objavljivanja prijave biti izostavljene. Zavod za intelektualnu svojinu takođe ima ovlašćenje da prilikom objavljivanja prijave izostavi: a) navode kojima se omalovažavaju proizvodi ili postupak bilo kog trećeg lica ili kvalitet i značaj prijave ili patenta, odn. malog patenta tog lica (mada se porede-

nje sa stanjem tehnike samo po sebi ne smatra omalovažavanjem) kao i b) navode koji očigledno nisu značajni i potrebni.

ZAKLJUČAK

Prijava za priznanje patenta sadrži: zahtev za priznanje patenta; opis pronalaska; jedan ili više zahteva za zaštitu pronalaska patentom; nacrt pronalaska (ako je potrebno) i apstrakt. Zahtev za priznanje prava se podnosi na obrascu P1 ako se zahteva priznanje patenta odnosno na obrascu MP1 ako se zahteva priznanje malog patenta. Opis pronalaska je deo patentne prijave u kojem podnosilac prijave izlaže sadržinu pronalaska. Funkcija patentnih zahteva je u definisanju predmeta i obima tražene patentne zaštite, što znači da se u slučaju priznanja patenta, čitanjem i tumačenjem patentnih zahteva utvrđuju granice stanja tehnike obuhvaćenog isključivim pravom nosioca patenta odn. malog patenta. Nacrt pronalaska je grafički prikaz pronalaska u formi tehničkog crteža, osim kada je za prikazivanje pronalaska neophodno koristiti drugi način (npr. fotografije metalografskih struktura, mikrofotografije tkiva i ćelija i dr.). Apstrakt je kratak rezime suštine pronalaska prikazane u opisu, patentnim zahtevima i na nacrtu pronalaska.

ZORAN MILADINOVIĆ, Ph.D.,

Associate Professor, Faculty of law University of Kragujevac

SINISA VARGA, Ph.D.,

Assistant Professor, Faculty of law University of Kragujevac

THE CONTENTS OF PATENT APPLICATION

Summary

Patent applications consist of four or five parts: request for grant of patent, description of the invention, one or more patent claims, drawings and an abstract. Requests are made using the official form. In the description, the invention must be described clearly, and completely enough for a person skilled in the art to be able to carry out it. Descriptions are the base for patent claims. Patent claims define the subject-matter for which patent protection is sought in terms of its technical features. They must be clear and concise and be supported by description. Drawings is a useful addition to the description when they illustrate the features of the invention. The abstract is purely for technical information and is not used to assess the patentability of the invention.

DIJANA JANKOVIĆ

ZAŠTITA PRAVA INTELAKTUALNE SVOJINE NA INTERNETU

U V O D

Zakoni i prava o intelektualnoj svojini pružaju izvesnost i predvidljivost u zamenu za inovativne i kreativne proizvode. Savremena kultura i privredni razvoj svakoga dana stvaraju proizvode i pružaju usluge koji poboljšavaju mogućnosti da se u svetu komunicira, da se razumeju različite kulture i uverenja, da se bude mobilan, da se živi bolje i duže, da se uspešno koriste različiti oblici energije. Veći deo vrednosti ovakvog rada je “neopipljiv” – on leži u preduzimačkom duhu, kreativnosti, dovitljivosti i insistiranju na napretku i stvaranju boljeg života širom sveta. Upravo te vrednosti koje predstavljaju suštinske vrednosti i kvalitet ljudskog duha označavaju se često kao autorsko pravo, patent, zaštitni znak, poslovna tajna ili drugi oblik intelektualne svojine.

Internet je često razmatrano pitanje na međunarodnom nivou. Opšti je pravac u međunarodnim krugovima da se podržava protok informacija i sloboda izražavanja preko Interneta. U isto vreme naglašava se da Internet ne bi smeo da bude korišćen kao sredstvo za dalju kriminalnu aktivnost. Podržavaju se, kooperativni naponi unutar međunarodne zajednice kako bi se smanjila Internet piraterija. Veruje se da je neophodno za sve sektore, uključujući i vlasnike sadržaja

Mr Dijana Janković, sudija Višeg suda u Nišu.

ja, Internet provajdere, reklamne brokere, procesore za praćenje i pretraživače, da saraduju, zajedno sa državnim organima gonjenja protiv privrednog i finansijskog monopola, kako bi se ukazalo na aktivnosti koje imaju negativni ekonomski uticaj i unazađuju poslovanje i kako bi se pronašla praktična i efikasna rešenja za povrede prava intelektualne svojine.

Internet i druge tehnološke inovacije su dovele do revolucije u društvu i potpuno promenile način na koji se dolazi do informacija i kupuju proizvodi. Smanjene su barijere da se prođe i uđe u globalne distributivne kanale, otvorena su nova tržišta i omogućeno je da se izvoze informacije, proizvodi i usluge, uključujući i pružanje prilike malim i srednjim preduzećima da dođu do kupaca širom sveta. Ali ove inovacije su takođe olakšale i pirateriju i falsifikovanje na globalnom nivou.

Pravno gledano, još uvijek postoje brojna pravno neregulisana ili kontradiktorno regulisana područja u oblasti zaštite prava intelektualne svojine na Internetu, pogotovo u odnosima različitih pravnih poredaka. Pristup kontroli sadržaja na Internetu takođe različit zavisno od pravnog sistema koji je nosilac kontrole.

Nekoliko organizacija, uključujući i Savez za autorska prava (*Copyright Alliance*) je navelo izveštaj iz 2009. godine koji su napravili Program za bezbednost i pravdu RAND korporacije (*The RAND Corporation's Safety and Justice Program*) i Centar za globalni rizik i bezbednost (*The Global Risk and Security Center*). Proučavajući 14 različitih slučajeva, izveštaj je izdvojio "široku, geografski razudenu i aktivnu vezu između piraterije filmova i organizovanog kriminala" i povezuje pirateriju igranih filmova sa 17 oblasti organizovanog kriminala iz SAD-a, Hong Konga, Italije, Japana, Malezije, Meksika, Pakistana, Paragvaja, Rusije, Španije, Severne Irske i Velike Britanije.¹ U izveštaju se takođe navodi i da je piraterija filmova korišćena kako bi se finansirale aktivnosti terorističkih grupa u 3 od 14 slučajeva, uključujući i aktivnosti Hezbolaha, grupe koja je označena kao teroristička organizacija.² Takođe i Udruženje za bezbednost Internet apoteka (*The Alliance for Safe Online Pharmacies-ASOP*) navodi primere istraga, optužnica i presuda u kojima se falsifikovanje lekova koji se dobijaju na recept povezuje sa terorističkim organizacijama i mrežama organizovanog kriminala.³ Rešenja zahtevaju jaku

¹ Gregori T. Treverton, Karl Matis, Karla Dž. Kaningem, Džeremaja Gulka, Greg Ridžvej, Eni Vong, "Piraterija filmova, organizovani kriminal i terorizam" (*Film Piracy, Organized Crime, and Terrorism*), RAND Program za bezbednost i pravdu korporacija i Centar za globalni rizik i bezbednost (*The RAND Corporation's Safety and Justice Program and the Global Risk and Security Center*), 2009, http://www.rand.org/pubs/monographs/2009/RAND_MG742.pdf, p. 12, 13.

² Ibid, p. 12.

³ Asocijacija ASOP ukazuje na veze dve reportaže iz vesti. Videti: Ed Vajt, "Čovek iz oblasti Detroita kriv za prevaru sa cigaretama" (*Detroit-area man guilty in cigarette scheme*), *Associat-*

i odlučnu akciju od strane svih struktura društvene zajednice, transparentnost i saradnju među nosiocima prava.

Štete nastale vršenjem kompjuterskih delikata, zavisno od pojavnog oblika kompjuterskog kriminaliteta, mogu se podeliti na:⁴ 1. Finansijske – koje mogu da nastanu kada učinilac vrši delo u cilju sticanja protivpravne imovinske koristi, pa tu korist za sebe ili drugog, zaista i stekne, ili je ne stekne, ali svojim delom objektivno pričinu određenu štetu, ili kada učinilac ne postupa radi sticanja koristi za sebe ili drugog ali objektivno učini finansijsku štetu, 2. Nematerijalne – koje se ogledaju u neovlašćenom otkrivanju tuđih tajni, ili drugom “indiskretnom postupanju”, 3. Kombinovane – do kojih može doći otkrivanjem određene tajne ili povredom autorskog prava, ili ako se putem zloupotrebe kompjutera ili informatičke mreže narušava nečiji ugled, odnosno povređuje moralno pravo a istovremeno prouzrokuje i konkretna finansijska šteta.

Uporedo sa ulaskom Interneta u skoro sve oblasti društvenog i privatnog života ljudi, kompjuterski kriminal postaje u sve većoj meri dominantan oblik povrede prava intelektualne svojine. Oblici ispoljavanja su najrazličitiji. od korišćenja Interneta za distribuciju raličitih falsifikovanih proizvoda do „obaranja” sajtova i “upada” na sajtove od strane “hakera” koji, za sopstvene potrebe ili potrebe naručioca, vrše raznovrsne mrežne napade. Ti napadi se mogu sastojati u promeni izgleda sajta, promeni sadržine, odbijanju usluga ili pretrpavanju raznovrsnim spam porukama. U tom smislu stručna obuka i tehnička podrška u vezi sa sprovođenjem zakona o pravima intelektualne svojine kao i razvijanje međunarodne saradnje predstavljaju neophodnost u suzbijanju Internet kriminala i povreda prava intelektualne svojine .

Međunarodna saradnja u suzbijanju povrede prava intelektualne svojine na Internetu

Međunarodna saradnja u sprovođenju zakona je značajan deo u borbi protiv Internet piraterije i falsifikovanja. Dokumenti o međunarodnoj saradnji usmereni su u pravcu zajedničkog koordiniranog delovanja kako bi države: (1) usaglasile napore u spovođenju domaćih istraga i krivičnih postupaka protiv stranih

*ed Press (1/12/2009), 12. januar 2009. godine <http://archive.tobacco.org/news/277076.html>. Reuters, “Falsifikovani proizvodi su povezani sa terorističkim grupama” (“Counterfeit goods are linked to terror groups”), *International Herald Tribune*, Feb, 12, 2007, 12. ferbruar 2007. godine, <http://www.nytimes.com/2007/02/12/business/worldbusiness/12iht-fake.4569452.html>.*

⁴ Živojin Aleksić, Milan Škulić, *Kriminalistika*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2002, str. 396.

državljana koji se javljaju kao učinioци krivičnih dela u oblasti povrede prava intelektualne svojine, (2) podržale sprovođenje međunarodnih konvencija da bi u okviru svojih jurisdikcija gonile učinioce koji krše prava intelektualne svojine (3) povećale broj sudskih postupaka protiv povrede prava intelektualne svojine.

U međunarodnoj zajednici dominira stav da je odlučnost u sprovođenju prava intelektualne svojine ključni deo napora koji je potrebno uložiti kako bi se promovisale inovacije i obezbedio liderski status u pogledu kreativnih i inovativnih ideja koje jedino mogu da obezbede društveni razvoj. Države koje su lidieri inovaciji i kreativnosti utvrđuju jake legalne mehanizame koji obezbeđuju zaštitu prava intelektualne svojine.

U godišnjem izveštaju Specijal 301 (izveštaju o reviziji procesa koje vodi Kancelarija trgovinskog predstavnika SAD, a vezanih za zaštitu prava intelektualne svojine i prakse pristupa tržištima stranih zemalja) Kancelarije trgovinskog predstavnika SAD uključena je i "Crna lista prodavnica", skup primera običnih i Internet prodavnica na koje je sprovođenje prava bilo primenjivano ili su bile pod istragom zbog moguće povrede prava intelektualne svojine. Iako lista ne predstavlja spisak onih prodavnica koje su prekršile zakon, već samo sažetu listu informacija koje je Kancelarija trgovinskog predstavnika revidirala u toku stvaranja Specijala 301, ova lista je voma korisna u razotkrivanju nekih tržišta koje se bave falsifikovanim robom i učestvuju u održavanju globalne piraterije i falsifikovanja.⁵

Globalna studija Organizacije za ekonomsku kooperaciju i razvoj (*Organization for Economic Co-operation and Development*, OECD) po imenu "Ekonomski uticaj falsifikovanja i piraterije" (*The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy*) koja je sprovedena 2008. godine, a ažurirana 2009, navodi da je vrednost trgovine falsifikovanim i piratskim proizvodima dostigla vrednost od približno \$200 milijardi američkih dolara tokom 2005. godine (ovaj broj je kasnije prilagođen na osnovu ažuriranih podataka i bio je bliže \$ 250 milijardi).⁶

U cilju suzbijanja navedenih pojava na međunarodnom nivou je u Ukrajini juna 2010. godine održan Program o načinima da se bolje spreči ulaz falsifikovane robe za 65 predstavnika carina i drugih vladinih ustanova Ukrajine, Slovačke, Mađarske, Rumunije, Moldavije i Rusije.

⁵ Zajednički strateški plan za sprovođenje prava intelektualne svojine iz 2010, godine u SAD (*Joint Strategic Plan on Intellectual Property Enforcement, June 2010 US*), p. 9. http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/assets/intellectualproperty/intellectualproperty_strategic_plan.pdf.

⁶ Informacije iz: "Ekonomski uticaj falsifikovanja i piraterije" (*The Economic Impact of Counterfeiting and Piracy*), OECD, 2008, <http://www.oecd.org/industry/industryandglobalisation/38707619.pdf>.

Organizacije poput Bezbednosnog instituta za farmaceutske proizvode (*Pharmaceutical Security Institute*, PSI) sakupljaju i daju informacije o falsifikovanim farmaceutskim proizvodima i pomažu da se pokrenu akcije sprovođenja zaštite. Partnerstvo za bezbednost lekova (*The Partnership for Safe Medicines*, PSM) je u svojim komentarima naglasilo, da je PSI 2009. godine uvideo povećanje broja falsifikovanih proizvoda širom sveta, sa 1,216, u 2006. godini na 1,585, 2008. godine, kao i povećanje broja zemalja koje su povezane sa ovim incidentima. Prema Svetskoj zdravstvenoj organizaciji (*World Customs Organization*, WCO), približno 8% lekova koji se uvezu na veliko su falsifikovani, neodobreni ili ne zadovoljavaju standard i "10% globalne farmaceutske trgovine, ili \$21 milijardi, čine falsifikovani lekovi".⁷

Biro za pravnu pomoć (*Bureau of Justice Assistant*, BJA) pri Ministarstvu pravde SAD je takođe osnovao određeni broj državnih i lokalnih Jedinica za intelektualnu svojinu koje saraduju sa Federalnim izvršnim organima. Dosledno sprovođenje zakona intelektualne svojine je jedan od glavnih prioriteta. Kancelariju za međunarodno sprovođenje prava intelektualne svojine (IPE) u okviru Državnog sekretarijata SAD je osnovao Kongres 2005. godine u okviru Biroa za pitanja ekonomije, energetike i poslovanja (*Bureau of Economic, Energy and Business Affairs*, EEB) i ona je posebno namenjena promovisanju sprovođenja prava intelektualne svojine i inovacije. Tim ove kancelarije saraduje sa službenicima u ispostavama Državnog sekretarijata u inostranstvu, kako bi se naglasila ključna uloga koju ima zaštita prava intelektualne svojine. Kancelarija saraduje i sa drugim agencijama u međunarodnim organizacijama i bilateralnim pregovorima posvećenim intelektualnoj svojini i njenoj zaštiti, uključujući Svetsku organizaciju za intelektualnu svojinu i Savet svetske trgovinske organizacije za trgovinske aspekte prava intelektualne svojine (*Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*, TRIPS).⁸

Najsveobuhvatniji pokušaj da se pravno uobličí borba protiv visokotehnoškog kriminala na međunarodnom nivou svakako predstavlja Konvencija o visokotehnoškom kriminalu Saveta Evrope iz 2001. godine⁹. Ona sadrži, između ostalog, i materijalne i procesne krivičnoppravne odredbe, čijom bi implementacijom u nacionalna zakonodavstva država potpisnica trebalo da se postigne visok

⁷ Albert I. Verthajmer, Nicole M. Chaney, and Thomas Santella, "Falsifikovani farmaceutski proizvodi: Trenutni status i budući projekti," (*Counterfeit pharmaceuticals: current status and future projections*), 43 *Žurnal američke farmaceutske asocijacije* 710-8 (43 *J.Am.Pharm. Assoc.* 710-8), 2003. <http://www.touchbriefings.com/pdf/955/ACFB49F.pdf>.

⁸ Zajednički strateški plan za sprovođenje prava intelektualne svojine iz 2010. godine u SAD (*Joint Strategic Plan on Intellectual Property Enforcement, June 2010 US*), op. cit., p. 31.

⁹ *Convention on Cybercrime*, ETS No.185, Budapest, 23.11. 2001.

stepen harmonizacije različitih zakonodavstava, i da se ubrza i kvalitativno unapredi međunarodna saradnja na planu borbe protiv sajberkriminala.¹⁰ Takođe je za razvoj pravne misli i međunarodnu saradnju u oblasti visokotehnološkog kriminaliteta od velikog značaja i Preporuka o kriminalitetu vezanom za računare R(89)9 usvojena od strane Saveta Evrope 13. septembra 1989. godine.

*Odgovornost pružaoca Internet usluga
za povrede prava intelektualne svojine*

Danas postoji više od dve hiljade različitih pružaoca Internet usluga širom sveta. Velika većina njih svoju delatnost bazira na nekoliko osnovnih usluga: 1. omogućavanje spajanja klijenata na Internet, 2. pružanje usluge smeštaja web-stranica i podataka, 3. različiti oblici edukacije i popularizacije korištenja Interneta.

U vreme nastanka Interneta, odnosno evolucije iz nekadašnjeg američkog ARPANeta (*Advanced Research Projects Network* američkog ministarstva obrane), računari – serveri bili su smešteni u ustanovama članicama ARPANet-a, prvenstveno vojnim, a zatim i univerzitetskim. Početkom devedesetih godina dvadesetog veka počela je komercijalizacija Interneta i pojavili su se prvi privatni pružaoци Internet usluga, kako spajanja na Internet (*dial-up* i *leased line*) tako i pružanja prostora na računarima (*web hosting*). Takva pravna lica, deonička društva ili društva sa ograničenom odgovornošću, poznata su pod američkim nazivom ISP/IPP (*Internet Service Provider/ Internet Presence Provider* – pružalac Internet usluga / usluga smeštaja web stranica). Neka od tih preduzeća su se na pružanje Internet usluga prebacila sa pružanja različitih BBS¹¹ usluga, a formirana su i sasvim nova preduzeća.

Kad korisnici koriste usluge ISP preduzeća postoji mogućnost da će neki od njih učiniti i neku povredu prava intelektualne svojine. Zbog toga mnoga ISP preduzeća imaju organizovanu službu koja prima i obrađuje prijave različitih sigurnosnih incidenata vezanih za korisnike koji koriste njihove usluge i imaju mogućnost da takvim korisnicima uskrate dalji pristup. Takve službe (često se nazivaju “abuse” službama) u načelu sarađuju sa istovrsnim službama drugih ISP preduzeća radi sprečavanja incidenata širih razmera.

¹⁰ Ova konvencija je ratifikovana od strane Narodne Skupštine Republike Srbije i na taj način uneta u domaći pravni poredak. Videti: Zakon o potvrđivanju Konvencije o visokotehnološkom kriminalu, “Službeni glasnik Republike Srbije”, br. 19 od 19. marta 2009.

¹¹ *Bulletin board system*, vrsta jednostavnije računarske mreže poznate u SAD i Zapadnoj Evropi krajem sedamdesetih i početkom osamdesetih godina dvadesetog veka.

Google, Yahoo i Bing su ažurirali dobrovoljne protokole osmišljene da zauzastave prodaju sponzoriranih rezultata za nezakonitu poslovnu prodaju falsifikovanih lekova *on line*. Ovi protokoli koriste "Belu listu" ranije odobrenih Internet farmaceutskih prodavnica koje uključuju odobrenja od strane Nacionale asocijacije apotekarskih odbora i Odobrenih sajtova apotekarske prakse ili sertifikate originalnih proizodača legitimnih i od strane Administracije za hranu i lekove odobrenih lekova. Ovi napori privatnih sektora su pozitivno ocenjeni i nastavljena je saradnja na državnim nivoima sa ovim kompanijama i drugim pretraživačima, reklamnim brokerima, i procesorima za plaćanje kako bi istražili metode kojima bi zabranili plaćene reklame za nelegalne prodavce lekova. U isto vreme, istražuju se načini za uspešno otkrivanje *on line* farmaceutskih kompanija koje su upletene u kršenje prava intelektualne svojine. *LegitScript*, služba za proveru apoteka preko Interneta, je identifikovala 36,000 Internet apoteka koje nisu zadovoljavale standarde za verifikaciju od strane ove kompanije počevši od marta 2010. godine.¹²

Međutim, u vezi sa prezentovanjem nelegalnih sadržaja na Internetu postavilo se i pitanje odgovornosti pružaoca Internet usluga. Uopšte je prihvaćen stav da bi odnos između Internet industrije i sprovođenja zakona i trebalo razvijati u pravcu međusobne kordinacije i saradnje. S druge strane, prema istraživanju sprovedenom 1998 godine od strane "German Federal Crime Office" (BKA) u 25 zemalja većina ispitanih predstavnika policijske vlasti opisala je odnos između policije i pružaoca Internet usluga kao "loš" ili "da isti ne postoji". Ova nedovoljna povezanost se odnosila na različite oblasti, ali je poseban problem koji se javio sa aspekta odgovornosti za nelegalne i štetne sadržaje koji se mogu naći na Internetu. U Minhenu 1998. godine je lokalni prvostepeni sud osudio bivšeg direktora *CompuServe Germany*, na dve godine zatvora uslovno, za ilegalnu distribuciju dečije pornografije i sadržaje koji propagiraju nasilje. U drugostepenom postupku, je prihvaćen stav da optuženi nije ni na koji način lično učestvovao u dečijoj pornografiji, kao što je to i slučaj sa većinom predstavnika Internet industrije. Tako je u drugostepenom postupku novembra 1999. godine on oslobođen.¹³

¹² Videti: Zajednički strateški plan za sprovođenje prava intelektualne svojine iz 2010. godine u SAD, (*Joint Strategic Plan on Intellectual Property Enforcement, June 2010 US*), op. cit., p.53.

¹³ Ulrich Sieber, "Legal Regulation, Law Enforcement and Self-Regulation: A New Alliance for Preventing Illegal Content on the Internet", u: Jens Waltermann, Marcel Machill (eds.), *Protecting Our Children on the Internet, Towards a New Culture of Responsibility*, Bertelsmann Foundation Publishers, Gütersloh 2000, p. 320. http://www.bertelsmann-stiftung.de/bst/de/media/xcms_bst_dms_17233_17234_2.pdf.

U SAD, je odgovornost pružaoca Internet usluga regulisana je propisima: *The Communications Decency Act*¹⁴, *Child Online Protection Act*¹⁵, *Online Copyright Infringement Liability Limitation Act*, i deo *Digital Millennium Copyright Protection Act*. Prvi po redu, *Communications Decency Act* (CDA) predviđa da ne postoji odgovornost pružaoca usluge ako on samo pruža uslugu pristupa, ili korisnicima pruža softver koji omogućava pristup, ili održava sisteme vezane uz tehničko funkcionisanje Internet veze (Proxy sistemi, DNS sistemi). S tim što odsustvo odgovornosti ne postoji kada pružalac usluge saraduje sa autorima nezakonitog sadržaja, ili je svestan postojanja takvog sadržaja, ali ne čini ništa da ga ukloni.¹⁶ Kad je 1998. na snagu stupio *Child Online Protection Act* (COPA), pružaoci Internet usluga postali su zakonom obvezni da obaveste svoje korisnike prilikom sklapanja ugovora da postoji softver sa mogućnošću filtriranja sadržaja. Isto tako, taj je propis sadržao i odredbu kojom su odgovorni oni koji učine dostupnim preko Interneta sadržaj koji je štetan deci i maloletnicima. Ta odgovornost međutim ne odnosi se na pružaoce samog pristupa već one koji stavljaju takav sadržaj na svoje stranice. U tom slučaju se pružaoci usluga mogu ograditi od odgovornosti tako da zaštite takve stranice obveznom upotrebom identifikacije i lozinki, i obaveštenjem da je reče o stranicama zabranjenim za maloletnike. *Online Copyright Infringement Liability Limitation Act* (OCILLA) iz 1998. sadrži odredbe o odgovornosti i ograničenju odgovornosti pružaoca Internet usluga za objavljivanje nedozvoljeno umnoženog ili drugog materijala koji krši autorska i srodna prava.

Ograničenje odgovornosti odnosi se na slučajeve kada pružalac usluga na osnovu informacija o postojanju materijala koji krši autorska i srodna prava bez zadržavanja blokira pristup i odstrani takav sadržaj sa servera pod svojom nadležnošću. Ovaj propis također propisuje prilično formalan postupak, kako se može od firme pružaoca usluge zahtevati skidanje i blokiranje pristupa sadržaju koji vređa autorska i srodna prava. Smatra se da je američki zakonodavac ovim propisima uspostavio izbalansirani kompromis između interesa nosioca autorskih i srodnih prava čija bi prava mogla biti ugrožena i pružaoca usluga.¹⁷

¹⁴ *The Communications Decency Act* iz 1996 (CDA) je bio prvi značajan pokušaj Kongresa Sjedinjenih Američkih Država da reguliše prikazivanje pornografskog materijala na Internetu.

¹⁵ *The Child Online Protection Act* (COPA), Zakon je usvojen u SAD 1998 godine, kako bi ograničio maloletnicima pristup materijalima na Internetu koji je definisan kao štetan za maloletnike. Zakon je ograničava komercijalni pristup i utiče na dobavljače, i obavezuje distributere "materijala štetnih za maloletnike" da obeleže svoje sajtove da isti nisu za maloletnike.

¹⁶ Ulrich Sieber, *Verantwortlichkeit im Internet*, 114 C.H. Beck Verlag ed., 1999. p. 17.

¹⁷ *Ibid*, p. 20.

I kontinentalni pravni sistemi tehnološki razvijenih država su se rano susreli sa problemom regulisanja odgovornosti pružaoca Internet usluga.

U Francuskoj je donet Zakon o emitovanju audiovizuelnih sadržaja iz 1986. dopunjen odgovarajućim amandmanima 1998. (*Ammendment Fillon*). Krajem devedesetih godina u Francuskoj desio se niz slučajeva u kojima su se zauzimali različiti stavovi, (*Union des Etudiants Juifs de France vs. Compuserve*, zatim *Francuska protiv FranceNet i WorldNet*) međutim ipak je prihvaćen konačan zaključak da: preduzeća koja se bave pružanjem usluge korišćenja Interneta nisu u mogućnosti da prate sav promet koji prolazi njihovim računarima. Kada su u pitanju preduzeća koja pružaju uslugu davanja prostora na *web* stranicama, zaključeno je da: ako je preduzeće pružalac usluga upoznat sa prestupom, i ne preduzme mere u svojim mogućnostima da spreči širenje kažnjivog sadržaja, tada bi to preduzeće pružalac usluga moglo biti odgovorno. Gore navedeni amandmani *Amendments Fillon* su dodali dve obaveze za preduzeća pružaoca Internet usluga i to da su: dužni svojim korisnicima pružiti programe sa mogućnošću kontrole pristupa (*parental lock*), i blokirati pristup *web*-stranicama i drugim Internet sadržajima koji sadrže materijale koji se mogu podvesti pod neku od inkriminacija iz korpusa francuskog krivičnog prava, u ovom slučaju sadržanog u odredbama Krivičnog zakonika i već navedenog Zakona o emitovanju audiovizuelnih sadržaja sa pripadajućim amandmanima.¹⁸

Među prvima su Nemci 1970. u pokrajini Hessen doneli Zakon o zaštiti podataka. No, tek u Saveznom zakonu o zaštiti podataka iz 1977. unesene su krivičnopravne sankcije na području zaštite automatske obrade podataka. U Nemačkoj su u posmatranoj oblasti značajni sledeći pravni izvori: Drugi Zakon o sprečavanju privrednog kriminaliteta (*Zweites Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität 2. WiKG*) i Zakon o autorskom delu. Takođe su 1997. doneseni *Teledienstgesetz – TDG* (Zakon o telekomunikacijama) i *Mediendienstestaatsvertrag – MDStV*. Kada je u pitanju odgovornost pružaoca Internet usluga i pre nego je donet *Teledienstgesetz – TDG*, odnosno Zakon o telekomunikacijama, nemačko pravosuđe je zauzelo sličan stav o odgovornosti proizvođača kakav je bio i u francuskom pravnom poretku. I u nemačkom krivičnom pravu zbog nehata pružalac Internet usluga ne može biti kažnjen. Nemački zakonodavac se takođe poziva na prirodu i tehničku stranu posla pružaoca usluge koja ga onemogućava da bude svestan sadržaja svih informacija prenesenih od strane korisnika njegove usluge. Navodi se da je uloga pružaoca usluga da samo prenosi informacije, i da ne

¹⁸ Valérie Sedallian, *Légiférer sur la sécurité informatique: la quadrature du cercle ?* Cahiers Lamy Droit de l'Informatique et des Réseaux, décembre 2003 et janvier 2004, <http://www.juriscom.net/pro/visu.php?ID=396>.

mora biti svestan njihovog sadržaja. I nemački sistem u pogledu građanskopravne i krivične odgovornosti razlikuje pružaoce internet pristupa i pružaoce usluga smeštaja *web* stranica. Za razliku od francuskog pristupa i pristupa iz *Cybercrime* Konvencije gde je načelno kroz opšte propise predviđena, osim odgovornosti za nameru, i odgovornost za nehat (*negligence*). U nemačkom pravu je ipak izražena bojazan da je efektivna kontrola i svest pružaoaca usluge o sadržaju, zbog ogromne količine informacija praktično nemoguća, pa su i TDG i MDStV isključili nehat i prihvatili samo nameru. Preduzeće pružaoac Internet usluga dakle može biti odgovorno samo ako je svesno sadržaja. U nemačkoj se sudskoj praksi zatim postavilo pitanje kada se može reći da je preduzeće svesno sadržaja, i da li svesnost nekog u nekom ogranku preduzeća tereti i upravu odnosno da li postoji odgovornost uprave preduzeća ako postoji saznanje da je neko od zaposlenih u nekom od ogranaka bio svestan nelegalnog sadržaja. Federalni sudovi našli su da u ovom slučaju odgovornost upravnih organa preduzeća postoji. Svako saznanje unutar preduzeća o sadržaju dovoljno je da postoji odgovornost preduzeća za sadržaj koji se putem njenog servera nudi. Dakle, nemačko pravo propisuje da ne postoji odgovornost pružaoaca usluga (*access provider*), zato što po čl. 13 nemačkog krivičnog zakonika ne postoji dužnost pružaoaca tj. obaveza za pružaoaca Internet usluga, da pazi na sadržaj koji se emituje kroz njegovu opremu na Internet.¹⁹ Što se tiče odgovornosti pružaoaca usluga smeštaja *web* stranica, ona postoji ako postoji namera.

Poštovanje prava intelektualne svojine na Internetu je značajan prioritet za svaki pravni sistem. Iako tehnoliški i privredno napredne zemlje sa visokim stepenom korišćenja Interneta, poput SAD, Francuske i Nemačke i dr., prednjače i u zakonodavnim rešenjima i praksi, većina država danas razvija svoj nacionalni zakonski okvir za borbu protiv *cyber-crime*-a, pri čemu su od velikog značaja aktivnosti međunarodnih organizacija kao i međunarodni dokumenti koji se donose na nivou međunarodne zajednice.

Sudska zaštita prava intelektualne svojine

Pravni sistemi ekonomski razvijenih država su otišli veoma daleko u zaštiti prava intelektualne svojine posebno visikotehnološkog kriminala i Interneta. Sudska praksa tih država (SAD, Velika Britanija, Nemačka, Francuska, i dr.) pokazuje visok stepen angažovanosti i značajan je izvor podataka i iskustva. Aktivne mere se preduzimaju u cilju suzbijanja krađe intelektualne svojine i krivičnih dela slične prirode. Prioriteti u vezi sa intelektualnom svojinom podrazumevaju istra-

¹⁹ Ulrich Sieber, op. cit., p. 9.

gu i pokretanje sudskih postupaka prema onima koji su počinili krivična dela povrede prava intelektualne svojine protiv: (1) zdravlja i bezbednosti, (2) poslovnih tajni i ekonomske špijunaže i (3) komercijalne on-line piraterije i falsifikovanja.

Sudska praksa SAD nam pruža značajan izvor podataka i iskustava o sudskim postupcima pokrenutim zbog povrede prava intelektualne svojine²⁰ i izrečenim kaznama.²¹ U oblasti zdravstva i farmaceutskih proizvoda je bilo više slučajeva povrede prava intelektualne svojine koji su imali i za posledicu povredu zdravlja ljudi a učinioci tih dela su u sprovedenim sudskim postupcima kažnjeni zatvorskim kaznama. U najvećem broju slučajeva distribucija falsifikovanih lekova je vršena preko Interneta. Tako je u SAD oblast Kolorado, 3. juna, 2011. godine, zbog trgovine falsifikovanim tabletama za gubljenje težine, jedna od žrtava lažnih lekova pretrpela šlog, i učiniocu je izrečena kazna zatvora u trajanju od 87 meseci. Takođe 3. juna, 2011. godine, izrečena je kazna zatvora u trajanju od 48 meseci operatoru ilegalne apoteke na Internetu koji je prodavao kopije lekova i nebrendirane lekove za lečenje stanja koja su uključivala srčana oboljenja i psihičke poremećaje.²²

U krivičnom postupku koji se u SAD vodio maja 2010. godine, optuženi se izjasnio krivim za prodaju falsifikovanih lekova za rak preko Interneta. On je priznao da je od njega najmanje 65 ljudi kupilo ono za šta je lažno tvrdio da su ekperimentalni lekovi za rak sodijum dihloracetat, takođe poznat i kao DCA, u SAD-u, Kanadi, Velikoj Britaniji, Belgiji i Holandiji. On je priznao da je, u stvari, žrtvama slao belu praškastu supstancu za koju se kasnije laboratorijski utvrdilo da sadrži štirak, dektrin, dekstrozu ili laktozu, a da ne sadrži DCA. Prema sudskim dokumentima, osim lažnog DCA, pakovanja su takođe sadržala i lažne sertifikate o analizi iz izmišljenih laboratorija i uputsatva kako da se rastvori i proguta lažni DCA. DCA je eksperimentalni lek za rak koji još nije odobren za upotrebu u

²⁰ Krivična dela povrede autorskih prava i srodnih prava (*Copyright Offenses Copyright and Related Offenses*). Videti u: Federalni propisi zaštite prava intelektualne svojine (*Federal Statutes Protecting Intellectual Property Rights*), <http://www.inforiskgroup.com/index.php/litigation-support/fed-cybercrime-code-regs.html>.

²¹ U čl. 1030 Federalnog krivičnog zakonika SAD je sankcionisano krivično delo visokotehnološkog falsifikata i prevare, u čl. 1362 krivično delo ometanja normalnog funkcionisanja sistema (misli se na sisteme pod državnom upravom), u čl. 2510 krivično delo neovlašćenog pribavljanja podataka (kompjuterske špijunaže) i u čl. 2701 krivično delo neovlašćenog pristupa. Videti: Spisak federalnih propisa vezanih za visokotehnološki kriminalitet (*Federal Criminal Code Related to Computer Crime*), <http://www.inforiskgroup.com/index.php/litigation-support/fed-cybercrime-code-regs.html>.

²² Office of the United States Intellectual Property Enforcement Coordinator, *Intellectual Property Spotlight, april/may/june 2011 edition*, http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/IPEC/spotlight/ipec_spotlight_april_may_june_2011.pdf.

SAD-u od strane Administracije za hranu i lekove. (FBI).²³ Januara 2010. godine je u SAD (*Department of Health and Human Services, Food and Drug Administration*) izdato javno upozorenje o falsifikovanoj verziji leka za mršavljenje *Alli 60 mg* u kapsulama (pakovanje od 120 komada), koja se prodaje preko Interneta i koja je sadržala neispravan aktivni sastojak koji se ne sme koristiti bez recepta koji može biti štetan za neke pacijente.²⁴

Utvrđeno je da mnogi falsifikati farmaceutskih proizvoda sadrže opasnu količinu štetnih hemikalija koje mogu izazvati različite burne reakcije. S druge strane, neki falsifikovani farmaceutski proizvodi ne sadrže ili uopšte ne sadrže dovoljno aktivnih sastojaka na koje se pozivaju, pa na taj način nanose štetu onim pacijentima koji se u lečenju oslanjaju na ove farmaceutske proizvode i pomažu razvoju bolesti otpornih na lekove.

U oblasti "Krađa inovacija", može se pomenuti slučaj od 6. aprila 2011. godine zbog krađe kompjuterskog koda za menadžment zaštite životne sredine učinilac osuđen za krađu poverljivih i informacija koje su vlasništvo firme - koje je slao u Kinu - za sistem baze podataka za zaštitu životne okoline, uključujući rukovođenje opasnim otpadom. FBI je istražio slučaj koji je dalje preuzela U.S. kancelarija tužioca za oblast Nju Džersi.²⁵

Kada su u pitanju "Softverski slučajevi", u pitanju su po pravilu koordinisane operacije. Tako je juna 2010. godine, izvršena zaplena dve isporuke digitalnih *receiver/dekodaera* sa falsifikovanim softverom, u vrednosti od 2,4 miliona USD. Takođe je 20 aprila, 2011 godine podignuta optužnica za prodaju falsifikata *Microsoft, Adobe, Inruit i Symantec softvera*. Slučaj su preuzeli kancelarija tužioca za istočnu oblast Mičigena i CCIPS. Dana 20 aprila, 2011 godine izrečene su kazne zatvora od 15 meseci i 8 meseci zbog prodaje falsifikata *Microsoft* proizvoda putem interneta. Ovaj slučaj preuzela je kancelarija tužioca za južnu oblast Kalifornije.²⁶

U krivičnom postupku koji se vodio maja 2010. godine prvooptuženi je osuđen na 10 godina i jedan mesec kazne zatvora i drugooptuženi na sedam godina i 10 meseci zatvora zbog toga što su učestvovali u vođenju Internet kompanije za uvoz i distribuciju DVD-a kao i za neovlašćeno primanje vladinih povlastica. Optuženi su na veliko uvozili DVD-e od dobavljača sa Filipina koristeći lažne carinske deklaracije i prodavali ih putem veb sajta.

²³ Zajednički strateški plan za sprovođenje prava intelektualne svojine iz 2010. godine u SAD (*Joint Strategic Plan on Intellectual Property Enforcement, june 2010 US*), op. cit., p. 40.

²⁴ Ibid, p. 38.

²⁵ Office of the United States Intellectual Property Enforcement Coordinator, *Intellectual Property Spotlight, april/may/june 2011 edition, op. cit.*

²⁶ Ibid.

Istraga je 2009. godine u SAD otkrila plan da se prodaju satelitski prijemnici za nekodirane kanale koji bi nelegalno ometali signale kompanije *Dish Network/Nagrastar* i besplatno pružali njihove usluge kupcima ovih prijemnika. Glavnom optuženom je stavljeno na teret da je zaposlio kompjuterske hakere kako bi razbili algoritam za enkripciju koji *Dish Network/Nagrastar* koristi (poznat kao Nagra 3) i kako bi ga stavio u svoje prijemnike. Njegovi saučesnici koji su učestvovali u ovom pokušaju su dobili \$650,000. *Dish Network* je procenio da bi imao gubitke od \$ 100 miliona da su uspjeli da razbiju enkripciju. Sva tri optužena su se izjasnila krivim po optužbi za zaveru da prekrše Akt o autorskim pravima za digitalni milenijum. Glavni optuženi je januara 2010. godine osuđen na 18 meseci zatvora i tri godine uslovno sa nadgledanjem. Ostala dvojica optuženih su osuđena na jedan mesec u zatvoru i pet meseci u kućnom pritvoru.²⁷ Junu 2010. godine, dva lica su optužena za uvoz više od 300,000 lažnih luksuznih torbi i novčanika iz Kine, koje su nosile falsifikovane zaštitne znakove, a neki od njih su *Burberry, Louis Vuitton, Gucci, Coach, Fendi, Chanel* i drugi. Falsifikovana luksuzna roba je procenjena na više od \$100 miliona. Za učinjeno o delo može im biti izrečena kazna od 30 godina zatvora i \$ 4.75 miliona u novčanim kaznama.

U sudskom postupku januara meseca 2010. godine, optuženi za povredu prava intelektualne svojine osuđen je na 30 meseci zatvora i naređeno mu je da plati \$ 790,683 na ime naknade kompaniji *Cisco Systems Inc*, zbog toga što je puštao u promet falsifikovane *Cisco* proizvode. Optuženi je inače bio stanovnik Kine, a delo je izvršio dok je posao obavljao u kompaniji *Gaoyi Tech* sa sedištem u Šencenu, u Kini. On je falsifikovane *Cisco* proizvode nabavljaio u Kini, a onda ih na osnovu narudžbina slao u SAD.²⁸

Kroz sudsku praksu može se uočiti da se pojavni oblici krivičnih dela povrede prava intelektualne svojine iskazuju kroz nelegalnu proizvodnju, krijumčarenje i distribuciju falsifikovanih i piratskih proizvoda, zatim kroz krivična dela u vezi sa pranjem novca kao dela koja se odnose na kršenje zakona u pogledu zaštitnog znaka, imena i autorskih prava. Takođe na međunarodnom nivou dolazi do falsifikovanja državnih obveznica i vrednosnih papira, zatim finansijskih zločina, koji uključuju prevare u vezi sa pristupnim uređajima, prevare finansijskih institucija, krađe identiteta, kompjuterske prevare, napadi putem kompjutera na finansijsku, bankarsku, telekomunikacionu i kritičnu infrastrukturu država. Krivične istrage se s toga, posebno fokusiraju na identifikovanje, ometanje i onemogućavanje međunarodnih, transnacionalnih kriminalnih organizacija koje se bave

²⁷ Zajednički strateški plan za sprovođenje prava intelektualne svojine iz 2010. godine u SAD (*Joint Strategic Plan on Intellectual Property Enforcement, June 2010 US*), op. cit., p. 41.

²⁸ Ibid.

ovim kriminalnim aktivnostima. Značajno je i to da se u toku sprovednih postupaka zaplenjuje i u najvećem broju slučajeva uništava falsifikovana roba povezana sa tim krivičnim delima.

U svakoj zemlji je prioritet da se obezbedi adekvatna primena zakona kao i aktivno postupanje državnih organa koji se bore protiv kompjuterskog kriminala i rešavaju probleme ilegalnih sadržaja na Internetu. To je neophodno za sve nivo sprovedenja zakona uključujući prevenciju, otkrivanje, istragu rad tužilaštva i suda, a može se postići pre svega kroz razvoj i međusobnu koordinaciju.

ZAKLJUČAK

Suzbijanje povrede prava intelektualne svojine postalo je značajan prioritet za svaki pravni sistem jer je njen uticaj na poslove, ekonomiju, zdravlje ljudi i javnu bezbenost veliki. Teži se tome da se smanji povreda prava intelektualne svojine na međunarodnom nivou i u tom smislu su od velikog značaja međunarodni dokumenti kao i međunarodna saradnja u primeni zakona. Internet je oblast u kojoj se danas prepliću ozbiljni poslovni interesi i zahtevi za poštovanjem privatnosti, tajnosti i nepovredivosti ličnog komuniciranja sa jedne strane, i brojne mogućnosti povrede prava intelektualne svojine. Pravno gledano u oblasti zaštite prava intelektualne svojine, posebno primene Interneta, još uvijek postoje brojna pravno neregulisana ili kontradiktorno regulisana područja pogotovu u odnosima različitih pravnih poredaka, ali je jasna tendencija da se kroz sudske postupke, aktivnosti međunarodnih organizacija, ratifikacijom međunarodnih dokumenta i njihovom implementacijom u nacionalna zakonodavstva obezbedi širok spektar zaštite prava intelektualne svojine u svim društvenim sektorima.

DIJANA JANKOVIĆ, LL.M.,
Judge A High Court of Niš

PROTECTION OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS ON THE INTERNET

Summary

The protection of intellectual property rights can be of a great importance for the development of a society, it can contribute to strengthening of economy and improve life standard. International community has established standards for protection of intellectual property rights through

relevant international documents and thus gave guidelines on the improvement of their protection internationally. The states who are the leaders in innovation and creativity establish strong legal mechanisms which provide the protection of intellectual property rights. It is generally accepted that only legal use of intellectual property can bring innovation and progress to a society. There is a tendency in the international circles to support the flow of information and the freedom of expression through media especially now in the era of Internet. It is believed that it is necessary for all the sectors, including the copyright owners, internet providers and advertising brokers, to cooperate with the state prosecutors in order to find practical and efficient solutions for the protection of intellectual property rights. Types of intellectual property infringement are usually manifested through illegal production, smuggling and distribution of counterfeit products, through criminal offences involving money laundering as well as trademark, name and copyright infringement. Criminal investigations are thus focused on identifying, obstructing and disabling international criminal organizations who deal with criminal activities aimed at intellectual property infringement.

*KATERINA ANCEVSKA-NETKOVSKA,
ALEKSANDRA GROZDANOVA*

THE ROLE OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN ADVERTISING OF PHARMACEUTICALS

INTRODUCTION

Today, law and economy are in more continuous interaction than ever before. Intellectual property rights protection represents a realistic expression of the need to stimulate creativity and innovation by enabling a timely limited monopoly of right holders in order for them to obtain economic benefit from their own intellectual creations. New technologies “impose” creation of an efficient system of protection of those rights, which will mean impetus for investment in innovation and creative work and ensuring more investments and development by the state and foreign investors, as well as establishing a system of legal means for preventing infringement.

Pharmaceuticals have been present on the market for a long time as consumables flourishing without the assistance of brands, which from their side, express democracy, due to the fact that they have been developed in situations of unlimited choice and “ideal competition”¹.

Katerina Ancevska-Netkovska, PhD, Associate Professor at the Faculty of Pharmacy, “Ss. Cyril and Methodius University” – Skopje.

Aleksandra Grozdanova, PhD, Associate Professor at the Faculty of Pharmacy, “Ss. Cyril and Methodius University” – Skopje.

¹ Tom Blackett and Rebecca Robins, 2001. *Brand Medicine: The Role of Branding in the Pharmaceutical Industry*, Palgrave, New York.

Throughout history branding was barely existent in the pharmaceutical industry and yet the word “brand” was used, but indiscriminately and most often inaccurately. Branding is a procedure of finding a trademark for a new product, launching it on the market, advertising and then announcing the total support when the patent validity expires.

Creating brands as a part of marketing strategies of companies is highly specific in pharmaceutical companies, due to the fact that they include products regulated by special legal norms. Advertising as a part of marketing strategies must be carried out in accordance with certain rules included in the laws regulating customer rights, industrial property rights, unfair competition etc.

In addition, this process is taking place in conditions where the buyer-seller relationship is direct and open, where choice is transparent and availability unlimited. Creating a brand in the course of the period when the pharmaceutical remains patented can help prolong the commercial life of the product once its monopoly status lapses.

For sure, the development of marketing in the pharmaceutical industry and at the same time, advertising of pharmaceuticals are related to the meaning of trademark, industrial design, patenting as intellectual property rights.

ADVERTISING OF PHARMACEUTICALS

In EU and other non-member states of EU², freedom of advertising is not absolute, on the contrary, it is limited and when talking about freedom of advertising what is meant are the limits of that freedom.³

The limits set in relation to freedom of advertising in the Republic of Macedonia depend on several elements: the means through which advertising is performed⁵; the subject of advertising; the conflict of that freedom and subjective rights of other persons; its conflict of interest with other market participants, its conflict with ethical norms and public moral and at the end the one with consumer rights, if it infringes their rights.

When talking about pharmaceuticals and advertising, the fact that one of the largest world consumer good markets has been existing for such a long time with little help from brands is rather unusual. Today it is the brand that provides

² This also applies to RM, as a candidate for membership in the EU.

³ Advertising on radio and television in the Republic of Macedonia is regulated by the Law on Radio Diffusion, Official Gazette of the Republic of Macedonia No.100/05, 19/07, 103/08, 152/08, 6/10, 145/10.

only way of differentiation, as an only unique differentiator⁴ between companies and their products and the brand capital increasingly appears as a factor providing key advantage for the companies. In addition, due to the increasing distribution of capital, technology and skilled work force, most of the companies in several industries compete with equal starting strengths. In those circumstances, the reputation contained in their brands will become the main determining point for their customer's choice.

This is not the case with the pharmaceutical industry, where there is a great mediation in the consumer-manufacturer relationship. Regulatory bodies sanction and control availability of medicinal products; establish the amount to be paid by the consumer and manufacturers of medicinal products are very limited in relation to what they are allowed to say directly to consumers about their products and their properties.⁵

The distinction of pharmaceutical marketing can be recognized from the fact that medicinal products and other pharmaceutical products have their special application and are not available to anyone, but only to those requesting them after prescription by a doctor or advice from a pharmacist. At the same time, those are products that are subject to strict and special regulations upon their placing on the consumer market (administrative procedure for registration) and making profits most of all depends on the economic power of people, as well as the power of the health insurance system.

In the Republic of Macedonia, according to the method and place of dispensing medicinal products are classified into⁶: medicinal products that are dispensed only on prescription in pharmacies; medicinal products not subject to prescription dispensed (over the counter OTC) in pharmacies⁷; medicinal products used only in medical institutions. Correspondingly to the classification, there are also different manners of advertising and marketing.

⁴ Schuiling Isabelle and Giles Moss., 2004. How different are branding strategies in the pharmaceutical industry and the fast moving consumer good sector?, *The Journal of Brand Management*, Vol.11 No. 5, 36.

⁵ Rob Benson: "at world level it is still heavily dependent world-wide on government health expenditure for reimbursement sourced revenue and product license approvals, all controlled by powerful regulatory forces resistant to anything that they perceive might upset the public balance sheet."

⁶ Law on medicinal products and medical devices (Official Gazette of the RM No. 106/2007, 88/2010, 36/2011, 53/2011, 136/2011 and 11/2012).

⁷ Medicinal products dispensed over the counter are with a wide range of therapeutic indications, of a small toxicity, with small overdose possibility, minimal interactions and with indications well known to patients and appropriate to be used for self-medication.

In doing so, marketing for prescription medicinal products differs from the one of OTC products and other products with health benefits (herbal products, dietary products etc.) The essential and important difference is that OTC products may be advertised in accordance with regulations, using direct promotional marketing by the manufacturers. Due to the fact that OTC products are available in public pharmacies, the pharmacist is the main promoter of this group of medicinal products in front of patients asking for advice or looking for a medicinal product in the pharmacy when suffering from minor health problems. As opposed to that, prescription medicinal products must not be advertised in public media and marketing activities are performed by using brochures and presentations in medical facilities, professional gatherings, symposia, congresses, professional literature and publications. In this way medical professionals are informed about products on the market, and recommend them to their patients.

Advertising function of trademarks and industrial design of pharmaceuticals

Trademark⁸ as an intellectual property right has a certain function in advertising of pharmaceuticals by preventing the consumer from being in disbelief regarding their origin. Marks that create confusion in trade as a result of their appearance or contents may lead to buyers purchasing products of different quality, while being unaware of it. Furthermore, the holders of trademark rights are continuously encouraged to constantly provide uniform quality of products placed on the market. Due to that fact, lately it has become an increasingly strong instrument for advertising and propaganda, which enables it to become one of the most important elements of market competition.

When used in the legislation of the Republic of Macedonia the term trademark refers to product and service trademarks, including those related to pharmaceuticals.⁹ Such is the tendency all over the world, in new foreign legislations, as well as in international acts at the end of XX century-First Directive of EU Council on harmonization of regulations on trademarks of Member States and TRIPS Agreement¹⁰. Along the same lines is also the Council Regulation (EC) No

⁸ Trademark shall protect a sign which may be represented graphically and which is capable for distinguishing goods or services of one undertaking from those of other undertakings -Article 175 of the Law on Industrial Property (Official Gazette of the RM No. 21/2009 and 25/2011).

⁹ The same approach is applied in the Law on Industrial Property in 1993, the only difference being that the term stigma is used instead of the term trademark.

¹⁰ For example, Part II, Section 2 of TRIPS Agreement is entitled Trademarks and in the French version "Marques de fabrique et de commerce" and reads as follows: "Any sign, or any com-

40/94 on the Community trademark, introducing the trademark in the European Union. According to Article 1 thereof “a trade mark for goods or services which is registered in accordance with the conditions contained in that Regulation and in the manner therein provided is thereafter referred to as a “Community trade mark”. In this regard it is worth mentioning that taking into account the fact that in trade correspondence, which is carried out almost entirely in English within the international market, only one term is used for trademarks of goods and services and that is the term “trade mark”, most often being used as one word-trademarks.

According to their scope trademarks may be either general (trademark-company) or individual trademarks (trademark for particular goods or services). Company trademark is used to mark all products of one company and alongside with it are used certain trademarks for particular products or services, manufactured or given by that company. Such a system of dual marking is most commonly to be found in pharmaceutical companies. They register the trademark for each new product as trademark and use it together with the general company trademark.¹¹

The pharmaceutical industry is becoming more interesting for observation as an industry as a result of the increasing production of prescription medicinal products and over-the-counter medicinal products and the creation of fierce competition on the market.¹² Pharmacists and doctors will still be important, but they might not be the primary target market¹³ at the moment. Consumers, with all their emotional manners of thinking are also an important potential.

Brand packaging design

When talking about intellectual design protection¹⁴, one should take into account how packaging functions on the point of sale. Besides the fact that packaging may sell the brand from the shell, very often the pharmacist also uses it as

bination of signs, capable of distinguishing the goods or services of one undertaking from those of other undertakings, shall be capable of constituting a trademark.”

¹¹ For example, in the case of “Bayer Aspirin”, “Bayer” is the general or company trademark and “Aspirin” is the individual trademark.

¹² Scholfield J. and Thomas J. „Brand packaging design,, Palgrave, 2001.

¹³ Blackett T. and Robins R; Brand Medicine „The role of branding medicine in the pharmaceutical industry,, Palgrave, 2001.

¹⁴ The right to industrial design shall protect the design which is new and has individual character. -Article 127 of the Law on Industrial Property (Official Gazette of the RM No. 21/2009 and 25/2011).

visual aid when describing the characteristics of the products and its benefits and there is also another target group, seniors, who will accept well the clear and readable list of information on the packaging back side¹⁵. Therefore it is important for the designer to consider how to arrange the packaging back side and how the important information can be emphasized, due to the fact that brand packaging design may be very important when showing the brand's identification.

Until now packaging of prescription medicinal products in the pharmaceutical industry was more functional than decorative and it only consisted of essential information. However, with the increasing number of brands changing from prescription medicinal products to over-the-counter medicinal products, brand packaging design gets a new meaning. When analyzing design elements the conclusion is that they send out similar signals on most of the packaging of prescription medicinal products.¹⁶ Finding the right balance of elements for a product changing from prescription medicinal product into an over-the counter medicinal product can be a difficult task for licensed brands, which most often function independently and have very little support from retailers¹⁷.

So far, an important factor in setting the pace of the nature of brand's identity and its packaging design has been the precaution of doctors and pharmacists in relation to what they consider important elements in branding. In order to be successful, the brand must be effective, authoritative and professional and at the same time must have a good effect on patients in order to be able to establish a more effective and emotional relationship with them.

*Regulations governing advertising of medicinal products
in the Republic of Macedonia*

When talking about freedom, i.e. advertising restrictions, especially within the pharmaceutical industry and pharmaceutical products, in the Republic of Macedonia those issues are regulated by the Law on medicinal products and me-

¹⁵ It is projected that the population of people older than 65 in England will increase 8,7%, from 7,7 million in 1996 to 8,5 million in 2011 (Sub-national population projections-National Statistics Service, 1999).

¹⁶ For example, if making a comparison with a specialized analgesics assortment intended for specific symptoms, where more emotional pictures are used in order to create relationship with the client and the particular type of pain he/she feels.

¹⁷ When Tagamed changed from a prescription medicinal product into an OTC medicinal product, a radical approach to brand identity and packaging design was chosen in order to transmit its uniqueness and strength through powerful graphics. The created packaging has a confidential logo-the background is dark with a drawing of the eclipse of the sun.

dical devices¹⁸ and the relevant by-laws stipulating the regime of advertising medicinal products. This Law¹⁹ uses the term “advertising”²⁰ for governing advertising of medicinal products²¹.

The term advertising of medicinal products means “any form of disseminating information about medicinal products to a general or professional public in order to promote prescription of medicinal products, stimulate dispensing of medicinal products, their supply, sale and use.”²² This means that advertising is carried out by providing information on medicinal products to medical professionals or to the general public by the marketing authorization holder. In accordance with the Guidelines, general public means all citizens of the Republic of Macedonia, and professional public means all medical professionals who prescribe, sell or dispense the medicinal product.

Advertising of medicinal products may be performed in the following four ways:

1. advertising in public media, on the Internet, advertising in public places and other types of advertising intended for the general public;
2. promoting the medicinal product to medical professionals who prescribe it by direct informing in specialized publications and other forms of promotion;
3. giving away free samples of the medicinal product to persons belonging to the professional public and
4. sponsoring scientific and promotional gatherings attended by persons from the professional public.

Only the first manner of advertising is related to the general public, while the other three manners are related to the professional public. Advertising of the medicinal product must be in accordance with an approved guidance for the patient and a cumulative report on the medicinal product's characteristics.²³

¹⁸ Official Gazette of the RM, No. 106/2007, 88/2010,36/2011, 53/2011, 136/2011 and 11/2012.

¹⁹ Republic of Macedonia falls within the group of systems where freedom of advertising of medicinal products is regulated and limited with laws and by-laws.

²⁰ In accordance with Article 96 of this Law, the Minister of Health in May 2008 enacted special Guidelines on the manner of advertising medicinal products and medical devices, in order to promote and protect populations' health in accordance with Directive 2001/83/EC.

²¹ In accordance with this Law, a medicinal product is “any substance or combination of substances, presented as having properties for treating or preventing disease in human beings or any substance or combination of substances which may be used in or administered to human beings with a view to restoring, correcting or modifying physiological functions by exerting a pharmacological, immunological or metabolic action, or to making a medical diagnosis.”

²² In detail, Article 91, Law on medicinal products and medical devices No. 106/07, 88/10; 36/2011, 53/2011, 136/2011 and 11/2012.

²³ See Article 4, paragraph 3 of the Guidance on the manner of advertising medicinal products and medical devices, Official Gazette of the RM No. 66/08.

THE IMPORTANCE OF BRAND STRATEGY
IN THE PHARMACEUTICAL INDUSTRY

In the last twenty years, the importance of brands has grown and they have touched every part of our everyday life and everyday work. Branding strategy has been developed and included in order to increase consumption, including the one of pharmaceutical products, although branding in the pharmaceutical industry has not been developing at the same pace. The relevance of branding is still hard to be assessed in the pharmaceutical industry, which is led by many research and development budgets, great consumer forces and patents protected in accordance with positive legal regulations.

World markets of pharmaceutical products are simultaneously developing original and generic medicinal products. Original medicinal products are characterized by patent protection and the patent protection defines the legally obtained right protecting the newly discovered medicinal product from other market subjects' unauthorized copying and manufacturing for a certain period. In that period the manufacturer makes efforts to launch it on the market, to provide an important therapeutic place, to expand the scope of its application by finding new indications suiting the limits of age groups, age, sex but at the same time to effectuate market value of the product by making profit. During the validity of patent protection of the original medicinal product, other manufacturing companies must not copy all protected elements of the patented medicinal product. As opposed to original medicinal products which are always first to emerge on the market, branded and whose molecule is most often manufactured by one company, generic medicinal products may be manufactured by several manufacturing companies, they always enter the global market after original medicinal products, most often under international unprotected generic name, but in practice even the generic medicinal product may very often emerge on the market under a certain brand, which can be different from the brand of the original medicinal product. Considering the fact that the registration procedure of generic medicinal products is significantly shorter, due to the fact that it does not include long-term, delicate and expensive research phase and development of a new patent, prices of generic medicinal products on worldwide markets are far lower than those of original medicinal products and pharmaceutical manufacturing companies increasingly decide for generic medicinal products to dominate in their portfolios. Manufacturing companies of generic medicinal products ensure the certified quality of their products, in spite of the lower market prices of their products. Certain analysis on the global pharmaceutical market show that the sales of generic medicinal products in certain states started to increase in the period since 1985.²⁴ It

²⁴ For example: In USA the participation of generic medicinal products in the total pharmaceutical market has increased from 22% in 1985 to 45% in 2001. The same trend has been noticed in

is estimated that in 2010, 75% of the total world consumption of medicinal products was covered by generic medicinal products. Depending on the fact whether medicinal product manufacturers manufacture brand protected medicinal products or generic medicinal products, their marketing approaches on pharmaceutical markets will also differ. In the first case the link to research and development of the company is tight and active, due to the fact that development strategies of the company and company marketing have been integrated and are not able to function independently, but only in coordination. Essentially, the main development strategy and marketing of medicinal products in the company is the medicinal product's life cycle starting from the research and development phase until registration, i.e. placing on the market. If one wants to achieve or maintain a leading position on the market, there are several rules to achieve successful communication of brand medicinal products. Original or branded medical products means that the value of medical product offered by the company may be expressed and that such medical product brand distinguishes itself from the competition and constantly becomes stronger.

However, the better management of a branded medicinal product: 1) the greater assistance is provided to patients for understanding and thinking about information on the branded medicinal product; 2) for trusting in the brand and being sure of their decision for buying a suitable brand; 3) for developing a positive attitude towards the brand; 4) for having a positive attitude when using a certain brand, that is believing in positive effects of a medicinal product.

As opposed to branded medical products, manufacturers of generic medicinal products have approach with a special emphasis on classic marketing mix instruments, which are the product, price, distribution and promotion. Creation and stimulation of development of the generic industry is primarily caused by ever stricter criteria and controls of medical products, the subject of which are both manufacturers of original medicinal products and manufacturers of generic medicinal products, but the increasing of health protection costs is being simultaneously solved by looking for cheaper and at the same time high quality therapy program, which may be more supported and satisfied by generic medicinal products.

The main emphasis for promotional activities of generic medicinal products is placed on pharmacists, doctors and health insurance funds with which manufacturers establish special partner relationships. The promotional mix in generic medicinal products mostly means marking of "signs" and "logo" of the company in activities for medical professionals and patients, participating in programs of public promotions for healthy lifestyle habits, sponsorships of sports, humanitarian and cultural events, which also points to using contemporary marketing mix,

the European Union countries.

that is creating values for the society. At the same time, public promotions are also a good possibility for good public relations of the given pharmaceutical company.

Generic medicinal products are much more represented on the Macedonian pharmaceutical market than the original ones. Domestic manufacturers oriented towards manufacturing of wide assortment of generic medicinal products covering the therapeutic areas of most potential especially stand out, which prevents focusing of marketing strategies on specialized therapeutic programs. Whether it is a branded or generic medicinal product, the necessary information which should be available to the marketing service within the pharmaceutical companies, due to creating marketing approach on the market are as follows: 1) leading trends of diseases; 2) influence on the remaining period of patented medicinal product; 3) new entities of medicinal products; 4) policy of health funds, change of prices and refund; 5) research and update of quality data; 6) international quality standards, regulation and therapy protocol provide possibilities for distribution between the markets of different countries, as well as greater investments in each specific country; 7) providing annual data reflecting changes on the health protection market.

CONCLUSION

Advertising of pharmaceuticals is closely related to protection of intellectual property rights, which are important both for the holders of intellectual property rights and the consumers. The former are empowered to bring about economic effects resulting from sales of products, that is services resulting from a well branded and marketed product and on the other side consumers, ultimately being an unavoidable link in the product-sales chain also have benefit, i.e. protection. The state's interest for regulating this area in the field of the medical system and pharmacy is considerable, above all, due to creating fair conditions in a competition battle related to marketing and encouraging their placement on the freely organized market. The role of intellectual property rights in marketing pharmaceutical products is important due to several reasons:

- in the system of production, trade and use of pharmaceuticals it is important to establish the limits and possibilities for controlling their marketing;
- intellectual property rights and their trade are becoming ever more important for the modern world, where domination of fast technological progress is increasingly present and as such has a key role in development of the society and they also generate general economic progress;
- faced with the race for making greater profits, pharmaceutical manufacturers very often behave unfairly through various actions of unfair competition.

Due to that fact, marketing activities used by pharmaceutical companies for accomplishing the marketing approach for brand and generic medicinal products are as follows: market research, advertising standards, creative services, suggestions and ideas in relation generics-brand, development of advertising material, professional gatherings and meetings, professional relations, instructor's bureau, financial service, licensing, strategic planning, forecasting systems, price lists, new products, communications, training, awards and competitions. In all those marketing activities it is primarily understood that the quality of a medicinal product must be ensured and safety and efficiency defined in accordance with the highest EU standards. It is important to state that there is a clear distinction between different strategies for marketing of brand pharmaceuticals and generic medicinal products²⁵, emphasizing that brands are developed where the buyer-seller relationship is direct and open, when the choice is transparent and availability unlimited. Being a science-based industry, the pharmaceutical industry's huge success has been due largely to its ability to invent great new products for the benefit of mankind.²⁶

Doc. dr KATERINA ANCEVSKA-NETKOVSKA,
Doc. dr ALEKSANDRA GROZDANOVA,
Univerzitet "Sv. Kiril i Metodij", Farmaceutski fakultet
– Skopje, Republika Makedonija

ULOGA INTELEKTUALNE SVOJINE U MARKETINGU LEKOVA

Rezime

Danas je svetska farmaceutska industrija u periodu velikih promena, a farmaceutske kompanije koje su tradicionalno naučno i potrošačko orjentiran biznis, moraju uključiti marketing i strategije brendiranja u većoj meri nego što su to radili u prošlosti. Izgradnja brenda u periodu

²⁵ Dr Liljana Tasik "Farmaceutski menadžment i marketing, I izdanje, Izdavačko preduzeće "Nauka" Beograd 2002 pages 211-212,239-240,255-257.

²⁶ John Murphy, who founded Interbrand in 1974, often used to chide drugs companies by saying that the Coca-Cola Corporation, without a patent to its name but with one of the world's oldest and most valuable trademarks, is a hugely successful business – while the pharmaceuticals industry, flush with patents but bereft largely of meaningful brands, expends huge amounts of cash and energy in the development of intellectual property of a comparatively evanescent quality.

u kome je novi lek pod patentnom zaštitom može pomoći u prolongiranju komercijalnog života produkta kada status monopola nestane.

Unapređivanje uloge zaštite intelektualne svojine kod reklamiranja farmaceutskih proizvoda je od velike važnosti. Tržište farmaceutskih proizvoda postalo je jedno od najvećih i bez velike uloge brendiranja. Brendovi se javljaju gde je odnos između kupca i prodavca direktan i otvoren, gde je izbor transparentan i skoro neograničen. Uspešne farmaceutske kompanije su bogate intelektualnom svojinom, prvo u obliku patenta, a sada u obliku brendova sa kojima ostvaruju dopunsku vrednost proizvoda. Preko menadžiranja procesa brendiranja može se produžiti život proizvoda. Zaštitni znaci se ističu preko imena brenda, pakovanja, preko imidža brenda i reklamiranja. Zato brendiranje može predstavljati novu konkurentsku vrednost.

GORDANA DAMJANOVIĆ

HARMONIZACIJA PATENTNIH PRAVILA

– Sa posebnim osvrtom na farmaceutske proizvode
i dijagnostičke postupke –

U V O D

Zahvaljujući univerzalnosti duhovnih sadržaja, koji su predmet zaštite ne samo patentnog već, uopšte, intelektualnih prava, u ovoj oblasti je postignut visok stepen unifikacije i harmonizacije pravnih pravila, kako u okviru EU, tako i u zemljama izvan njenih granica, pa samim tim i u našoj zemlji.

Patentno pravo pored toga što je apsolutno, isključivo i obezbeđuje monopol titularu prava, ono je vremenski, ali i teritorijalno, ograničeno, i upravo je princip teritorijalnog ograničenja predstavljao prepreku u procesu harmonizacije pravila u okviru EU. Princip teritorijalnog ograničenja, koji je poznat još od perioda privilegija, u periodu razvoja međunarodne trgovine se pokazao kao neadekvatan, jer je postupak patentne zaštite morao da se sprovodi posebno u svakoj zemlji u kojoj je titular prava želeo da ostvari zaštitu.

Unifikacija i harmonizacija jesu načini preuzimanja pravila, i dok je unifikacija potpuno preuzimanje pravila i postiže se u onim oblastima u kojima su nacionalna zakonodavstva spremna da se u potpunosti odreknu svojih pravnih pravila, harmonizacija je preuzimanje onih pravnih instituta koji otklanjaju bitne razlike između nacionalnih pravnih propisa.

Gordana Damjanović, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Prištini, Kosovska Mitrovica, student doktorskih studija Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

Proces harmonizacije pravila započeo je 1883. godine donošenjem *Pariske konvencije o zaštiti prava industrijske svojine*, u kome je naša zemlja aktivno učestvovala od samog početka, budući da je tada Kraljevina Jugoslavija bila jedan od osnivača Konvencije.¹

Aktuelni Zakon o patentima usklađen je u potpunosti sa svim nadnacionalnim pravilima donetim u okviru Svetske organizacije za intelektualnu svojinu (u daljem tekstu WIPO),² kao što je *Konvencija o evropskom patentu*,³ zaključena u Minhenu, 1973. godine (u daljem tekstu KEP), ili *Ugovor o saradnji u oblasti patenata*,⁴ zaključen u Vašingtonu 1970. godine (u daljem tekstu PCT), čiji je zadatak unapređenje ekonomskog, društvenog i kulturnog razvoja zemalja članica, kroz unapređenje zaštite intelektualne svojine.

Proces usklađivanja pravila koji se sprovodi u okviru WIPO, u skladu je sa procesom harmonizovanja pravila u okviru EU.

Predlog Pravilnika o komunitarnom patentu, koji ima za cilj uspostavljanje komunitarnog patenta koji bi proizvodio dejstvo na celoj teritoriji Unije, donet je još 2000. godine. Predlogu su prethodili donošenje KEP-a i zaključenje *Luksemburške konvencije o komunitarnom patentu 1975. godine*, koja nije stupila na snagu, jer je trebala da stvori nadnacionalno patentno pravo Unije i komunitarni patent, i u tom smislu je bila ambicioznija od KEP-a, na šta zemlje članice EU tada nisu bile spremne⁵. Osnov ideje za donošenje KEP-a predstavljao je međunarodni Institut za patente, formiran u Hagu 1947. godine, koji predstavlja prvu specijalizovanu evropsku organizaciju, osnovanu pre Evropske zajednice za ugalj i čelik, čiji je prevashodni zadatak bio ispitivanje stanja tehnike i novosti pronalaska.⁶ S obzirom da KEP nije akt EU, i zemlje izvan Unije su mogle da postanu članice, tako je KEP-om postignut potpuni uspeh, a to je jedna prijava za patente, jedan zavod za patente i jedan postupak za priznavanje prava. Formirana je Evropska

¹ Naša zemlja je članica Konvencije od 26. februara 1921. godine, Konvencija je objavljena u "Službenom listu SFRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi", br. 5/74.

² Osnovana je Konvencijom o osnivanju Svetske organizacije za intelektualnu svojinu 14. juna 1967. u Stokholmu, naša zemlja (tada Jugoslavija), je članica od 11. oktobra 1973. god. Konvencija je objavljena na srpskom jeziku u "Službenom listu SFRJ – Međunarodni ugovori i drugi sporazumi" br. 31/72.

³ Naša zemlja je ratifikovala Konvenciju 1996, objavljena na srpskom i engleskom jeziku u "Službenom listu SRJ – Međunarodni ugovori", br. 3/96.

⁴ Naša zemlja članica od 1997, "Službeni list SRJ-Međunarodni ugovori i sporazumi", br. 3/96.

⁵ V. Besarović, "Harmonizacija Jugoslovenskog patentnog prava sa pravom EU", *Pravo i privreda*, br. 5–8/96, 534.

⁶ Z. Miladinović, "Sticanje evropskog patenta", *Pravni život*, 11/2001, 736.

patentna organizacija nadležna za vođenje postupka za priznanje patenta, dok je glavni organ Evropski zavod za patente sa sedištem u Minhenu i Biroom u Hagu.⁷

KEP je na nadnacionalan način uredio uslove i postupak patentne zaštite, odnosno sticanje evropskog patenta, ali je veliki broj pitanja i dalje ostao u nadležnosti nacionalnih patentnih organa i nacionalnih patentnih propisa, kao što su pitanje sadržine prava, ograničenja, povrede, pitanje zaštite prava, kao i održavanje istih, tako da po najvećem broju pitanja postoji koegzistencija između nacionalnih patentnih zakona i odredaba KEP-a.⁸

Jedan od osnovnih razloga za donošenje ZOP-a bio je usklađivanje nacionalnih patentnih pravila sa KEP-om. S' toga naš zakon sadrži posebno poglavlje pod nazivom Evropska prijava i evropski patent. Između naše zemlje i EPO potpisan je Sporazum o saradnji i proširenju,⁹ sa ciljem da se ostvari punopravno članstvo u Evropskoj patentnoj organizaciji i obezbedi nivo zaštite koji postoji u EU- što je jedan od uslova za pridruživanje zemalja centralne i istočne evrope EU. Na osnovu Sporazuma podnosioci koji su dostavili patentne prijave nakon stupanja na snagu navedenog Sporazuma, mogli su da traže proširenje dejstva evropske patentne prijave i evropskog patenta na Republiku Srbiju.

Naša zemlja je donela Zakon o potvrđivanju KEP-a od 5. oktobra 1973. godine, sa izmenama člana 63 KEP-a od 17. decembra 1991. godine i izmenama od 29. novembra 2000. godine,¹⁰ i od 1. oktobra 2010. godine postala 38. po redu članica EPO. Cilj KEP-a je racionalizacija poslova u vezi sa prijavljivanjem, ispitivanjem i izdavanjem patenata, pa umesto da se postupak zaštite sprovodi paralelno i odvojeno u više zemalja u kojima prijavitelj ima nameru da patentira svoj pronalazak, on to čini na jednom mestu. Članstvo u EPO omogućuje podnosiocima patentnih prijava u Srbiji da prijave podnesu direktno EPO, ili posredstvom Zavoda za intelektualnu svojinu Republike Srbije. Srbija je postala sastavni deo jednog od najdelotvornijih sistema za transfer tehnologije na svetu, jer evropske prijave i patenti obuhvataju tržište od 600 miliona ljudi.¹¹

Za farmaceutske proizvode od posebnog je značaja revizija člana 63, koja je usledila 1991. godine, i koju je nametnulo uvođenje Sertifikata za lekove od strane EU, kada je propisano da države članice mogu da predvide uslove pod kojima se može produžiti patentna zaštita koja traje 20 godina od datuma podnošenja pri-

⁷ V. Besarović, (2005), 223.

⁸ Z. Miladinović, (2001), 745.

⁹ Zakon o potvrđivanju sporazuma između Savezne Vlade SRJ i EPO o saradnji u oblasti patenata (Sporazum o saradnji i proširenju), "Službeni list SCG – Međunarodni ugovori", br. 14/2004 – 18.06.2004.

¹⁰ "Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori", br. 5/2010.

¹¹ B. Batisteli, "Nove perspektive Srbije kao zemlje članice EPO", *EIC Bilten br. 4 2010*, <http://www.yis.gov.rs/sr/pdf/newsletter4sr.pdf>.

jave, ako je predmet evropske prijave patenta proizvod, ili postupak za dobijanje proizvoda, koji pre nego što se iznese na tržište treba da prođe postupak dobijanja administrativne dozvole u skladu sa nacionalnim zakonom.

Između zemalja članica WIPO zaključen je, 1970. godine, Ugovor o saradnji u oblasti patenata (u daljem tekstu PCT), na diplomatskoj konferenciji u Vašingtonu, kojim je obezbeđen nov sistem podnošenja prijave u odnosu na tradicionalan način podnošenja prijave u skladu sa Pariskom konvencijom. Prijava se podnosi na jednom mestu, na jednom jeziku i plaća se jedan set taksi, dok prijava proizvodi dejstvo u svim naznačenim zemljama koje su potpisnice ugovora. Nakon prijema prijave, Zavod primalac je u obavezi da objavi međunarodni rešerš (stanje tehnike) na osnovu koga se ispituje novost pronalaska. Prijava se zajedno sa rešeršom objavljuje u službenom glasilu zavoda i to najkasnije 18 meseci od podnošenja prijave, kada se šalje nacionalnim zavodima onih zemalja za koje je tražena zaštita, ali konačnu odluku o patentibilnosti pronalaska donosi nacionalni Zavod. U odnosu na PCT sistem, prednost KEP-a ogleda se u tome što je vođenje celokupnog postupka ispitivanja prijave i donošenje konačne odluke u nadležnosti jednog organa, ali i PCT sistem zahteva od zemalja članica da međunarodnoj prijavi daju značaj nacionalne, te se na taj način ostvaruje usklađivanje postupka zaštite u zemljama članicama.

Zakon o patentima sadrži poglavlje 16. međunarodna prijava prema Ugovoru o saradnji u oblasti patenata, koji se odnosi na međunarodne prijave patenata, podnete u skladu sa PCT Sporazumom, u kojima je naznačena Srbija.¹² Zakon o potvrđivanju Ugovora o saradnji u oblasti patenata, sa pravilnikom za sprovođenje ugovora, zaključen je 1996. godine.¹³

Ugovor o patentnom pravu, koji je usvojen 2000. godine u Ženevi, predstavlja važan korak na putu harmonizacije patentnog prava zemalja članica.¹⁴ Sporazum predviđa de se prijave za patent podnose pred nacionalnim zavodima, da moraju biti usklađene sa zahtevima PCT-a, dok se pravo prioriteta zasniva po Pariskoj konvenciji. Pravo se odobrava po međunarodno usaglašenom postupku za priznanje prava koje predviđa Sporazum, dok patentnu ispravu izdaju nacionalni zavodi.¹⁵ Naša zemlja je donela Zakon o potvrđivanju Ugovora o patentnom pravu prošle godine.¹⁶

Za zaštitu farmaceutskih proizvoda posebno je značajan *Budipeštanski sporazum o međunarodnom priznavanju depozita mikroorganizama radi postupka patentiranja*. Pronalazak mora biti potpuno i jasno opisan u patentnoj prijavi, kako

¹² Čl. 130–133 ZOP at.

¹³ "Službeni list SRJ-Međunarodni ugovori", br. 3/1996. od 06. 09. 1996. godine.

¹⁴ V. Besarović, 223.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ "Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori", br. 19/2010 od 23.03. 2010.

bi stručnjak iz odgovarajuće oblasti, kojoj pronalazak pripada, mogao da ga ponovi. Međutim, kada se pronalazak odnosi na mikroorganizam koji nije dostupan javnosti (ne nalazi se u prirodi ili je njegova izolacija iz prirodne sredine dug i skup poduhvat), opis pronalaska u pisanoj formi nije dovoljan, jer ne postoji mogućnost ponavljanja pronalaska od strane stručnjaka, pa je pored pisanog opisa potrebno i deponovanje uzoraka mikroorganizama u odgovarajućoj ustanovi, specijalizovanoj za prijem i čuvanje mikroorganizama.¹⁷

Zahvaljujući Budipeštanskom sporazumu prevaziđen je problem deponovanja kada se zaštita za mikrobiološki postupak zahteva u više zemalja, jer je na osnovu Sporazuma dovoljan jedan depozit kod međunarodno priznate ustanove, koji su obavezni da prihvate svi nacionalni patentni zavodi.

Kao što je rečeno, proces usklađivanja pravila, koji se sprovodi u okviru WIPO, je u skladu sa usklađivanjem pravila u okviru EU.

UNIFIKACIJA I HARMONIZACIJA PRAVILA EU

Sve izvore prava EU možemo podeliti na primarne, sa jedne, i sekundarne izvore prava, sa druge strane. Primarne izvore stvaraju države članice u postupku usklađivanja međusobnih odnosa na osnovu sopstvenih ugovornih kapaciteta (Rimski ugovori, Mastroitski sporazum, konvencije između zemalja članica, sporazumi o pridruženom članstvu između zemalja članica i trećih zemalja, itd).

Sekundarne izvore prava stvaraju organi EU u obliku Pravilnika, koje donose Evropska komisija, Evropski savet i Evropski parlament i direktno se primenjuju u svim članicama, i u obliku Direktiva, koje donosi Evropski savet i predstavljaju sredstvo harmonizovanja nacionalnih pravila u oblastima u kojima su donete¹⁸. Proces harmonizacije pravila u oblasti patentnog prava odvija se između zemalja koje su pristupile Uniji, ali i koje tek treba da pristupe EU.

U cilju olakšavanja pripreme država članica Centralne i Istočne Evrope za integraciju na unutrašnje tržište, Komisija EU je usvojila Belu knjigu u kojoj su predviđeni domeni pravne regulative navedenih zemalja koji trebaju da budu prilagođeni regulativi EU. Zadatak Bele knjige bio je da definiše strategiju pristupanja Uniji i da utvrdi preduslove za pristupanje harmonizovanom pravnom poretku. Regulativa iz oblasti intelektualne svojine, pa sam tim i patentno pravo, je jedna od oblasti harmonizacije.¹⁹

¹⁷ V. Besarović, 222.

¹⁸ V. Besarović "Intelektualna svojina EU", *Skripta za Poslediplomske i specijalističke studije iz Prava EU*, Beograd 2004, 36.

¹⁹ V. Besarović, "Harmonizacija jugoslovenskog patentnog prava sa pravom EU", *Pravo i privreda* br. 5-8/96, 533.

EU je od 1992. godine (nakon potpisivanja Ugovora u Maastrichtu) svoju spoljnu politiku prema zemljama jugoistočne Evrope pravno institucionalno uobličila i nazvala "Regionalnim pristupom". U tom programu su formulisana osnovna načela koja će pratiti EU u uspostavljanju odnosa sa državama jugoistočne evrope. Ali, neke od ovih zemalja (Mađarska, Bugarska, Rumunija i Slovenija) su već potpisale Evropske sporazume, pa se ovaj regionalni pristup odnosi na zemlje zapadnog Balkana.²⁰

Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju. – Pravo intelektualne svojine uopšte, pa samim tim i patentno pravo, u Srbiji je u velikoj meri harmonizovano sa propisima EU, zahvaljujući činjenici da su propisi u ovoj oblasti novijeg datuma i doneti u periodu kada je već stvorena svest o potrebi njihovog usklađivanja sa evropskim pravilima.²¹

Harmonizacija sa pravilima EU je i rezultat izvršenja obaveza koje je preuzela Srbija potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju sa EU, koji predstavlja poseban oblik sporazuma o pridruživanju kojim se kreira osnov za unapređenje odnosa i uspostavlja najviši oblik saradnje između EU i zemalja Zapadnog Balkana. Sporazumima o stabilizaciji i pridruživanju osigurava se usklađivanje zakonodavstava sa pravnim tekovinama EU.

Srbija je 7. novembra 2007. godine u Briselu parafirala, i 29. aprila 2008. godine u Luksemburgu potpisala Sporazum²², koji je ratifikovan od strane EU 19. januara 2011. godine.

Sporazumom Srbija postaje država pridružena EU, sa jasnom perspektivom članstva u EU. Naša zemlja se potpisivanjem sporazuma obavezala da će, najkasnije u roku od pet godina od stupanja na snagu Sporazuma, obezbediti nivo zaštite intelektualne svojine koji je sličan onom nivou koji postoji u EU. Sporazumom je propisano da će od dostignutog nivoa zaštite intelektualne svojine zavisiti dalja saradnja EU i naše zemlje, što govori o značaju intelektualne svojine uopšte, pa samim tim i patentnog prava, ali i o potrebi potpunog usklađivanja nacionalnih propisa sa propisima EU.

Unutar EU postoji saglasnost u pogledu adekvatne zaštite patentnog prava, ali se zemlje članice pre opredeljuju za harmonizaciju a ne unifikaciju patentnih pravila, pa je u formi Pravilnika usvojeno samo nekoliko akata, među kojima je i

²⁰ K. Damnjanović, "Razvoj patentnog prava EU-od harmonizacije do unifikacije i patentno pravo SCG", *Doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu 2005*, 244.

²¹ V. Besarović, 37.

²² Zakon o potvrđivanju sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između evropskih zajednica i njihovih država članica sa jedne i republike Srbije sa druge strane, "Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori", br. 83/2008.

Pravilnik o uvođenju sertifikata o dodatnoj zaštiti medicinskih proizvoda.²³ I pored postojanja Predloga pravila o komunitarnom patentu u kome su sadržana rešenja koja su se kao nesporna pokazala prilikom rada na donošenju Konvencije o patentu zajednice, i postojanja Evropskog zavoda za patente, koji je ustanovljen KEP om, a mogao bi biti organ nadležan za vođenje postupka, komunitarni patent još uvek ne postoji. Jedan od razloga je nespremnost odricanja od nacionalnog suvereniteta u ovoj oblasti, dok drugi razlog čine prihodi koje bi izgubili nacionalni organi i prihodi nosilaca prava od ustupljenih licenci

Sertifikat o dodatnoj zaštiti. – Farmaceutski proizvodi su specifični po tome što nosilac prava mora sprovesti klinička istraživanja i dobiti dozvolu za puštanje u promet istih. Patentna prijava se podnosi u najranijoj fazi razvoja leka, pa jedan deo patentne zaštite protekne beskorisno. Kako bi se farmaceutskim kompanijama kompezovalo kraće trajanje patentne zaštite, uveden je Sertifikat o dodatnoj zaštiti, najpre u SAD koje su poznate po farmaceutskoj industriji 1984. godine, zatim u Japanu 1987. godine, dok je na nivou EU Sertifikat uveden na osnovu Pravilnika Saveta br. 1768/92.

Cilj navedenog Pravilnika je da se omogući ukupno 15 godina efektivne zaštite nakon dobijanja dozvole za stavljanje u promet farmaceutskog proizvoda, u cilju povraćaja uloženi finansijskih sredstava. Mnoge zemlje Centralne i Istočne evrope su uvele Sertifikate. Tako je Češka, Zakonom o patentima, uvela patentnu zaštitu farmaceutskih proizvoda, dok su Sertifikati uvedeni u nacionalno zakonodavstvo počev od 10. maja 2000. godine, pa je svaki proizvođač patentiranog farmaceutskog proizvoda u Češkoj, čiji je proizvod pušten u promet nakon 10. 11. 1999.god., dobio mogućnost da se prijavi za dodeljivanje Sertifikata.

Mađarska je tokom pregovora o pristupanju EU najpre zatražila prelazni period od 5 godina za primenu Uredbe Saveta 1768/92. EU je prihvatila predlog, na osnovu koga je režim Sertifikata, u vreme pristupanja Mađarske Uniji, bio primenljiv samo na one patentom zaštićene farmaceutske proizvode za koje je rešenje o odobrenju za stavljanje u promet u Uniji ili Mađarskoj dobijeno nakon 1.01.2000. god²⁴. Kao u Mađarskoj, i u većini istočnoevropskih zemalja farmaceutska industrija se bazira na proizvodnji generičkih lekova. Momentalno uvođenje Sertifikata izazvalo bi negativan finansijski efekat za farmaceutske kompanije, obzirom da su generički lekovi jeftiniji, a suština Sertifikata ogleda se u tome da se odlaže stupanje na scenu generičkih farmaceutskih proizvođača, koji su sposobni da proizvedu lekove istog kvaliteta, efikasnosti i bezbednosti, kao i originalni proizvodi, ali po cenama znatno nižim u poređenju sa originalnim farmaceutskim proizvodima.

²³ Council Regulation EEC No 1768/92 of 18 June, concerning the creation of supplementary protection certificate for medicinal products, OJ, L, 182. 02. 07. 1992.

²⁴ M. Milojević, "Certifikat dodatne zaštite", *Pravo – teorija i praksa*, br. 12/2001, 62.

Nacionalni Zakon o patentima od 2004. godine, u cilju usklađivanja našeg patentnog prava sa pravom EU, uveo je institut sertifikata o dodatnoj zaštiti (čl. 77–86). Ali, predmet zaštite Sertifikata nije pronalazak, već lek koji je nastao na osnovu patentiranog pronalaska i koji se stavlja u promet na osnovu konkretne dozvole nadležnog državnog organa. Lek može biti u prometu samo na osnovu dozvole Agencije za stavljanje u promet, nakon pripreme i podnošenja propisane dokumentacije (koja se odnosi na administrativne, farmaceutsko-hemijsko-biološke, farmakološko-toksikološke i kliničke podatke). Sertifikatom se ne produžava vremensko trajanje patenta, već pravo na proizvodnju i promet određenog proizvoda koji je obuhvaćen dozvolom za stavljanje u promet. Rok trajanja sertifikata započinje danom isteka redovnog roka trajanja patenta i iznosi onaj period koji je protekao od podnošenja prijave za patent do dobijanja dozvole za stavljanje u promet proizvoda, umanjen za pet godina, s tim što ne može trajati duže od pet godina od isteka redovnog roka trajanja patenata²⁵.

Prema Pravilniku EU, da bi se dobio Sertifikat, potrebno je da budu ispunjena četiri uslova, i to, da je proizvod zaštićen patentom, da je dozvola za puštanje leka u promet dodeljena u skladu sa odgovarajućim postupkom za izdavanje dozvole, zatim, da proizvod nije već bio predmet sertifikata, i konačno, da je reč o prvoj dozvoli za stavljanje na tržište odnosnog proizvoda.

Naš Zakon u članu 80. propisuje materijalne uslove pod kojima se može dobiti sertifikat, a koji su u skladu sa Pravilnikom EU. Tako se Zakonom najpre zahteva da je u pitanju lek za ljude ili životinje i da je u Srbiji izdata prva dozvola, da lek nije bio predmet sertifikata, zatim, da je prijava za priznavanje patenta kojom je obuhvaćen lek za ljude ili životinje podneta posle 1. januara 1993. godine, i da je prva dozvola za stavljanje leka u promet izdata posle 1. januara 2005. godine.

Formalni uslovi za sticanje sertifikata su delimično uređeni ZOP-om (čl. 81, 85. i 86), dok je sam postupak sticanja sertifikata uređen Uredbom o postupku za pravnu zaštitu pronalazaka.²⁶ Polazeći od odredbi Pravilnika, ZOP propisuje da se na postupak sticanja i prestanka sertifikata o dodatnoj zaštiti primenjuju odredbe o postupku sticanja i prestanka patenta (čl. 86). Postupak se pokreće podnošenjem prijave za dobijanje sertifikata koju može podneti nosilac patenta ili njegov pravni sledbenik (čl. 79. stav 1, ZOP-a). Prijava se mora podneti najkasnije u roku od šest meseci od datuma dobijanja dozvole za stavljanje proizvoda u promet. Ako je dozvola dobijena pre priznavanja patenta, rok za podnošenje prijave je šest meseci od datuma objave podataka o priznanju patenta (čl. 81. stav 1, ZOPa). Prijava se podnosi Zavodu za intelektualnu svojinu, a nakon objave prijave u Zavodu se vrši njeno formalno ispitivanje. ZOP-om, kao ni Uredbom o postupku za pravnu zaštitu pronalaska, nije propisano kako će postupiti Zavod, uko-

²⁵ V. Besarović, (2004), 38.

²⁶ "Službeni list SCG", br. 62/2004.

liko se utvrdi da prijava za priznavanje zaštite nije uredna. Međutim, članom 86. Zakona je propisano da se na postupak sticanja sertifikata primenjuju pravila o postupku za sticanje patenta, stoga Zavod može pozvati podnosioca prijave da u roku koji ne može biti kraći od 60 ni duži od 90 dana otkloni nedostatke, pa ukoliko podnosilac u navednom roku to ne učini, Zavod odbacuje prijavu zaključkom (čl. 40, stav 2, 3, 4 ZOP-a).²⁷

Nakon formalnog ispitivanja prijave, Zavod pristupa ispitivanju materijalnih uslova, i prilikom tzv. suštinskog ispitivanja može odbiti zahtev, ukoliko utvrdi da nije ispunjen neki od propisanih uslova, ili može priznati podnosiocu prijave sertifikat (čl. 44. i 46. ZOPa). Ali, pre donošenja rešenja, Zavod poziva donosioca prijave da plati takse za održavanje sertifikata, i nakon što podnosilac prijave pruži dokaze o plaćenju taksi kao i troškovima objavljivanja, Zavod donosi rešenje o priznanju sertifikata, upisuje pravo u registar sertifikata i objavljuje u glasilu intelektualne svojine (čl.46, stav 4 ZOPa). Konačno, nosiocu sertifikata se izdaje isprava o priznatom pravu.

Prema Pravilniku, zaštita koja se dobija na osnovu sertifikata zavisi od osnovne patentne zaštite, jer se zaštita na osnovu sertifikata prostire na obim zaštite koji je dodeljen patentom i to isključivo titularu ili njegovom pravnom sledbeniku.²⁸ U članu 79. stavu 1 ZOP-a, navodi se takođe, da sertifikat može dobiti nosilac patenta ili njegov pravni sledbenik. Ukoliko je jedno lice nosilac dva ili više patenata kojim je obuhvaćen isti proizvod, može dobiti samo jedan sertifikat za taj proizvod. U stavu 2 navedenog člana navodi se da, ukoliko postoje dve ili više prijave za sertifikat koje potiču od različitih lica, nosilaca različitih patenata kojima je obuhvaćen isti proizvod, svakom od njih se može priznati sertifikat. Naš Zakon je u tom smislu u potpunosti usklađen sa Pravilnikom.

Sertifikat obezbeđuje titularu prava jednaka ovlašćenja kao i patent, što znači da sticalac Sertifikata ima isključivo pravo proizvodnje leka na koji se sertifikat odnosi, što je propisano Pravilnikom, ali i našim Zakonom (čl. 78, stav 2). Sertifikat počinje da važi tek nakon isteka roka trajanja patenta kojim je zaštićen lek, a traje, kao što je već rečeno, onoliko vremena koliko je proteklo od datuma podnošenja prijave za priznavanje patenta do dana dobijanja dozvole za stavljanje leka u promet, umanjenog za pet godina, s'tim da ne može trajati duže od pet godina od datuma stupanja sertifikata na snagu.

Sertifikat može prestati istekom roka, neplaćanjem takse za održavanje, kao i zbog povlačenja odgovarajuće dozvole od strane nadležnog organa, ili odricanja od strane nosioca sertifikata. Kako nacionalni zakon o patentima ne sadrži posebna pravila u pogledu navedenih slučajeva prestanka sertifikata, mogu se analogno primeniti pravila zakona kojima se uređuje prestanak patenata. Pravila EU

²⁷ Z. Miladinović, "Sertifikat o dodatnoj zaštiti prema ZOPa", Pravni život, br. 11/2005, 1072.

²⁸ V. Besarović, Intelektualna svojina EU, 38.

o uvođenju sertifikata o dodatnoj zaštiti predviđaju i prestanak sertifikata u slučaju da ga nosilac ustupi drugom licu. Obzirom da sertifikat obezbeđuje subjektu ista prava kao i patent, pa samim tim i pravo raspolaganja, smatra se da je navedeni razlog prestanka sertifikata neadekvatan.²⁹ I dok naš zakon propisuje samo razloge ništavosti, ali ne i postupak, već upućuje na primenu pravila koja se odnose na postupak za oglašavanje ništavim rešenja o priznanju patenta (član 91, satv 1 i 2 ZOP-a), Pravilnik EU propisuje pored razloga ništavosti i postupak oglašavanja ništavim sertifikata o dodatnoj zaštiti. Sertifikat se može oglasiti ništavim ako nisu ispunjeni uslovi za dobijanje sertifikata. Nakon sprovednog postupka po predlogu za oglašavanje ništavim sertifikata, Zavod donosi rešenje kojim može da odbije predlog ukoliko je neosnovan, ili da u celini ili delimično sertifikat oglasi ništavim i da tu činjenicu objavi u glasilu intelektualne svojine u roku od 3 meseca od dana pravosnažnosti rešenja (član 85, stav 1 i član 90. stav 2 ZOP-a).

Treba naglasiti da i ako je aktuelnim patentnim zakonom uveden sertifikat o dodatnoj zaštiti u prelaznim i završnim odredbama (čl. 142, stav 3), predviđeno je da će se odredbe koje se odnose na sertifikat primenjivati tek od pristupanja naše zemlje EU. I kako naša zemlja još uvek nije deo Unije, odložena je primena sertifikata, da bi se pomoglo farmaceutskoj industriji da pruži proizvodnju i isporuku kvalitetnih i sigurnih proizvoda, jer će njegovo uvođenje sigurno povećati troškove proizvodnje lekova, ali će oni biti kompenzovani mogućnostima koje pruža članstvo u EU.³⁰

Inovativne farmaceutske kompanije su permanentno uticale, još od 80-ih godina prošlog veka, na donošenje složenijih sistema zaštite, kako bi sprečile razvoj generičkih kompanija. Pored patentne zaštite i sertifikata, članice EU su obezbedile dodatni način za odlaganje pojave generičkog leka na tržištu, zaštitom podataka koji se odnose na prvu registraciju leka, sistemom "data exclusivity" ili period ekskluzivnosti. U propisanom vremenskom periodu (periodu ekskluzivnosti) nadležni organ ne može uzeti u razmatranje zahtev generičke kompanije za stavljanje na tržište istog leka, čija se efikasnost i sigurnost sasniva na kliničkim istraživanjima koje je sprovedo preduzeće koje poseduje ekskluzivnost.³¹ Reč je o institutu koji postoji u svim zemljama EU i uveden je Direktivom broj 2002/83/EZ. Rok trajanja ekskluzivnog perioda bio je različit u pojedinim evropskim zemljama, ali je Direktivom od 2004/27/EZ, propisan period ekskluzivnosti na deset godina, i to po formuli MA (marketing authorization) + 8 godina DE (data

²⁹ Z. Miladinović, (2005), 1076.

³⁰ M. Milojević, "Duža zaštita patenata za medicinske proizvode", *Pravo i privreda*, br. 5-8/2009, 634.

³¹ G. Turkalj, Patenti u farmaceutskoj industriji i medicini, <http://www.mef.hr/meddb/slike/pisac/file2051p19.pdf>, 3 mart 2011.

exclusivity) + 2 godine ME (marketing exclusivity) + 1 godina nova indikacija (u SAD period ekskluzivnosti traje pet godina).

Naša zemlja će izmenom Zakona o lekovima i medicinskim sredstvima uvesti period ekskluzivnosti, ali će odredbe stupiti na snagu po ulasku naše zemlje u EU³². Do tada na osnovu člana 59. ZOP-a, koji je usklađen sa KEP-om i TRIPS-om, navedeno je da se isključiva prava nosioca ne odnose na radnje koje se preduzimaju radi istraživanja i razvoja, a odnose se na predmet zaštićenog pronalaska, uključujući radnje potrebne za dobijanje odobrenja za stavljanje u promet proizvoda koji je lek namenjen ljudima i životinjama .

Navedeni izuzetak se u literaturi naziva Bolarov izuzetak, po američkom sudskom slučaju “Roche v Bolar”. U slučaju primene navedenog izuzetka, proizvođač generičkog leka može nastupiti na tržištu sa proizvodom odmah nakon isteka patentne zaštite inovativnog leka, pod pretpostavkom da postoji odobrenje za stavljanje leka u promet. Ako je navedeni izuzetak zabranjen, nastupanje leka na tržište se odlaže nekoliko godina od datuma isticanja patentne zaštite, ali i sertifikata³³.

Farmaceutske kompanije su se dakle, najpre izborile za uvođenje patentne zaštite farmaceutskih proizvoda, a potom i za produženje vremenskog trajanja zaštite putem sertifikata. To je razumljivo, jer farmaceutski proizvodi predstavljaju posebnu vrstu proizvoda koji služi izlečenju i očuvanju zdravlja ljudi. U istraživanja i razvoj ulažu se ogromna sredstva (prema najvišim procenama, i do 800 miliona dolara se uloži u istraživanje jednog leka). Klinička studija o lekovima podrazumeva ispitivanje leka na ljudima, koje se obavlja nakon testiranja leka u laboratoriji i na životinjama. Procedura dobijanja leka je dugotrajna, skupa, ali i rizična, jer samo jedan od 10 000 lekova uspe da pređe fazu istraživanja leka. Ispitivanja nisu ni bezopasna, pa su tako zabeleženi i smrtni slučajevi prilikom ispitivanja lekova. (Agencija za lekove i medicinska sredstva Srbije, odobri godišnje u proseku 100 kliničkih ispitivanja, jer je Srbija poslednjih godina postala interesantno tržište za ispitivanje lekova, zahvaljujući visoko kvalifikovanom medicinskom osoblju, ali i zbog toga, što postoji, na žalost veliki broj onkoloških pacijenata).

U našoj zemlji je patentna zaštita farmaceutskih proizvoda uvedena tek Zakonom o patentima od 1995. god. (čl., st. 1) jer se smatralo da se ne mogu monopolizovati materije koje služe očuvanju zdravlja. Toje razlog zbog kojeg ni dijagnostički postupci ne uživaju patentnu zaštitu.

³² S. Jovanović, D. Marisavljević, D. Matović, “Uticaj intelektualne svojine na prodajnu cenu lekova”, *Industrija* 2/2010 61.

³³ M. Milojević, 170.

DIJAGNOSTIČKI POSTUPCI
I PATENTNA ZAŠTITA

Zakon o patentima od 2004. godine izuzima iz patentne zaštite pronalasku hirurškog i dijagnostičkog postupka ili postupka lečenja koji se neposredno primenjuje na ljudskom ili životinjskom telu, osim proizvoda i supstanci koji se primenjuju u tom postupku. Odredbu slične sadržine srećemo u svim propisima koji se odnose na patentnu zaštitu a doneti su bilo u okviru WIPO ili na nivou EU.

Obrazloženje za ovu zabranu patentiranja je u primeni pravno etičkih principa, po kojima je očuvanje zdravlja čoveka jedan od najvažnijih zadataka društva, pa prema tome ne može da bude predmet isključivih prava pojedinca.³⁴ I farmaceutski proizvodi služe očuvanju zdravlja, ali i obezbeđuju ogroman profit farmaceutskim kompanijama, čijem pritisku zakonodavstvo nije moglo da odoli, dok sa druge strane nema zainteresovanih strana, osim razume se samih pronalazača, za uvođenje patentne zaštite postupaka lečenja.

U Americi, Japanu i Rusiji je dozvoljeno patentiranje dijagnostičkih postupaka, dok su u Kanadi pronalasci koji se odnose na metod lečenja nepatentibilni, pa se ističe da proširivanje patentnih zahteva na poslovne metode ne treba da utiče na patentibilnost dijagnostičkih postupaka. Međutim, raniji Zakon o patentima je odobravao zaštitu dijagnostičkih postupaka, koja je novim Zakonom ograničena na supstance proizvedene ili pripremljene hemijskim procesima.

Analiza sudske prakse u Kanadi pokazuje da sudovi ipak dozvoljavaju patentiranje onih dijagnostičkih postupaka koji se ne oslanjaju na sposobnost i sud lekara. Ako je metod lečenja opisan sa takvom preciznošću da nije potrebna profesionalna sposobnost i procena, već samo da lekar deluje kao sredstvo za sprovođenje, može se patentirati dijagnostički postupak, jer se na ovaj način ne monopolizuju diskrecija ili mišljenje lekara, razume se, ako su ispunjeni ostali uslovi patentibilnosti.

Ističe se da se prilikom odlučivanja o patentnom zahtevu treba manje baviti samim predmetom pronalaska, a više voditi računa o uslovima patentibilnosti kao što su novost, inventivnost i korisnost, kako bi se omogućilo da svi oblici novih, inventivnih i korisnih inovacija budu zasluženo zaštićeni monopolom³⁵.

Jedan od patentom zaštićenih postupaka lečenja u Americi je *Bi-Digital O-Ring Test* (u daljem tekstu BDORT). BDORT je neinvazivni postupak lečenja koji je zasnovan na detekciji elektromagnetnih talasa koje emituju ćelije i tkiva organizma. Rezonancija elektromagnetnih talasa je pojava koju je otkrio srpski fizičar Mihajlo Pupin, dok je ideju da fenomen rezonancije primeni u dijagnostičke svr-

³⁴ V. Besarović, *Intelektualna svojina, industrijska svojina i autorsko pravo*, Beograd 2005, 70.

³⁵ E. Crowne, "Methodss of medical treatment still unpatentable in Canada", *Journal of Intellectual Property Law& Practice*(2011)1 6(4)-16 4 203-206,doi:10.1093/jiplp/jpq218, 03.03.2011.

he realizovao pronalazač ovog postupka lečenja, profesor Jošiaki Omura (Yoshia-ki Omura)³⁶ 1977. godine, koji je postupak patentirao³⁷ 1993. godine (U Japanu se isti metod lečenja primenjuje više od dvadeset godina).

Neinvazivnost, jednostavnost i specifičnost jesu karakteristike ovog postupka lečenja na osnovu koga je moguće postaviti dijagnozu i pre pojave simptoma.³⁸ Tako se na primer može postaviti dijagnoza oštećenja pankreasa pre bilo kakvog kliničkog i laboratorijskog simptoma. Prednost u odnosu na druge dijagnostičke postupke je i mogućnost otkrivanja lokalizovanih infekcija u organizmu koje su uzrok mnogih teških oboljenja, ali i testiranje lekova i određivanje njihove optimalne doze. Mogu se otkriti uzroci alergija i lokalizovati patološke promene u organizmu, posebno infekcije, zatim vrste i aktivnosti virusa i bakterija u organizmu. Značaj BDORT a je i u proceni uticaja na zdravlje različitih vrsta zračenja u organizmu, stanu i na radnom mestu, koja potiču od kompjutera, mobilnih telefona i drugih uređaja.

Zakonom o zdravstvenoj zaštiti,³⁹ u delu koji reguliše primenu tradicionalne medicine, svrstana je i Rezonantna dijagnostika, kao jedna od metoda Kvantne medicine, čija je primena dozvoljena u Srbiji. U Beogradu je formirano Udruženje za primenu BDORT testa još 2000. godine, kao prvo udruženje u Evropi.⁴⁰ Reč je o dijagnostičkom postupku koji može da postavi dijagnozu pre simptoma, a rana dijagnostika je izuzetno važna, naročito kada su u pitanju bolesti za koje, na žalost, još uvek nije pronađen lek. Nameće se onda pitanje, da li je opravdano zabraniti patentnu zaštitu dijagnostičkih postupaka, pod izgovorom da je zaštita zdravlja najvažniji zadatak društva i da zbog toga ne može da bude predmet monopolskih prava.

Činjenica je da su zemlje članice EU zemlje sa pravnom tradicijom i kulturom, i da smo se mi opredelili za usklađivanje nacionalnih pravila sa pravili-

³⁶ Y. Omura od 2008. god. Počasni član Akademije Medicinskih Nauka Srpskog Lekarskog društva, a svoja istraživanja u vezi ovog postupka lečenja je objavio u visoko indeksiranom medicinskom časopisu Acupuncture Electro Therapeutics Research, The International Journal.

³⁷ Bi-Digital O-Ring Test for imaging and Diagnostic of internal organs of patient-Patent No. 5,188,107.

³⁸ BDORT je neinvazivna metoda, koja može biti direktna, kada sa pacijentom radi jedan lekar i indirektna, kada pregled vrše dva lekara, jedan kao "medicinski aparat" rukom ili laserom prelazi preko tela pacijenta, a na drugoj ruci pravi stisak prstiju u obliku slova O. Tokom pregleda menja se mišićna snaga prsta (koju meri drugi lekar, pokušavajući da otvori stisnute prste) u zavisnosti od informacija koje se dobijaju fenomenom rezonancije iz elektromagnetnog polja pacijenta. Pregled traje od 30–60 minuta uz upotrebu pločica sa referentnim supstancama, koje se proizvode u Japanu.

³⁹ "Službeni glasnik RS", br. 107/2005.

⁴⁰ Predsednik Udruženja je dr Dunjić Momir, sa Medicinskog fakulteta Univerziteta u Prištini koji poseduje cert.MDORT.

ma EU, jer je to put koji vodi ulasku u EU kome svi težimo. Ali, da li je dovoljno opravdanje za zabranu patentiranja dijagnostičkih postupaka to što nisu zaštićeni ni evropskim patentnim pravilima? I da li je zaista motiv za isključenje dijagnostičkih postupaka iz patentne zaštite, zaštita zdravlja, ili je u ovom slučaju osnovni razlog, što se primenom dijagnostičkih postupaka poput navedenog ne mogu ostvariti prihodi, zahvaljujući kojima su farmaceutske proizvodi dobili zaštitu.

Harmonizacija nacionalnih patentnih pravila ne podrazumeva samo prepisivanje evropskih pravila, već i njihovo prilagođavanje društvenim potrebama a ponekad i odstupanje od istih, kada je to u interesu zemlje koja sprovodi harmonizaciju. Tu pre svega mislim na dijagnostičke postupke, čija zaštita jeste u interesu naše društvene zajednice, o čemu bi zakonodavac morao da vodi računa prilikom donošenja novih propisa iz oblasti patentnog prava.

GORDANA DAMJANOVIĆ

Assistant, Faculty of Law University of Priština,
Kosovska Mitrovica

THE HARMONIZATION OF NATIONAL PATENT RULES,
– With special reference to the rules on pharmaceutical
products and diagnostic procedures –

Summary

Considering the fact that the subject of protection are intellectual acts, we could conclude that patent legal rules achieved high level of harmonization and unification. The tuning process followed by World Organization for Intellectual Property is synchronized with the same process on EU level. The global character of pharmaceutical company business asked for global rules in patent protection of pharmaceutical products. Our Patent Law prescribes additional protection period for pharmaceutical products. However, certificate provisions will come into action when our country access the EU. In this manner we met the EU conditions, but in same time the necessity of generative domestic pharmaceutical companies. Differently from pharmaceutical products, the diagnostic actions are not the subject of patent protection. The same treatment they have in EU law and World Intellectual Property Organization, while in USA, Japan and Russia they are subject to patent protection.

The pharmaceutical products, same as diagnostic acts serves to health protection, but in same time they provides the very great profit to pharmaceutical companies, that are interested to make persuasions to legislators. However, the only one interested in patent protection of diagnostic acts are their inventors.

DUŠAN POPOVIĆ

POVREDE AUTORSKOG PRAVA I SRODNIH PRAVA NA SAJTOVIMA ZA RAZMENU AUDIO I VIDEO ZAPISA, PUTEM KORIŠĆENJA ONLAJN VIDEO IGARA I NA BLOGOVIMA

U V O D

Od svih prava intelektualne svojine, subjektivno autorsko pravo najčešće je predmet povrede u onlajn okruženju, odnosno na internetu. Prelazak sa analogne na digitalnu tehnologiju u značajnoj meri je olakšao umnožavanje predmeta u kojima je materijalizovano zaštićeno intelektualno dobro, kao i javno saopštavanje intelektualnih dobara. Zbog napretka tehnologije, umnoženi primerci gotovo su jednakog kvaliteta kao originali, što posredno podstiče povredu subjektivnih prava intelektualne svojine. Raširenost korišćenja interneta olakšala je razmenu intelektualnih dobara, a time i mogućnost povrede subjektivnih prava intelektualne svojine. Neovlašćeno postavljanje audio i video zapisa na internetu (eng. *upload*) izuzetno je teško kontrolisati, s obzirom na globalni karakter interneta. Veoma često, lice koje je neovlašćeno javno saopštilo intelektualno dobro (npr. autorsko delo), titular subjektivnog prava intelektualne svojine i lice koje je u svojstvu korisnika pristupilo takvom dobru ne nalaze se na teritoriji iste države. Preuzimanje neovlašćeno postavljenih zapisa sa interneta (eng. *download*) toliko je rašireno, da se ponašanje korisnika interneta koje je u skladu sa propisima o zaštiti intelek-

Dr Dušan Popović, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

tualnih dobara gotovo može označiti kao incidentna pojava. Povrh toga, neovlašćeno preuzeti zapisi sa interneta jednostavno se mogu zabeležiti na telesnim nosačima uz pomoć digitalne tehnologije.

U radu će biti analizirani najčešći oblici povrede autorskog prava na internetu, i to povrede na sajtovima za razmenu audio i video zapisa, zatim povrede do kojih dolazi unutar tzv. virtuelnih svetova, koji predstavljaju posebne vrste onlajn video igara, i najzad povrede na internet blogovima.

Sajtovi za razmenu audio i video zapisa

Sajtovi za razmenu audio i video zapisa (eng. *file-sharing sites*) spadaju u najposećenije sajtove na internetu (npr. *The Pirate Bay, YouTube, Kazaa, Flickr*). Ovi sajtovi omogućavaju korisnicima da slobodno postavljaju audio i video zapise koje drugi korisnici mogu slobodno preuzimati. Iako je najčešće reč o zapisima muzičkih i filmskih dela, na ovakvim sajtovima je moguće razmenjivati i fotografije, video igre i dr. Pomenuti zapisi mogu uživati ne samo autorskopravnu, već i srodnopravnu zaštitu. Na primer, postavljanjem sekvence televizijskog programa biće povređeno subjektivno pravo proizvođača emisije, postavljanjem video spota biće povređeno subjektivno autorsko pravo čiji predmet je muzičko autorsko delo i subjektivno pravo proizvođača videograma... Preuzimanje zapisa katkad podrazumeva "obično" slušanje i/ili gledanje koje nije praćeno beleženjem i umnožavanjem predmeta zaštite, pri čemu se po pravilu koristi *streaming* tehnologija (npr. *YouTube*). Korisnik interneta tada može konzumirati intelektualno dobro ali njegov primerak ne može zabeležiti, odnosno umnožiti na svome računaru. Svako konzumiranje intelektualnog dobra uslovljeno je posetom i zadržavanjem na sajtu na kome se delo javno saopštava. Privremene kopije koje nastaju prilikom ove vrste javnog saopštavanja ne smatraju se umnožavanjem u smislu autorskopравnih propisa.¹ S druge strane, pojedini sajtovi za razmenu audio i video zapisa omogućavaju "potpuno" preuzimanje zapisa, odnosno umnožavanje i beleženje autorskog dela ili predmeta srodnopravne zaštite na računaru korisnika. Korisnik tako može pristupiti autorskom delu sa svog računara, bez potrebe za ponovnom posetom veb-sajtu sa koga je prvobitno preuzet zapis.

¹ Članom 48 Zakona o autorskom pravu i srodnim pravima (Sl. glasnik RS, br. 104/2009, 99/2011.) dozvoljava se privremeno umnožavanje autorskog dela bez dozvole autora i bez plaćanja autorske naknade ukoliko: a) umnožavanje jeste prolazno ili slučajno; b) umnožavanje čini sastavni i bitni deo tehnološkog procesa; c) svrha umnožavanja jeste da omogući prenos podataka u računarskoj mreži između dva ili više lica preko posrednika, ili da omogući zakonito korišćenje autorskog dela; i d) umnožavanje nema zaseban ekonomski značaj.

U oba slučaja, sajtovi za razmenu zapisa omogućavaju korisnicima neovlašćeno postavljanje zaštićenog materijala, dok se oblik preuzimanja zapisa može razlikovati. Prilikom korišćenja ovakvih sajtova nedvosmisleno dolazi do neovlašćenog javnog saopštavanja autorskog dela, koje može biti praćeno i njegovim neovlašćenim beleženjem i umnožavanjem. Iako vlasnici sajtova za razmenu zapisa nisu sami postavili audio i video zapise, oni su omogućili da do neovlašćenog javnog saopštavanja dođe, stavljajući na raspolaganje svoj sajt ("platformu za razmenu"). Po pravilu, vlasnici sajtova ostvaruju imovinsku korist od razmene zapisa, putem prodaje oglasnog prostora na sajtu. Njihova odgovornost stoga mora biti analizirana na osnovu propisa kojima je uređen položaj posrednika na internetu (eng. *intermediaries*). Pojam posrednika tumači se ekstenzivno, tako da obuhvata kako pružaoce usluge pristupa internetu (internet provajdere), tako i pružaoce hosting usluga, gde ubrajamo i sajtove za razmenu audio i video zapisa.

Vlasnik sajta za razmenu zapisa biće odgovoran za povredu autorskog prava i srodnih prava pod uslovom da je znao za preduzetu radnju povrede i da je ostvario finansijsku korist. Vlasnik sajta za razmenu zapisa ne mora biti nedvosmisleno obavešten o povredi. Dovoljno je da same okolnosti slučaja ukazuju da je do povrede došlo, odnosno da je izvesno da će do povrede doći.² Takođe, vlasnik sajta za razmenu zapisa neće odgovarati ukoliko odmah po saznanju za učinjenu povredu ukloni zapis pohranjen na njegovom sajtu.³ U pravu Evropske unije, vlasnik sajta, tj. pružalac hosting usluge dužan je da odmah po obaveštenju trećeg lica, po pravilu titulara autorskog prava ili srodnog prava, ukloni sporni zapis. Ovo rešenje je svakako delotvornije od pravila po kome pružalac hosting usluge ne mora odmah ukloniti zapis, već najpre mora obavestiti lice koje je zapis postavilo o tvrdnjama titulara autorskog prava i zatim sačekati odgovor korisnika.⁴ Najzad, vlasnik sajta za razmenu audio i video zapisa biće odgovoran za učinjenu povredu autorskog i srodnih prava pod uslovom da mu je povreda donela izvesnu finansijsku korist. Ovaj uslov nije izričito propisan Direktivom EU o elektronskoj trgovini, iako se ostvarena finansijska korist redovno uzima u obzir u sudskim postupcima vođenim zbog povrede autorskog prava i srodnih prava. U pravu Sjedinjenih Američkih Država, pak, prilikom utvrđivanja odgovornosti vlasnika sajtova za razmenu zapisa obavezno se mora utvrditi da je ostvarena neposredna ili posredna finansijska korist od povrede.⁵

² Direktiva 2000/31/EZ o određenim pravnim aspektima usluga informacionog društva, a naročito elektronske trgovine, *Sl. list EZ* br. L178, čl. 14 (nadalje, Direktiva EU o elektronskoj trgovini).

³ *Ibid.*

⁴ To je, na primer, slučaj u Japanu.

⁵ Milenijumski zakon o autorskom pravu u digitalno doba (*Digital Millenium Copyright Act*), 1998, 17 U.S.C. § 512 (2006).

Iz prethodno analiziranih propisa proizilazi da vlasnik sajta za razmenu zapisa neće odgovarati za povredu autorskog prava i srodnih prava ukoliko nije znao za povredu, ukoliko je odmah uklonio sporni zapis po saznanju za povredu i ukoliko nije ostvario finansijsku korist od neovlašćenog interaktivnog činjenja dostupnim autorskog dela, odnosno predmeta srodnopravne zaštite. Međutim, primetna je intencija da se odgovornost pružalaca hosting usluga proširi tako što bi im se nametnula obaveza prethodne kontrole zapisa koji se postavljaju na njihovim platformama za razmenu. Kontrola bi se obavljala putem posebnih računarskih programa – filtera, putem kojih bi se proveravalo da li zapis koji se želi postaviti uživa autorskopravnu ili srodnopravnu zaštitu. Takva obaveza činjenja ne proizilazi iz važećih propisa kojima se uređuju prava i obaveze pružalaca hosting usluga, ali postoje sudske presude kojima se vlasnicima sajtova za razmenu zapisa nameće obaveza filtriranja zapisa koje korisnici žele da postave na platformu. To je, na primer, bio slučaj u Belgiji gde je došlo do spora između nacionalne organizacije za kolektivno ostvarivanje autorskog prava i srodnih prava (SABAM) i internet provajdera (Scarlet, odnosno Tiscali). Belgijski sud je naložio internet provajderu da uvede makar jednu od jedanaest tehničkih mera kontrole zapisa koje razmenjuju korisnici, koje je preporučio sudski veštak. Belgijski sud je tako, suprotno Direktivi EU o elektronskoj trgovini, uveo obavezu opšteg nadzora nad zapisima koje korisnici razmenjuju.⁶ U žalbenom postupku, Apelacioni sud u Briselu uputio je prethodno pitanje⁷ Sudu pravde EU, koje je glasilo: “Da li je u skladu sa pravom Evropske unije da sudija države članice naloži internet provajderu sprovođenje *in abstracto* i preventivno mere kontrole zapisa koji se razmenjuju na internetu, kako bi se sprečila povreda autorskog prava trećeg lica?”⁸ Krajem 2011. godine, četiri godine nakon presude Osnovnog suda u Briselu, koja je bila predmet brojnih analiza u pravnoj teoriji, Sud pravde Evropske unije je, odgovarajući na prethodno pitanje, utvrdio da nije u skladu sa pravom EU nametanje obaveze pružaocu usluge pristupa internetu da filtrira zapise koje razmenjuju korisnici interneta, kako bi se sprečilo neovlašćeno javno saopštavanje, beleženje i umno-

⁶ Osnovni sud u Briselu (*Tribunal de première instance de Bruxelles*), predmet *SABAM c./ Scarlet (Tiscali)*, 18. maj 2007. god.

⁷ Preliminarne odluke Suda pravde EU su obavezujuće za nacionalne sudove, posebno kada je presudom, odnosno mišljenjem, Sud pravde odlučivao o pravnoj valjanosti nacionalnog pravnog akta. Isto važi i u pogledu tumačenja, jer je nacionalni sud vezan tumačenjem, tj. interpretativni stav Suda pravde deluje kao pravnosnažno rešenje prethodnog pitanja. Za detaljniju analizu videti: Aleksandra Čavoški, Ana Knežević Bojović, Dušan Popović, *Evropski sud pravde*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2006, 62–71.

⁸ Apelacioni sud u Briselu (*Cour d'appel de Bruxelles*), predmet *Scarlet Extended c./ SABAM*, 28. januar 2010. god.

žavanje autorskih dela i predmeta srodnih prava. Po oceni suda, takva obaveza bila bi u suprotnosti sa slobodom privređivanja, pravom na zaštitu ličnih podataka i pravom na slobodan pristup informacijama.⁹ Nametanjem obaveze filtriranja umnoženih primeraka autorskih dela i predmeta srodonpravne zaštite pružalac usluge pristupa internetu bi bio izložen velikim troškovima koje bi samostalno morao podneti, pa bi se obaveza sprovođenja autorskopравnih propisa “prelila” na posrednike. Međutim, nakon pažljivog analiziranja presude Suda pravde EU ne može se isključiti da bi, pod određenim uslovima, obaveza kontrole zapisa koji se razmenjuju između korisnika mogla biti uspostavljena. Naime, u presudi se zaključuje da je suprotna pravu EU obaveza kontrole zapisa čiji troškovi uvođenja i održavanja bi padali isključivo na pružaoca usluge pristupa internetu i koja bi bila uspostavljena na neodređeni vremenski period. *A contrario*, Sud pravde bi u nekom narednom predmetu mogao zaključiti da bi uvođenje takve obaveze na određeni vremenski period i (delom) o trošku organizacije za kolektivno ostvarivanje autorskog prava i srodnih prava bilo u skladu sa Direktivom EU o elektronskoj trgovini.

Ipak, presuda Suda pravde EU u predmetu *Scarlet (Tiscali)* nije sasvim relevantna za našu analizu, jer se tiče odgovornosti internet provajdera za povrede autorskog prava i srodnih prava. Položaj vlasnika sajtova za razmenu audio i video zapisa nešto je drugačiji u odnosu na položaj internet provajdera, koje takođe ubrajamo u kategoriju posrednika. Naime, vlasnici sajtova za razmenu omogućavaju korisnicima razmenu zapisa (razmenu umnoženih primeraka dela) i/ili njihovo neovlašćeno javno saopštavanje (interaktivno činjenje dostupnim), pa bi se njihova usluga mogla kvalifikovati kao pomaganje u činjenju povrede, ili katkad podsticanje na činjenje povrede, putem obezbeđivanja tehničkih uslova da do povrede autorskog prava dođe. U uporednom pravu postoji relativno obimna sudska praksa koja potvrđuje naše zaključke. Na primer, u predmetu *Grokster* Vrhovni sud Sjedinjenih Američkih Država utvrdio je odgovornost vlasnika sajta za razmenu audio i video zapisa za povrede autorskog prava i srodnih prava koje su učinila treća lica – korisnici sajta, zbog “*podsticanja na vršenje povrede autorskog prava*”.¹⁰ Savezni sud Australije je u predmetu *Kazaa* otišao korak dalje utvrđujući odgovornost vlasnika sajta za razmenu zapisa za povredu autorskog prava zbog nekorišćenja tehnologije filtriranja audio i video zapisa. Naime, u presudi se zaključuje da je vlasnik sajta morao znati da većina razmenjenih zapisa predstavljaju neovlašćeno umnožene primerke autorskih dela i predmeta srodnih prava, da

⁹ Sud pravde EU, predmet *Scarlet Extended v. SABAM*, predmet br. C-70/10, 24. novembar 2011. god.

¹⁰ *MGM Studios Inc. v. Grokster Limited*, US 125 S. Ct. 2764 (2005).

je zbog toga mogao instalirati računarski program za filtriranje zapisa i sprečiti povredu imovinskopравnih ovlašćenja, ali da je odlučio da to ne uradi.¹¹

Poučeni presudama donetim u prethodno pominjanim i drugim predmetima, vlasnici sajtova za razmenu audio i video zapisa sada se sve više oslanjaju na tehnologiju koja omogućava razmenu zapisa bez njihove direktne kontrole (a time, moguće, i odgovornosti), pritom vodeći računa o neutralnoj sadržini tekstova koji su postavljeni na njihovim sajtovima, kako njihove radnje ne bi bile kvalifikovane kao radnje podsticanja na povredu autorskog prava. Najbolji primer za ovu novu generaciju sajtova za razmenu jeste *Bit Torrent* tehnologija koja se zasniva na računarskom programu za razmenu koji nije pod neposrednom kontrolom vlasnika internet portala. Računarski program povezuje korisnike koji, preuzimajući željeni zapis, istovremeno služe kao izvor drugim korisnicima koji takođe žele da preuzmu isti zapis. Svaki korisnik na taj način istovremeno preuzima i odašilje umnoženi primerak autorskog dela ili predmeta srođopravne zaštite, u digitalnom obliku.¹² Sama *Bit Torrent* tehnologija je zapravo neutralna, pošto može biti korišćena i za razmenu audio i video zapisa pri kojoj ne dolazi do povrede autorskog prava.

Prelaskom na *Bit Torrent* tehnologiju nisu u potpunosti prestali napori titulara autorskog i srođnih prava za utvrđivanjem odgovornosti vlasnika sajtova za razmenu zapisa. U Švedskoj je, na primer, pokrenut postupak zbog povrede autorskog prava protiv vlasnika sajta *The Pirate Bay*, koji počiva na *Bit Torrent* tehnologiji.¹³ Ovaj sajt bio je popularan ne samo zbog omogućavanja neovlašćenog pristupa zapisima muzičkih i filmskih dela, već i zbog ismevanja titulara prava intelektualne svojine u tekstovima koji su na njemu bili objavljivani. U postupku okončanom 2009. godine švedski sud je utvrdio da su vlasnici sajta odgovorni za brojne povrede autorskog i srođnih prava, pošto su omogućili korisnicima interneta da razmenjuju zapise iako su nedvosmisleno znali da se na taj način vređaju tuđa autorska i srođna prava. Tokom postupka je utvrđeno da odgovornost pružalaca hosting usluge ne može biti isključena, na način propisan Direktivom EU o elektronskoj trgovini¹⁴, zbog toga što je dokazano da su vlasnici sajta znali da se njihov sajt koristi za vršenje brojnih povreda imovinskopравnih ovlašćenja titulara autorskog i srođnih prava. Blog koji je vođen na samom sajtu, u kome su isme-

¹¹ *Universal Music Australia v. Sharman License Holdings* (2005) FCA 1242. Za uporednu analizu presuda donetih u predmetima *Grokster* i *Kazaa* videti: Jane S. Ginsburg, Sam Ricketson, "Inducers and authorizers: A comparison of the US Supreme Court's *Grokster* Decision and the Australian Federal Court's *Kazaa* Ruling", *Media & Arts Law Review*, vol. 11, 2006/1.

¹² Sistem je podrobno objašnjen na sajtu <<http://www.bittorrent.com>> u rubrici "How torrents work".

¹³ Okružni sud u Stokholmu, predmet *The Pirate Bay*, 17. april 2009. god.

¹⁴ Direktiva EU o elektronskoj trgovini, čl. 14, st. 1, a).

vani titulari prava, olakšao je sudu utvrđivanje ispunjenosti ovog uslova. Kako se navodi u presudi švedskog suda, vlasnici sajta su korisnicima interneta stavili na raspolaganje pretraživač "dot-torrent fajlova", što je omogućilo vredanje tuđih autorskih i srodnih prava. Odgovornost vlasnika sajta postoji "čak i onda kada su sporne radnje tek neznatno doprinele osnovnoj povredi". Mora se izraziti rezerva u pogledu ovako ekstenzivnog tumačenja osnova odgovornosti vlasnika sajtova za razmenu, koje je primenio švedski sud. Posmatrano iz ugla lica koja neovlašćeno umnožavaju i beleže primerke autorskih dela i predmeta srodnopravne zaštite, prednost Bit Torrent tehnologije je u brzini prenošenja podataka između povezanih računara. Posmatrano iz ugla vlasnika sajtova za razmenu zapisa, prednost Bit Torrent-a je u tome što se neovlašćena razmena odvija bez njihove neposredne kontrole, jer oni samo omogućavaju pretraživanje računara koji sadrže "dot torrent fajlove". Čini se stoga da odgovornost vlasnika sajta *The Pirate Bay* ipak ne bi bilo moguće utvrditi da nije postojala druga, po nama ključna činjenica – svest vlasnika sajta o učinjenim povredama.

Kao što je prethodna analiza pokazala, usled korišćenja Bit Torrent i sličnih tehnologija znatno je otežano utvrđivanje odgovornosti vlasnika sajtova za razmenu audio i video zapisa za povredu autorskog i srodnih prava. Zbog toga se čini da se pažnja titulara subjektivnih prava intelektualne svojine i njihovih organizacija sada ponovo usmerila na krajnje korisnike interneta. Zbog raširenosti piraterije iluzorno je očekivati da bi titulari prava mogli da pozovu na odgovornost sve korisnike interneta koji su učinili povredu imovinskopravnih ovlašćenja koja čine sadržinu subjektivnih prava. Biraju se, međutim, oni korisnici interneta koji su učinili produženo delo povrede, u nadi da će postupci građanskopravne i, katkad, kaznenopravne zaštite imati preventivno dejstvo na potencijalne učinioce sličnih dela. Pored toga, u pojedinim državama uvedena je mera zabrane pristupa ili ograničenja pristupu internetu licima za koja je utvrđeno da su više puta povredila tuđe autorsko ili srodno pravo onlajn.¹⁵

Onlajn video igre (virtuelni svetovi)

Autorskopravna zaštita video igara oduvek je bila kontroverzno pitanje, zbog složene prirode računarskih programa pomoću kojih se prikazi video iga-

¹⁵ Za iscrpnu analizu videti: Nicola Lucchi, "Regulation and control of communication: The French Online Copyright Infringement Law (HADOPI)", *Cardozo Journal of International and Comparative Law* vol. 19, 2011; Annemarie Bridy, "Graduated response and the turn to private ordering in online copyright enforcement", *Oregon Law Review*, vol. 89, 2010, str. 81–133; Dušan Popović, "Povreda autorskog prava i srodnih prava na internetu : preispitivanje uloge posrednika ", *Pravo i privreda* br. 4-6/2010, str. 579–593.

ra ispoljavaju. Naime, računarski program obuhvata kako izvorni računarski kod, tako i njegovo audiovizuelno ispoljavanje kada se program pokrene na računaru. Izvorni kod se štiti kao pisano autorsko delo, dok audiovizuelni sadržaj koji se prikazuje na ekranu (animacija i prateći zvuk) može biti predmet autorskopravne zaštite kao audiovizuelno delo. Nacionalni zavodi za intelektualnu svojinu ne smatraju, međutim, da računarski program koji predstavlja osnov video igre uživa dvostruku, odvojenu zaštitu, već se tumači da se zaštitom izvornog koda kao pisanog dela istovremeno štiti i njegovo audiovizuelno ispoljavanje.¹⁶

Za igranje većine savremenih video igara potrebno je da igrač bude povezan na internet, pošto njih, po pravilu, igra više igrača istovremeno. Najpopularnije video igre danas su zapravo osmišljene kao svojevrсни virtuelni svetovi u kojima korisnici, koji igri pristupaju onlajn, biraju i osmišljavaju svoj virtuelni lik (avatar) i zatim učestvuju u životu virtuelne zajednice (npr. *Second Life*, *City of Heroes*, *The Sims*, *World of Warcraft*). Kako bi mogli da igraju ove onlajn igre, korisnici interneta moraju preuzeti odgovarajući računarski program, odnosno instalirati ga na svome računaru. Istom prilikom, korisnici sa priređivačem igre zaključuju mešoviti ugovor o uslovima korišćenja igre, koji sadrži elemente ugovora o licenci, odnosno elemente ugovora kojim se vrši promet imovinskopravnih ovlašćenja koja čine sadržinu subjektivnog autorskog prava, prema terminologiji kontinentalnog prava (eng. *EULA – End User License Agreement*). Po pravilu, ovi ugovori sadrže klauzulu na osnovu koje autorskopravna zaštita računarskog programa pomoću kog se video igra ispoljava obuhvata i sva intelektualna dobra nastala u toku igranja onlajn video igre. Izuzetak predstavlja ugovor o uslovima korišćenja virtuelnog sveta *Second Life*, kojim se autorskopravna zaštita intelektualnih tvorevina nastalih tokom igranja video igre, odnosno generisanih od strane samih stanovnika ovog virtuelnog sveta priznaje igračima. Podrobnija analiza ugovora o uslovima korišćenja onlajn video igara nije predmet ovog rada¹⁷, u čijem nastavku ćemo ispitivati opravdanost autorskopravne zaštite avatara i postojanje eventualnih povreda autorskog prava proisteklih iz igranja onlajn video igara.

Ukoliko na trenutak zanemarimo odredbe ugovora o uslovima korišćenja igre, ne bismo mogli da negiramo činjenicu da učestvovanje u tzv. virtuelnim svetovima zapravo pokreće brojna autorskopravna pitanja. Najpre, ko je ("opravda-

¹⁶ Vid. npr. pojašnjenje Ureda za autorsko pravo SAD: U.S. Copyright Office, Circular 61, *Copyright Registration for Computer Programs 4* (2011), dostupno na adresi: <<http://www.copyright.gov/circs/circ61.pdf>> O podobnosti računarskih programa za autorskopravnu zaštitu dosta je pisano i u srpskoj pravnoj literaturi. Vid. npr. Slobodan Marković, *Zaštita računarskih programa patentom, autorskim pravom i pravom sui generis*, Jugoslovenski spoljnotrgovinski vodič, Ljubljana, 1989.

¹⁷ Detaljnije o ovom pitanju: Tyler T. Ochoa, "Who owns an avatar? Copyright, creativity and virtual worlds", *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, vol. 14, br. 4/2011-2012, str. 959–991.

ni”) titular autorskog prava čiji predmet je avatar, odnosno lik koji igrač koristi kao svoj alter ego u igri? Osmišljavanju avatara je u značajnoj meri doprineo sam igrač – korisnik interneta, utičući na njegov izgled, birajući njegovo ime i sl. Nesumnjivo, postoji određeni stvaralački doprinos igrača. Međutim, prema odredbama ugovora o uslovima korišćenja igre, koji sadrži elemente ugovora o licenci¹⁸, titular autorskog prava čiji predmet je softver (računarski program)¹⁹ koji se koristi za igranje video igre je privredno društvo koje omogućava igru. Lice koje je u virtuelnom svetu osmislilo svog avatara neće, dakle, moći da ga koristi van igre, npr. kao lik u romanu koji piše. Čini se stoga da je autorskopravni režim avatara u neskladu sa svrhom autorskopravne zaštite, po kome ona predstavlja svojevrsnu društvenu (i materijalnu) kompenzaciju za stvaralački napor pojedinca. Stvaranje avatara u okviru video igre nije praćeno imovinskom kompenzacijom autoru, niti priznanjem moralnopravnih ovlašćenja. Jedina kompenzacija tako je sâma igra, kako s pravom ističu neki autori.²⁰ Istine radi, učesnik virtuelnog sveta nije potpuno slobodan prilikom stvaranja sopstvenog avatara. Nastanak avatara omeđen je ograničenjima koje je utvrdio autor softvera video igre. Autor softvera je morao da programira sve elemente u softverski kod, kako bi avatari uopšte mogli da “nastanu” kombinovanjem različitih elemenata. Međutim, avatar se ne pojavljuje automatski; on će postati deo virtuelnog sveta tek kada igrač uloži znatni napor da ga osmisli, koristeći već programirane opcije.

Da li bi koautorski režim više odgovarao prirodi odnosa igrača koji je osmislio svog avatara i autora softvera video igre? Pre odgovora na ovo pitanje, podsetimo se da u uporednom pravu ne postoji jedinstven koncept instituta koautorstva. Prema francuskom konceptu, koautorstvom se smatra odnos između lica koja su stvarala sa zajedničkom idejom da rezultate svoga rada zajednički koriste kao jedno autorsko delo.²¹ Prema nemačkom konceptu, pored subjektivnih uslova, postavljaju se i objektivni uslovi za postojanje koautorskog dela. Naime, koautorsko delo mora biti nedeljiva celina stvaralačkih doprinosa dva ili više au-

¹⁸ U nastavku rada ćemo koristiti anglosaksonsku terminologiju. Napominjemo da postoje autori i u Srbiji koji se zalažu za korišćenje termina “licenca softvera” (vid. npr. Sanja Radovanovic, “Ugovor o licenci softvera”, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu, 2010. god.).

¹⁹ Termine “softver” i “računarski program” koristimo kao sinonime. Skrećemo pažnju da postoji i manjinsko shvatanje po kome termin “softver” označava ne samo računarski program, već i medijume, odnosno telesne nosače na kojima je program zabeležen, kao i dokumentaciju koja se isporučuju zajedno sa njima.

²⁰ Vid. Yee Fen Lim, “Copyright and online role-playing games”, *Journal of Intellectual Law & Practice*, vol. 1, 2006/7, str. 483 et seq.

²¹ Vid. ZASP RS, čl. 10, st. 1: “Koautor je fizičko lice koje je zajedničkim stvaralačkim radom sa drugim licem stvorilo delo.”

tora koji su na njemu saradivali. Stvaralačka saradnja podrazumeva volju dva ili više lica da se u svom radu na ostvarenju jedinstvenog dela podrede jedinstvenoj ideji tog dela. Nedeljivost celine koautorskog dela podrazumeva nemogućnost izdvajanja pojedinačnih doprinosa iz koautorskog dela. Doprinosi pojedinačnih koautora nisu, dakle, podobni za bilo kakav oblik samostalnog privrednog korišćenja (bez naknadnog prilagođavanja ili dopunjavanja).²² Primenjujući ove definicije na odnose u virtuelnim svetovima, može se zaključiti da čak ni po francuskom, ekstenzivnom konceptu koautorstva avatar ne bi mogao predstavljati intelektualno dobro koje je nastalo zajedničkim radom više lica vođenih zajedničkom idejom. Igrač video igre je samostalno osmislio lik, doduše koristeći neke preprogramirane opcije. Njegov autorski doprinos time nije umanjen, pošto se i u najrestriktivnijem tumačenju može prepoznati u osobenom načinu kombinovanja preprogramiranih opcija.²³ Nije sasvim izvesno da će rezultat stvaralaštva učesnika video igre koji je osmislio svog avatara biti u skladu sa namerama i željama autora softvera igre, pošto on ne može predvideti na koje sve načine će mnogobrojni igrači kombinovati preprogramirane opcije i eventualno “dopisivati” program prilikom stvaranja svojih avatara. Naime, neki virtuelni svetovi, kao što je to slučaj kod *Second Life*, omogućavaju svojim učesnicima da dalje razvijaju tzv. izvorni računarski kod. Kao što smo već pomenuli, prema odredbama ugovora o uslovima korišćenja ove video igre, autorstvo nad svim ostvarenjima nastalim tokom učestvovanja u virtuelnom svetu pripada autoru softvera.

Pored autorstva nad avatarima, sporove u vezi sa virtuelnim svetovima izaziva i prodaja inventara izvan igre, koju autori softvera pokušavaju da spreče pozivajući se na autorskopravnu zaštitu. Pod inventarom podrazumevamo deo računarskog programa koji se ispoljava kao “predmet” koji avatar koristi u virtuelnom svetu (npr. mač virtuelnog vojskovođe, deo odeće virtuelne lepote). Naime, unutar same onlajn igre svakako je moguće pribaviti željeni “predmet” od drugog učesnika u igri, plaćajući ga virtuelnim novcem.²⁴ Međutim, sve češće se in-

²² Više o institutu koautorstva: Slobodan Marković, *Pravo intelektualne svojine*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Magistrat, Sarajevo, 2007. god., str. 50–54.

²³ Na sličan način na koji autorstvo priznajemo priređivačima zbirki autorskih dela, na primer.

²⁴ Prilikom razmene inventara između dva igrača unutar video igre, dolazi do umnožavanja autorskog dela (elemenata softvera) na računaru pribavioca, pri čemu je potrebno pribaviti saglasnost titulara autorskog prava. Smatra se da je takva saglasnost prethodno data, ukoliko se umnožavanje vrši na način neophodan za uobičajeno igranje onlajn video igre (npr. u situaciji kada jedan igrač drugome predaje “oružje” koje koristi avatar). U slučaju da licencom nije obuhvaćen promet ovlašćenja na umnožavanje dela u ovim okolnostima, radnja igrača bi mogla biti okarakterisana kao radnja umnožavanja koje je prolazno, koje čini bitan element tehnološkog procesa, čija svrha je prenos podataka u računarskoj mreži i koje nema zaseban ekonomski značaj, zbog čega nije potrebno pribaviti saglasnost autora, niti platiti autorsku naknadu (vid. ZASP, čl. 48; slično i u drugim nacio-

ventar prodaje van video igre, na internet aukcijskim sajtovima pri čemu se koristi pravi novac (npr. na sajtu *eBay*). Postoji čak posebna kategorija igrača koji učestvuju u virtuelnom svetu jedino da bi napredovanjem u igri stekli neki značajan “predmet”, koji kasnije mogu prodati drugome igraču. Takva delatnost naziva se *farming* i predstavlja dobar primer kako aktivnost u virtuelnom svetu može biti unovčena u “pravom” životu. U kontekstu prava intelektualne svojine, deo inventara predstavlja element računarskog programa koji uživa autorskopravnu zaštitu. Da li se onda prodajom inventara na aukcijskim sajtovima povređuje autorsko pravo autora računarskog programa? Sudeći po opštim uslovima trgovine na vodećim aukcijskim sajtovima, kojima se zabranjuje takva transakcija, u slučaju prodaje inventara izvan igre došlo bi do povrede subjektivnog autorskog prava autora računarskog programa.²⁵ Izuzetak predstavlja prodaja inventara iz virtuelnog sveta *Second Life*, pošto se ovaj virtuelni svet ne smatra video klasičnom igrom. Naime, kao što je već pominjano, *Second Life* je u potpunosti osmišljen kao paralelni svet, a cilj učestvovanja u njemu nije savladavanje prepreka i napredovanje u igri, već, jednostavno, virtuelno življenje. Pored toga, ugovor koji zaključuju učesnici ovog virtuelnog sveta, a koji sadrži elemente ugovora o licenci (EULA), razlikuje se od onih koje zaključuju igrači klasičnih onlajn video igara. Njime se autorstvo nad inventarom koji osmisle učesnici priznaje samim učesnicima. Stoga je trenutno moguće prodavati inventar iz *Second Life*-a na aukcijskim sajtovima.²⁶

U postupcima zbog povrede autorskog prava pokrenutim protiv aukcijskih sajtova i lica koja su na njima prodavala inventar iz onlajn video igara, tuženi su redovno pokušavali da suštinu spora izmeste iz autorskopavnog konteksta. Naime, tuženi bi tvrdili da na aukcijskom sajtu ne dolazi do povrede nijednog od imovinskopravnih ovlašćenja titulara autorskog prava, već se vrši svojevrсна prodaja “vremena i truda” koji su igrači utrošili kako bi određeni virtuelni predmet pribavili (osvojili) u video igri.²⁷ Našom analizom takođe smo utvrdili da prilikom prodaje inventara iz igre na aukcijskim sajtovima ne dolazi do povrede imovinskopravnih ovlašćenja titulara autorskog prava. Naime, na samom aukcijskom

nalnim pravnim sistemima). Suspenzija isključivih prava i prava na naknadu mogla bi biti dovedena u pitanje jedino u slučaju kada se inventar prodaje za virtuelni novac. Naime, pošto se virtuelni novac kupuje za “pravi” novac, moglo bi se tvrditi da umnožavanje do koga dolazi prilikom dislociranja inventara unutar igre ima zaseban ekonomski značaj. Međutim, virtuelni novac se svakako ne može koristiti bez saglasnosti autora softvera igre, pošto je upravo autor softvera programirao takvu opciju, pa bi njegovo korišćenje ipak moralo biti shvaćeno kao radnja koja omogućava zakonično korišćenje dela.

²⁵ Do prodaje ipak može doći ukoliko administrator sajta ne uoči povredu na vreme.

²⁶ Detaljnije na sajtu <<http://www.ebay.com>> u rubrici “A guide to virtual items on eBay”.

²⁷ Vid. Yee Fen Lim, *nav. delo*, str. 487.

sajtu ne dolazi ni do umnožavanja dela, ni do njegovog interaktivnog činjenja dostupnim. Aukcijski sajtovi mogli bi eventualno biti sankcionisani na osnovu propisa o suzbijanju nelojalne konkurencije, zahvaljujući ekstenzivnom tumačenju pojma parazitskog iskorišćavanja tuđih privrednih dostignuća i rezultata rada.²⁸

Najzad, sa povećanjem slobode, tj. izbora koji igrači onlajn video igara uživaju prilikom osmišljavanja svojih avatara, postavilo se pitanje povrede autorskog prava zbog delimičnog ili potpunog preuzimanja izgleda junaka filmskih dela, crtanih filmova, romana... Igrač onlajn video igre može poželeti da njegov avatar izgleda kao junak njegovog omiljenog crtanoog filma (npr. neki "superheroj"), koji je obuhvaćen autorskopravnom zaštitom koju uživa sâmo delo.²⁹ Ovaj tip povrede vrlo je čest, iako se opštim uslovima korišćenja većine onlajn video igara igračima zabranjuje da prilikom osmišljavanja svojih avatara imenom ili izgledom podražavaju intelektualna dobra zaštićena autorskim pravom, žigom ili drugim subjektivnim pravom intelektualne svojine. Pošto ponekad može biti komplikovano utvrditi identitet igrača, titular autorskog prava će, po pravilu, za povredu autorskog prava tužiti priređivača igre koji je stvorio tehničke uslove da do povrede dođe. Odgovornost priređivača bila bi isključena pod uslovom da pri ovom činjeničnom stanju ima mesta primeni propisa kojima se uređuje odgovornost posrednika na internetu.³⁰ Ukoliko bi se priređivači onlajn video igara izjednačili sa internet provajderima i vlasnicima sajtova za razmenu audio i video zapisa, njihova odgovornost za povredu autorskog prava bila bi isključena ukoliko nisu znali za učinjenu povredu i ukoliko su preduzeli mere da se ona spreči, odnosno posledice otklone odmah po saznanju za takvu povredu. Priređivači video igara bi, dakle, morali da blokiraju spornog avatara čim bi primili obaveštenje od titulara prava o učinjenoj povredi, dok bi titulari prava morali da nadziru šta se dešava u brojnim virtuelnim svetovima, ukoliko bi želeli da suzbiju ovaj tip povrede. Pošto ne po-

²⁸ Pod parazitskim iskorišćavanjem tuđih privrednih dostignuća i rezultata rada podrazumevaju se radnje kod kojih se, protivno dobrim poslovnim običajima, jedan privredni subjekt služi tuđim dostignućima koja su podobna da pojačaju njegovu konkurentsku moć. Međutim, restriktivno tumačeno, parazitizam obuhvata samo imitiranje tuđeg proizvoda ili "naslanjanje" na tuđ poslovni ugled pod prividom poslovne veze između dva subjekta.

²⁹ Povreda autorskog prava bi postojala čak i ukoliko bismo avatare okarakterisali kao dela prerade. Naime, avatar prilikom čijeg osmišljavanja su delimično preuzeti elementi drugog autorskog dela mogao bi predstavljati delo prerade, pod uslovom da se u njemu mogu identifikovati originalni elementi izvornog autorskog dela, i pod uslovom da sadrži dovoljan stepen sopstvene originalnosti na osnovu čega bi se smatrao autorskim delom koje je različito i zasebno od izvornog dela čije elemente sadrži. Autor dela prerade je u vršenju svojih imovinskopravnih ovlašćenja zavisao od titulara autorskog prava na izvornom delu. U slučaju stvaranja avatara, takva saglasnost titulara autorskog prava na izvornom delu ne postoji.

³⁰ Vid. odeljak posvećen sajtovima za razmenu zapisa.

stoji drugi način da saznaju šta se dešava u brojnim virtuelnim svetovima, titulari autorskog prava bi takav nadzor mogli da vrše jedino uz pomoć sopstvenih avatara. Čini se, ipak, da titulari autorskog prava uglavnom tolerišu ovaj tip povrede, pošto se putem avatara koji liče na junake njihovih zaštićenih dela povećava popularnost samih dela u "realnom" svetu, a time posredno i prihodi od njihovog privrednog iskorišćavanja.

Blogovi

Do povrede autorskog prava i srodnih prava na blogovima može doći na sličan način na koji do povrede dolazi na sajtovima za razmenu audio i video zapisa i drugim hosting sajtovima. Prilikom vođenja svog bloga, korisnik interneta može neovlašćeno postaviti audio ili, češće, video zapis, čineći ga tako dostupnim drugim korisnicima. Po pravilu, autor bloga piše o temi povezanoj sa zapisom koji je neovlašćeno saopštio javnosti, a sam zapis služi kao ilustracija teksta. Ukoliko je zapis postavljen bez dozvole nosioca prava, došlo je do povrede ovlašćenja na javno saopštavanje dela, uključujući interaktivno činjenje dostupnim (tzv. internet odredbe).

Međutim, blog se u širem kontekstu može posmatrati kao sredstvo informisanja. U noveli Zakona o autorskom pravu i srodnim pravima iz 2011. godine, sintagma "štampa, radio i televizija" proširena je tako da glasi "štampa, radio, televizija i drugi mediji". U "druge medije" svakako spadaju internet mediji, a time i blogovi kao vrsta internet dnevnika namenjenog javnosti. Činjenica je da pojedini blogovi imaju više redovnih posetilaca nego klasična sredstva javnog informisanja u "materijalnom" svetu. Posmatrajući blogove kao sredstva informisanja, moguće je ograničiti autorsko ili srodno pravo nosioca kada je "(...) u okviru izveštavanja javnosti putem štampe, radija, televizije i drugih medija o tekućim događajima, u obimu koji odgovara svrsi i načinu izveštavanja o tekućem događaju (...) bez dozvole autora i bez plaćanja autorske naknade moguće umnožavanje primera-ka objavljenih dela koja se pojavljuju kao sastavni deo tekućeg događaja o kome se javnost izveštava".³¹ U vezi sa prethodnom odredbom skrećemo pažnju na sledeće uslove pod kojima je moguće ograničiti subjektivno autorsko ili srodno pravo: a) autorsko delo, odnosno predmet srodonpravne zaštite mora biti sastavni deo tekućeg događaja o kome se javnost izveštava, iz čega zaključujemo da naknadno izveštavanje o događaju iz prošlosti ne bi bilo dozvoljeno; b) neobjavljena dela

³¹ ZASP RS, čl. 43, st. 1, a). Ova odredba se shodno primenjuje na sve oblike javnog saopštavanja dela. Takođe, na srodna prava se shodno primenjuju odredbe ZASP RS o ograničenjima autorskog prava (vid. čl. 144 ZASP RS).

nisu obuhvaćena suspenzijom isključivih prava i prava na naknadu; c) umnožavanje, odnosno javno saopštavanje je dozvoljeno u obimu koji odgovara svrsi i načinu izveštavanja o događaju, što po pravilu podrazumeva umnožavanje, odnosno javno saopštavanje odlomka dela a ne dela u celini. Povrh toga, na sve slučajeve suspenzije isključivih prava i zakonske licence primenjuje se test u tri koraka (eng. *three-step test*), koji podrazumeva da obim ograničenja isključivih prava ne sme biti u suprotnosti sa normalnim iskorišćavanjem dela, niti sme nerazumno vredati legitimne interese autora.³²

ZAKLJUČAK

Rasprostranjenost interneta i dostupnost tehničkih sredstava uz pomoć kojih se može povrediti subjektivno autorsko pravo ili srodna prava postavljaju brojne izazove pred organe koji sprovode propise o zaštiti intelektualnih dobara, kao i pred same nosioce prava. Najveći broj povreda autorskog prava i srodnih prava na internetu nastupa u okviru sajtova za razmenu audio i video zapisa, onlajn video igara i na blogovima. Odgovornost vlasnika sajtova za razmenu audio i video zapisa isključena je u slučaju da nisu znali za učinjenu povredu, kao i u slučaju kada su odmah po saznanju za učinjenu povredu preduzeli mere za njeno okončanje i otklanjanje nastupelih posledica. Povrh toga, Bit Torrent tehnologija pruža dodatni "zaklon" vlasnicima sajtova za razmenu, pošto se neovlašćena razmena audio i video zapisa odvija bez neposredne kontrole vlasnika sajta. S druge strane, učestvovanje u tzv. virtuelnim svetovima, odnosno igranje složenih onlajn video igara takođe pokreće brojna autorskoppravna pitanja. I pored toga što je prilikom osmišljavanja avatara nesumnjiv stvaralački doprinos igrača onlajn video igre, ugovorom o uslovima korišćenja igre autorstvo nad svim tvorevinama proisteklim iz korišćenja igre pripisuje se priređivaču igre, tj. autoru računarskog programa zahvaljujući kojem se video igra vizuelno i zvučno ispoljava. Takođe, prilikom stvaranja avatara može doći do povrede autorskog prava zbog neovlašćenog preuzimanja elemenata tuđih autorskih dela (npr. delimično preuzimanje izgleda junaka tuđeg autorskog dela). Najzad, do povrede autorskog prava i srodnih prava može doći na blogovima, čiji autori mogu, u vidu ilustracije svog teksta, javno saopštiti audio ili video zapis. Takav vid interaktivnog činjenja dostupnim neće predstavljati povredu autorskog prava i srodnih prava samo ukoliko se na taj način javnost izveštava o tekućem događaju.

³² ZASP RS, čl. 41. Test u tri koraka sadržan je u neznatno izmenjenom obliku u većini međunarodnih konvencija o zaštiti intelektualnih dobara, od Bernske konvencije o zaštiti književnih i umetničkih dela do Sporazuma o trgovinskim aspektima prava intelektualne svojine.

DUŠAN POPOVIĆ, Ph.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law
University of Belgrade

COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS INFRINGEMENTS
ON FILE-SHARING SITES, ONLINE VIDEO GAMES AND BLOGS

Summary

The majority of copyright and related rights infringements on the Internet takes places on file-sharing websites, in online video games and on blogs. In comparative law, the owners of file-sharing sites will not be held responsible for copyrights infringements if they did not have any knowledge on infringing activities and if they, upon acquiring knowledge of allegedly infringing activities, blocked or removed the infringing content. The use of Bit Torrent technology further complicates the finding of site owner responsibility for copyright infringement. The author further analyzes infringements generated by the use of massively multi-player online role-playing games, and examines the issue of copyright ownership over avatars. Finally, the author discusses online infringements on blogs, while at the same time arguing in favour of categorization of blogs as media, which would allow for a limitation of copyright under certain conditions.

JANKO VESELINOVIĆ

POSEBNA NAKNADA KAO OSPORAVANA KATEGORIJA U KOLEKTIVNOJ ZAŠTITI AUTORSKIH PRAVA

U V O D

U zaštiti autorskih i srodnih prava značajnu ulogu bi trebalo da imaju i organizacije za kolektivno ostvarivanje tih prava. Iako je ova oblast u Srbiji normativno uređena, pojavljuju se brojne pravne kontroverze oko primene pojedinih zakonskih odredbi. Pitanja koja bi kroz vreme trebala da dobiju odgovor tiču se stvarne reprezentativnosti organizacija za ostvarivanje kolektivnih prava, načina utvrđivanja naknade i realizacije pregovora oko utvrđivanja tarifa, ali i reprezentativnosti organizacija koje zastupaju korisnike autorskih i srodnih prava. Posebno važno pitanje je zakonskog utvrđivanja posebnih naknada koje prikupljaju organizacije za ostvarivanje kolektivnih prava u određenim oblastima autorskih i srodnih prava, a koja se naplaćuje kod prodaje ili uvoza određene vrste tehničkih uređaja.

Autorsko pravo, kao pravna vlast koju autor ima povodom svog dela, predstavlja jedan vid svojine kao ljudskog prava. U tom smislu, nije u nadležnosti države da dozvoli ili ne dozvoli pojedincu svojinu, odnosno autorsko pravo, već je u nadležnosti države samo da konkretnim propisima oživotvori ta prirodna prava.¹

Dr Janko P. Veselinović, docent Poljoprivrednog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu.

¹ Katarina Damjanović, Goran Dajović, "Opravdanje intelektualne svojine", *Pravni život*, 2011, broj 11, tom III, str. 657.

Slažući se sa ovakvim stavovima, koje zastupaju pojedini autori, ovu tezu valjalo bi dopuniti stavom da pravo na zaštitu autorskih prava ne bi smelo da bude na štetu onih koji ta prava koriste, kroz monopolsku poziciju pojedinih nosilaca autorskih prava ili organizacija koje ih zastupaju, koju može da uspostavi i država kroz propise koje donosi.

U određenim oblastima zaštite autorskih i srodnih prava, kod nas je kolektivna zaštita obavezna. Ovakva zaštita prema Zakonu o autorskim i srodnim pravima² je obavezna u sledećim oblastima: u pogledu zaštite prava reemitovanja, kada se autorsko delo saopštava javnosti putem kablovskih ili mikrotalasnih sistema ili kada se delo izvorno emituje iz druge države (kablovsko reemitovanje)³; pravo autora na "posebnu naknadu";⁴ pravo autora na naknadu za davanje na poslugu;⁵ interpretatori radi ostvarivanja prava na naknadu za emitovanje i reemitovanje njihovih interpretacija sa snimaka izdatog na nosaču zvuka, javno saopštavanje njegove interpretacije koja se emituje sa snimka izdatog na nosaču zvuka, javno saopštavanje njegove interpretacije sa snimka izdatog na nosaču zvuka;⁶ proizvođači fonograma radi ostvarivanja prava na naknadu za emitovanje i reemitovanje fonograma, javno saopštavanje fonograma, javno saopštavanje fonograma koji se emituje;⁷ izdavači štampanih izdanja radi ostvarivanja svojih prava, s tim da se ta naknada deli sa autorima u srazmeri 50:50%.⁸ U ostalim slučajevima, u kojima nije propisana obaveza kolektivne zaštite, nosioci autorskog i srodnog prava, koji nisu sa organizacijom zaključili ugovor, mogu da obaveste organizaciju da će svoja prava ostvarivati samostalno.

Nameće se pitanje efikasne zaštite autorskih prava jer zakonska rešenja se ne realizuju u potpunoj meri. Prava autora i nosilaca predmeta srodnih prava i pored zakonskog uređenja u praksi nisu dosledno zaštićena pred sudom. Nova organizacija sudskog sistema ne poboljšava njihovu zaštitu.⁹

² Zakon o autorskim i srodnim pravima, Službeni glasnik RS, br. 104/09 (u daljem tekstu: Zakon).

³ Zakon o autorskim i srodnim pravima, Službeni glasnik RS, br. 104/09, član 29, stav 2.

⁴ Član 39. Zakona.

⁵ Član 40. Zakona.

⁶ Član 117. Zakona.

⁷ Član 127. Zakona.

⁸ Član 142. Zakona.

⁹ Dimitrije Milić, "Za doslednu zaštitu intelektualne svojine pred sudom potrebne su izmene zakona i prakse", *Pravni život*, 2011, broj 11, tom III, str. 631.

PRAVNI OSNOVI ZA NAPLATU POSEBNE NAKNADE

Zakonom o izmenama i dopunama zakona o autorskim i srodnim pravima¹⁰ dato je pravo na ostvarivanje posebne naknade od uvoza, odnosno prodaje tehničkih uređaja i praznih nosača zvuka, slike i teksta za koje se opravdano može pretpostaviti da će biti korišćeni za takvo umnožavanje. Ovim Zakonom propisano je da naplata posebne naknade pripada krugu autorskih prava koja se isključivo realizuju preko organizacija za kolektivnu zaštitu autorskih prava. Pomenuti Zakon bio je osnov za usvajanje odgovarajuće uredbe od strane Vlade Srbije i tarifa od strane organizacija za kolektivnu zaštitu autorskih prava, koje su zaokružile normativni okvir za naplatu posebne naknade.

Uredbom o utvrđivanju liste tehničkih uređaja i predmeta za koje postoji obaveza plaćanja naknade nosiocima autorskog i srodnih prava¹¹ taksativno su navedeni tehnički uređaji i predmeti za koje postoji obaveza plaćanja posebne naknade nosiocima autorskog i srodnih prava, i to: prazni nosači zvuka, slike i teksta (kompakt diskovi, digitalni video diskovi, digitalni video diskovi visoke definicije, *blue-Ray* diskovi, nini diskovi, audio kasete, video kasete i *USB Flas Drive*) kao i uređaji za tonsko i vizuelno snimanje, fotokopiranje ili drugi uređaji sa sličnom tehnikom umnožavanja (fotokopir aparati, CD rezači kao računarske komponente, DVD rezači kao računarske komponente, štampači, skeneri, digitalni video rikorderi, *bluy Ray* rikoredri, video rikorderi, digitalni džuboksi, digitalni audio plejeri, HI-FI-CD rikorder, HI-FI DVD rikorder i Hi-Fi HD rikorder).

Tarifom naknada koje naplaćuje SOKOJ – Organizacija za zaštitu autorskih muzičkih prava¹² propisani su iznosi naknada koje SOKOJ naplaćuje korisnicima za svaki oblik korišćenja muzičkih dela koja čine repertoar SOKOJ-a. Tako je u klasi 6. Tarife utvrđeno da posebnu naknadu od prodaje tehničkih uređaja koji su podobni za umnožavanje muzičkih dela, kao i nesnimljenih nosača zvuka, odnosno slike (audio kasete, video kasete, CD i sl.) plaćaju proizvođači, uvoznici i prodavci, kao solidarni dužnici. Naknada se plaća mesečno, odnosno po realizovanom uvozu, u iznosu od 1% od maloprodajne cene svakog tehničkog uređaja koji je podoban za umnožavanje muzičkih dela, odnosno svakog nesnimljenog nosača zvuka, odnosno slike.

¹⁰ Zakon o izmenama i dopunama zakona o autorskim i srodnim pravima, Službeni glasnik RS, br. 99/11, član 9.

¹¹ Službeni glasnik Republike Srbije, br. 45/10.

¹² Službeni glasnik Republike Srbije, br. 85/07, 91/08, 96/08, 23/09 i 29/09.

Tarifom za upotrebu interpretacija iz repertoara PI (Organizacija za kolektivno ostvarivanje prava interpretatora)¹³ određena je visina naknada za različite vidove korišćenja interpretacija iz repertoara PI, koji čine sve interpretacije snimljene na komercijalne fonograme i/ili videograme i zaštićene u skladu sa Zakonom o autorskim i srodnim pravima, međunarodnim konvencijama i ugovorima PI sa nosiocima prava, kao i iznos posebne naknade od uvoza, odnosno prodaje tehničkih uređaja i nosača zvuka i/ili slike. Članom 1. stav 4. navedene Tarife propisano je da se posebna naknada naplaćuje po osnovu uvoza, odnosno prodaje tehničkih uređaja i nosača zvuka i/ili slike koji su podobni za umnožavanje snimka interpretacije za ličnu, nekomercijalnu namenu. Članom 176. Tarife utvrđena je visina posebne naknade za različite uređaje i nosače zvuka/slike, a određano je da se ona plaća isključivo kao paušal, po svakom primerku uređaja odnosno nosača zvuka/slike.

I druge organizacije za zaštitu kolektivnih prava autora moći će da na osnovu Zakona i Uredbe odrede tarifu za posebnu naknadu radi naplate u korist svojih članova.

POSEBNA NAKNADA KAO OSPORAVANA KATEGORIJA

Kroz kolektivnu zaštitu autorskih prava realizuje se i naplata posebne naknade koju prema Zakonu imaju nosioci određenih autorskih prava.

Kao što smo istakli, Zakonom o izmenama i dopunama zakona o autorskim i srodnim pravima¹⁴ dato je pravo na ostvarivanje posebne naknade od uvoza, odnosno prodaje tehničkih uređaja i praznih nosača zvuka, slike i teksta za koje se opravdano može pretpostaviti da će biti korišćeni za takvo umnožavanje. Postavlja se pitanje da li je ova odredba pravična i da li je treba dopunjavati ili menjati. Kroz dalju analizu pokušaćemo da damo odgovor na to pitanje.

Primena ovog dela Zakona o autorskim i srodnim pravima trebala je da otpočne 1. januara 2012. godine. Prema tim odredbama na svaki primerak nosača zvuka, slike i teksta naplaćivalo bi se od 0,7 do 1,4 dinara, a za takve uređaje, paušalno 3% od vrednosti nabavke. Zanimljivo je da su proizvođači računarske opreme, preko Udruženja informatičke delatnosti Privredne komore Srbije, pokrenuli spor kod Upravnog suda, sa ciljem ukidanja ove naknade, ali je njihova tužba odbacena.

¹³ Službeni glasnik Republike Srbije, br. 45/10.

¹⁴ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o autorskim i srodnim pravima, Službeni glasnik RS, br. 99/11, član 9.

Početak 2012. godine u skupštinsku proceduru ušao je i predlog Izmena i dopuna Zakona, kojim se ova naknada ukida¹⁵, ali zbog raspisivanja parlamentarnih izbora, on nije donet. Međutim, ovaj predlog izmena zakona naišao je na oštru kritiku Organizacija muzičkih autora Srbije – SOKOJ. U Zahtevu za hitno povlačenje iz procedure Predloga Zakona o izmenama i dopunama Zakona o autorskim i srodnim pravima¹⁶ navodi se “da bi usvajanje tog Predloga, koji je usvojila Vlada Republike Srbije na sednici 2.02.2012. godine imalo nesagledive posledice za proces evropskih integracija, međunarodni ugled i položaj države Srbije, a decenijama građena regulativa autorskopravne zaštite (koja je dostigla potreban nivo traženih standarda) bila bi preko noći urušena”.¹⁷ U ovom zahtevu se ističe da je Predlog Zakona o izmenama i dopunama Zakona o autorskom i srodnim pravima u direktnoj suprotnosti sa ratifikovanim međunarodnim ugovorima i evropskim i međunarodnim standardima u oblasti autorskih prava, te bi njegovim usvajanjem milion muzičkih autora na teritoriji Republike Srbije bili lišeni prava koja su im garantovana. Predsednici Narodne skupštine Republike Srbije stigao je sličan dopis i od međunarodne organizacije za zaštitu autorskih prava iz Francuske – CISAC, čiji je SOKOJ član.¹⁸

Otvaranje pitanja primene spornog člana 39. Zakona o autorskim i srodnim pravima, kojim se počev od 1.10.2011. godine “na opremu za koju se opravdano može pretpostaviti da će biti korišćena za takvo umnožavanje”¹⁹ uvodi poseb-

¹⁵ Predlog Zakona o izmenama Zakona o autorskim i srodnim pravima, usvojila Vlada Republike Srbije na sednici 2.02.2012. (zakon nije usvojen u Narodnoj skupštini Republike Srbije).

¹⁶ Zahtev za hitno povlačenje iz skupštinske procedure Zakona o izmenama i dopunama zakona o autorskim i srodnim pravima, podnela je Organizacija muzičkih autora – Sokoj je Odboru za nauku i tehnološki razvoj Narodne skupštine Republike Srbije stigao 9.02.2012. godine, kada još nije bilo izvesno da li će se pomenute izmene naći na dnevnom redu vanrednog skupštinskog zasedanja. Ovaj dopis upućen je i svim drugim državnim i međunarodnim institucijama, od Predsednika Republike Srbije, preko delegacije Evropske unije u Srbiji i najznačajnijim ambasadorima u Beogradu. Zahtev se nalazi u arhivi Narodne skupštine Republike Srbije.

¹⁷ Uvodni deo Zahteva Sokoj-a od 9.02.2012, upućen nadležnom skupštinskom odboru.

¹⁸ Na neusaglašenost Predloga izmena i dopuna Zakona o autorskim i srodnim pravima od 2. februara 2012. godine sa evropskim propisima i međunarodnim konvencijama Narodnoj skupštini Republike Srbije dopisom predsedniku Narodne skupštine Republike Srbije i članovima Odbora za nauku od 27.02.2012. godine ukazala su u zajedničkom dopisu i sledeća udruženja: Udruženja muzičara džeza, zabavne i rok muzike Srbije, Udruženje orkestarskih umetnika Srbije, Udruženje scenskih umetnika, stručnjaka i saradnika u kulturi Srbije, Udruženje baletskih umetnika Srbije i Organizacija za kolektivno ostvarivanje prava interpretatora. Dopisi se nalaze u arhivi Narodne skupštine Republike Srbije.

¹⁹ Članom 39. Stav 1. Zakona o autorskom i srodnim pravima propisano je da “autor dela za koja se, s obzirom na njihovu prirodu, može očekivati da će biti umnožavana fotokopiranjem ili snimanjem na nosače zvuka, slike ili teksta za lične nekomercijalne potrebe fizičkih lica (književna,

na naknada za domaće proizvođače, ali i uvoznike opreme. Navedena odredba, odnosno mogućnost odlaganja njene primene, nije samo bila povod za reakcije udruženja za ostvarivanje kolektivnih prava, već i za sasvim suprotan stav Zaštitnika građana. Ovaj nezavisni organ Republike Srbije podneo je 28.12.2011. godi-
ne predlog Zakona o izmenama Zakona o autorskom i srodnim pravima u kome se traži brisanje tog člana, odnosno ukidanje navedene neknade. Praktično, ovaj predlog je bio “prethodnica” Predlogu Vlade Republike Srbije za ukidanje navedene naknade. Zaštitnik građana ima sasvim suprotne stavove u odnosu na udruženja za zaštitu kolektivnih prava. On smatra “odredbu čl. 39. Zakona štetnom po prava građana, jer se njom od građana zahteva naknada za nešto što se pretpostavlja da će oni činiti sa opremom za koju se, kao pretpostavka na pretpostavku, očekuje da može biti korišćena u svrhu ostvarivanja prve pretpostavke”.²⁰

SUPROSTAVLJENI STAVOVI I INTERESI ORGANIZACIJA
ZA KOLEKTIVNU ZAŠTITU AUTORSKIH PRAVA
I POTENCIJALNIH KORISNIKA TIH AUTORSKIH PRAVA

Predlog Zakona o izmenama Zakona o autorskim i srodnim pravima, koji je podneo Zaštitnik građana, prvi put je u našoj pravnoj praksi na ovakav način suprostavio kolektivne zaštitnike autorskih prava, odnosno same autore i građane Srbije. Na ovaj način otvoreno je pitanje da li zaštita kolektivnih prava autora može biti zloupotrebljena i da li od činjenice apsolutne obespravljenosti autora možemo doći do naplate njihovih prava od svih građana, pa i od onih koji ta prava ne koriste ili nije izvesno da će ih koristiti. Kao argument se koristi i činjenica da se “posebna naknada” plaća na nešto što, u najvećem broju slučajeva, građani neće koristiti, iako se njom ne štiti i ostvaruje opšti interes (kao na primer u slučaju naplate pretplate za Javni servis Radio-televizije Srbije), već individualni (koji se ostvaruje preko organizacija za kolektivnu zaštitu autorskih prava – a koje značajan deo tako ostvarenih prihoda zadržavaju za sebe). Prema Zaštitniku građana takvo naplaćivanje naknade dovešće do nepopravljivih štetnih posledica po fizička i pravna lica u Srbiji.²¹

muzička, filmska dela i dr.) imaju pravo na posebnu naknadu od uvoza, odnosno prodaje tehničkih uređaja i praznih nosača zvuka, slike i teksta za koje se opravdano može pretpostaviti da će biti korišćeni za takvo umnožavanje”.

²⁰ Iz Obrazloženja Predloga Zakona o izmenama Zakona o autorskom i srodnim pravima, koje je Narodnoj skupštini Republike Srbije podneo 28.12.2011. godine.

²¹ Zakon o Zaštitniku građana, Službeni glasnik RS 79/05 i 54/07 pod “građanima” podrazumevaju kako fizička, tako i pravna lica.

Prethodno stanovište Zaštitnika građana o načinu trošenja novca koji ubiraju organizacije za kolektivnu zaštitu autorskih prava u ime autora, otvara nekoliko veoma bitnih pitanja. Prvo pitanje tiče se uslova u kojima deluju te organizacije, odnosno koliko su one pod kontrolom članova (autora), kakav je sistem odlučivanja, koliko u organizaciji odlučuje samo članstvo i kakva je njihova informisanost o načinu rada organizacije. Zaštitnik građana, verovatno na osnovu proverljivih informacija zaključuje da “značajan deo tako ostvarenih prihoda zadržavaju za sebe”.²² Pretpostavljamo da je namera zakonodavca bila da zaštiti individualna prava autora, a da su organizacije za kolektivnu zaštitu autorskih prava mehanizam i pravna forma za ostvarivanje takvih prava. Dakle, takve organizacije nisu same sebi cilj. Drugo je pitanje da li bi građani, odnosno pravna lica preko kojih bi građani plaćali takvu naknadu, mogli da kontrolišu namenu korišćenja tih sredstava. Naime kada građani plaćaju porez, kroz institut dostupnosti informacijama od javnog značaja, mogu proveriti trošenje po svakoj budžetskoj poziciji, kako u državnom, pokrajinskom, tako i u lokalnom budžetu. Na pitanje da li je na pravi način ustanovljena takva mogućnost za kontrolu trošenje sredstava koje treba da ubiraju organizacije za kolektivnu zaštitu autorskih prava od pomenute naknade, u odredbama Zakonu o autorskim i srodnim pravima ne nalazimo adekvatan odgovor. Osnovni razlog za to je u činjenici da su organizacije za zaštitu autorskih prava – udruženja građana i nemaju obavezu da “obaveštavaju” građane kako su trošile prihode od ovakve naknade.

Na ovaj način otvaramo još jednu temu pravnog sklada ili nesklada opravdanog prava autora da štite svoja autorska prava, i da se tim povodom i udružuju, sa jedne strane i obaveze onih koji ta prava koriste da plate naknadu, ali i da ubiranje i raspodela te naknade budu transparentni, s druge strane. Otvara se pitanje ustavnosti odredbe koja građane ili pravna lica obavezuje da plaćaju naknadu za neko autorsko pravo, iako on to pravo nije koristio i ne namerava da ga neovlašćeno koristi.

PRAVNA ISKUSTVA U EVROPSKOJ UNIJI

Da li je član 39. Zakona, kojim je uvedena ova naknada u skladu sa propisima Evropske unije? Stavovi po ovom pitanju se razlikuje, u zavisnosti da li se radi o stavovima organizacija za kolektivnu zaštitu autorskih prava ili su u pitanju obveznici plaćanja posebne naknade. Kao što smo u prethodnom delu rada citirali, stav organizacija za zaštitu kolektivnih prava autora povodom Predloga Vlade Republike Srbije, koji je usvojen na sednici 02.02.2012. godine, a ima za cilj ukidanje

²² Misli se na organizacije za zastitu autorskih prava.

posebne naknade, je da bi ovakva promena imala nesagledive posledice za proces evropskih integracija, međunarodni ugled i položaj države Srbije.

Na suprotnoj strani je Zaštitnik građana koji na propisanom obrascu, ali i u prpratnom tekstu dokazuje da ukidanje ove naknade ne bi bilo u suprotnosti sa propisima Evropske unije.²³ U uvodnom delu ovog dopisa, Zaštitnik građana analizira izvore prava Evropske unije u ovoj oblasti i ističe da se ono “menja izuzetno brzo (do te mere da ih neki ozbiljni autori nazivaju “haotičnim”), dok su drugi izvori zastareli”.²⁴ U Obrascu izjave o usklađenosti propisa sa propisima Evropske unije, ističe se da su relevantni propisi Evropske unije iz ove oblasti Direktiva 2001/29/EC i prateći i srodni propisi (Direktive 91/250/EEC, 93/83/EEC, 93/98/EEC, 96/9/EEC i druge) i da se njima utvrđuje da prava na reprodukciju, saopštavanje dela javnosti i distribuciju ekskluzivno pripadaju autorima, odnosno izvođačima, producentima i emiterskim organizacijama (član 2–4 Direktive).²⁵ Na bazi toga sledi zaključak da Izmene i dopune Zakona o autorskim pravima kojom bi bila ukinuta posebna taksa ne lišava autore njihovog osnovnog prava.

Sušтина Predloga izmena i dopuna Zakona je da postojeća odredba Zakona ne omogućava pravičnu nadoknadu nosiocima prava, već je ona nepravična, te se zato traži njeno brisanje.

Poseban argument za brisanje ovakve vrste naknade je činjenica da prema odluci Evropskog suda pravde i prema Direktivi, sve države EU od 21.10.2010. godine obavezuje odluka Evropskog suda pravde, organa EU, koji je presudio da se posebna naknada na medije pogodne za reprodukciju ne može naplaćivati od preduzeća i profesionalaca koji ih, po prirodi stvari, ne kupuju radi kopiranja autorskih dela za privatne potrebe. Naplaćivanje posebne naknade u takvim slučajevima “nije u skladu sa pravom Evropske Unije”.²⁶ Zakonska odredba čije se brisanje traži ne pravi razliku između toga ko kupuje medije pogodne za reprodukciju, što je neophodno da bi se poštovala citirana odluka Evropskog suda pravde. Naknada se, prema domaćem propisu, naplaćuje prilikom uvoza, a u tom momentu se ne zna se da li će medije i opremu kupiti fizička lica, ili preduzeća, državni organi i javne ustanove kojima se ona po odluci Evropskog suda pravde, ne može naplaćivati – oni i nemaju pravo da kopiraju autorska dela “za privatnu upotrebu”.

²³ Predsednica Narodne Skupštine Republike Srbije je u dopisu od 29.12.2010. obavezala Zaštitnika građana da dostavi propisanu izjavu (Poslovnik Narodne skupštine Republike Srbije, član 151. Stav 4) da je predlog zakona koji je podneo usklađen sa propisima Evropske unije, ili da ne postoji obaveza usklađivanja, ili da zakon nije moguće uskladiti sa propisima Evropske unije, i uz to dostaviti tabelu usklađenosti predloga zakona s propisima Evropske unije.

²⁴ Dopis Zaštitnika građana od 20.01.2012. predsednici Narodne skupštine Republike Srbije.

²⁵ Obrazac izjave o usklađenosti propisa sa propisima Evropske unije koji je 20.01.2012. godine dostavio Zaštitnik građana predsednici Narodne Skupštine Republike Srbije.

²⁶ Presuda Evropskog suda pravde u slučaju C-467/08 Padawan v SGAE.

Iz analize evropskih izvora prava iz ove oblasti može se izvesti zaključak, da evropski izvori prava ne zabranjuju uvođenje ovakve naknade, ali da postoje ograničenja. Osim pomenute presude Evropskog suda pravde, prema Direktivi 2001/29/EK ne postoji obaveza davanja pravične naknade za ustanove kao što su javne biblioteke, obrazovne institucije, muzeji, arhivi koji nemaju direktnu ili indirektnu komercijalnu prirodu. Predviđeni su i izuzeci za korišćenje radi potreba osoba sa invaliditetom, reprodukcije od strane štampe, radi informisanja, za potrebe javne bezbednosti ili administrativnih, parlamentarnih ili sudskih postupaka i u niz drugih slučajeva, sa ili bez obaveze davanja "pravične" naknade. Kako naš zakonodavac nije predvideo nikakve izuzetke i kako se ova odredba kosi i sa evropskim zakonodavstvom, ali i sa principom pravičnosti, Zaštitnik građana je tražio da se ona briše. Baš kao što je to kasnije učinila i Vlada Republike Srbije. Istina, ovakva odluka usledila je posle značajnog pritiska potencijalnih obveznika njenog plaćanja.

Ovu vrstu naknade nemaju sledeće zemlje: Velika Britanija, Malta, Kipar, Luksemburg i Irska. Razlika je i u njenoj visini, pa je tako u Španiji "posebna naknada" na MP3 plejer u jednom trenutku bila 3,15 evra, a u Francuskoj 25 evra. Ministar pravde u Holandiji nije dao saglasnost za obavezu njenog plaćanja na MP3 plejer, pa je ona u ovoj zemlji 0 (nula) evra. S druge strane, naknada za multifunkcionalni štampač u Belgiji je 178,84 evra, a u Nemačkoj samo 12 evra.²⁷ Dakle, u zemljama Evropske unije različita je praksa po pitanju postojanja posebne naknade, a pogotovo po pitanju njene visine. Sa druge strane, u nekim zemljama obaveza njenog plaćanja postoji prilikom uvoza medija i opreme, u nekima se izračunava na osnovu podataka o prodaji tih proizvoda, a u trećim se plaća prilikom prodaje na malo.

Na ovom mestu bi se moglo postaviti pitanje zakonitosti ove naknade, sa stanovišta Evropske konvencije o ljudskim pravima, koju je Srbija ratifikovala, jer je neprecizna do granice da je njena primena nepredvidiva. Dokaz za to je činjenica da je u izvršenju ovog člana Vlada Republike Srbije donela podzakonski akt, kojim je utvrđen spisak informatičke opreme na koji se naknada naplaćuje, a za koji je zakon ponudio samo jedan, potpuno nekorektan kriterijum – da je to oprema za koju se može osnovano pretpostaviti da može biti korišćena za kopiranje, koje se može očekivati da će se desiti.²⁸ Osim toga u sprovođenju Vlade Uredbe, organizacije za kolektivnu zaštitu autorskih prava propisale su tarife, u koje su nabrojali uređaje i opremu koja nije navedena u Uredbi i to za mobilne telefone, personalne računare, tvrdi disk (hard disk).

²⁷ Istraživanja agencije Bird&Bird sa sedištem u Londonu, dostupno na [http://www.two-birds.com/English/News/Articles/Pages/Copyright levies Europe.aspx](http://www.two-birds.com/English/News/Articles/Pages/Copyright%20levies%20Europe.aspx).

²⁸ Iz Obrascia izjave o usklađenosti propisa sa propisima Evropske unije koji je 20.01.2012. godine dostavio Zaštitnik građana predsednici Narodne Skupštine Republike Srbije, str. 3.

*Druga otvorena pitanja u ostvarivanju zaštite
kolektivnih prava autora*

Pored razjašnjenja nedoumica oko postojećih zakonskih propisa, koji se odnose na ovu vrstu naknade, sve aktuelnija je naplata drugih vrsta naknada od korisnika autorskih prava, koje u ime autora vrše organizacije za kolektivnu zaštitu autorskih prava.

Kontrolori OFPS (Organizacija za zaštitu prava proizvođača fonograma – dobila je dozvolu da štiti prava domaćih i stranih proizvođača fonograma). To čini prema podacima koje daju pojedini članovi Komisije za zaštitu autorskih i srodnih prava, često ne izlazeći na teren, već to čine uvidom u registru vlasnika lokala, na osnovu čega se pretpostavlja da on ima muzički uređaj. Takve “pretpostavke” su osnov naplate naknade. Muzika koja podleže zaštiti prava morala bi, prema brojnim mišljenjima, biti korišćena u komercijalne svrhe. “Za sada, plaćanju naknade se podleže čak i u situaciji ako sedite sami u kiosku i slušate muziku na tranzistoru koju niko drugi osim vas ne čuje. Međutim, nikako ne bi mogla da se uzme u obzir tarifa koju je svojevoljno odredio OFPS. Ona bi trebalo da bude simbolična, jer na trafiklu niko ne dolazi da bi slušao muziku.”²⁹

Zbog navedenih razloga kolektivna zaštita autorskih prava uskoro će, najverovatnije, postati predmet interesovanja policije i tužilaštva, budući da Unija poslodavaca Srbije najavljuje krivične prijave, pre svega protiv OFPS.

Ilustrativan je primer frizerke kojoj je kontrolor Organizacije proizvođača fonograma Srbije naplatio 10.620 dinara jer joj je mobilni telefon zazvonio kao muzička melodija. Prema mišljenju Ognjena Uzelca, člana Komisije za zaštitu autorskog i srodnih prava to “pokazuje da je krajnje vreme da država nešto učini po pitanju ovog bezakonja, zloupotrebe sistema autorskih prava, kojim se povređuju ljudska prava”. Prema njemu građani nisu informisani dovoljno da bi se odbranili od bezakonja koje se sprovodi pod parolom zaštite autorskih i srodnih prava.³⁰ Repertoar koji zastupaju ovlašćene organizacije trebalo bi da bude javan, odnosno da je poznato za koje muzičke numere treba da se plati naknada. Proizilazi da zastupaju svu muziku sveta, a to kome su, od kada postoje, uplatili tu naknadu - proglasili su poslovnom tajnom. Prema podacima koje iznosi Uzelac, na godišnjem nivou ovlašćene organizacije za kolektivnu zaštitu SOKOJ i OFPS ostvare prihod od šest-sedam miliona evra.

²⁹ Izjava Ognjena Uzelca, člana Komisije za zaštitu autorskih i srodnih prava data listu Blic, 29.01.2011, autori Isidora Kranjčević i Marija Joksimović.

³⁰ “Naplata autorskih prava – kriminal”, Blic, 29.01.2011, autori Isidora Kranjčević i Marija Joksimović.

U Nemačkoj je propisano i da se deo sredstava od naknade može koristiti za finansiranje aktivnosti od šireg društvenog značaja, dok se kod nas daje mogućnost finansiranja organizacija za kolektivnu zaštitu autorskih prava, koja su privatno pravna lica. Poseban problem je iznos sredstava koja pripada organizacijama za kolektivnu zaštitu autorskih prava i to je jedno od otvorenih pravno-ekonomskih pitanja.

Kao sasvim suprotan primer ističemo položaj jedne druge grupe nosioca autorskih prava. Autori naučnih radova, književnih dela, prevoda i članaka nisu u takvom položaju kao muzički autori. Otvara se pitanje da li će autori naučnih radova, književnih dela, prevoda i članaka posle usvajanja izmena Zakona o autorskim i srodnim pravima pokušati da ostvare svoja prava kroz organizacije za zaštitu kolektivnih autorskih prava. Očekuje se da hoće. Njihova sadašnja uloga bila bi zaštititi prava garantovanih zakonom. Imajući u vidu da prava definisana zakonom treba da primene inspekcije, nadležna odeljenja policije, tužilaštva i sudovi, bitno je da udruženja, kao reprezentanti autora, uspostave saradnju sa navedenim organima i institucijama. Sigurno je da će nadležnim državnim organima biti neophodna edukacija i da bi samo "posmatračka" uloga autora mogla da utiče na neprimenu ili nedovoljnu primenu zakona. Kako kazne za prekršioce, prema zakonima, nisu blage sigurno je da bi njihova dosledna primena uticala na smanjenje masovne zloupotrebe prava autora naučnih radova, književnih dela, prevoda i članaka.

ZAKLJUČAK

Pored individualnog ostvarivanja autorskih i srodnih prava, u Republici Srbiji je Zakonom predviđena mogućnost kolektivne zaštite tih prava preko osnivanja organizacija za kolektivnu zaštitu autorskih i srodnih prava. Za određeni broj autorskih i srodnih prava, koja su definisana Zakonom, predviđena je isključivo kolektivna zaštita tih prava, pa u tim slučajevima nosioci autorskog i srodnog prava ne mogu isključiti organizaciju za zaštitu kolektivnih prava da deluje za račun tih autora.

U primeni Zakona o autorskim i srodnim pravima postoje brojne pravne kontroverze. Jedna od njih je da li su svi autori ravnopravni i da li određena autorska dela i njihovi stvaraoci uživaju zakonske pogodnosti.

Najznačajniji problem u primeni Zakona tiče se uvođenja posebne naknade od uvoza, odnosno prodaje tehničkih uređaja i praznih nosača zvuka, slike i teksta za koje opravdano može da se pretposavi da će biti korišćeni za takvo umnožavanje. Postavlja se ozbiljno pitanje pravičnosti takve naknade. Ova naknada

propisana je Zakonom o autorskim i srodnim pravima. Međutim, sama primena ovih odredbi naišla je na otpor subjekata koji su tu naknadu trebali da plaćaju. Vlada je podnela zakonski predlog da se ta naknada ukine, ali zbog raspisivanja parlamentarnih izbora, taj akt nije usvojen. Zbog toga su ostale otvorene dileme o brojnim pravnim i ekonomskim aspektima posebne naknade.

Kroz analizu Zakonskih odredbi i njegove primene može se zaključiti da su potrebna dodatna preciziranja zakonskih odredbi, kako bi se u ravnopravan položaj doveli svi nosioci autorskih i srodnih prava, kao i kako bi se uspostavili dodatni mehanizmi za zaštitu korisnika autorskih i srodnih prava. Stiče se opšti utisak da je neophodno dodatno zaštititi pojedine grupe autora kroz primenu zakonskih odredbi u praksi (književnici, autori udžbeničke i druge stručne literature), dok je u drugom delu potrebno sprečiti mogućnost stvaranja autorskih monopola u odnosu organizacija za kolektivnu zaštitu autorskih prava prema korisnicima tih prava. U tom pogledu posebna naknada bi morala da bude pravno revidirana. Po našem mišljenju ne radi njenog ukidanja, već donošenja takvih izmena koje sprečavaju monopol i isključuju od obaveze određene kategorije koje iz razloga pravičnosti ne treba da budu obaveznici posebne naknade.

JANKO P VESELINOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Agriculture, University of Novi Sad

SPECIAL FEE AS A CONTESTED CATEGORY IN COLLECTIVE COPYRIGHT PROTECTION

Summary

In addition to individual implementation of Copyright and Related Rights in Serbia, the Law envisages the possibility for collective protection of these rights through the establishment of organization for collective Copyright and Related Rights. For a number of Copyright and Related Rights, which are defined in the Act, the exclusive protection of collective rights is provided, and in these cases, the holders of Copyright and Related Rights can not exclude the organization for the protection of collective rights to act on behalf of those authors/copyrighters. In the implementation of the Law on Copyright and Related Rights, there are numerous legal controversies. Perhaps the most important problem in application of the Act is connected to introduction of special fee on imported or sold technical devices and blank audio, image and text carriers that can reasonably be presumed to be used for such reproduction. The serious question regarding fairness of such charge is raised. This fee is assigned by Copyright and Related Rights Act. However, the application of these regulations was met with resistance from entities that are supposed to pay a fee. The Government submitted a legal suggestion to abolish the fee, but this act was not adopted due to calling the elections.

OVLAŠĆENJE AUTORA NA NAKNADU OD PRODAJE UREĐAJA I SREDSTAVA PODOBNIH ZA UMNOŽAVANJE AUTORSKIH DELA

U V O D

Subjektivno autorsko pravo sastoji se iz više ovlašćenja koja čine njegovu sadržinu. Po pravnoj prirodi, većina ovlašćenja iz subjektivnog autorskog prava su apsolutnog-isključivog dejstva. Zato se u pravnoj teoriji ova ovlašćenja i smatraju jezgrom subjektivnog autorskog prava. No, pored isključivih ovlašćenja, sadržinu subjektivnog autorskog prava čine i određena relativna-neisključiva ovlašćenja. Njihova karakteristika je da proizvode pravno dejstvo prema tačno određenim licima. Iz tih razloga se prema nekim propisima o autorskom pravu uključujući i Zakon o autorskom i srodnim pravima Srbije (dalje ZASP)¹ ova prava, (*po nama ovlašćenja*),² označavaju kao “*Prava autora prema vlasniku primerka dela*,”³ a u teoriji autorskog prava se smatra da se ona mogu podvesti pod subjektivno autorsko pravo u širem smislu. Ova ovlašćenja su novijeg datuma, a u propise o autorskom pravu uneta su da bi se dodatno zaštitili ekonomski interesi autora.

Ksenija Vlašković, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

¹ Sl. glasnik RS 104/2009 i Sl. glasnik RS 99/2011.

² To je u skladu sa monističkom teorijom pravne prirode subjektivnog autorskog prava prema kojoj je subjektivno autorsko pravo jedino pravo sa dve vrste ovlašćenja. Detaljnije o tome videti kod: Miladinović, Z: Autorsko pravo i srodna prava.- Kragujevac, 2008, str. 4.

³ Vidi čl. 34–41. ZASP.

Ista je situacija i kada je reč o pravima srodnim autorskom pravu. U tom smislu kada se govori o ovlašćenju autora na naknadu od prodaje tehničkih uređaja i sredstava podobnih za umnožavanje autorskih dela, treba smatrati da pod istim uslovima to ovlašćenje imaju i subjekti zaštite srodnih prava.

Postoji više relativnih ovlašćenja autora⁴ i subjekata zaštite srodnih prava prema našem ZASP.⁵ Iz tog razloga, sva ta ovlašćenja nisu predmet razmatranja u ovom radu. Predmet našeg interesovanja je samo ovlašćenje autora i subjekata zaštite srodnih prava, na osnovu kojeg autori i subjekti zaštite srodnih prava imaju pravo na deo naknade od prodaje tehničkih uređaja i praznih nosača zvuka, slike i teksta podobnih za umnožavanje autorskih dela i predmeta zaštite srodnih prava, za koje je realno očekivati da će biti korišćeni za umnožavanje autorskih dela za privatne potrebe, a bez saglasnosti autora.

RAZLOZI ZA PRIZNAVANJE OVOG OVLAŠĆENJA

Kao što je napred već istaknuto, ovo ovlašćenje autora i subjekata zaštite srodnih prava novijeg je datuma. Potreba za ustanovljenjem ovog ovlašćenja nastala je iz dva osnovna razloga. Po prvom, zahvaljujući institutu ograničenja isključivih imovinskopravnih ovlašćenja autora i subjekata zaštite srodnih prava, pojedinci mogu u zakonom propisanim slučajevima i pod određenim uslovima umnožavati autorska dela i predmete zaštite srodnih prava za lične nekomercijalne potrebe bez saglasnosti autora i bez plaćanja naknade. To rešenje sadrži i naš ZASP koji u članu 46, stav 1 propisuje da fizičko lice može bez saglasnosti autora i bez plaćanja naknade umnožavati primerke objavljenog autorskog dela za lične nekomercijalne potrebe. Po drugom, sa pojavom savremenih uređaja koja omogućavaju masovno i kvalitetno umnožavanje autorskih dela ekonomski interesi autora u velikoj meri bili su ugroženi, jer se uz pomoć ovih uređaja, autorska dela mogu umnožavati od strane velikog broja lica, pri čemu kvalitet umnoženih primeraka ni u čemu ne zaostaje u odnosu na primerke sa kojih su presnima-

⁴ To su pravo sleđenja (čl. 35 ZASP); ovlašćenje na potraživanje posebne naknade (čl. 39) i ovlašćenje na naknadu od davanja primeraka dela na posluđu (čl. 40 ZASP).

⁵ To su ovlašćenje interpretatora na naknadu za emitovanje i reemitovanje njegove interpretacije sa snimka izdatog na nosaču zvuka; javno saopštavanje njegove interpretacije koja se emituje sa snimka izdatog na nosaču zvuka; javno saopštavanje njegove interpretacije sa snimka izdatog na nosaču zvuka (čl. 117 ZASP); ovlašćenje proizvođača fonograma na naknadu za emitovanje i reemitovanje fonograma; javno saopštavanje fonograma i javno saopštavanje fonograma koji se emituje (čl. 127 ZASP); proizvođač fonograma, interpretator i proizvođač videograma imaju pravo na posebnu naknadu od prodaje tehničkih uređaja i praznih nosača zvuka, slike i teksta podobnih za umnožavanje autorskih dela i predmeta zaštite srodnih prava pod istim uslovima kao i autori (čl. 146 ZASP).

ni, a cena umnoženih primeraka je nekoliko puta niža u odnosu na cenu po kojoj bi se primerci autorskog dela ili predmeta zaštite srodnog prava nabavljali kupovinom. Ta činjenica konstatovana je i u aktu tadašnje EEZ, odnosno današnje EU.⁶ Kada se ove dve činjenice povežu, tj. postojanje instituta ograničenja isključivih imovinskopravnih ovlašćenja autora u korist pojedinca i postojanje tehničkih uređaja podobnih za umnožavanje autorskih dela, dolazi se do zaključka da su se imaoci ovih tehničkih uređaja pretvorili u proizvođače primeraka autorskih dela i predmeta zaštite srodnih prava. Ova pojava dostigla je kulminaciju sredinom 80-ih godina prošloga veka, što je podstaklo zakonodavce nekih zemalja da reaguju, budući da na međunarodnom nivou nije postojao odgovarajući pravni akt koji bi predstavljao osnovu za rešavanje ovog problema. Baziran na statističkoj anketi koju su vodile organizacije koje se bave zaštitom ovih prava, procenjeno je da se godišnje približno oko 300 biliona stranica nelegalno kopira, a sačinjene su za interne potrebe institucija širom sveta, u domenu knjiga, žurnala, muzičkih zapisa i sl. U ovaj broj nije uključeno umnožavanje dela za svrhe piratske prodaje na tržištu.⁷ Prema nekim podacima u Norveškoj, sa ukupnim brojem od 4,5 miliona stanovnika, "godišnje se napravi oko 650 miliona kopija-stranica načinjenih za internu upotrebu institucija (što je jednako broju od 3,2 miliona knjiga od po 200 strana)."⁸ Ovaj problem u istoj meri odnosi se i na prava srodna autorskom pravu.

Za rešenje ovog problema trebalo je stvoriti odgovarajući pravni osnov, ali i predvideti način za praktičnu realizaciju istog, pošto bi priznavanje posebnog ovlašćenja subjektima prava, bez obezbeđivanja načina njegovog ostvarivanja u praksi, bilo samo ovlašćenje od kojeg subjekti kojima je priznato ne bi imali nikakve koristi. Među prvim zemljama koje su rešile ovaj problem bile su Nemačka, Francuska i Portugalija, koje su priznale autorima posebno, relativno (neisključivo) ovlašćenje na deo naknade od prodaje tehničkih uređaja i sredstava koji su podobni za umnožavanje autorskih dela. Ovo ovlašćenje priznato je autorima samo u odnosu na tehničke uređaje i sredstva koja su podobna za umnožavanje autorskih dela, dok uređaji koji su podobni samo za reprodukovanje, a ne i za umnožavanje ne podležu ovoj obavezi. Takođe, ovo ovlašćenje priznato je samo određenim autorima, odnosno autorima u odnosu na određenu vrstu autorskih dela. Polazeći od rešenja usvojenih u uporednom pravu, ovo ovlašćenje autorima i subjektima zaštite srodnih prava u našoj zemlji prvi put je bilo predviđe-

⁶ Zelena knjiga o autorskom pravu-Green Paper on Copyright and the Challenge of Tehnology, Com 88&172, Brussels, 1988, str. 109-119.

⁷ J. Rudloph, Kolektivno ostvarivanje reprografskih prava, Zbornik referata "Modeli zaštite autorskih prava na polju književnosti", Beograd, 2003. str. 8.

⁸ *Isto*, str. 6.

no ZASP iz 1998. godine,⁹ i to u jednoj veoma sažetoj odredbi za autore (čl. 35 ZASP) i u jednoj zajedničkoj odredbi za subjekte zaštite srodnih prava (čl. 137 ZASP). ZASP iz 2004¹⁰ u potpunosti je preuzeto rešenje iz ZASP iz 1998. da bi ZASP iz 2009. godine, ovom ovlašćenju autora bila posvećena jedna veoma opširna zakonska odredba (čl. 39), koja se analogno primenjivala i na subjekte zaštite srodnih prava osim na proizvođače emisije i na proizvođače paze podataka (čl. 147 ZASP). Iako se činilo da je ZASP iz 2009. godine, ovo ovlašćenje autora definitivno uređeno, pokazalo se da to nije slučaj, jer je već početkom 2012. godine, usvojen Predlog zakona o izmenama i dopunama zakona o autorskom i srodnim pravima,¹¹ u kome je u prvom članu zauzelo mesto upravo ovo ovlašćenje autora.

AUTORI I SUBJEKTI ZAŠTITE SRODNIH PRAVA KOJI IMAJU PRAVO NA POSEBNU NAKNADU

Ovlašćenje na naknadu od prodaje tehničkih uređaja i praznih nosača zvuka, slike i teksta nemaju svi autori i subjekte zaštite srodnih prava. Ovo ovlašćenje pripada samo određenim autorima, odnosno subjektima zaštite srodnih prava. U pitanju su autori onih dela za koja se, s obzirom na njihovu prirodu, opravdano može očekivati da će bez saglasnosti autora, odnosno subjekta zaštite srodnog prava biti umnožavana i to snimanjem na nosače zvuka, slike i teksta (književna, muzička i filmska dela), odnosno fotokopiranjem. To znači da se ne misli na autorska dela i predmete zaštite srodnih prava koja su u tehničkom smislu podobna za vizuelno ili akustičko snimanje, već se misli na autorska dela i predmete zaštite srodnih prava koja, pored tog uslova, kao svakako nužnog, ispunjavaju i uslov *verovatnoće* da će, prema iskustvu iz prakse zaista biti umnožavana. Ta verovatnoća sigurno postoji kada su u pitanju muzička i filmska autorska dela, dramska i koreografska, kao i književna autorska dela. Za dela iz oblasti likovne umetnosti mala je verovatnoća da će biti umnožavana iz jednostavnog razloga što potencijalna lica koja bi to činila nemaju ekonomski interes ili je njihov ekonomski interes zanemarljivo mali.

Polazeći od rešenja u uporednom pravu, ali imajući u vidu ranija zakonska rešenja, ZASP iz 2009. godine je u članu 39. na iscrpan način uredio ovo pitanje, određujući autore koji imaju pravo na posebnu naknadu, subjekte koji su dužnici plaćanja ove naknade, slučajeve u kojima se ova naknada ne plaća, način ostvari-

⁹ Sl. list SRJ 24/1998.

¹⁰ Sl. list SCG 61/2004.

¹¹ Videti: *Obrazloženje Predloga zakona dostupno je na sajtu www.parlament.gov.rs – zakoni u proceduri.*

vanja ovog ovlašćenja, dok je stavom 9 istoga člana predviđeno da listu tehničkih uređaja i praznih nosača zvuka slike i teksta za koje se plaća ova naknada treba da odredi Vlada RS na predlog organa državne uprave nadležnog za poslove intelektualne svojine, tj. Zavoda za intelektualnu svojinu. Takođe, članom 146. ZASP predviđeno je da pravo na posebnu naknadu koja je propisana članom 39. ZASP pod istim uslovima kao i autori imaju i interpretator, proizvođač fonograma i proizvođač videograma.

TEHNIČKI UREĐAJI I PRAZNI NOSAČI ZVUKA, SLIKE I TEKSTA ZA KOJE POSTOJI OBAVEZA PLAĆANJA POSEBNE NAKNADE

Imajući u vidu da aktuelni međunarodni izvori autorskog prava ne sadrže odgovarajuće odredbe koje obavezuju države članice da nacionalnim zakonodavstvom autorima priznaju ovlašćenje na potraživanje dela naknade od prodaje uređaja i sredstava podobnih za umnožavanje autorskih dela, u istima se ne mogu naći ni odredbe o tome koji su to uređaji i sredstva na koje se ovo ovlašćenje odnosi. Iz tih razloga su nacionalni zakonopisci bili slobodni da propisima o autorskom pravu ovo pitanje urede po sopstvenom nahođenju. Uporednim pregledom propisa o autorskom pravu nekih zemalja, dolazi se do zaključka da su to uglavnom uređaji i sredstva koji su podobni za umnožavanje autorskih dela, kao što su: kasetofoni, računari, kopir aparati, nesnimljene kasete, diskete i sl.

Prema članu 38, stav 2 ZASP Bosne i Hercegovine¹² iznosi koji se plaćaju po ovom osnovu određuju se posebno za različite kategorije uređaja i nosača zvuka i to: *a/* za svaki uređaj za zvučno snimanje, u zavisnosti od tehnologije (analogno, digitalno) i činjenice da li se radi o uređajima namenjenim isključivo reprodukciji zvučnih snimaka ili ne; *b/* za svaki uređaj za audiovizuelno snimanje, u zavisnosti od tehnologije (analogno, digitalno) i činjenice da li se radi o uređajima namenjenim isključivo za reprodukciju audiovizuelnih ili videosnimaka ili ne; *c/* za svaki prazan nosač zvuka ili slike u zavisnosti od tehnologije (analogno, digitalno) i najdužeg mogućeg trajanja reprodukcije zvuka ili slike; *d/* za svaki uređaj za fotokopiranje ili drugi uređaj sa sličnom tehnikom reprodukcije (faks, printer, fotoprinter i sl.), u zavisnosti od najvećeg mogućeg broja kopija u minuti i od mogućnosti umnožavanja u boji, za svaku pojedinačnu fotokopiju napravljenu za prodaju fizičkim licima.

U Srbiji su prazni nosači zvuka, slike i teksta kao i tehnički uređaji za koje se plaća posebna naknada na predlog Zavoda za intelektualnu svojinu a po pribavljenom mišljenju organa nadležnog za razvoj informacionog društva, utvrđeni

¹² *Sl. glasnik Bosne i Hercegovine* 63/2010.

Uredbom Vlade Republike Srbije.¹³ Ovu listu prema članu 3. Uredbe čine: 1. Prazni nosači zvuka, slike i teksta: kompakt diskovi; digitalni video diskovi; digitalni video diskovi visoke definicije; *blue-Ray* diskovi; mini diskovi; audio kasete; video kasete; *USB Flash Drive*. 2. Uređaji: fotokopir aparati; CD rezači (kao računarske komponente); DVD rezači (kao računarske komponente); štampači; skeneri; digitalni video rikorderi; *blue Ray* rikorderi; video rikorderi; digitalni džuboksovi; digitalni audio plejeri; *HI-FI CD* rikorder; *HI-FI DVD* rikorder; *HI-FI HD* rikorder.

Predlogom zakona o izmenama i dopunama zakona o autorskom i srodnim pravima iz 2012. godine, predviđeno je da listu tehničkih uređaja i praznih nosača zvuka, slike i teksta za koje postoji obaveza plaćanja u buduće treba da donosi Vlada RS samostalno, a ne, kako je to propisano važećim ZASP uz prethodno pribavljeno mišljenje organa nadležnog za razvoj informacionog društva. Ovakvo rešenje već je bilo predmet opravdane kritike u našoj pravnoj teoriji,¹⁴ jer se na ovaj način iz rešavanja ove problematike isključuje Zavod za intelektualnu svojinu koji je nesumnjivo jedini stručan organ da se bavi ovom problematikom.

U predlogu za izmenu ZASP predviđeno je da ukoliko neki uređaj ili predmet sa liste ima više funkcija, postojanje obaveze plaćanja posebne naknade utvrđuje se na osnovu prevashodne namene uređaja ili predmeta. Ovakva formulacija zakonske odredbe može imati negativne efekte, pre svega što prevashodna namena uređaja ili predmeta ne mora biti umnožavanje autorskih dela ali se isti mogu koristiti u te svrhe. Nedostatak je i u tome što zakonom nije predviđeno koji organ utvrđuje postojanje obaveze plaćanja posebne naknade u slučaju kada neki tehnički uređaj ima više namena.

Kada su u pitanju autori književnih dela za koje je karakteristično da se umnožavaju kopiranjem, propisi o autorskom pravu, uključujući i naš ZASP (čl. 39, stav 4) pokušavaju da ih i dodatno zaštite, priznajući im, pored ovlašćenja, na deo naknade od prodaje kopir aparata i sličnih uređaja i ovlašćenje na naknadu od pravnog ili fizičkog lica koje pruža usluge fotokopiranja uz naknadu. Očigledno je da je zakonodavac imao u vidu da je ovaj vid umnožavanja književnih autorskih dela (naročito stručne literature) postao jedan od glavnih problema za autore ove vrste dela. Naime, poznato je da su niska cena fotokopiranja i izuzetno dobar kvalitet fotokopija dva osnovna razloga da se danas stručna literatura masovno kopira umesto da se kupuje. Takođe, poznata je činjenica da se u pojedinim fotokopirnicama (naročito u univerzitetskim centrima), može u svakom trenutku dobiti, unapred, fotokopiranjem umnožena određena stručna literatura i to po znatno nižoj ceni od prodajne cene u knjižari.

¹³ Sl. glasnik RS 45/2010.

¹⁴ D. Popović, O ograničenjima i kolektivnom ostvarivanju autorskog i srodnih prava.- Pravo i privreda, 7–9/20012, str. 307.

Neosporno je da je priznavanjem posebnog ovlašćenja autoru na naknadu od svake načinjene kopije namera zakonodavca bila da se dodatno zaštite ekonomski interesi autora. Pitanje je, međutim, koliku će korist autori u praksi od toga imati. Jedini način da se ovom vidu nelegalnog iskorišćavanja autorskih dela stane na put jeste doslovna primena kaznenih odredbi ZASP, kao i primena Zakona o posebnim ovlašćenjima radi efikasnije zaštite prava intelektualne svojine¹⁵ prema kojem su inspekcijски organi ovlašćeni da deluju ne samo na zahtev lica čije je pravo povređeno, već i po službenoj dužnosti, obavljajući svoje redovne aktivnosti. Po našem mišljenju ovaj problem se može rešiti tek onda kada neka fotokopirница bude kažnjena makar i najnižom novčanom kaznom i kada joj bude zabranjeno obavljanje delatnosti kojom se povređuju prava intelektualne svojine.

DUŽNICI PLAĆANJA POSEBNE NAKNADE

Jedan od osnovnih problema koji se postavljao prilikom razmišljanja o priznavanju ovog ovlašćenja subjektima prava i koji je trebalo rešiti, bio je kroz koju pravnu formu bi ovi subjekti mogli realizovati ovo ovlašćenje. Konkretno, postavila su se dva ključna pitanja na koja je trebalo dati odgovore. Prvo pitanje bilo je ko bi bili dužnici plaćanja dela naknade. S obzirom da je broj lica koja vrše umnožavanje autorskih dela i predmeta zaštite srodnih prava za privatne potrebe veliki i da je nemoguće kontrolisati svako umnožavanje, kao dužnici plaćanja ove naknade pojedinci (lica koja vrše umnožavanje) nisu mogli doći u obzir. Ovo tim pre što većina nacionalnih propisa o autorskom pravu, uključujući i naš ZASP predviđaju ograničenja određenih isključivih imovinskopravnih ovlašćenja, što znači da je u zakonom propisanim slučajevima i pod određenim uslovima dozvoljeno bez saglasnosti autora i bez plaćanja naknade umnožavanje autorskih dela i predmeta zaštite srodnih prava za lične potrebe.

Drugo pitanje, odnosilo se na način ostvarivanja ovog ovlašćenja. S obzirom da subjekti kojima je ovo ovlašćenje priznato objektivno ne mogu kontrolisati lica koja vrše umnožavanje autorskih dela i predmeta zaštite srodnih prava, niti je međusobno ugovaranje plaćanja posebne naknade objektivno moguće, individualno ostvarivanje ovog ovlašćenja bilo je nemoguće. Zbog toga je kao jedina mogućnost ostalo kolektivno ostvarivanje ovog ovlašćenja.

Prvi problem je rešen tako što je ostvarivanje ovog ovlašćenja vezano za čin prve prodaje ili uvoza novih tehničkih uređaja i opreme koji su podobni za umnožavanje autorskih dela i predmeta zaštite srodnih prava. Vezivanje ovog ovlašćenja za čin prve prodaje, odnosno uvoza učinjeno je iz praktičnih razloga. Naime, poznato je da se radnje prodaje i uvoza mogu efikasno kontrolisati, budući da su

¹⁵ Sl. glasnik RS 46/2006 i Sl. glasnik RS 104/2009.

to radnje koje prema propisima finansijskog i carinskog poslovanja podležu obavezi evidentiranja. Pored toga, čin prodaje, odnosno uvoza je dosta pouzdan izvor iz kojeg se može utvrditi iznos po kome su uređaji i oprema prodati, koji predstavlja osnovicu za obračun iznosa naknade koji pripada autorima i subjektima zaštite srodnih prava. Ovaj sistem najpre je predviđen propisima autorskog prava Nemačke, Francuske i Portugalije, kao zemalja koje su prve priznale ovo ovlašćenje autorima a koji je usvojen i u zakonima drugih zemalja.

Po uzoru na rešenja iz uporednog prava, ovo ovlašćenje autora i subjekata zaštite srodnih prava, predviđeno je i našim aktuelnim ZASP, što je i razumljivo imajući u vidu da su autori teksta zakona imali u vidu rešenja sadržanih u pravu EU, pre svega u Direktivi o harmonizaciji određenih aspekata autorskog i srodnih prava u informatičkom društvu.¹⁶

Prema članu 39, stav 2 aktuelnog ZASP, naknadu o kojoj je reč plaćaju: proizvođači uređaja za tonsko i vizuelno snimanje, proizvođači uređaja za fotokopiranje ili drugih uređaja sa sličnom tehnikom umnožavanja, proizvođači praznih nosača zvuka, slike i teksta i solidarno sa njima uvoznici uređaja za tonsko i vizuelno snimanje, uređaja za fotokopiranje ili drugih uređaja sa sličnom tehnikom umnožavanja i praznih nosača zvuka, slike i teksta, osim ako se radi o uvozu malih količina namenjenih za privatno i nekomercijalno korišćenje, kao deo ličnog prtljaga. Kada su u pitanju fotokopir aparati, ili uređaji sa sličnom tehnikom umnožavanja, pored naknade koju plaćaju proizvođači ili uvoznici ovih uređaja, naknadu plaćaju i pravna i fizička lica koja pružaju usluge fotokopiranja uz naknadu.

ZASP iz 2009 (čl. 39, stav 6) predviđeno je da lica koja su po zakonu određena kao dužnici plaćanja naknade od prodaje tehničkih uređaja za tonsko i vizuelno snimanje, proizvođači uređaja za fotokopiranje ili drugih uređaja sa sličnom tehnikom umnožavanja, proizvođači praznih nosača zvuka, slike i teksta *ne plaćaju* ovu naknadu za: tehničke uređaje i prazne nosače zvuka slike i teksta ako su oni namenjeni izvozu; tehničke uređaje koji se uobičajeno ne koriste za umnožavanje autorskih dela za lične nekomercijalne potrebe; prazne nosače zvuka, slike i teksta koji se isključivo koriste uz tehničke uređaje za umnožavanje autorskih dela za lične nekomercijalne potrebe. Ovo rešenje bilo je u skladu sa rešenjima u uporednom pravu. Međutim, Predlogom zakona o izmenama i dopunama ZASP koji je trenutno u skupštinskoj proceduri, predviđeno je da se naknada ne plaća i za:

a/ tehničke uređaje i prazne nosače zvuka, slike i teksta koje potencijalni obveznik plaćanja naknade kupuje u drugoj državi ili carinskoj teritoriji, ako se oni neposredno isporučuju u drugu državu ili carinsku teritoriju ili ako ih potencijalni obveznik plaćanja naknade posle sprovedenog odgovarajućeg carinskog postupka otprema sa teritorije Republike Srbije;

¹⁶ Directive of the European Parliament of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, OJ L 167, 22. 6. 2001.

b/ računare, računarsku opremu, komponente i računarske memorije, izuzev ako neki od tih uređaja nije izričito naveden u listi Vlade RS za koju se ne plaća naknada;

c/ obveznik plaćanja posebne naknade koji je platio posebnu naknadu za uređaje i predmete sa liste koju je utvrdila Vlada, koji su kasnije otpremljeni sa teritorije Republike Srbije, ima pravo na vraćanje plaćene posebne naknade.

S pravom se ističe da se izuzimanjem računara, koji nesumnjivo predstavljaju uređaj koji je podoban za umnožavanje autorskih dela (naročito muzičkih i filmskih) i koji se danas najčešće koriste za umnožavanje ove vrste autorskih dela, potpuno obesmišlja ovlašćenje autora i subjekata zaštite srodnih prava na posebnu naknadu.¹⁷

VISINA NAKNADE KOJA SE PLAĆA

Da bi autori i subjekti zaštite srodnih prava u praksi zaista i dobili naknadu na koju po zakonu imaju pravo, potrebno je odgovarajućim aktom utvrditi iznos naknade koji im po osnovu ovog ovlašćenja pripada. U uporednom pravu, ovo pitanje je najbolje, a čini se i najdoslednije uređeno u nemačkom pravu. Naime, u Nemačkoj je visina naknade koju obveznici plaćaju propisana Zakonom o autorskom pravu. Prema članu 53. nemačkog zakona o autorskom pravu visina naknada je određena tarifom, koja je sadržana u samom zakonu, a taj iznos zavisi od raznih činilaca. Tako, na primer, od svakog prodatog magnetofona za ovu naknadu izdvaja se 2,50 tadašnjih maraka, za videorekorder 18 nemačkih maraka, za praznu magnetofonsku traku 0,12 maraka po satu trajanja, za nesnimljenu videotraku 0,17 maraka po satu trajanja.¹⁸

Kada su u pitanju kopir aparati, naknada se određuje od broja kopija koje aparat može proizvesti u minuti. Tako, prema nemačkom zakonu o autorskom pravu, lica koja se bave kopiranjem, kao privrednom delatnošću, kao i javne ustanove u kojima je za to instaliran kopir aparat, kao što su škole, fakulteti, biblioteke i slično, dužne su da plaćaju naknadu za svaku načinjenu kopiju, a iznos zavisi od formata papira i od toga da li su kopije u jednoj ili više boja.¹⁹

ZASP Bosne i Hercegovine (čl. 38, stav 1) predviđeno je da će iznose pojedinih naknada za umnožavanje za privatnu i drugu ličnu upotrebu koji pripadaju

¹⁷ D. Popović, op. cit., str. 308.

¹⁸ Navedeno prema D. Milić, Pravo autora na posebnu naknadu. Pravni život 11/2008, str. 898.

¹⁹ Na primer, za format A4 u jednoj boji naknada se plaća u iznosu od 0,02 do 0,05 maraka, a za višebojne kopije dvostruko više. Navedeno prema: D. Milić, op. cit., str. 898.

nosiocima prava od prodaje uređaja i sredstava podobnih za umnožavanje autorskih dela odrediti Viće ministara Bosne i Hercegovine posebnim aktom.

Aktuelnim ZASP Srbije ovo pitanje uređeno je članom 178. koji propisuje da se za ostvarivanje prava na posebnu naknadu koja pripada autorima određenih dela i interpretatorima, proizvođačima fonograma i videograma donosi jedinstvena tarifa.

Jedinstvena tarifa određuje se sporazumom u pisanoj formi između organizacija koje ostvaruju prava onih subjekata kojima je ZASP Srbije priznato ovlašćenje na posebnu naknadu s jedne strane, i reprezentativnog udruženja proizvođača, odnosno uvoznika uređaja za tonsko i vizuelno snimanje i proizvođača, odnosno uvoznika praznih nosača zvuka, slike i teksta s druge strane. Organizacije autora i subjekata zaštite srodnih prava zajednički iniciraju pregovore o jedinstvenoj tarifi, zajednički pregovaraju i nakon postignutog dogovora zajednički objavljuju jedinstvenu tarifu u Službenom glasniku Republike Srbije.

Ukoliko u roku od 60 dana od dana objave poziva za pregovore o jedinstvenoj tarifi nije postignut sporazum, predlog jedinstvene tarife određuju pismenim sporazumom upravni odbori organizacija i dostavljaju ga Komisiji za autorsko i srodna prava²⁰ na mišljenje. Ukoliko se između organizacije i reprezentativnog udruženja ne postigne dogovor o jedinstvenoj tarifi niti se u roku od 90 dana od dana objave poziva za pregovore o tarifi ne podnese Komisiji zahtev za dobijanje mišljenja o predlogu jedinstvene tarife, jedinstvenu tarifu određuje Komisija.

Predlogom o izmenama i dopunama zakona o autorskom i srodnim pravima (čl. 3) predlaže se da iznos posebne naknade bude određen Zakonom. Taj iznos kako se predlaže ne bi mogao biti viši od 0,3% vrednosti predmeta koji je obuhvaćen listom predmeta za koje postoji obaveza plaćanja. Ako se uređaji i predmeti proizvode u Republici Srbiji kao vrednost se uzima njihova prodajna cena bez poreza na dodatu vrednost pri prvoj prodaji, a kada se uređaji i predmeti uvoze u Republiku Srbiju kao njihova vrednost uzima se njihova nabavna cena preračunata u dinare po kursu na dan njihovog carinjenja, uvećana za iznos plaćene carine.

NAČIN OSTVARIVANJA OVLAŠĆENJA NA POSEBNU NAKNADU

Jedna od osnovnih teškoća za ostvarivanje ovog ovlašćenja od samog uvođenja u autorsko pravo bio je način njegovog ostvarivanja. Prema propisima au-

²⁰ Komisija je stručno telo predviđena ZASP iz 2009. Nadležnosti i sastav Komisije uređeni su odredbama čl. 192–201 ZASP. Prema članu 192 ZASP, Komisija za autorsko i srodna prava je stručno telo ovlašćeno da u oblasti ostvarivanja autorskog i srodnih prava daje mišljenje o predlogu tarife koju predlažu organizacije za kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava.

torskog prava, autori i subjekti zaštite srodnih prava, sva ovlašćenja koja su im zakonom priznata mogu ostvarivati individualno ili kolektivno. Kada je u pitanju ostvarivanje ovlašćenja na ovu naknadu, njegova osnovna specifičnost je u tome što niti autori niti subjekti zaštite srodnih prava mogu tačno utvrditi dela, odnosno predmete zaštite srodnih prava koji se umnožavaju, njihovu učestalost, niti lica koja to čine. Takođe, skoro je nemoguće da ovi subjekti imaju bar približne podatke o proizvođačima, odnosno uvozniciima tehničkih uređaja i sredstava koji podležu obavezi plaćanja ove naknade, a da i ne govorimo o broju prodatih uređaja i sredstava. Štaviše, čak i da raspolažu tim podacima, ovi subjekti objektivno nisu u mogućnosti da individualno ostvaruju ovo ovlašćenje. Imajući tu činjenicu u vidu, ZASP (čl. 39, stav 8) po ugledu na rešenja iz uporednog prava, predviđeno je da se ovo ovlašćenje ostvaruje samo preko organizacije za kolektivno ostvarivanje. Rešenjem da se ovo ovlašćenje ostvaruje samo na kolektivni način zakonodavac je predupredio mogućnost pojave pojedinačnog potraživanja od strane pojedinih autora, odnosno subjekata zaštite srodnih prava, prema pojedinačnim obveznicima plaćanja ove naknade čime bi se stvorio veliki (a može se reći i neresiv) problem sudskim organima.

Činjenica da je zakonom propisana obaveza kolektivnog ostvarivanja ovog ovlašćenja, podrazumeva obavezu svih učesnika u ovom poslu (nosilaca prava, organizacija za kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava i dužnika plaćanja posebne naknade) na određene aktivnosti. Nosioци autorskog, odnosno srodnih prava moraju najpre zaključiti ugovor, odnosno dati nalog organizaciji da u svoje ime a za njihov račun naplati naknadu od korisnika.²¹ Dakle, da bi organizacija mogla da ostvaruje ova ovlašćenja mora za to imati pravni osnov, odnosno ovlašćenje nosioca autorskog, odnosno srodnih prava. Tek na osnovu dobijenog ovlašćenja, organizacija stiče pravo da preduzima dalje korake u cilju ispunjenja ove svoje obaveze. Prva radnja u tom smislu je da organizacija mora preko masovnih medija i objavom na svojoj internet stranici obavestiti korisnike i zainteresovanu javnost (a to mora činiti i povremeno) o nosiocima prava koje predstavlja, pravima koje ostvaruje, kategorijama korisnika predmeta zaštite i o fizičkim ili pravnim licima koji su obveznici plaćanja naknade. Naspram ovih obaveza organizacije, stoje obaveze korisnika autorskih dela i predmeta zaštite srodnih prava, odnosno dužnika plaćanja posebne naknade.

Prema članu 28, stav 1 i 2 Zakona o kolektivnom ostvarivanju autorskog i srodnih prava BiH (ZOKOAI SP)²² proizvođači uređaja za zvučno i vizuelno snimanje, proizvođači uređaja za fotokopiranje, proizvođači praznih nosača zvuka,

²¹ Prema članu 4, stav 3 Zakona o kolektivnom ostvarivanju autorskog i srodnih prava Bosne i Hercegovine, skraćeno ZOKOAI SP BiH, oni to ne moraju učiniti, jer prema izričitoj zakonskoj odredbi, kolektivna organizacija ovo ovlašćenje ostvaruje bez ugovora sa autorom.

²² Sl. glasnik Bosne i Hercegovine 63/2010.

slike ili teksta, odnosno uvoznici takvih uređaja i nosača, *dužni* su da krajem svakog kvartala saopšte, u pisanom obliku, odgovarajućoj kolektivnoj organizaciji podatke o broju i vrsti prodatih, odnosno uvezenih uređaja i nosača zvuka, slike i teksta, koji su potrebni za izračunavanje dugovane naknade. Pored toga, fizička ili pravna lica koja uz naplatu obavljaju usluge fotokopiranja *dužna su* da krajem svakog meseca saopše, u pisanom obliku, odgovarajućoj kolektivnoj organizaciji podatke o broju izrađenih fotokopija za prodaju, koji su potrebni za izračunavanje dugovane naknade, osim ako je posebnim ugovorom između kolektivne organizacije i takvih lica dogovoren drugačiji rok. Ovo zakonsko rešenje je izuzetno dobro jer propisuje jasne obaveze subjekata koji su dužnici plaćanja ove naknade. Kvalitet zakonskog rešenja je i u tome što je kaznenim odredbama ZOKOAI SP BiH (čl. 41, stav 1 tačka b) neispunjenje ove obaveze sankcionisano kao prekršaj za koji je propisana novčana kazna u iznosu od 1.000 do 100.000 KM za pravno lice, odnosno od 1.000 do 10.000 KM za preduzetnika, dok je za odgovoreno lice u pravnom licu zaprećena kazna u iznosu od 3.000 do 20.000 KM. Ako se prekršaj učini u povratu, učiniocu prekršaja može se izreći zaštitna mera zabrana obavljanja delatnosti, ili dela delatnosti u trajanju do jedne godine.

ZASP Srbije nije propisano kada dospeva obaveza plaćanja naknade koju organizaciji duguju ovi subjekti, iako je ostvarivanje ovog ovlašćenja vezano za čin prodaje tehničkih uređaja i sredstava podobnih za umnožavanje autorskih dela. Poseban nedostatak rešenja u ZASP Srbije je i u tome što je članom 39, stav 7 propisano da su dužnici plaćanja ove naknade obavezni da tek na zahtev organizacije (dakle, ne po samom zakonu) dostave informacije (po nama tačne podatke) o tipu i broju prodatih, odnosno uvezenih uređaja ili nosača zvuka slike i teksta, kao osnov za obračun naknade. Očigledno je da je zakonodavac prepustio da ovo pitanje bude uređeno tarifom organizacije za kolektivno ostvarivanje ovog ovlašćenja. Čini nam se međutim, da je bilo bolje da je zakonom jasno propisano da su dužnici ove naknade obavezni da u određenom roku dostave sve podatke relevantne za obračun naknade i period dospeća plaćanja ove naknade. Rešenje iz ZOKOAI SP BiH jasno pokazuje da se to moglo učiniti i u ZASP Srbije. U praksi će se poseban nedostatak jasnog zakonskog rešenja ovog pitanja pokazati kada je u pitanju ostvarivanje ovlašćenja autora književnih dela koja su podobna za umnožavanje kopiranjem i sličnom tehnikom umnožavanja. Naime, kao i u prethodnom slučaju, članom 39, stav 7 ZASP Srbije, propisano je da su ova lica dužna da tek na *zahtev* organizacije za kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava dostave tražene podatke. Dakle, ova lica nisu po zakonu dužna da dostave ove podatke, već ukoliko organizacija od njih to zahteva. To znači da, ukoliko organizacija od ovih subjekata ne zatraži ove podatke, isti nisu obavezni da ih dostave. Mogućnosti da se ove informacije dostavljaju onda kada organizacija za kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava to zahteva, ostavlja prostora i za selektivno postupanje organizacija prema pojedinim fotokopirnicama.

Prema ZOKOAIISP BiH (čl. 22, stav 1 i 2) naknada ostvarena od prve prodaje ili uvoza novih tehničkih uređaja za zvučno i vizuelno snimanje i novih praznih nosača zvuka, slike ili teksta, deli se između autora, interpretatora i proizvođača fonograma, odnosno filmskih producenata u srazmjeri 40:30:30.

Prema nemačkom pravu naknada se deli tako što 50% iznosa pripada autorima, 25% izvođačima i 25% izdavačima. U Ruskoj federaciji taj iznos je 40% autorima 30% izvođačima i 30% izdavačima.

Prema ZASP BiH naknada ostvarena od prve prodaje ili uvoza novih uređaja za fotokopiranje i od izrađenih fotokopija namenjenih za prodaju, deli se između autora i izdavača u srazmeri 50:50.

Prema ZASP Srbije (čl. 178, stav 7) kada je u pitanju naknada od prodaje tehničkih uređaja za tonsko i vizuelno snimanje i praznih nosača zvuka, slike i teksta, istu vrši organizacija za kolektivno ostvarivanje autorskih *muzičkih prava* uz prethodno postignut pismeni sporazum sa organizacijama koje su učestvovala u pregovorima o jedinstvenoj tarifi i o visini troškova naplate posebne naknade. Organizacija za kolektivno ostvarivanje autorskih muzičkih prava dužna je da ukupno ubranu naknadu, po odbitku sporazumno određenih troškova, raspodeli autorima i preda organizacijama interpretatora i proizvođača fonograma, odnosno videograma i to tako što autorima pripada: 40%, a interpretatorima i proizvođačima fonograma i videograma po 30% naplaćene naknade.

ZAKLJUČAK

Analizom propisa iz oblasti autorskog i srodnih prava zemalja u okruženju i relevantnih direktiva EU dolazi se do zaključka da je u pogledu ovlašćenja autora i subjekata zaštite srodnih prava na posebnu naknadu od prodaje tehničkih uređaja i sredstava podobnih za umnožavanje autorskih dela i predmeta zaštite srodnih prava, naš aktuelni ZASP u dobroj meri usklađen sa uporednim autorskim pravom i pravom EU.

Po prirodi stvari, očekuje se, da kada se vrše izmene i dopune bilo kog zakona, da se iz važećeg zakona uklone rešenja koja su se u praksi pokazala kao neceleshodna a da se u isti unesu rešenja za koja se pokazalo da nedostaju, odnosno da se neka rešenja poboljšaju. Utisak je da Predlogom zakona o izmenama i dopunama ZASP iz 2012. godine, koji je u skupštinskoj proceduri, kada je u pitanju ovo ovlašćenje to nije učinjeno, već da se otišlo korak unazad u odnosu na rešenja iz aktuelnog ZASP. Takav zaključak izvodi se iz činjenice da su iz liste tehničkih uređaja podobnih za umnožavanje autorskih dela i predmeta zaštite srodnih prava za koje postoji obaveza plaćanja posebne naknade isključeni računari, računarska oprema, komponente i računarske memorije, čime se ovo ovlašćenje autora i subjekata zaštite srodnih prava skoro obesmišljava budući da su računari danas naj-

pogodniji tehnički uređaj za umnožavanje, naročito muzičkih i filmskih autorskih dela. Takođe, nije dobro rešenje da listu tehničkih uređaja za koje postoji obaveza plaćanja posebne naknade utvrđuje Vlada bez pribavljenog mišljenja Zavoda za intelektualnu svojinu.

Kao posebno problematično čini nam se rešenje iz Predloga zakona o izmenama i dopunama ZASP, prema kome se u slučaju sumnje da li se za neki uređaj ili predmet sa liste Vlade koji ima više funkcija plaća posebna naknada, postojeće obaveze plaćanja naknade utvrđuje na osnovu prevashodne namene uređaja ili predmeta, a da nije predviđeno koji organ daje mišljenje o tom pitanju.

Dobro rešenje iz Predloga zakona o izmenama i dopunama ZASP je da bi iznos naknade koji su dužnici plaćanja ove naknade dužni da plaćaju bio određen zakonom (prema Predlogu taj iznos ne bi mogao biti viši od 0,3% vrednosti tehničkog uređaja ili praznog nosača zvuka, slike ili teksta), a ne Tarifom organizacije za kolektivno ostvarivanje autorskog i srodnih prava, kako je predviđeno aktuelnim ZASP.

KSENIJA VLAŠKOVIĆ, Ph.D.,
Candidate at the Faculty of Law,
University of Kragujevac

THE RIGHT OF THE AUTHOR TO COMPENSATION
FROM THE SALE OF EQUIPMENT AND TOOLS
FOR REPRODUCTION WORKS OF AUTHORSHIP

Summary

The essence of the subjective form of copyright law is absolute and exclusive rights of the author. However, in terms of economic interests his relative rights are of no less importance.. One of the relative rights of the author, and subjects of related protection rights is also authorized by the claim of compensation from the sale of technical equipment and facilities suitable for the reproduction of copyright works, and particularly in it is realistic to expect that the fact copying all be done for private use without the consent of the author or right holder.

PETA KATEDRA

**PRAVO
NA PRAVDU**

Sud u koneksitetu pravde

GORDANA STANKOVIĆ

**POSTUPAK ZA MIRNO REŠAVANJE SPORA
OBAVEZNI PREGOVARANJEM
POTENCIJALNIH STRANAKA PRE PARNICE**

– Beleška uz čl. 193. Zakona o parničnom postupku (2011) –

1. Krajem septembra 2011.g. usvojen je novi Zakon o parničnom postupku Republike Srbije.¹ Prema odredbi čl. 508. ZPP, ovaj zakon, koji je donet po hitnom postupku,² primenjuje se od 1. februara 2012. godine, kada je, prestao da važi prvi Zakon o parničnom postupku Republike Srbije iz 2004. g.³

Osnovni pravopolitički ciljevi koje je trebalo ostvariti u domenu civilne procedure donošenjem novog ZPP bili su nastojanje da se postupak što više ubrza i skрати njegovo trajanje, da se smanji aktivna uloga suda i pojača uloga stranaکا u postupku,⁴ uvede sistem prekluzija⁵ da bi se ostvarila veća koncentracija po-

Dr Gordana Stanković, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu.

¹ “Službeni glasnik Republike Srbije”, br. 72/2011, u daljem tekstu ZPP (2011).

² Donošenje ovog zakona po hitnom postupku, predloženo je radi ispunjenja međunarodnih obaveza u cilju sticanja kandidature za članstvo u Evropskoj uniji. Videti: Obrazloženje Predloga Zakona o parničnom postupku. Preuzeto sa: http://www.srbija.gov.rs/vesti/dokumenti_pregled.phd?id=146465.

³ “Službeni glasnik Republike Srbije”, br. 125/04 i 111/09, u daljem tekstu ZPP (2004).

⁴ Pojedina zakonska rešenja koja su imala za cilj ubrzanje postupka dovela su u pitanje ostvarivanje drugih procesnih principa, pre svega, princip pravičnosti, jednakosti i obostranog saslušanja.

⁵ Sistem prekluzija, karakterističan za stare procesne sisteme, ozbiljno dovodi u pitanje proklamovane osnovne principe parnične procedure, pre svega princip pravičnog suđenja, a može da

stupka, da se promene pojedina zakonska rešenja u skladu sa zahtevima sudstva i advokature, kao i da se otklone ona zakonska rešenja koja eventualno nisu bila u skladu sa evropskim pravnim standardima.⁶

Novi ZPP, kao uostalom i prvi ZPP (2004), ne predstavlja rezultat sveobuhvatne reforme parnične procedure, niti predstavlja originalnu zakonodavnu tvorevinu. U novom ZPP zadržana je u potpunosti sistematika prethodnog procesnog zakona koji se i sam, u svom najvećem delu, bazirao na rešenjima jugoslovenskog Zakona o parničnom postupku (1976). U skladu sa novopostavljenim pravopolitičkim ciljevima, reformisani su ili su eliminisani pojedini instituti koji nisu bili u skladu sa novim poimanjem civilne procedure, kreirani su potpuno novi procesni instituti⁷ i dodate su dve potpuno nove glave kojima su uređeni novi posebni parnični postupci – postupak za zaštitu potrošača i postupak za zaštitu kolektivnih prava i interesa.⁸

Iako pojedini zakonodavni zahvati u novom ZPP u odnosu na ranija rešenja nisu po obimu veliki,⁹ oni ipak suštinski menjaju ne samo koncept civilne proce-

dovede u pitanje i ostvarivanje principa obostranog saslušanja, te samim tim da izazove lavinu postupaka pred Ustavnim sudom i Sudom za ljudska prava u Strasburu.

⁶ Pojedina zakonska rešenja ozbiljno dovode u pitanje primenu evropskih pravnih standarda. To se posebno odnosi na ona zakonska rešenja koja su, posle održane javne rasprave o Radnoj verziji ZPP i pribavljenog mišljenja eksperata Saveta Evrope unesena u zakonski tekst, što se očigledno može da vidi ukoliko se upoređi tekst Radne verzije ZPP i Predlog koji je Vlada uputila Narodnoj skupštini. Tekst Radne verzije dostupan je na sajtu Advokatske komore Srbije – <http://www.advokatska-komora.co.rs> (pristup 1. avgust 2011). Transkript javne diskusije, održane 14. jula 2011. g., dostupan je na sajtu Ministarstva pravde Republike Srbije u rubrici aktuelnosti, <http://www.mpravde.gov.rs>, (pristup 1.10.2011). Tekst Predloga ZPP dostupan je na sajtu www.srbija.gov.rs/ves-ti/dokumenti_pregled.

⁷ Npr. vremenski okvir za preduzimanje parničnih radnji, intervencijsko dejstvo presude, supstituisanje saslušanja svedoka pisanom izjavom ili tonskim zapisom, privatno veštačenje, informatizacija postupka, nesuspendivno dejstvo žalbe, novi vanredni pravni lek, itd.

⁸ O novim zakonskim rešenjima detaljno: *Zakon o parničnom postupku, Predgovor Gordana Stanković*, Službeni glasnik, Beograd, 2011.

⁹ Obim izvršenih tekstualnih promena u Radnoj verziji u odnosu na zakonodavni zahvat iz 2004. g. je znatno manji. U toku rada na pripremi teksta novog ZPP postojala je dilema da li treba doneti novi ZPP, kako je to planiralo Ministarstvo pravde, ili samo treba novelirati ZPP (2004), kakav je bio stav u pretežnom delu radne grupe koja je pripremala Radnu verziju ZPP (2011), s obzirom na okolnost da se u tekstu Radne verzije samo razrađuju pojedina osnovna procesna načela na nov način. Stav radne grupe koja je pripremala test zakona bio je u skladu i sa stavom Republičkog saveta za zakonodavstvo i sa metodologijom koju je on usvojio. U toku javne diskusije koja je vođena povodom Radne verzije istaknuto je da je iz praktičnih razloga bolje da se donese nov ZPP jer bi sudovi, dok se ne publikuje prečišćeni tekst zakona, morali da se stalno pozivaju, pored osnovnog teksta, i na njegove novele. O tome: *Zakon o parničnom postupku, Predgovor Gordana Stanković*, Beograd 2011, 2.

dure već i dosadašnji način postupanja u pojedinim fazama postupka, kao i fizionomiju pojedinih klasičnih instituta koji su godinama egzistirali u nekadašnjem jugoslovenskom i u dosadašnjem srpskom parničnom procesnom pravu.¹⁰

Jedno od novih zakonskih rešenja predviđenih odredbama ZPP (2011) je i odredba čl. 193. kojom se na poseban način, pre svega, štiti država kao tužena stranka.¹¹ Država je iskoristila mogućnost da novim zakonskim rešenjima sebi obezbedi povoljan procesni položaj u parničnom postupku u situaciji kad ona treba da bude tužena i da svom zastupniku po zakonu poveri ovlašćenja koja joj to omogućavaju.

2. Odredbom čl. 193. ZPP¹² predviđeno je da je lice koje namerava da podigne tužbu protiv Republike Srbije, dužno da pre podizanja tužbe podnese Republičkom javnom pravobranilaštvu, kao zastupniku države,¹³ predlog za mirno rešavanje spora, osim ako je posebnim propisom predviđen prekluzivni rok za podizanje tužbe. Predlog za mirno rešavanje spora mora da sadrži sve podatke koje treba po zakonu da sadrži tužba. Podnošenje predloga za mirno rešenje spo-

¹⁰ O tome: G. Stanković, Operacionalizacija osnovnih procesnih načela parnične procedure, Zbornik radova "Načela i vrijednosti pravnog sistema – norma i praksa", Pravni fakultet Univerziteta Istočno Sarajevo, Istočno Sarajevo, 2012, str. 1; G. Stanković – Intervencijsko dejstvo presude, Zbornik radova "Savremene tendencije razvoja pravnih sistema država u regionu," Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, Univerzitet Privredna akademija, Novi Sad, 2012, str. 309; G. Stanković, Supstituisanje saslušanja svedoka pisanom izjavom, tonskim ili optičkim zapisom, *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci*, 2012, str. 129; G. Stanković – Zastupanje preduzetnika u parničnom postupku, *Pravo – teorija i praksa*, 4–6/2012, str. 1; G. Stanković – Prgled osnovnih procesnih načela parnične procedure, *Pravni informator*, 2/12, str. 13, G. Stanković – Pisana izjava koja zamenjuje svedočenje u parničnom postupku, *Pravni informator*, 3/2012; O. Antić, Sistemske novine u Prednacrta Zakona o parničnom postupku Republike Srbije, Zbornik radova "Načela i vrijednosti pravnog sistema – norma i praksa", Pravni fakultet Univerziteta Istočno Sarajevo, Istočno Sarajevo, 2012, str. 15; V. Rakić-Vodinelić – Zakon o parničnom postupku, *Izbor sudske prakse*, 2/2012, str. 17; V. Rakić-Vodinelić – Zakon o parničnom postupku 2011, *Pravni zapisi*, 2/2011, str. 515; V. Petrović-Škero, Ostvarivanje razumnog roka – vremenski okvir (kontroverze novog instituta ZPP), *Pravni informator*, 3/2012.

¹¹ Novo zakonsko rešenje štiti i jedinicu teritorijalne autonomije ili lokalne samouprave kao potencijalnog dužnika jer se primenjuje i kad neko lice namerava da tuži jedinicu teritorijalne autonomije ili lokalne samouprave.

¹² U radnoj verziji ZPP (2011) koja je bila predmet javne diskusije i ekspertize eksperata Saveta Evrope (tekst Radne verzije dostupan je na sajtu Advokatske komore Srbije – <http://www.advokatska-komora.co.rs>, pristup 1. avgust 2011) nije bilo predviđeno zakonsko rešenje iz čl. 193. ZPP. Predlog Vlade od 2.9.2011, znatno se razlikuje i od teksta Radne verzije i od konačnog teksta koji je usvojila Narodna skupština.

¹³ Kad se radi o jedinici teritorijalne autonomije i lokalne samouprave prethodni postupak se obavezno pokreće kod naležnog pravobranilaštva odnosno zastupnika jedinice teritorijalne autonomije i lokalne samouprave (čl. 193. st. 6).

ra izaziva posebno materijalnopravno dejstvo koje se sastoji u zastoju toka roka zastarelosti u trajanju od 60 dana jer je to period u kome je Republički javni pravobranilac dužan da se izjasni da li prihvata predlog za mirno rešenje spora. Ukoliko se u roku od 60 dana Republički javni tužilac ne izjasni, lice koje je nameralo da tuži državu može da podigne tužbu. Obavezan postupak za mirno rešenje spora je procesna pretpostavka za dopuštenost pružanja pravne zaštite i ukoliko tužba bude podignuta iako nije bio pokrenut ovaj postupak ili bude podignuta pre isteka roka od 60 dana, sud je dužan da tužbu odbaci. Ako potencijalni tužilac i zastupnik države postignu mirno rešenje spora, ovo vansudsko poravnanje ima snagu izvršne isprave.

Novo zakonsko rešenje se primenjuje i kad neko lice namerava da tuži jedinicu teritorijalne autonomije ili lokalne samouprave, s tim što se u tom slučaju obavezni prethodni postupak pokreće kod naležnog pravobranilaštva odnosno zastupnika jedinice teritorijalne autonomije i lokalne samouprave (čl. 193. st. 6).

Odredbom čl. 193. st. 7. ZPP (2011) isključena je dužnost pokretanja obaveznog prethodnog postupka ako je posebnim zakonom propisan postupak za mirno rešavanje spora ili medijacije koji se odnosi na rešavanje sporova sa Republikom Srbijom.¹⁴

3. Pre svega, zakonodavac je upotrebio pogrešan tehnički termin kojim je označio institut koji je regulisao u odredbi čl. 193. ZPP (2011). U odredbi čl. 193. ovog zakona nije uređen postupak za mirno rešavanje spora¹⁵ već prinudni postupak za pokušaj obaveznih direktnih pregovora radi zaključenja vansudskog poravnanja u kome bi eventualnim revidiranjem međusobnih prava i obaveza mogao biti likvidiran postojeći spor. Ovaj pokušaj obaveznih direktnih pregovora radi zaključenja vansudskog poravnanja, koje predstavlja novi građanskopravni ugovor, dužan je da pokrene potencijalni tužilac bez obzira da li ima i nameru i želju da zaključi vansudsko poravnanje i u periodu dok čeka da li će i zastupnik države, kao potencijalno tužene stranke, imati nameru da zaključi vansudsko poravnanje, neće moći da vrši svoje pravo na pravnu zaštitu. Osim toga, potencijalni tužilac je dužan da pokrene ovaj prethodni postupak radi obaveznih direktnih pregovora čak i kad ima pravni interes da podigne tužbu za utvrđenje u smislu odredbe čl. 194. ZPP (2011).

¹⁴ Detaljno o tome: *Zakon o parničnom postupku*, Predgovor Gordana Stanković, Službeni glasnik, Beograd, 2011, str. 81.

¹⁵ Iako u ovom postupku ne sudeluje medijator, niti Republički javni pravobranilac, kao zastupnik države po zakonu, može da ima ulogu medijatora, u procesnoj literaturi se sreće i mišljenje da je odredbom čl. 193. ZPP (2011) predviđena obavezna medijacija (Tako: V. Rakić-Vodinečić – *Zakon o parničnom postupku*, *Izbor sudske prakse*, 2/2012, str. 17; V. Rakić-Vodinečić – *Zakon o parničnom postupku 2011*, *Pravni zapisi*, 2/2011, str. 515).

Postupak mirnog rešavanja spora implicira postupak u kome redovno učestvuju treća nepristrasna lica a ne same stranke i u kome ti nepristrasni treći ne predstavljaju stranke, niti štite njihove interese. Republički javni pravobranilac, kao zastupnik države, deluje u ime i za račun države, kao stranke koju zastupa po zakonu, tako da se on u ovom postupku identifikuje sa strankom i njenim interesima, dok je nepristrasni treći koji sudeluje u postupku za mirno rešenje spora, bez obzira da li je državni ili posrednički organ, dužan da ima neutralni i nepristrasni odnos prema strankama.

Očigledno je da je zakonodavac prethodni postupak obaveznih direktnih pregovora radi zaključenja vansudskog poravnanja predvideo kad se radi o sporovima u imovinskopravnim odnosima koji su redovno dispozitivne prirode jer se samo u tim pravnim stvarima može slobodno raspolagati pravima i u tim pravnim odnosima slobodno može zaključiti vansudsko poravnanje kojim će biti revidirana međusobna prava i obaveze da bi se likvidirao postojeći spor i uklonila postojeća neizvesnost u pogledu međusobnih prava i obaveza. Prethodni postupak obaveznih direktnih pregovora radi zaključenja vansudskog poravnanja ima smisla ukoliko je u pitanju neispunjavanje uzajamnih materijalnopravnih zahteva ili kad se radi eventualno o pitanju postojanja odn. nepostojanja samog materijalnopravnog odnosa jer se na taj način može rešiti spor pre parnice i izbeći parnica i parnični postupak.¹⁶ Ukoliko se eventualno radi o tome da je nesporan osnov potraživanja i da se radi samo o docnji u ispunjenju ugovorne novčane obaveze, ne postoji pravni spor,¹⁷ i, pošto se radi o potraživanju čiji je osnov u suštini nesporan, poveriocu, kao put pravne zaštite, stoji na raspolaganju ili postupak za izdavanje platnog naloga¹⁸ ili postupak izvršenja na osnovu verodostojne isprave.¹⁹ U ovim pravnim stvarima, kad je u pitanju docnja u ispunjenju dugovane novčane činidbe mali su izgledi da dođe do uspeha u direktnim pregovorima i vođenje ovog prethodnog postupka nesumnjivo dovodi do odugovlačenju namirenja na štetu poverioca.

¹⁶ Vođenje ovog postupka imalo bi smisla ukoliko bi se npr. radilo o naknadi štete koju duuguje država.

¹⁷ Razlog zbog koga država nije ispunila konkretnu novčanu obavezu može da bude nedostatak sredstava u budžetu, previd, nemar, korišćenje mogućnosti da se odugovlači sa plaćanjem, itd.

¹⁸ Opšte je poznato da je u ovom postupku u znatnoj meri olakšan položaj dužnika koji izjavljivanjem prigovora protiv platnog naloga prolongira odlučivanje, a samim tim i da odlaže realizaciju svoje obaveze za izvesno preme.

¹⁹ U ovom sumarnom postupku izvršenja, kojim se supstituiše parnični postupak, i koji predstavlja surogat za mandatni postupak, omogućeno je izvršnom poveriocu da pokrene postupak izvršenja, s tim što postoji mogućnost da se, po prigovoru izvršnog dužnika, ipak otvori parnični postupak.

4. Zakonsko rešenje u odredbi čl. 193. ZPP (2011) predviđa vansudski postupak za obavezne direktne pregovore radi zaključenja vansudskog poravnjanja u cilju eventualnog mirnog rešenja imovinskopravnog spora u kome je jedna strana država i pravne posledice ukoliko taj postupak ne bude pokrenut. Obavezno pokretanje postupka za obavezne direktne pregovore radi sporazumnog rešavanja spora zaključenjem vansudskog poravnjanja predviđeno je kao dužnost potencijalnog tužioca samo kad je potencijalni tuženi država (odn. jedinica teritorijalne autonomije i lokalne samouprave), a ne kad se radi o drugim licima – fizičkim ili pravnim.

Ukoliko Republički javni pravobranilac ne prihvati poveriočev predlog za direktne pregovore radi sporazumnog rešavanja spora mirnim putem ili se o njemu ne izjasni u zakonom predviđenom roku od 60 dana, lice koje ima nameru da podigne tužbu protiv države (a to je najčešće poverilac kome država duguje) ima pravo na pristup sudu i pravo na redovnu pravnu zaštitu po pravilima parnične procedure jer spor nije likvidiran u prinudnom postupku za pokušaj obaveznih direktnih pregovora radi zaključenja vansudskog poravnjanja. Tek po prijemu informacije da njegov predlog nije prihvaćen odn. ukoliko se Republički javni pravobranilac ne izjasni o predlogu za direktne pregovore radi sporazumnog rešavanja spora u zakonskom roku, potencijalni tužilac ima pravo da podigne tužbu kod nadležnog suda.²⁰

Na taj način zakonodavac je konkretnim zakonskim rešenjem ograničio pravo na pravnu zaštitu²¹ i pravo na pristup sudu potencijalnom tužiocu kad je, po pravilu, njegov dužnik²² država i to u određenom vremenskom trajanju i zakonom povredio princip ravnopravnosti i jednakosti u postupku za pružanje pravne zaštite u interesu jednog pravnog lica iako se radi o pravnim standardima koji su garantovani ratifikovanim konvencijskim normama.

I dok zakonodavac štiti državu kao dužnika, posebno u inflatornim uslovima, on se, s druge strane, ne ponaša na istovetan način i prema drugim dužnici-

²⁰ Zakonodavac je na ovaj način indirektno "legalizovao" ugovornu nedisciplinu kad je dužnik država.

²¹ O normativnom ograničavanju prava na pravnu zaštitu videti: G. Stanković, Normativno ograničavanje prava na pravnu zaštitu u parničnom postupku, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Istočnom Sarajevu "Aktuelnost i značaj ljudskih prava i sloboda", Istočno Sarajevo, 2011, str. 91.

²² Interesantno je da se u Obrazloženju Predloga zakona uopšte ne spominje rešenje iz odredbe čl. 193. iako je ono predstavljalo posebnu zakonsku novinu. Međutim, u uvodnom delu teksta obrazloženja stoji da su "dužnici na račun poverilaca profitirali kroz dugotrajne i skupe parnice. Dužnički profit je, čini se, još jedna od negativnih specifičnosti koja mora biti uklonjena iz naše pravne prakse. Tendencija širenja dužničkog profita vidljiva je, ne samo u materiji klasičnog građanskog prava, već i naročito u trgovinskim, odnosno privrednim odnosima."

ma. Odredbom čl. 368. zakonodavac je ukinuo suspenzivno dejstvo žalbe, kao redovnog pravnog leka, i omogućio pokretanje izvršnog postupka radi namirenja i pre pravnosnažnosti sudske odluke.²³ Ukoliko se radi o kondemnatornoj presudi kojom se fizičkom licu nalaže isplata potraživanja čija glavnica ne prelazi iznos od 300 evra u dinarskoj protivvrednosti po srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan donošenja odluke, odnosno kojom se preduzetniku ili pravnom licu nalaže isplata potraživanja čija glavnica ne prelazi iznos od 1.000 evra u dinarskoj protivvrednosti po srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan donošenja odluke, žalba ne odlaže izvršenje.²⁴

5. Postupak za mirno rešenje spora putem obaveznih direktnih pregovora radi zaključenja vansudskog poravnanja koji mora da pokrene potencijalni tužilac pre no što, kao poverilac, podigne tužbu protiv države kao dužnika,²⁵ nije u skladu sa proklamovanim principom o mirnom rešavanju sporova koji je formulisan u odredbi čl. 11 ZPP (2011).

²³ Ovo zakonsko rešenje, za koje je zakonodavac smatrao da ubrzava postupak, može da dovede do povećanja broja sudskih predmeta i da, praktično, uspori rad sudova zbog povećanog obima rada. Ukoliko se u instancionom postupku ispostavi da je žalba bila osnovana, žalilac prema kome je, kao izvršnom dužniku, eventualno sproveden postupak izvršenja pre pravnosnažnosti presude ima pravo na protivizvršenje odn. pravo da tužbom traži ono što mu je neosnovano naplaćeno u postupku izvršenja, kao i pravo na naknadu svih troškova koje je tim povodom imao. Detaljno o tome: G. Stanković, *Zakon o parničnom postupku, Predgovor, Službeni glasnik, Beograd, 2011.*

²⁴ Ima mišljenja da je ovo zakonsko rešenje korisna novina i da ubrzava žalbeni postupak (V. Rakić-Vodinelić, *Zakon o parničnom postupku, Izbor sudske prakse, 2/2012, str. 9, V. Rakić-Vodinelić – Zakon o parničnom postupku 2011, Pravni zapisi, 2/2011, str. 546*). Čini mi se da se u konkretnom slučaju ne radi o ubrzanju žalbenog postupka, već o ubrzanju namirenja jer se, izuzetno, izvršava nepravnosnažna odluka koja prema odredbama ZIO (2011) može da predstavlja osnov za izvršenje (Rakić-Vodinelić ističe, međutim, na ZIO ne poznaje, ni kao sredstvo izvršenja, ni kao sredstvo obezbeđenja, izvršenje radi prethodnog ispunjenja, te smatra da iz tog razloga neće postojati mogućnost da se izvršavaju nepravnosnažne odluke). Ovo zakonsko rešenje, međutim, može da poveća obim poslova i parničnog i izvršnog suda, a posebno će pogodovati privatnim izvršiteljima kojima je na ovaj način obezbeđeno povećanje obima poslova. Ukoliko se ispostavi da je žalba bila osnovano izjavljena, parnični sud će odlučivati o tužbama po osnovu neosnovanog obogaćenja ukoliko nisu ispunjeni uslovi za protivizvršenje i o tužbama za naknadu štete, dok će izvršni sud odlučivati o prigovorima na rešenje o izvršenju i o predlogu za protivizvršenje, a može se dogoditi da dva puta u istoj pravnoj stvari sprovede izvršenje. Najbolje će proći privatni izvršitelji ukoliko im bude povereno sprovođenje izvršenja jer će im povećani obim posla uvećati prihode.

²⁵ Zakonodavac je odredbom čl. 193. ZPP (2011) predvideo pokretanje postupka obaveznih direktnih pregovora u svim pravnim stvarima kad jedno lice namerava da tuži državu, bez obzira na vrstu tužbe koju namerava da podigne, iako, iz smisla ostalih odredbi ovoga člana proizlazi da je, pre svega, imao u vidu kondemnatornu tužbu.

Princip o mirnom rešavanju sporova bio je prvi put proklamovan ZPP (2004),²⁶ iako su i raniji (jugoslovenski) procesni zakoni poznavali određene metode za mirno rešavanje sporova. Građanskopravni sporovi se mogu rešavati na različite načine, a parnica, kao metod za rešavanje sporova, koja je regulisana pravilima parnične procedure, predstavlja samo jedan od mogućnih načina za rešavanje sporova, i to metod koji se koristi u krajnjoj liniji, kad se ispostavi da drugi metodi ili nisu mogućni ili nisu delotvorni ili ne daju rezultate.

Za razliku od ZPP (2004) koji je predviđao dužnost i suda i stranaka da nastoje da se sporovi rešavaju na miran način i iz tog razloga otvorio mogućnost i da se postupak posredovanja pokrene i u toku parničnog postupaka, novi ZPP (2011) je načelo o mirnom rešavanju sporova formulisao na nov način. Pošto su odredbe ZPP kogentne prirode, u odredbi čl. 11. predviđena je samo dužnost suda da ukaže strankama na mogućnost rešavanja sporova vansudskim putem ili sudskim poravnanjem ili da ih uputi na medijaciju (posredovanje), kad je to posebnim propisima predviđeno.²⁷ U zakonskom tekstu nije predviđena dužnost stranaka da nastoje da mirnim putem reše nastali spor. Stranke imaju pravo, a ne i dužnost, da posredovanje, kao alternativni metod za rešavanje sporova, koriste. Ta mogućnost zavisi samo od njihove volje jer je učešće u postupku posredovanja zasnovano na principu dobrovoljnosti.

Zakonodavac je, prilikom normiranja principa o mirnom rešavanju sporova, pošao od toga da u građanskopravnim stvarima dominira princip dispozicije, kao fundamentalni procesni princip. Stranka ima pravo da bira da li će njen spor biti rešen vansudskim ili sudskim putem, bez obzira što alternativni metodi za rešavanje sporova, u koje spada i posredovanje, iz određenih pravno-političkih razloga, dolaze u rang prvorazrednih političkih prioriteta,²⁸ ne samo kod nas,

²⁶ ZPP (2004), proklamovanjem principa o mirnom rešavanju sporova, institucionalizovao je postupak posredovanja kao način za mirno rešavanje građanskopravnih sporova pre i u toku parnice, pored postupka za zaključivanje sudskog poravnanja, i na taj način favorizovao, ne samo strategiju rešavanja sporova mirnim putem, već i rešavanje sporova u razumnom roku, efikasno i ekonomično. Na taj način zakonom je bilo sugerisano strankama da koriste svoje pravo da postignu mirno rešavanje spora tako što će, pored medijacije, koristiti i vanparnični postupak za zaključivanje sudskog poravnanja pre parnice. S druge strane, zakonodavac je predvideo i dužnost suda da nastoji da se spor reši mirnim putem – upućivanjem stranaka na postupak posredovanja koji se interpolira u parnični postupak ili poučavanjem da spor mogu da reše i bez sudske odluke zaključivanjem sudskog poravnanja.

²⁷ Obavezna medijacija predviđena je odredbama Porodičnog zakona (2005) u brakorazvodnom postupku.

²⁸ Videti: Preporuku br. R (2002) 10 Komiteta ministra Saveta Evrope državama članicama o medijaciji u građanskim stvarima i Preporuku br. R (98)1 Komiteta ministra o medijaciji u građanskim stvarima – *Zbirka odabranih preporuka Saveta Evrope*, Beograd, 2004.

već i u komunitarnom pravu. Stranka, isto tako, ima pravo i da bira metod pravne zaštite – da li će pokrenuti vanparnični postupak za pokušaj poravnjanja pre parnice, ili će odmah pokrenuti parnični postupak.²⁹ Ukoliko se stranka opredeli za parnicu, kao način za rešavanje spora, ona ima mogućnost da se naknadno opredeli za mirno rešavanje spora zaključivanjem sudskog poravnjanja i to u svakoj fazi postupka, sve do pravnosnažnosti odluke kojom se meritorno rešava spor.

Očigledno je da je odredba čl. 193. u suprotnosti sa principom o mirnom rešavanju sporova jer predviđa obavezan pokušaj mirnog rešavanja spora kad je država dužnik što nije u skladu ni sa principom dispozicije. Na ovaj način zakonodavac je ograničio dispoziciju potencijalnog tužioca koga primorava da pokreće prinudni postupak za pokušaj obaveznih direktnih pregovora radi zaključenja vansudskog poravnjanja radi pokušaja mirnog rešavanja spora. To predstavlja poseban oblik presije u odnosu na poverioca koji mora, s jedne strane, da čeka još 60 dana da bi pokrenuo postupak za pravnu zaštitu prema državi koja mu duguje i koja nije htela dobrovoljno da ispuni dugovanu činudbu,³⁰ a s druge strane, prinuđen je da eventualno naknadno čini ustupke prema državi kao dužniku i da pristane na revidiranje međusobnih prava i obaveza vansudskim poravnjanjem da bi mogao da ostvari svoje potraživanje.³¹

Dužnost obraćanja Republičkom javnom pravobraniocu sa predlogom za obavezne direktne pregovore u situaciji kad je država u docnji, posebno u uslovima inflatornog kretanja, predstavlja i nepravično rešenje koje i favorizuje državu kao dužnika i omogućava joj dodatno da kao ugovorna strana ne poštuje ugovornu disciplinu.

6. Predlog za mirno rešenje spora, kako ga zakonodavac zove, iako faktički predstavlja prinudnu ponudu za vansudsko poravnjanje, upućen je zastupniku države, kao dužniku, s jedne strane, a s druge strane, on po svojoj sadržini mora da odgovara sadržini tužbe za osudu na činudbu.

Predlog za obavezne direktne pregovore radi zaključenja vansudskog poravnjanja u cilju mirnog rešenje spora u kome je jedna strana država trebalo bi, pošto

²⁹ U citiranoj Preporuci Komiteta ministara Saveta Evrope koja se odnosi na medijaciju u građanskim stvarima br. R (2002) 10 ističe se da medijacija, kao način za mirno rešavanje građanskopravnog spora “ne može biti zamena za efikasni, pravični i lako dostupni pravosudski sistem”.

³⁰ Iako se zakonodavac u Obrazloženju ZPP (2011) opredelio da ne štiti dužnike, on je ipak predvideo zakonsko rešenje koje favorizuje samo određene dužnike i prevideo da ovo zakonsko rešenje može pojedinim privrednim subjekatima, kao poveriocima, da stvori određene ekonomske probleme.

³¹ U navedenoj Preporuci Komiteta ministara Saveta Evrope koja se odnosi na medijaciju u građanskim stvarima br. R (2002) 10 posebno se ističe da država mora da vodi računa o tome da se medijacija ne upotrebljava kao taktika za odugovlačenje.

se radi o građanskopravnom poslu, da sadrži, u skladu sa načelom autonomije volje, predlog poverioca za revidiranje međusobnih prava i obaveza odn. nacrt vansudskog poravnanja, da bi Republički javni pravobranilac, kao zastupnik države, mogao da razmotri učinjeni predlog. Zakonodavac međutim, insistira da država, kao potencijalni dužnik, u ovom prethodnom postupku pre parnice unapred bude upoznata sa činjeničnim osnovom tužbe i sa dokazima koje potencijalni tužilac ima na raspolaganju pre no što parnica bude pokrenuta, a ne sa uslovima pod kojima je moguće zaključiti vansudsko poravnanje.³²

7. Postupak za mirno rešenje spora u vidu obaveznih direktnih pregovora eventualnih parničara radi zaključenja vansudskog poravnanja ne vodi se pred nekim nepristrasnim trećim jer se ne radi o postupku mirenja, već o prinudnoj ponudi za direktne pregovore radi eventualnog mirnog rešenja spora o kojoj treba da odlučuje zastupnik države, kao potencijalno tužene stranke. Zakonodavac je predvideo obavezan pokušaj direktnih pregovora radi mirnog rešavanja spora bez posredovanja suda ili posredničkog organa i opredelio se da spor u direktnim pregovorima obavezno pokušaju da reše poverilac kome država duguje i zastupnik države. Propisivanje obaveznog prethodnog postupka pred organom koji nije sud samo po sebi krši pravo na pravnu zaštitu jer otežava tužiocu sudsku zaštitu i prolongira vršenje njegovog prava na pristup sudu jer stranka ne može da podigne tužbu sve dok se ne okonča prethodni postupak obaveznih direktnih pregovora radi mirnog rešavanja spora pred zastupnikom države. Na ovaj način zakonodavac je osujetio poverioca u ostvarivanju njegovih imovinskih prava u određenom vremenskom intervalu.

Ovo zakonsko rešenje ne predstavlja postupak alternativnog rešavanja spora pred nepristrasnim trećim. Kad je u pitanju postupak medijacije koji se okončava poravnanjem, potrebna je saglasnost učesnika da mirno reše spor i nepristrasni treći koji će im pomoći da spor reše. Iz ugla ustavnog i konvencijskog prava postupak alternativnog rešavanja spora može da bude samo dobrovoljan, a nikako prinudan, da se vodi pred jednim ili više medijatora, a postupak za pokušaj obaveznih direktnih pregovora radi zaključenja vansudskog poravnanja to nije jer niti je dobrovoljan, niti se vodi pred nekim ko je nepristrasni treći.

Ovim zakonskim rešenjem zakonodavac je omogućio da zastupnik potencijalno tuženog vrši pritisak na potencijalnog tužioca i da praktično diktira uslove za rešavanje konkretnog spora. U ovom prinudnom postupku za pokušaj obaveznih direktnih pregovora radi eventualnog mirnog rešenja spora u kome poverilac mora da se obrati zastupniku tuženog i da (eventualno) pristane na ustupke

³² Preporuka Komiteta ministara Saveta Evrope br. R (2002) 10 predviđa izričito da se informacije i postupka medijacije ne mogu naknadno koristiti.

koje mu postavlja zastupnik potencijalno tuženog, napušten je princip dobrovoljnosti, koji karakteriše sve metode za vansudsko rešavanje spora. U ovom postupku zastupnik potencijalno tuženog odlučuje da li će biti revidirana međusobna prava i obaveze, ukoliko on prihvati prinudni predlog za pokušaj obaveznih direktnih pregovora, ili propuštanjem da se izjasni u roku od 60 dana produžava period u kome je potencijalnom tužiocu uskraćeno ustavno pravo na pravnu zaštitu i pravo na pristup sudu.³³ Zakonodavac je, istovremeno, omogućio zastupniku države, kao potencijalne stranke, da odlučuje iako on nema karakteristike sudskog organa, niti predstavlja nepristrasni vansudski organ koji posreduje radi mirnog rešavanja spora.³⁴

Princip dobrovoljnosti je narušen time što je predviđen obavezan postupak za pokušaj direktnih pregovora radi mirnog rešavanja spora sklapanjem vansudskog poravnjanja. U ovom postupku poverilac mora da pokrene ovaj postupak, a od volje zastupnika države, kao dužnika, zavisi da li će se uopšte voditi ovaj postupak jer on u roku od 60 dana ne mora uopšte da se izjasni. Jasno je da poverilac koji je pokrenuo ovaj prinudni postupak za pokušaj obaveznih direktnih pregovora radi mirnog rešavanja spora ne mora da se poravna sa zastupnikom ukoliko mu ne odgovaraju uslovi koje predlaže zastupnik države. Očigledno je, međutim, da bi sudsko poravnanje bilo znatno povoljnije rešenje za obe strane u sporu iz niza razloga.

8. Iako Evropska konvencija nalaže da postupak u kome se odlučuje o individualnim pravima i obavezama, mora da bude pravičan, a čl. 2. ZPP (2011) proklamuje, pored principa pravičnosti, i principe jednakosti i ravnopravnosti, zakonodavac je odredbom čl. 193. ZPP (2011) narušio principe procesne jednakosti, ravnopravnosti i pravičnosti.

Princip procesne jednakosti je narušen jer je potencijalni tužilac uskraćen da koristi procesna sredstva kojima može da ostvari pravo na pravnu zaštitu na taj način što mora da se obraća državnom organu koji zastupa državu, da čeka 60 dana da bi saznao da li može da zatraži pravnu zaštitu svog povređenog prava i da li ima izgleda da pregovara sa zastupnikom potencijalno tuženog da bi mogao da u određenoj meri ostvari svoje povređeno pravo. Iako je prema našem Ustavu i ratifikovanoj Evropskoj konvenciji garantovana jednakost i ravnopravnost strana-

³³ Preporuka Komiteta ministara Saveta Evrope br. R (2002) 10 predviđa izričito da je država dužna da razmotri obim u kome medijacija može da ograniči prava stranaka.

³⁴ Očigledno je da prilikom koncipiranja odredbe čl. 194. ZPP (2011) i Vlada kao predlagač i zakonodavac nisu vodili računa o potrebi da implementiraju preporuke Saveta Evrope jer odredbe ovog člana nisu u skladu sa navedenom Preporukom R (2002) 10 iako je jedan od pravno-političkih razloga za donošenje novog ZPP upravo bila implementacija evropskih standarda.

ka, odredbom čl. 193. ZPP (2011) one su ozbiljno narušene na štetu slabije strane u pravnom odnosu u kome egzistira spor.

S druge strane, potencijalnom tužiocu nametnuto je da sa čitavim činjeničnim i dokaznim supstratom tužbe pre pokretanja parnice upozna zastupnika tuženog čak i kad obe strane u sporu nemaju nameru da zaključe vansudsko poravnanje.

Princip ravnoravnosti je narušen jer je zakonodavac omogućio da jedna od ugovornih strana u ovom postupku bude u slabijoj poziciji od druge strane i da realizacija njenih stvarnih ili hipotetičkih prava zavisi ne samo od dispozicije zastupnika druge strane, već je primorana da čeka na realizaciju svojih prava.

9. Od budućeg tužioca se, prema zakonu, zahteva da pre podizanja tužbe, u predlogu kojim mora da pokrene obavezan postupak za pokušaj direktnih pregovora radi mirnog rešavanja spora sklapanjem vansudskog poravnanja detaljno obrazloži svoj budući tužbeni zahtev jer se predviđa da predlog za obavezne direktne pregovore mora da sadrži iste elemente kao i tužba. Od poverioca se zahteva da u predlogu za pokušaj direktnih pregovora radi mirnog rešavanja spora sklapanjem vansudskog poravnanja navede činjenice i da označi dokaze na kojima zasniva svoj zahtev. Na ovaj način, ukoliko bude nepovoljan ishod obaveznog postupka mirnog rešavanja spora, potencijalni tuženi je unapred upoznat sa činjeničnim i dokaznim materijalom znatno pre pokretanja postupka.

Time što se od potencijalnog tužioca zahteva da sadržina predloga za pokušaj obaveznih direktnih pregovora bude identična sa tužbom, zastupnik države, kao budućeg tuženog, dolazi u poziciju da unapred otkrije nedostatke u činjeničnom supstratu, da proceni eventualne dokaze i da te slabosti iskoristi u kasnijem parničnom postupku ukoliko ne dođe do sporazuma.

S druge strane, i ako eventualno započnu pregovori i oni se ne okončaju uspešno, zastupnik države je u prednosti jer su mu već poznate izjave koje je potencijalni tužilac dao u toku obezbnih pregovora, eventualna priznanja činjenica, dokazi sa kojima raspolaže i njegova spremnost da se poravna pod određenim uslovima. U postupku posredovanja pred medijatorom sve informacije iz ovog postupka predstavljaju tajnu i ne mogu se naknadno koristiti u nekom drugom postupku.

10. Dostavljanjem se u procesnoj teoriji naziva zakonom regulisana aktivnost suda i drugih ovlašćenih organa dostavljanja. Dostavljanje je sudska parnična radnja, a nikako nije način uzajamnog komuniciranja stranaka. Zakonodavac je u odredbi čl. 193. ZPP (2011) pogrešno upotrebio tehnički termin jer je predvideo dužnost potencijalnog tužioca koji ima nameru da tuži državu da "dostavi predlog za mirno rešenje spora" Republičkom javnom pravobraniocu.

Prema odredbama novog ZPP, stranka može da ima ulogu organa dostavljanja samo u toku parnice, i to pod određenim uslovima.³⁵ Zakonodavac nije predvideo da se predlog kojim se pokreće postupak za obavezne pregovora radi zaključenja vansudskog poravnjanja dostavlja preko suda parničnom protivniku, niti je to mogao da predvidi, jer još uvek nema parnice pošto se radi o jednom obaveznom prethodnom postupku, te sud, pošto nema parnice, nije mogao da odluči u smislu odredbe čl. 130. st. 1. ZPP (2011), da potencijalni tužilac preuzme ulogu organa dostavljanja. Pošto se radi o tome da potencijalni parničari treba da komuniciraju radi predgovora i eventualnog postizanja vansudskog poravnjanja, njihova međusobna komunikacija se odvija vansudskim putem.

11. U svakom postupku za mirno rešavanje spora altentativnim metodama svaki učesnik ima pravo, u skladu sa principom dobrovoljnosti, da u bilo kom trenutku odustane od postupka za mirno rešavanje spora svojom jednostranom izjavom. Pošto se radi o prinudnom postupku za pokušaj obaveznog direktnog pregovora radi zaključenja vansudskog poravnjanja, potencijalni tužilac koji je bio dužan da inicira ovaj prethodni (vansudski) postupak nema pravo da odustane od svog predloga i dužan je da čeka da se o njegovom predlogu izjasni Republički javni pravobranilac ili da istekne vreme koje mu je ostavljeno za izjašnjenje, čak i kad ne želi da zaključi vansudsko poravnjanje. Na ovaj način ozbiljno je narušeno poštovanje načela ravnopravnosti u toku postupka obaveznih pregovora jer predlagač nema pravo da odustane od pregovora koje mu je zakonodavac nametnuo.

12. Zakonodavac je predvideo materijalnopravna i procesnopravna dejstva koje ovaj prethodni postupak izaziva.

Upućivanje predloga za direktne pregovore radi zaključenja vansudskog poravnjanja izaziva jedno posebno materijalnopravno dejstvo koje je predviđeno u odredbi st. 2. čl. 193. ZPP (2011).³⁶ Upućivanje predloga Republičkom javnom pravobranioocu izaziva zastoj toka roka zastarelosti u trajanju od 60 dana. Na ovaj način zakonodavac je pokazao da je imao u vidu i prava potencijalnog tužioca³⁷ i

³⁵ Detaljno o tome: *Zakon o parničnom postupku, Predgovor Gordana Stanković*, Beograd, 2011, str. 55–56.

³⁶ Prof. V. Rakić-Vodinelić (*Zakon o parničnom postupku, Izbor sudske prakse*, str. 17, V. Rakić-Vodinelić – *Zakon o parničnom postupku 2011, Pravni zapisi*, 2/2011, str. 537) opravdano ukazuje da je zakonodavac prevideo da postoje i da teku i drugi materijalnopravni rokovi (npr. rok za održaj, rok od koga se određuje naknada rente) i na taj način ukazuje da je zakonodavac propustio da zaštiti potencijalnog tužioca.

³⁷ Zakonodavac se opredelio za zastoj a ne za prekid toka roka zastarelosti jer je doveo poverioca u posebne okolnosti koje mu, nezavisno od njegove volje, onemogućavaju ili otežavaju da u sudskom postupku zatraži pravnu zaštitu.

da mu je na taj način kompenzirao uskraćivanje prava na pravnu zaštitu i pristup sudu.

13. Ovaj prethodni postupak predstavlja posebnu procesnu pretpostavku u pogledu podizanja tužbe za sve parnice samo kad je potencijalni tuženi država, osim kad je za podizanje tužbe posebnim propisima predviđen prekluzivni rok.

Ukoliko bi tužilac podigao tužbu pre no što je pokrenuo postupak za direktne pregovore sa zastupnikom države radi zaključenja vansudskog poravnanja ili pre no što istekne rok u kome je zastupnik države dužan da se izjasni o prinudnoj ponudi za otpočinjanje pregovora, sud je dužan da tužbu odbaci.

U odredbi čl. 294. ZPP (2011), zakonodavac nije predvideo ovu posebnu procesnu pretpostavku odn. procesnu smetnju koja predstavlja razlog za odbacivanje tužbe u postupku prethodnog ispitivanja tužbe.³⁸

Treba primetiti da se zakonodavac opredelio da postupak obaveznih direktnih pregovora predstavlja posebnu procesnu smetnju za pružanje pravne zaštite samo u parničnom postupku³⁹ tako da nije isključio mogućnost da se pravna zaštita ostvaruje u drugim sudskim postupcima pravne zaštite,⁴⁰ pa i u postupcima za alternativno rešavanje sporova. To znači i da je moguće da se i pokrene vanparnični postupak za sklapanje sudskog poravnanja, postupak izvršenja na osnovu verodostojne isprave,⁴¹ postupak izvršenja radi namirenja potraživanja po osnovu komunalnih i drugih sličnih usluga koji se vodi pred privatnim izvršiteljima i postupak obezbeđenja.⁴²

³⁸ Isto i: V. Rakić-Vodineć (Zakon o parničnom postupku, *Izbor sudske prakse*, str. 17, V. Rakić-Vodineć – Zakon o parničnom postupku 2011, *Pravni zapisi*, 2/2011, str. 538).

³⁹ U st. 1. čl. 193 ZPP (2011) izričito stoji: "lice koja namerava da podnese tužbu protiv Republike Srbije."

⁴⁰ Npr. u postupku pred arbitražnim sudom.

⁴¹ Interesantno je da je Privredni sud u Beogradu odbacio predlog za izvršenje na osnovu verodostojne isprave po osnovu pravila o shodnoj primeni ZPP u postupku izvršenja jer se izvršeni poverilac nije obratio Republičkom javnom pravobraniocu pre no što je pokrenuo postupak izvršenja na osnovu verodostojne isptave i na taj način uskratio izvršnom poveriocu pravo na pravnu zaštitu koji se opredelio da, u skladu sa principom dispozicije, koristi metod pravne zaštite koji mu obezbeđuje efikasno ostvarivanje prava na prinudno izvršenje u skladu sa odredbama Zakona o izvršenju i obezbeđenju (2011).

⁴² Prof. V. Rakić-Vodineć opravdano ukazuje na propuste u zakonodavnom normiranju jer zakonodavac nije ništa predvideo za situaciju kako stranka treba da postupi kad su ispunjeni uslovi za pokretanje postupka za izdavanje privremene mere prema državi i šta će se dogoditi ako sud izrečne privremenu meru i za podizanje tužbe odredi rok koji je kraći od 60 dana (Videti: V. Rakić-Vodineć – Zakon o parničnom postupku, *Izbor sudske prakse*, str. 17, V. Rakić-Vodineć – Zakon o parničnom postupku 2011, *Pravni zapisi*, 2/2011, str. 537).

14. Odredbom st. 3. čl. 193. ZPP (2011) predviđena je prezumpcija odbijanja predloga za direktne pregovore za slučaj da se zastupnik države ne izjasni o predlogu u zakonskom roku. Ova odredba ćutanje zastupnika države tumači kao odbijanje da se pristupi direktnim pregovorima i očigledno je predviđena u interesu potencijalnog tužioca koji je bio dužan da inicira prethodni postupak obaveznih direktnih pregovora. Ugovorna strana koja je bila dužna da inicira obavezne direktne pregovore, i koja nema mogućnost da povuče svoj predlog, ima pravo da u određenom roku sazna da li će druga ugovorna strana prihvatiti predlog za pregovore ili ne.

15. Lice koje je bilo dužno da inicira postupak obaveznih direktnih pregovora radi zaključivanja vansudskog poravnjanja, bez obzira što je prinuđeno da pokrene ovaj prethodni postupak, nije dužno da prihvati poravnanje koje je predložio Republički javni pravobranilac.

16. Prethodni postupak radi direktnog pregovaranja okončava se obaveštenjem u kome se Republički javni tužilac izjašnjava da ne pristaje na pregovore, po sili zakona protekom zakonskog roka u kome se zastupnik države nije izjasnio i sklapanjem vansudskog poravnjanja, kao običnog posla građanskog prava kojim se revidiraju međusobna prava i obaveze. Vansudsko poravnanje mora da ima pisanu formu jer ono, po samom zakonu, predstavlja izvršnu ispravu te služi kao osnov za izvršenje.

Zakonodavac je namerno izbegao mogućnost da strane u sporu u vanparničnom postupku zaključče sudsko poravnanje koje je po svojoj pravnoj snazi izjednačeno sa pravnosnažnom sudskom odlukom jer bi u tom postupku sud imao i mogućnost i pravo da izvrši kontrolu stranačkih dispozicija i da odbije da protokoliše poravnanje i učestvuje u njegovom zaključenju ukoliko bi ocenio da je poravnanje suprotno imperativnim propisima, pravilima morala ili dobrim poslovnim običajima. Da bi izgledalo da ubrzava postupak, zakonodavac je priznao svojstvo izvršne isprave vansudskom poravnanju i tako u pravni poredak uveo novu izvršnu ispravu.⁴³

⁴³ Na ovaj način zakonodavac je jednoj privatnoj ispravi kojom su revidirana međusobna prava i obaveze (vansudskom poravnanju) koja je nastala kao rezultat pregovora dve strane u jednom spornom odnosu priznao svojstvo izvršne isprave. Priznavanjem svojstva izvršne isprave jednom građanskopravnom poslu, kao privatnom aktu strana u jednom građanskopravnom odnosu, zakonodavac se potrudio da preskoči kognicioni postupak u kome bi se na autoritativan i nesumnjiv način utvrdilo postojanje potraživanja i svaka neizvesnost u tom pogledu i favorizovao privatni akt subjekata u odnosu na sudski akt i izvršni postupak u odnosu na parnični postupak. Ovaj postupak predstavlja kontinuirano ponašanje zakonodavca kojim se nastoji da se sudu i građanskim sudskim postupcima oduzme karakter i značaj javne službe.

Vansudsko poravnanje, kao novi sporazum kojim je likvidiran spor,⁴⁴ mora da sadrži precizno navedene nove obaveze ugovornih strana na činidbu, uslove ili rokove pod kojima te nove obaveze dospevaju, kao i eventualne rokove za dobrovoljno izvršenje.

17. Sporazum koji je postignut u postupku obaveznih direktnih pregovora je vansudsko poravnanje koje ima, kao izvršna isprava, svojstvo javne isprave, ali koje po svom dejstvu nije izjednačeno, niti je moglo da bude izjednačeno, sa sudskim poravnanjem.

Ono će, s jedne strane, predstavljati osnov za izvršenje, a s druge strane, ono će biti procesna smetnja za pokretanje parničnog postupka jer je prethodni spor likvidiran revidiranjem međusobnih prava i obaveza.

18. Vansudsko poravnanje iz postupka obaveznog pregovaranja može da se pobija tužbom kojom bi se zahtevalo poništenje ovog građanskopravnog posla, kao što se može pobijati svaki pravni posao građanskog prava.

U pogledu razloga pobijanja važe opšta pravila građanskog prava. Vansudsko poravnanje bi moglo da se pobija jer je zaključeno u pogledu prava kojima ugovorne strane ne mogu slobodno raspolagati ili zbog mana u volji.

Podizanje tužbe za poništenje ovog pravnog posla ne bi zadržavalo sprovođenje izvršenja.

Međutim, okolnost da je zakonodavac ovom vansudskom poravnanju priznao svojstvo izvršne isprave, on mu je priznao rang javne isprave i time (nesvesno) proširio krug razloga za pobijanje.

Vansudsko poravnanje zaključeno u postupku obaveznog pregovaranja ima karakter dispozitivne javne isprave.

Prema odredbama ZPP (2011) dozvoljeno je dokazivati da su u javnoj ispravi neistinito utvrđene činjenice⁴⁵ ili da je isprava nepravilno sastavljena.⁴⁶ Međutim, ne bi bilo dopušteno da se u parničnom postupku ispituje pravilost pravnih dispozicija, sadržanih u vansudskom poravnanju, kao javnoj ispravi, kojima su bila revidirana međusobna prava i obaveze jer bi se tada ispitivala sadržina javne (izvršne) isprave.

⁴⁴ O vansudskom poravnanju detaljno: G. Stanković – Vansudsko i sudsko poravnanje, Zbornik radova “Trideset godina Zakona o obligacionim odnosima – de lege lata i de lege ferenda,” – Kragujevac, 24–27. septembar 2008, Beograd, 2009, str. 402.

⁴⁵ U parnici je dopušteno da se dokazuje da su činjenice u javnoj ispravi neistinito utvrđene.

⁴⁶ Javna isprava je nepravilno sastavljena ako isprava ne potiče od izdavaoca, ako po sadržaju ne odgovara izvorniku ili nije sastavljena u propisanoj formi.

GORDANA STANKOVIĆ, Ph.D.,
Professor, Faculty of Law, University of Niš

THE PROCEDURE FOR A PEACEFUL SETTLEMENT OF A DISPUTE
BY MEANS OF MANDATORY NEGOTIATIONS BETWEEN
POTENTIAL PARTIES BEFORE THE LAWSUIT

Summary

The author in the paper analyzes a regulation from the article 193. of the Law on Civil Proceedings (2011) used by the legislator in a special way to protect the state as a respondent party by issuing a mandatory procedure of direct negotiations with the state representative in order to conclude an out of court settlement as a procedure that has to precede the initiation of civil proceedings.

The author considers that, by this legal decision, the legislator has limited the right of the potential prosecutor to legal protection and has violated the principles of equality, parity and fairness.

RANKA RAČIĆ

PRAVO UMJEŠAČA NA PRAVNI LIJEK U TUĐOJ PARNICI

U V O D

1. Umješač je treće lice koje stupa u tuđu parnicu i pridružuje se jednoj od parničnih stranaka.¹ On se bitno razlikuje od parnične stranke i njenog zastupnika. Jedna od parničnih stranaka ne može biti umješač na strani svog parničnog protivnika.

Umješač je treće lice koje se mješa u tuđu parnicu koja teče između parničnih stranaka. Umješač se mješa u tuđu parnicu radi zaštite sopstvenih interesa kako bi pomagao i istovremeno kontrolisao način na koji parnična stranka kojoj se pridružio vodi parnicu. U parnici tužilac i tuženi svoje interese štiti preduzimanjem parničnih radnji. Parnične stranke se koriste napadnim i odbrambenim sredstvima, za postizanje povoljne sudske odluke. Ovo su stranačke parnične radnje. U parnici se može određeni interes ostvariti preduzimanjem samo parničnih

Dr Ranka Račić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Istočnom Sarajevu, Pravni fakultet Univerziteta u Banjaluci.

¹ O umješaču, detaljno vidjeti, Perić, Ž. *Privatno pravo*, Zbirka rasprava, Beograd, 1912. U ovoj Zbirci rasprava objavljena su dva rada o mješanju u tuđu parnicu, O intervenciji u privatnom pravu, (Mješanje u spor, str. 1–38; Mješanje u spor i zakon, str. 205–236); Rakić, V. Poređenje položaja oštećenog u krivičnom i položaja umješača u parničnom postupku, *Anali*, Beograd, 6/77, str. 786–800; Lukić, V. R. Položaj običnog umješača u parničnom postupku, *Godišnjak*, Sarajevo, 1990, str. 101–130; Račić, R. *Sukcesija u procesnom odnosu*, Beograd, 2002. str. 79–83.

radnji, pa se umješaču nekad djelimično a nekad u potpunosti priznaje procesni položaj stranke.

2. Treće lice, potencijalni umješač može saznati za parnicu i nakon toga izjaviti da u nju stupa kao umješač. Umješač se može pridružiti ili tužiocu ili tuženom. Zavisno od toga kojoj parničnoj stranci se pridružuje umješač, razlikuje se prividno momenat kad on može prijaviti svoje učešće u tuđoj parnici.²

U teoriji građanskog procesnog prava postoji saglasnost da je umješač pomoćnik stranke, jer nastoji da svojim radnjama doprinese njenom uspjehu u parnici, a istovremeno je i kontrolor stranke, jer posmatra način na koji stranka vodi spor, da bi se kasnije, ako je potrebno izborio sa negativnim dejstvima koja bi presuda mogla imati u odnosu na njega.³ U parničnom postupku stranka je dominus litis i od njene dispozicije zavisi koje će parnične radnje preduzeti. Parnična stranka ima mogućnost da izabere hoće li biti aktivna ili će biti neaktivna u parnici. Ako umješač prijavi svoje učešće u parnici, stranka na čijoj se strani treće lice mješa, može vođenje parnice prepustiti umješaču. Ali ni u ovom slučaju umješač neće imati položaj stranke, zato što se on može kretati u "okvirima" strankinih procesnih ovlašćenja. Umješač ne može preduzimati radnje kojima će se pogoršati položaj stranke.

3. Dvostruka uloga umješača u parnici izaziva određene dileme u sudskoj praksi i pravnoj teoriji. Naime, "granice" pomaganja parnične stranke od strane umješača su sporne. U Zakonu o parničnom postupku Republike Srpske⁴ nije jasno određeno da li su pojedine radnje umješača u interesu parnične stranke odnosno da li je umješač uopšte ovlašćen da preduzme pojedine radnje.⁵ U pravnoj teoriji i sudskoj praksi ne postoji jedinstveno shvatanje da li je umješač ovlašćen da izjavi pravni lijek kad parnična stranka kojoj se pridružio to ne učini. Takođe, nužno je odgovoriti na pitanje da li umješač pomaže parničnu stranku kad izjavi pravni lijek i da li je ova radnja umješača povoljna za pomognutu stranku? Odgovor na ovo pitanje nije samo od teorijskog značaja već i ima i veliki praktični značaj. Naime, najviši sudovi u Bosni i Hercegovini povodom izjavljenog pravnog lijeka umješača kad parnična stranka kojoj se umješač pridružio to ne učini

² O tome detaljno vidjeti, Račić, R. op. cit., str. 82.

³ Stanković, G. Građansko procesno pravo, prva sveska, Parnično procesno pravo, Niš, 2010. str. 163, 164; Poznić, B. Rakić, Vodinelić, V. Građansko procesno pravo, Beograd, 2010, str. 186; Triva, S. Dika, M. Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 2004, str. 451; Stanković, G. Račić, R. Parnično procesno pravo, Banja Luka 2010 str. 154; Stanković, G. Račić, R. Građansko procesno pravo, prva sveska, Parnično procesno pravo, Podgorica, 2010. str. 163; Janevski, A. Zoroska, Kamilovska, T. Građansko procesno pravo, Skopje, 2009, knjiga prva, Parnično pravo, str. 214.

⁴ Vidjeti, Službeni glasnik RS, br. 58/03, 85/03, 74/05 i 63/07, 49/09. (U daljem radu ZPP).

⁵ U ovom radu nije u fokusu pažnje autora kontrola stranke od strane umješača.

različito postupaju. Vrhovni sud u FBiH je zauzeo shvatanje da je u ovom slučaju pravni lijek dopušten. "Dopuštena je žalba umješaka ukoliko stranka kojoj se on pridružio nije izjavila žalbu, ali se pri tome nije odrekla prava na žalbu ili je odustala od prava na žalbu, niti se očitovala da je žalba umješaka suprotna njenim interesima i da se stoga protivi žalbi umješaka."⁶ Za razliku od ovog shvatanja, Vrhovni sud RS "prihvatio je ranije pravno shvatanje po kome je stranka ta koja konačno ocjenjuje da li će izjaviti pravni lijek protiv nepovoljne odluke, pa makar ta odluka bila i nezakonita." Pošto dejstvo presude se nikada ne odnosi na umješaka, jer on nije stranka u postupku, njemu se presudom ništa ne dosuđuje niti mu se može nametnuti kakva obaveza, ukoliko stranka kojoj se umješak pridružio u parnici ne izjavi pravni lijek. Po shvatanju ovog suda umješaku ne pripada pravo da samostalno izjavi žalbu ili reviziju."⁷ Prema shvatanju Apelacionog suda Brčko distrikta dopuštena je samostalna žalba i revizija umješaka ako stranka kojoj se on pridružio nije izjavila ove pravne lijekove.

4. Pravila koja su sadržana u ZPP nisu se mjenjala, u dijelu koja se tiču procesnih ovlašćenja umješaka u odnosu na zakonska rješenja koja su bila sadržana u Zakonu o parničnom postupku bivše SFRJ. Bez obzira na neizmjenjena pravila kako u entitetu Republike Srpske tako i Federaciji BiH, sudska praksa se značajno izmjenila. Ovo je i bio povod za nastanak ovog rada i pokušaj autora da da adekvatan i tačan odgovor na pitanje da li je dopušten pravni lijek umješaka, ako parnična stranka, na čijoj je strani došlo do mješanja ne izjavi pravni lijek, niti se odrekne izjavljenog pravnog lijeka umješaka. Različito postupanje najviših sudova u BiH, i razilaženja u pravnoj teoriji bili su povod da se u ovom radu postave određena pitanja, i pokušaju da se daju odgovori. Namjera autora ovog rada je bila da se provocira stručna javnost kako bi se konačno dao odgovor na ovo pitanje. Najavljene izmjene i dopune ZPP su dobra prilika, da se ovo pitanje u zakonima entiteta i Brčko distrikta, definitivno reguliše kako bi se konačno riješilo ovo pitanje i izbjeglo različito postupanje u sudskoj praksi povodom iste pravne stvari.

VRIJEME PREDUZIMANJA INTERVENCIJE

5. Pravni interes da u parnici pobijedi jedna od parničnih stranaka daje pravo na učešće u tuđoj parnici. Umješak svoje pravne interese ostvaruje pridružujući

⁶ Vidjeti, Rješenje Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj 070-0-Rev-09-000726 od 27.04.2010. godine), Bilten sudske prakse, br. 1. januar-juni, Sarajevo, 2010.

⁷ O tome vidjeti, Gojković, S. Dopuštenost samostalne žalbe i revizije umješaka, referat je izložen na zajedničkoj sjednici Vrhovnog suda FBiH, Vrhovnog suda RS i Apelacionog suda Brčko distrikta BiH koja je održana u aprilu 2012. u Apelacionom sudu Brčko distrikta.

jući se jednom parničaru i pomaže mu da u parnici uspije sa svojim zahtjevima. Pravilima parnične procedure je izričito predviđeno da se umješač može pridružiti ili tužiocu ili tuženom.⁸

Treće lice, potencijalni umješač može saznati za parnicu i nakon toga izjaviti da u nju stupa kao umješač. Ako se umješač pridružuje tužiocu on može prijaviti svoje učešće već u momentu podizanja tužbe. Mogućno je da se umješač javi i prije pokretanja parničnog postupka u postupku za obezbjeđenje dokaza.⁹

6. Umješač prima parnicu u onom stanju u kome se zatekla kad je u nju stupio. To je vrlo nepovoljna okolnost za njega. Ukoliko bi se u toku parničnog postupka uloga umješača transformisala u parničnu stranku (ako bi umješač stupio na mjesto parnične stranke) negativne posljedice koje je prouzrokovala stranka, svojim neloyalnim ponašanjem, ne bi se mogle otkloniti u tekućoj parnici. Ali umješač može otkloniti neloyalno postupanje "glavne stranke" prigovorom nesavjesnog vođenja parnice.¹⁰

Izjavu o stupanju u tuđu parnicu umješač može dati na ročištu ili u pismenom podnesku.¹¹ Podnesak se dostavlja objema parničnim strankama, a ako je izjava umješača data na ročištu, prepis odnosnog dijela zapisnika dostaviće se samo onoj stranci koja je sa ročišta izostala.¹² Ni u ZPP iz 2003 godine nije određeno kojem sudu će umješač prijaviti intervenciju, i to posebno u slučaju kad je

⁸ Vidjeti, čl. 369. st. 1. ZPP.

⁹ U literaturi procesnog prava postavilo se pitanje kada se umješač može pridružiti tuženom odnosno koji je to najraniji momenat kad on može prijaviti svoje učešće u parnici. U odredbi čl. 369 ZPP izričito je predviđeno da "lice koje ima pravni interes da u parnici koja teče među drugim licima jedna od stranaka uspije (podvukla R. R.) može se pridružiti ovoj stranci." To bi značilo da umješač može stupiti u parnici od momenta litispencije. Međutim, u istoj odredbi a u stavu 2. je predviđeno da "umješač može stupiti u parnicu u toku cijelog postupka (podvukla R. R.) sve do pravosnažnosti odluke o tužbenom zahtjevu, kao i toku postupka nastavljenog podnošenjem vanrednog pravnog lijeka." Ovo je očigledan primjer nepreciznog zakonskog redigovanja. Tumačeći citirana pravila ne može se odgovoriti na pitanje koji je to najraniji momenat kad treće lice može najranije dati izjavu o mješanju i umješati se na strani tuženog. Međutim, po prirodi stvari, treće lice može se pridružiti tuženom u momentu kad tužba bude dostavljena tuženom na odgovor. U teoriji ima i drugih shvatanja, po kome bi umješač mogao dati izjavu o mješanju već u momentu podizanja tužbe. Nije jasno na koji će način treće lice saznati za tužbu kad u ovom trenutku ni tuženi ne zna da je protiv njega podignuta tužba. (Vidjeti, Lukić, V. R. op. cit., str. 113).

¹⁰ O intervencijskom dejstvu presude vidjeti, Stanković, G. Intervencijsko dejstvo presude, Pravni život, br. 12/01. str. 5–15; Stanković, G. Intervencijsko dejstvo presude prema umješju, Zbornik radova, Savremene tendencije razvoja pravnih sistema država u regionu, Novi Sad, 2012, str. 309–322; Lukić, V. R. Intervencijsko dejstvo presude, Godišnjak, Sarajevo, 1991, str. 65–83; Rakić, Vodinić V. Obična intervencija u parničnom postupku, Anali, 2–3, 1995, str. 132. .

¹¹ Vidjeti, čl. 369. st. 3.

¹² Čl. 369. st. 4.

postupak u fazi žalbe ili u postupku po vanrednom pravnom lijeku. Čini se da se intervencija uvijek treba "prijaviti" prvostepenom sudu.¹³

PRETPOSTAVKE ZA MJEŠANJE U TUĐU PARNICU

7. Da bi treće lice stupilo u parnicu kao umješak, on mora imati pravni interes da pobijedi parnična stranka koju želi da pomaže i kontroliše. Pravni interes je pretpostavka za mješanje u tuđoj parnici. Ekonomski ili neki drugi interes nije razlog za mješanje u tuđu parnicu.¹⁴ Teret dokazivanja, o postojanju pravnog interesa, je na umješaku. Ako umješak ne dokaže da on ima pravni interes da se umješa u tuđu parnicu sud će donijeti rješenje kojim će odbiti zahtjev za mješanje.¹⁵ Dužnost je umješaka da dokaže postojanje pretpostavki za dopuštenost mješanja po pravilima o dokazivanju na osnovu vjerovatnosti.¹⁶ Drugi, pak, procesualisti smatraju da potencijalni umješak mora dokazati postojanje materijalnopravnog odnosa iz koga crpi svoj interes za mješanje.¹⁷

Po prirodi stvari da bi treće lice prijavilo svoje učešće u parnici, parnični postupak mora postojati.

Vrlo često parnične stranke nisu zainteresovane da se umješak pojavi u parnici. To po pravilu ne odgovara ni parničnoj stranci na čijoj je strani došlo do mješanja, ali ni parničnom protivniku. Parnična stranka na čijoj strani je umješak prijavio svoje učešće, vrlo često će imati razloga da se protivi mješanju, jer sve troškove mješanja snosi upravo ta parnična stranka a ne umješak, a parnični protivnik je, po pravilu, protiv intervencije jer ukoliko ne uspije u konkretnom parničnom postupku njega će pogoditi štetne posljedice intervencije. Stoga pravilima parnične procedure, je izričito predviđeno da svaka stranka može osporiti učešće umješaka u parničnom postupku.

PROCESNA OVLAŠĆENJA UMJEŠAKA

8. U pravilu koje je sadržano u odredbi člana 371 djelimično je regulisan položaj umješaka. U procesnoj teoriji i sudskoj praksi postoji jedinstveno shva-

¹³ Tako i, S. Triva, M. Dika, op. cit., 452.

¹⁴ O tome detaljno vidjeti, G. Stanković, op. cit., str. 170.

¹⁵ Vidjeti, čl. 370. st. 2.

¹⁶ Triva, S. Dika, M. op. cit., str. 452.

¹⁷ L. Ude, Civilni pravni postopek i n samoupravni sodni postopek, Ljubljana, 1980, str. 107.

tanje da umješać ne može preduzimati dispozitivne parnične radnje protivne interesu parnične stranke, odnosno on ne može preduzimati takve parnične radnje kojima će se pogoršati položaj stranke kojoj se pridružio. Takođe, umješać ne može preduzimati dispozitivne parnične radnje kojima se disponira zahtjevom za presudu niti može svojim radnjama uticati na tok parnice.¹⁸ Izuzetno umješać može izjaviti pravni lijek, ali isti taj pravni lijek ne bi mogao povući bez saglasnosti stranke. Međutim upravo kod pomaganja parnične stranke postavlja se pitanje da li je umješać ovlašćen da pomaže parničnu stranku tako što će izjaviti pravni lijek ako parnična stranka isti propusti da izjavi? U pravnoj teoriji ne postoji jedinstveno shvatanje da li je stranka propuštanjem pravnog lijeka izrazila volju da se postupak okonča? Različito postupanje Vrhovnih sudova u Bosni i Hercegovina i različita shvatanja u teoriji procesnog prava bila su povod da se u ovom radu istraži zakonska regulativa i pravna shvatanja kako bi se na kraju dao potpun i ispravan odgovor na ovo pitanje.

Kada su u pitanju pravila koja su sadržana u entitetskim procesnim zakonima, očigledno je da ne postoji "odgovor" na ovo pitanje.

9. Pravila koja su sadržana u odredbi člana 371 ZPP čini se na prvi pogled da su potpuno jasna i da ne izazivaju nikakve dileme. Međutim, pažljiva analiza pojedinih odredbi izaziva određena pitanja i nedoumice "Umješać mora primiti parnicu u onom stanju u kakvom se nalazi u trenutku kad se umješa u parnicu. U daljem toku parnice *on je ovlašćen da stavlja prijedloge i da preduzima sve ostale parnične radnje u rokovima u kojima bi te radnje mogla da preduzme stranka kojoj se pridružio.* (Podvuka R. R). U daljem toku parnice on je ovlašćen da stavlja prijedloge i da preduzima sve ostale parnične radnje u rokovima u kojima bi te radnje mogla da preduzme stranka kojoj se pridružio." Nije sporno pravilo po kome umješać mora primiti parnicu u onom stanju u kakvom se nalazi u trenutku kad se u nju umješa. Po prirodi stvari, ako su prošli određeni rokovi u kojima je stranka mogla preduzeti određenu radnju ni umješać je kasnije neće moći preduzeti pošto je nastupila prekluzija. Ali dileme izaziva rješenje po kome umješać može da preduzme sve radnje koje može da preduzme i parnična stranka. Da li to zaista znači da sve radnje koje stranka može da preduzme, može i umješać. Naravno da ne može! Naime, pravna pozicija umješaća je jasno određena, umješać nije stranka u postupku i drugo on se mješa jer ima pravni interes da stranka kojoj se pridružio uspije u parnici. Pošto umješać nije stranka on ne može da preduzima dispozitivne parnične radnje, kojima bi disponirao tužbenim zahtjevom a ni radnje kojima bi disponirao procesnim ovlašćenjima od kojih zavisi tok parnice. Izuze-

¹⁸ Stanković, G. op. cit., str. 169.

tak od ovih pravila je da umješak može da izjavi pravni lijek,¹⁹ ali isti ne bi mogao povući bez glasnosti stranke.

Pošto umješak pomaže parničnu stranku, on može preduzimati samo one radnje koje se u načelu mogu kvalifikovati kao povoljne za parničnu stranku.²⁰ Uloga "pomagača" odredila je samu sadržinu parničnih radnji. U pravilu koje je sadržano u odredbi čl. 371. st. 4. izričito je predviđeno da "parnične radnje umješaka imaju za stranku kojoj se pridružio pravno dejstvo ako nisu u suprotnosti sa njenim radnjama." Pošto umješak nije stranka njegove radnje se moraju dovesti u vezu sa držanjem pomognute stranke. Pored toga, mora se procijeniti da li je radnja apstraktno gledano povoljna za pomognutu stranku.²¹ Ukoliko radnja nije povoljna za pomognutu stranku, radnja umješaka neće proizvoditi pravno dejstvo.

Umješak preduzima parnične radnje u svoje ima, ali preduzete radnje se smatraju da su radnje parnične stranke koju umješak pomaže i kontroliše. Sve dok parnična stranka, ne ospori preduzetu radnju umješaka, ona se smatra kao parnična radnja stranke. Sama stranka odlučuje da li je radnja umješaka povoljna za nju ili nije. Parnična stranka je ovlašćena da oduzme pravno dejstvo i radnji koja bi za nju mogla biti korisna. Stranka kao dominus litis nije dužna da se izjasni o razlozima za svoj postupak.²²

Ako bi parnična stranka priznala tužbeni zahtjev, umješak ne bi mogao osporiti tužbeni zahtjev. Ukoliko bi stranka priznala određenu činjenicu, umješak ne bi mogao izdejstvovati dokazivanje određene činjenice koju je stranka priznala. Nije sporno da umješak može podnijeti odgovor na tužbu, ako propusti to da uradi pomognuta stranka, kako bi bilo onemogućeno donošenje presude zbog propuštanja.

Ako se pomognuta stranka odrekla prava na pravni lijek, umješak ne bi mogao anulirati posljedice ove radnje koju je preduzela stranka.

10. Umješak po izričitom naređenju zakonodavca može izjaviti pravni lijek. Ali taj isti pravni lijek on ne bi mogao povući niti bi se mogao odreći jer samo stranka može preduzimati dispozitivne parnične radnje.

U sudskoj praksi mogu se naći sudske odluke, kako ne bi smio da postupa prvostepeni sud. Naime, sud je u konkretnom slučaju usvojio prijedlog umješaka kojem se stranka protivila. Pošto umješak nije stranka u postupku on "nema pravo da stavlja predloge tokom postupka, već samo da preduzima pravne radnje koje nisu suprotne interesima stranke kojoj se tokom postupka pridružio. Naime,

¹⁹ Vidjeti, čl. 371. st. 3 i 4.

²⁰ O tome vidjeti, Poznić, B. Rakić, Vodinić, V. op. cit., str. 191.

²¹ Ibidem.

²² Triva, S. Dika, M. op. cit., str. 454.

pobijanim rješenjem prekinut je postupak po tužbi do pravnosnažnog okončanja krivičnog postupka, koji se vodi protiv tužilje zbog krivičnog djela falsifikovanja isprave. Po žalbi stranke rješenje je ukinuto.”²³ Tokom postupka na strani tuženog u parnicu je stupio umješač. Umješač je predložio prekid postupka, dok se ne okonča krivični postupak. Bez obzira što se protivio punomoćnik tuženog, sud je donio rješenje o prekidu postupka do pravnosnažnog okončanja krivičnog postupka. Po žalbi stranaka rešenje je ukinuto, jer umješačeve radnje ne mogu proizvoditi pravno dejstvo u parnici ako se tome stranka protivi.

Umješač preduzima parnične radnje u svoje ime, ali efekti preduzetih radnji manifestuju se prema stranci kojoj se pridružio. Stoga od parnične stranke zavisi da li će i povoljne radnje umješača obesnažiti. Stranka to može učiniti izričito ili posredno preduzimanjem svoje radnje.

PRAVO UMJEŠAČA NA PRAVNI LIJEK U TUĐOJ PARNICI

11. U sudskoj praksi i pravnoj teoriji sporno je da li umješač pomaže svoju stranku kad izjavi pravni lijek, ako pomognuta stranka to nije učinila, niti je izričito izjavila da neće podići pravni lijek a nije ni povukla pravni lijek koji je umješač izjavio. U redovima koji slijede nužno je odgovoriti na više pitanja, kako bi se dao konačan odgovor na pitanje da li je umješač ovlašćen da izjavi pravni lijek u ovom slučaju? Prvo, da li je izjavljivanje pravnog lijeka u suprotnosti sa aktuelnim pravilima parnične procedure? Drugo, da li umješač pomaže parničnu

²³ “Prema stanju u spisima predmeta stranke su razvedeni supružnici i tužilja tužbom traži da se utvrdi njeno pravo svojine na kući u Supovcu, na kp. br. 715 KO Supovac, a koja nepokretnost je predmet izvršenja u izvršnom postupku I. br. 1249/07, koji se protiv R.Z. kao izvršnog dužnika vodi po predlogu poverioca M.R. iz Niša. Tokom parničnog postupka na strani tuženog u parnicu stupa M.R. i prvostepeni sud rešenjem od 28.08.2008. godine dozvoljava učešće umešača na strani tuženog. Umešač predlaže da se postupak po tužbi za svojinu prekine do okončanja krivičnog postupka, koji se vodi protiv tužilje u predmetu K. br. 2200/07 zbog krivičnog dela falsifikovanja isprave. Punomoćnici stranaka su izrazili protivljenje ovakvom predlogu umešača. Sud donosi pobijano rešenje i prekida postupak do okončanja krivičnog postupka. Sud je učinio bitne povrede odredaba parničnog postupka. Naime, umešač nije stranka u postupku i on nema pravo da stavlja predloge tokom postupka, već samo da preduzima pravne radnje koje nisu suprotne interesima stranke kojoj se tokom postupka pridružio. Ukoliko umešač na strani tuženog istakne bilo koji prigovor ili predlog, a tuženi je taj prigovor ili predlog osporio, smatra se da prigovor ili predlog nije ni istaknut, jer je suprotan parničnim radnjama tuženog. U konkretnom slučaju, prvostepeni sud nije imao zakonsko ovlašćenje da utvrđuje prekid postupka, jer takav predlog nisu stavile stranke, već umešač na strani tuženog. (Rešenje Opštinskog suda u Nišu, P. br. 4043/06 i rešenje Okružnog suda u Nišu, Gž. 1861/09) - Bilten Okružnog suda u Nišu, br. 31/2009, Intermex, Beograd.

stranku kad izjavi pravni lijek? Treće, da li je ta radnja u suprotnosti sa ponašanjem parnične stranke? Četvrto, da li je izjavljivanje pravnog lijeka u suprotnosti sa načelom ekonomičnosti i efikasnosti? Peto, da li odbacivanjem pravnog lijeka, sud onemogućava umješaka na pravo na pristup sudu? I na kraju da li je dopušten pravni lijek umješaka u ovom slučaju?

12. Izjavljivanje pravnog lijeka umješaka nije u suprotnosti sa zakonskim pravilima koja su sadržana u ZPP. Zakonodavac je izričito predvidio da umješak može izjaviti pravni lijek. U pravilu koje je sadržano u odredbi čl. 371. st. 2 je predviđeno da "...umješak koji je stupio u parnicu do pravnosnažnosti odluke o tužbenom zahtjevu je ovlašten da podnese i vanredni pravni lijek. Ako je umješak izjavio pravni lijek, primjerak njegovog podneska dostaviće se i stranci kojoj se pridružio.²⁴ Citirana pravila nedvosmisleno pokazuju da umješak ima pravo da izjavi pravni lijek.

Da je stav zakonodavca bio da umješak ne može da izjavi pravni lijek, onda ne bi predvidio da umješak može da izjavi isti. Pošto umješak istovremeno štiti interese parnične stranke ali i svoje, povlačenjem pravnog lijeka koji je umješak izjavio stranka će manifestovati svoju volju, u pogledu okončanja parnice, a umješak u toj situaciji moći će kasnije, kroz intervencijsko dejstvo presude, da zaštititi svoj interes koji primarno nije uspio da zaštititi.

13. Na drugo pitanje, da li umješak pomaže stranku, kojoj se pridružio, izjavljivanjem pravnog lijeka, može se dati pozitivan odgovor. Izjavljivanjem žalbe, umješak spriječava nastupanje dejstva pravnosnažnosti. To je svakako dobro zato što umješak ne može dovesti pomognutu stranku u teži položaj nego što je stranka bila prije nego što je izjavljen pravni lijek. Naime, samo ako umješak izjavi pravni lijek, a to ne učini parnični protivnik, zakonom je zabranjeno preinačenje presude na štetu stranke koja se žalila ako je samo ona izjavila žalbu. Ako je i umješak izjavio žalbu a žalbu je izjavio i parnični protivnik, položaj stranke kojoj se pridružio umješak nije pogoršan izjavljivanjem pravnog lijeka od strane umješaka.

14. Zakonom je jasno određeno da umješak ne može preduzimati radnje koje su protivne radnjama parnične stranke kojoj se umješak pridružio. Međutim, pravilima parnične procedure nije predviđeno da radnje umješaka ne smiju biti protivne propuštanju stranke. U svakom trenutku pomognuta stranka može povući izjavljeni pravni lijek ali se može i odreći izjavljenog pravnog lijeka umješaka. Prema tome, nije ispravno shvatanje po kome stranka koja nije izjavila pravni lijek manifestuje svoju volju da parnični postupak bude okončan u prvostepenom postupku. Izjavljivanjem pravnog lijeka od strane umješaka, položaj stranke se može poboljšati. Ukoliko umješak izjavi pravni lijek, pa posljedica toga bude po-

²⁴ Čl. 371. st. 3. ZPP.

voljna odluka za parničnu stranku, to će direktno biti od koristi i za samog umješača.

14. Odbacivanjem pravnog lijeka umješača ako stranka nije izjavila pravni lijek, umješaču se onemogućava pravo na pristup sudu. Nigdje u ZPP nije predviđeno da umješač ne može izjaviti pravni lijek u slučaju da stranka na čijoj je strani došlo do mješanja zauzme pasivan stav. I na kraju ukoliko bi sud odbacio žalbu odnosno reviziju umješača kao nedopuštenu, ako se parnična stranka nije usprotivila izjavljivanju pravnog lijeka, postavlja se pitanje kako će sud izvršiti kontrolu zakonitosti ako se radi o nedozvoljenim dispozicijama u parnici.

Stoga sam sklona da zaključim a imajući u vidu svrhu samog miješanja, koja se sastoji u tome da umješač pomažući svojoj stranci da uspije u parnici štiti ujedno i svoja prava, da je dopušten pravni lijek umješača u slučaju kad pomognuta stranka isti ne izjavi niti se usprotivi njegovom izjavljivanju.

ZAKLJUČAK

15. Tumačenjem postojećih pravila parnične procedure može se zaključiti da je umješač ovlašten da samostalno izjavi pravni lijek kad pomognuta stranka to nije učinila. Izjavljivanje pravnog lijeka umješača nije u suprotnosti sa pravilima koja se odnose na umješača. Pored toga, umješač pomaže svoju stranku izjavljivanjem pravnog lijeka. Pravilima parnične procedure nije predviđeno da radnje umješača ne smiju biti protivne propuštanju stranke. U svakom trenutku pomognuta stranka može povući ili se odreći izjavljenog pravnog lijeka. Ali ako stranka ne opozove radnju umješača ona se prećutno saglasila sa postupanjem umješača. Stoga pravni lijek umješača proizvodi dejstvo kao da je u pitanju radnja stranke.

Najavljene izmjene i dopune ZPP su idealna prilika da zakonodavac interveniše i da popuni ovu pravnu prazninu kako bi se izbjeglo različito postupanje sudova povodom iste pravne stvari. Problem bi se najjednostavnije prevazišao ako bi se dodala odredba u kojoj bi bilo određeno, ako stranka u predviđenom roku ne opozove ili se uopšte ne izjasni o izjavljenom pravnom lijeku umješača smatraće se da se ona saglasila sa preduzetom radnjom ili da se radi o pravnom lijeku stranke.

RANKA RAČIĆ, Ph.D.,
Professor, Faculty of Law in Eastern Sarajevo,
Faculty of Law in Banja Luka

INTERVENOR'S RIGHT TO REMEDIES
RELATED TO A SUIT ON-GOING BETWEEN OTHER PERSONS

Summary

An intervener is a third person different from litigants and their representatives, who enters the suit by joining with one of the litigants. The intervener enters the suit between other persons in order to protect his/her own interests by assisting and at the same time controlling the way in which the litigant he/she has joined with are proceeding with the suit. Dual role of the intervention to a suit stirs certain dilemmas in court practice and legal theory. Namely, the "limits" of assistance provided to a litigant by an intervener are disputable. In the Civil Procedure Act of the Republika Srpska it is not clear if the intervener may invoke remedies when the litigant he/she has joined with fails to do so, and if in such case the intervener provides assistance to the litigant and the revoking of remedies is contrary to his/her actions. By weaver of remedies the litigant clearly manifests his/her will, rather than by omitting to revoke remedies. For suit actions the fact of acting is important, rather than omission to act, although legal consequences are related to omission to act too. The Act expressly envisages that the action undertaken by the intervener must not be contrary to the litigant's action, rather than to his/her omission to act. Therefore, the remedies of the intervener have the effect as if produced by the action of the litigant.

The announced amendments to the Civil Procedure Act should definitely regulate this matter, in order to prevent the courts in Entities to undertake different actions with regard to the same legal matter.

DUŠICA PALAČKOVIĆ

KONVENCIJA O GRAĐANSKOPRAVNIM ASPEKTIMA MEĐUNARODNE OTMICE DECE

– Procesno pravne implikacije –

U V O D

Konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece doneta je sada već davne 1980. godine, a stupila je na snagu 1983. Ratifikovana je u SFRJ 1991. godine¹, i deo je unutrašnjeg pravnog poretka Srbije.² Ipak, činjenica da se odredbe potvrđenih međunarodnih ugovora, prema čl. 16/2 Ustava RS neposredno primenjuju pokazuje se kao nedovoljna u rešavanju brojnih problema praktične primene Konvencije. Uzrok je, svakako, opštost odredbi, posebno to da nije određena ni vrsta tzv. centralnog organa,³ ni model procedure koja će se pri-

Dr Dušica Palačković, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

¹ Zakon o ratifikaciji Konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece, "Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori", br. 7/1991 (u daljem tekstu "Konvencija").

² Ustav Republike Srbije, "Službeni glasnik RS", br. 98/2006, (u daljem tekstu "Ustav RS") čijim čl. 1672 je utvrđeno da su: "Opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava i potvrđeni međunarodni ugovori sastavni (su) deo pravnog poretka Republike Srbije i neposredno se primenjuju".

³ Naš službeni prevod Konvencije (v. f. notu 1) koristi izraz "centralni izvršni organ" za engleski izraz "Central Authority" – tekst Konvencije na engleskom jeziku (*Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Article 3*, dostupno na: <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt28en.pdf>, pretraženo 01.08.2012. Centralni organi koje du države ugovornice odredile su različiti: U Srbiji je to Ministarstvo pravde, u Sloveniji Ministarstvo unutrašnjih poslova, U

meniti na slučajeve prema Konvenciji.⁴ Konkretizacija ovih rešenja, naime, prepuštena je nacionalnim pravnim sistemima, odnosno zakonodavstvima.

Gradanskopravne otmice su brojne i uzrokuju niz izuzetno teških problema.⁵ Pre svega, za dete, koje je nezakonito odvedeno, i ova, gradanskopravna otmica, uslovljava emocionalne, odnosno psihološke patnje. Ono je odvedeno iz uobičajenog okruženja, onog na koje je naviklo, i nalazi se u sasvim novom, u novoj situaciji u odnosu na roditelje, kulturu, jezik i dr.⁶ I roditelj, kome je dete oduzeto, izložen je emocionalnim patnjama, ali nisu zanemarivi ni finansijski problemi u postupku vraćanja deteta s obzirom na to da se postupak za vraćanje pokreće i vodi u drugoj državi.⁷

Hrvatskoj i Makedoniji Ministarstvo za socijalnu politiku, prema Gordana Kovaček-Stanić, Haška konvencije o gradansko pravnim aspektima međunarodne otmice dece, prezentacija, dostupno na: http://www.google.rs/search?hl=sr&source=hp&q=gradjansko+pravna+otmica+dece+prezentacija+gordana+kovacek+stanic&gbv=2&oq=gradjansko+pravna+otmica+dece+prezentacija+gordana+kovacek+stanic&gs_l=heirloom.hp.12...2562.34421.0.36156.70.65.1.3.3.0.203.7465.0j52j1.53.0...0.0...1c_KrFWpM2y9I, pretraženo 20.08.2012. U SAD je to, npr, Ured za pitanja (predmete) dece Konzularnog biroa za inostrane poslove (*Office of Children's Issues of Bureau of Consular Affairs of the Department of State*, § 94.2. *Code of Federal Regulations*, dostupno na: <http://www.law.cornell.edu/sfr/text/22/94.2>, pretraženo 20.08.2012, dok je, npr, u Engleskoj, Velsu i Severnoj Irskoj Lord Kancelar (*Lord Chancellor*), odnosno njegova Kancelarija koja delegira dužnosti posebno formiranoj Jedinici za internacionalnu otmicu i kontakte (*International Child Abduction and Contact Unit*), na osnovu *Child Abduction and Custody Act*, iz 1985, dok je za teritoriju Škotske delegirana nadležnost Državnog sekretara, a pri Vrhovnom sudu postoji poseban, zastupnik po službenoj dužnosti (*Official Solicitor*), kao nezavistan, kvazi-pravni organ, čija je funkcija da daje sudijama savete koji su poverljivi, da asistira sudu i zastupa interese svih lica koja ih sama pravno ne mogu štiti (poslovno nesposobna, prim. autora), dostupno na: <http://www.justice.gov.uk/protecting-the-vulnerable/official-solicitor/international-child-abduction-and-contact-unit/central-authority-for-england-and-wales>, pretraženo 20.08.2012.

⁴ Videti čl. 11. Konvencije koji pominje alternativno sud ili upravni organ kao moguće nadležne za donošenje odluke o vraćanju deteta.

⁵ Problem nezakonitog odvođenja ili zadržavanja je veoma prisutan u savremenom svetu, pa i kod nas. Tako prema informaciji objavljenoj na: <http://www.naslovi.net/tema/244028>, pretraženo 08.08.2012, samo tokom tri godine, od 2008-2011, evidentirano je 60 otmica dece, dovedenih ili odvedenih iz Srbije.

⁶ Julia A. Tood, *The Haque Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction: Are the Convention's Goals Being Achieved?*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol.2. Issue2, Article 10, 4-1-1995, s. 553, dostupno na: <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1050&context=ijgls&sei-redirect=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.google.rs%2Fsearch%3Fhl%3Dsr%26solheriloom-hp.12...2000.8891.0.10485.11.0.0.0.0.188.1173.5;6.11.0...0.0...1C.IIJs6bHms#search=%22civil%20aspects%20haqu%20conventiob%20julia%20tood%22>, pretraženo 16.08.2012.

⁷ Julia A. Tood, *op. cit.*, s. 553, bez obzira na to da je u samom postupku prema Konvenciji podnosilac predloga po pravilu oslobođen plaćanja troškova u državama članicama Konvencije.

Specifičnost Konvencije je da odluke donesene na osnovu nje ne utiču ni na koji način na rešenje spora o bilo kom pitanju u vezi prava na staranje.⁸ Takođe, lice koje zahteva vraćanje, a to je po pravilu jedan od roditelja, ne mora imati odluku o vršenju prava na staranje da bi se pozvao na odredbe Konvencije, odnosno dovoljno je da vrši ovo pravo prema pravu države u kojoj dete ima uobičajeno boravište u momentu odvođenja ili nezakonitog zadržavanja.⁹ Na ovaj način se, prema stavu teorije, sprečavaju situacije u kojima bi roditelj koji je izvršio građanskopravnu otmicu imao bilo kakvu korist od takve unilateralne akcije. Benefit bi mogao proisteći iz primene prava države u koju je dete dovedeno u sporovima o pravu na staranje, odnosno mogućnosti pribavljanja odluke koja je povoljna za roditelja koji je otmicu izvršio, a to se ne sme dopustiti.¹⁰ Sud ili upravni organ države u koju je dete dovedeno ima jedinu odgovornost da neodložno donese odluku o povratku i da je izvrši.

Problem u odnosu na primenu Konvencije je definisanje pojma “*habitual residence*” (sama Konvencija ga ne definiše, prepuštajući to nacionalnim pravnim sistemima), odnosno “uobičajeno boravište”, koji je prihvaćen kao kriterijum u primeni Konvencije, odnosno određivanju pojma nezakonito odvođenje i zadržavanje.¹¹ U normativi i literaturi ovaj pojam se definiše na različite načine, odnosno uz korišćenje brojnih i različitih određujućih elemenata, što može biti problem u praksi.¹² Pomenimo ukratko da i Nacrt Zakona o građanskopravnoj zaštiti

⁸ Čl. 19. Konvencije, dok se, kada je reč o sporovima o pravu na staranje prihvata kao pravilo nadležnost suda njegovog uobičajenog boravišta. Tako, u dosta citiranoj, starijoj odluci Apelacionog suda SAD iz 1993 godine, u slučaju *Fridrich v. Fridrich*, dostupno na: <http://www.bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/983/983F2d.1396.92-3117.html>, pretraženo 16.08.2012, pod III, se konstatuje, da je, bez obzira na to da Konvencija ne određuje pojam “uobičajeno boravište”, iz nje sledi, bez sumnje, da se mora osigurati da se o predmetima koji se tiču prava na staranje postupa prema pravu države uobičajenog boravišta deteta. Pojam uobičajenog boravišta nije definisan Konvencijom.

⁹ Joel R. Brandes, Carole L. Weidman, “*Habitual residence*” under the Hague Convention, *New York Law Journal*, September 23, 1997, pozivajući se na odluku u slučaju *Fridrich v. Fridrich* (v. f. notu 7), dostupno na: http://www.brandeslaw.com/International_child_abduction_laws/habitual_residence_under_hague_conv.htm, pretraženo 22.08.2012. Pomenimo da službeni prevod Konvencije (v. f. notu 1), za čl. 3.a) koristi izraz “povređa prava na staranje koje je dobilo lice,...”, dok se u originalnoj verziji Konvencije (v. f. notu 3) koristi izraz “*attributed to a...*” koji znači da se nekome ili nečemu nešto pridodaje ili pripisuje, dakle pravo staranja pripada.

¹⁰ Julia A. Tood, *op. cit.*, s. 554.

¹¹ Videti Preambulu Konvencije, ali i, npr, čl. 3./1(a).

¹² Tako, npr, dete ima uobičajeno boravište u mestu gde boravi: sa oba roditelja; ako roditelji žive odvojeno i nezavisno, a dete živi sa jednim od roditelja, na osnovu sporazuma roditelja ili na osnovu pretpostavljenog pristanka drugog roditelja, uobičajeno boravište deteta je to mesto, ili ako živi sa nekim drugom licem, izuzev roditelja, to je mesto njegovog uobičajenog boravišta ako je “stalna baza” u značajnom (karakterističnom) periodu, videti § 44 *Family Relations Act*

dece od nezakonitog prekograničnog odvođenja i zadržavanja¹³ i Radna verzija Zakona o međunarodnom privatnom pravu definišu uobičajeno boravište, prvi, za potrebe primene Konvencije,¹⁴ drugi za oblast privatnopravnih odnosa sa stranim elementom, o roditeljskom pravu i pravima dece.¹⁵

Nezakonito odvođenje postoji prema Konvenciji,¹⁶ tačnije prema odredbi čl. 3:

za Britansku Kolumbiju (pod kanadskom jurisdikcijom), dostupno na: <http://www.duhaime.org/LegalDictionary/H/Habitual/Residence.aspx>, pretraženo 24.08.2012. Isti izvor daje i definiciju iz kanadskog *Conflict of Laws*, § 263 i § 264, prema kojima je uobičajeno boravište mesto gde dete redovno živi sa oba roditelja, ili sa jednim roditeljem uz saglasnost drugog, ili na osnovu odluke suda, ili je to mesto gde dete živi sa nekim drugim koji je odgovoran za staranje o detetu. Prisilno ili samovoljno odvođenje deteta iz njegovog boravišta ne može izmeniti uobičajeno boravište. O konceptu uobičajenog boravišta deteta u odnosu na Konvenciju, videti *Agres Skudra, Central Authority of Latvia Ministry of Justice, Concept of habitual residence under the Hague Convention on the Child Abduction*, dostupno na: http://www.mpravde.gov.rs/images/Concept%20%habitual%20residence_AGRIS%20SKUDRA.doc, pretraženo 10.08.2012; Autor ukazuje na Petu konferenciju Specijalne komisije iz 2006, čiji završni izveštaj sadrži stav da bi striktno definisanje uobičajenog boravišta deteta bilo suprotno duhu Konvencije, te da sva pitanja i činjenice o tome treba ispitivati od slučaja do slučaja, a da će se određenje vršiti korišćenjem velikog broja subjektivnih koncepata domicila. Takvi su: školovanje, vreme provedeno u jednom mestu, to da ima rođake u jednom mestu i integracija deteta u tu sredinu. O specifičnostima videti i mišljenje *Haue of Lords*, u odnosu na slučaj *In Re S*, 1997, dostupno na: <http://www.publications.parliament.uk/pa/1d199798/1djudgment/jd970724/inres01.htm>, pretraženo 09.08.2012, dalje.

¹³ Tekst ove Radne verzije dostupan je na: <http://www.mpravde.gov.rs/images/Nacrt%20zakona%20o%20ZDONPOZ.28052012.doc>, pretraženo 08.08.2012 (u daljem tekstu "Nacrt zakona").

¹⁴ Čl. 4. Nacrta zakona, kojim se određuje da je uobičajeno boravište deteta, u smislu, ovog zakona, mesto u kojem je dete integrisano u društvenu i porodičnu sredinu, a da se (st. 2.) pri njegovom utvrđivanju uzimaju posebno u obzir: trajanje, regularnost, uslovi i razlozi boravka deteta; preseljenje porodice, državljanstvo deteta; uzrast deteta; mesto i uslovi njegovog školovanja; poznavanje jezika, kao i porodični i društveni odnosi deteta. St. 3. precizira da dete može imati samo jedno uobičajeno boravište, a st. 4. da se u slučajevima nezakonitog odvođenja ili zadržavanja u drugoj državi smatra da se uobičajeno boravište nalazi u državi u kojoj je uobičajeno boravište bilo pre odvođenja ili zadržavanja, a samo izuzetno (st. 5) sud može da utvrdi da je dete steklo novo uobičajeno boravište u državi u koju je dovedeno ili u kojoj je zadržano, uz ocenu svih okolnosti iz st. 2 i svih drugih koje su od značaja za utvrđivanje uobičajenog boravišta deteta.

¹⁵ Radna verzija Zakona o međunarodnom privatnom pravu, dostupno na: http://www.mpravde.gov.rs/images/SER_ZAKON%20O%20MPP20.07.2012.doc, pretraženo 21.08.2012, odredbom čl. 5, određuje da se pod uobičajenim boravištem fizičkog lica podrazumeva mesto u kome lice uobičajeno boravi duže vreme bez obzira na nameru nastanjenja i nezavisno od upisa u evidenciju organa ili dozvole boravka ili nastanjenja, dok st. 2, kao posebne okolnosti u oceni predviđa okolnosti lične ili poslovne prirode koje ukazuju na trajnije veze sa tim mestom ili na nameru da se takve veze zasnaju.

¹⁶ Predmet analize u ovom Radu nije specifičnost ostvarenja "prava na viđenje" iz čl. 5. Konvencije.

a) ako predstavlja povredu prava na staranje¹⁷ koje pripada licu, instituciji ili bilo kome drugom telu, kolektivno ili pojedinačno, po zakonu države u kojoj je dete bilo stalno nastanjeno pre odvođenja ili zadržavanja, i

b) ako su se u vreme odvođenja ili zadržavanja ta prava ostvarivala, kolektivno ili pojedinačno, ili bi se ostvarivala da nije došlo do odvođenja ili zadržavanja.¹⁸

Formulacija je preuzeta iz teksta Konvencije na engleskom jeziku, koji koristi, između a) i b) “and”, što ukazuje na kumulativnost uslova, a ne na moguće, različite, situacije nezakonitog odvođenja.¹⁹

Poseban problem predstavlja to da u pravnom sistemu RS još uvek nije regulisan postupak u predmetima vraćanja deteta²⁰ prema odredbama Konvencije.²¹ No, pomenuto je da postoji Radna verzija Zakona o građanskopravnoj zaštiti

¹⁷ Nacrt zakona koristi izraz “roditeljsko pravo” po logici na normativu Porodičnog zakona Republike Srbije, “Službeni glasnik RS”, br. 18/2005 i 72/2011 – dr. zakon, (u daljem tekstu “PZ”) koji već u odredbi čl. 7. koristi izraz “roditeljsko pravo”, zatim u Trećem delu “Odnosi deteta i roditelja” koristi isti pojam, npr. “2. Roditeljsko pravo”, odnosno “Vršenje roditeljskog prava” (čl. 75–80), itd. Ovaj propis o staranju primarno govori kroz regulativu ustanove starateljstva (Šesti deo “Starateljstvo” (čl. 124–145), a analiza odredaba o starateljstvu upućuje na to da su regulisane primarno obaveze staratelja, odnosno ne koristi se izraz “prava staratelja”, izuzev kod dela o naknadi troškova staratelju i nagradi, što, svakako, nije povezano uz “pravo staranja” u značenju iz Konvencije. Roditeljsko pravo, prema odredbama PZ, ima specifičnu sadržinu (odredbe čl. 68–75), a sve one, na osnovu odredbe čl. 68/1 PZ su, zapravo, obuhvaćene “pravom i dužnošću roditelja da se staraju o deci”, a takvo staranje obuhvata: čuvanje, podizanje, vaspitavanje, obrazovanje, zastupanje, izdržavanje i upravljanje i raspolaganje imovinom deteta” (čl. 68/2 PZ). Ovakva sadržina roditeljskog prava u nekolicini se razlikuje od “prava na staranje” prema Konvenciji, koja u čl. 5a pravo na staranje ograničava na staranje o ličnosti deteta, a posebno izdvaja pravo na određivanje mesta boravka deteta. Dakle isključen je deo koji se odnosi na upravljanje i raspolaganje imovinom deteta iz PZ, a čak i u odnosu na pravo zastupanja može se pretpostaviti da je reč samo o zastupanju kada je u pitanju staranje o ličnosti, ali ne i o imovini, npr.

¹⁸ Konvencija koristi termin “*actually exercised*”, a u teoriji se prihvata pretpostavka da lice koje ima pravo staranja “*actually exercising them*”, odnosno “efektivno ga vrši”, vidi Julia A. Tood, *op. cit.*, s. 558, ili npr, odluku Evropskog suda za ljudska prava u predmetu br. 4949/06, *Carlson v. Switzerland*, dostupno na: http://www.google.rs/search?hl=sr&source=hp&q=carlson+potiv+svajcarske&gbv=2&q=carlson+protiv+svajcarske&gs_l=heirloom-hp.12...4312.11156.0.12515.31.30.0.00.5.266.370-0.4j15j6.25.0...0.0.1c.XoZ73hN8SoM, pretraženo 22.08.2012.

¹⁹ Tako, Nacrt zakona u čl. 2/1, koristi “i” i time upućuje na kumulativnost uslova iz čl. 3. Konvencije. Videti i Joel R. Brandes, Carole L. Weidman, *op. cit.*

²⁰ Konvencija se neće primenjivati na lica starija od 16 godina (čl. 20). I Evropska konvencija o priznanju i izvršenju odluka o staranju o deci i ponovnom uspostavljanju odnosa staranja, “Sl. list SRJ - Međunarodni ugovori”, br. 1. od 11. 05. 2001 (čl. 1), utvrđuje istu gornju starosnu granicu.

²¹ U Velikoj Britaniji je, tako, već 1985. zakonski regulisana ova materija u *Child Abduction and Custody Act* (dostupno na: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/60>, pretraženo 15.08.2012), u USA Konvencija je implementirana preko *International Child Abduction Remedies Act* iz 1988. (dostupno na: http://207.58.181.246/pdf_files/library/icara.pdf, pretraženo

dece od nezakonitog prekograničnog odvođenja i zadržavanja, izrađena od strane Ministarstva pravde RS, ali ovaj tekst još nije usvojen. Problemi prakse, od koji će neki biti pomenuti i dalje u ovom radu, ukazuju na nužnost hitnog regulisanja postupka prema Konvenciji, ali i na potrebu da se o predloženim rešenjima Nacrta zakona šire diskutuje.

Pored pomenutog Nacrta zakona, koji sadrži i deo o izvršenju odluka o vraćanju dece prema Konvenciji, treba reći i da novi Zakon o izvršenju i obezbeđenju²² reguliše, doduše samo jednom odredbom dela kojim je regulisano izvršenje odluka u vezi sa porodičnim odnosima,²³ i situaciju kada je izvršnom ispravom naložena predaja radi povratka u stranu državu nezakonito odvedenog ili zadržanog deteta ili je predaja naložena zbog ponovnog uspostavljanja odnosa staranja ili viđenja roditelja sa detetom u stranoj državi.

Model procedure i stanje regulative u Srbiji

Nedostatak domaće procesne regulative u ovoj oblasti uslovljava lutanje u praksi, a time i neefikasnost u postupku vraćanja dece koja su nezakonito odvedena i zadržana preko granice.²⁴ Time se zanemaruje jedna od najvažnijih obaveza iz Konvencije, ona iz čl. 2, kojom se države ugovornice obavezuju da preduzmu

15.08.2012), u Irskoj je to učinjeno preko *Child Abduction and Enforcement of Custody Orders Act 1991* (dostupno na: <http://reunite.org/edit/files/articles/Ireland%20International%20Child%20Abduction.pdf>, pretraženo 15.08.2012), u Kanadi je svaka od provincija posebno inkorporisala Konvenciju, posle ratifikacije, odnosno od stupanja na snagu Konvencije 1983, počev od 1984. pa nadalje, videti *Emile R. Kruzick, International Child Abduction and The canadian Law*, s.3, fus-nota 1, dostupno na http://www.google.rs/search?q=child+abduction+act+1991&hl=sr&gbv=2&prmd=ivn&ei=_FozUMnCGITO4QSp6IHYCg&start=50&sa=N, pretraženo 15.08.2012, Novi Zeland je 1991 doneo *The Guardianship Amendment Act*, dostupno na: <http://www.legislation.govt.nz/regulation/public/1991/0120/latest/whole.html#DLM147878>, pretraženo 15.08.2012, i dr.

²² Zakon o izvršenju i obezbeđenju, "Službeni glasnik RS", br. 31/2011 i 99/2011. dr. zakon (u daljem tekstu ZIO).

²³ "Izvršenje odluke u vezi sa porodičnim odnosima", Glava četvrta, čl. 224–235, odnosno u okviru podnaslova "Sprovođenje izvršenja u slučaju ugroženosti deteta", odredba čl. 232/4.

²⁴ Korpus problema u primeni Konvencije, koji se mogu svesti na neujednačeno i konfuzno postupanje sudova u dužem periodu u odnosu na primenu procesnog i materijalnog prava, nesnalaženje u izboru metoda pravne zaštite (primenjivala su se kako pravila parnične, tako i vanparnične ili, čak, izvršne procedure, nepoštovanje zahteva Konvencije za hitnim postupanjem, neizvršavanje ili neopravdano odlaganje izvršavanja privremenih mera, izbegavanje izricanja sankcije roditelju koji je izvršio povredu i dr, videti prezenatcija, Vujović, Haška konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece – Situacija u Srbiji, dostupno na: http://www.mpravde.gov.rs/images/Primena%20haške%20konvencije%20u%20Srbiji_Ranka.ppt, pretraženo 01.08.2012.

sve odgovarajuće mere da na svojoj teritoriji obezbede sprovođenje ciljeva Konvencije, a posebno, da u ovu svrhu, koriste “najefikasnije raspoložive postupke”.

Pomenutim Nacrtom zakona, kao primenljiva, predviđena je vanparnična procedura, odnosno zakonodavac se opredelio za formulisanje posebnog vanparničnog postupka za povratak deteta. I u jednoj skorašnjoj odluci Vrhovnog kasacionog suda RS,²⁵ koja je donesena povodom pravnog pitanja dopuštenosti revizije u postupku vraćanja nezakonito odvedene dece,²⁶ prihvaćen je stav da je reč o vanparničnom postupku. I odluke nižih sudova donose se u ovoj materiji primenom vanparnične procedure.²⁷

Ipak, trenutno stanje zahteva komentar. Naime, pre svega, kada je reč o pomenutoj Odluci VKS, treba reći da se Obrazloženje odnosi na primenu procesnih pravila. Tako, Sud konstatuje da “kako posebnim propisima nisu uređena pravila postupka pred redovnim sudom za primenu Konvencije o građansko-pravnim aspektima međunarodne otmice dece, na osnovu odredaba čl. 1. stav 2. Zakona o vanparničnom postupku – ZVP,²⁸ u postupku izdavanja naloga za povratak deteta primenjuju se opšte odredbe ZVP, jer se ne radi o sporu za zaštitu povređenog ili ugroženog prava, da bi se neposredno mogle primeniti odredbe Zakona o parničnom postupku, obzirom na odredbu čl. 19. ove Konvencije koja određuje pravnu prirodu naloga o povratku deteta, kao nemeritorne odluke”.

Ovakvo obrazloženje, međutim, nije i potpuno. Naime, VKS je uputio na odredbu čl. 1/2 važećeg ZVP, kao jedino prihvatljivo rešenje, ali ne uzimajući u obzir integralni tekst ovog stava. ZVP, zaista, opštom odredbom, omogućava primenu vanparnične procedure i u drugim pravnim stvarima iz sudske nadležnosti za koje zakonom nije izričito određeno da se rešavaju u vanparničnom postupku,

²⁵ Rešenje Vrhovnog kasacionog suda (u daljem tekstu “VKS”) Rev. 2239/10, od 24. 02.2010, dostupno na: <http://www.vk.sud.rs/rev-223910-vanparnicni-postupak-dovz.-revizije-protiv-naloga-za-povratak-deteta-po-konvenciji-o-gradjansko-pravnim-aspektima-medjunarodne-otmice-dece.html>, pretraženo 02.08.2012.

²⁶ Rešenjem Okružnog suda u Novom Sadu Gž. 6591/2009, od 15.10.2009. god. odbijena je žalba protivnika predlagača i potvrđeno rešenje Okružnog suda u Novom Sadu P. ... od 15.07.2009. god. kojim je usvojen predlog i naloženo protivniku predlagača da predlagaču vrati i preda decu, maloletnu K.B. i maloletnog F.B. koji se nalaze kod protivnika predlagača. Protiv ovog pravnosnažnog drugostepenog rešenja protivnik predlagača je blagovremeno izjavila reviziju VKS zbog bitne povrede odredaba parničnog postupka i pogrešne primene materijalnog prava, a VKS je, odlučujući o dopuštenosti revizije odlučio da revizija nije dopuštena.

²⁷ Npr., rešenjem donesenim u vanparničnom postupku Osnovni sud u Valjevu odlučuje u predmetu I 10 Pom IG br. 32/11, od 23.09.2011, i nalaže protivniku predlagača da maloletnu BA, rođenu 18.05.2010, u Dž, vrati u Republiku DžDž u Dž, kao mesto poslednjeg prebivališta deteta.

²⁸ Zakon o vanparničnom postupku RS, “Službeni glasnik SRS”, br. 25/82 i 48/88, Službeni glasnik RS”, br. 46/95 - dr. zakon i 18/2005 - dr. zakon (u daljem tekstu ZVP).

ako se ne odnose na zaštitu povređenog ili ugroženog prava “niti se zbog učesnika u postupku mogu primeniti odredbe Zakona o parničnom postupku.” Formulacija upućuje, prvo, na to da mora biti određena sudska nadležnost, i drugo, na kumulativno ispunjenje još dva uslova.²⁹

Već u odnosu na ovaj uslov nastaje problem. Haška konvencija, koja se, kako je već rečeno, može neposredno primeniti, prihvata nadležnost ili suda ili upravnog organa.³⁰ Šta je pravni osnov određivanja nadležnosti suda u našem pravnom sistemu? Praksa pokazuje da naš Centralni izvršni organ³¹ “prosleđuje” upravo sudu ovakve predmete, a sudovi, prema dosadašnjoj praksi, prihvataju nadležnost, odnosno ne oglašavaju se nenadležnim. Time, zapravo ministarstvo opredeljuje tip procedure, odnosno opredeljuje se između upravnog i sudskog postupka u korist ovog drugog. Pri tome je teško pretpostaviti da će sudovi biti dovoljno samostalni i nezavisni i oglašavati se nenadležnim smatrajući da su ovi postupci upravni. Uostalom takvo šta se i ne dešava. Istovremeno, Ministarstvo pravde utvrđuje, svojom “Informacijom”(?!),³² da to nisu predmeti međunarodne pravne pomoći, za koju su sudovi, činjenica je, nadležni. Opredeljenje države Srbije da je Centralni organ Ministarstvo pravde, moglo bi poslužiti opravdanju stava da je postupak sudski, a ne upravni, ali ne i u određenju tipa procedure.

²⁹ Videti o metodu tzv. zakonskog razgraničenja više kod Rakić-Vodinić, *Gradansko procesno pravo*, Beograd, 2010, str. 571-573, odnosno odredbu čl. 1/1 ZVP RS.

³⁰ Videti čl. 11. Konvencije.

³¹ Reč je Odseku za međunarodnu pravnu pomoć Ministarstva pravde RS koje u nadležnosti ima i postupanje u predmetima međunarodne otmice dece, dostupno na: <http://www.mpravde.gov.rs/cr/artivles/ministarstvo/organizaciona-sema7sektor-za-normativne-poslove-i-medjunarodnu-saradnju/>, pretraženo 22.06.2012.

³² “Informacija” se odnosi na sprovođenje Konvencije u cilju ujednačavanja prakse i efikasnije zaštite prava deteta. U njoj je rečeno da postupanje po ovoj Konvenciji ne predstavlja pružanje međunarodne pravne pomoći, odnosno da predmete u sudu treba zavoditi u upisnik pod “R”, a ne u upisnik pod “Pom-I”, što je bila praksa. Tekst same “Informacije” nije dostupan na Internetu, ali u literaturi nailazimo na stav da se i u njoj poziva na citirani čl. 1/2 ZVP, te da je predmet postupanja izdavanje “naloga za povratak deteta”. Videti kod Nikolić, *Konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece*, str. 83, 84, dostupno na: <http://www.kg.ap.sud.rs/assets/files/Bilten1-2011.pdf>, pretraženo 22.06.2012. Postupak je, prema ovom tekstu, kao i prema Nacrtu zakona, dvostranački, predlagač je lice u čije ime Ministarstvo podnosi molbu za vraćanje, a protivnik predlagača je lice koje je dete protivpravno odvelo iz zemlje poslednjeg prebivališta, ili ga je protivpravno zadržalo. Postupak je, nadalje, hitan, odluka se mora doneti u roku od šest nedelja, mora se poštovati načelo kontradiktornosti, a izvođenje dokaza veštačenjem je izuzetno dopušteno, samo radi utvrđivanja okolnosti iz čl. 13. Konvencije, odnosno u vezi smetnji za vraćanje deteta. Odluka je u formi rešenja koje sadrži nalog za povratak, odnosno predaju deteta u roku od tri dana od prijema rešenja, a kojim se uspostavlja faktičko stanje koje je postojalo pre otmice, a ne konstituiše nikakvo pravo ili pravni odnos. O žalbi odlučuje Viši sud, a revizija nije dozvoljena.

Dodajmo da upućivanje podnesenih zahteva za vraćanje dece sudovima vrši i dalje Odsek za pružanje međunarodne pravne pomoći pri Ministarstvu pravde, što bi moglo značiti i da su to postupci pružanja međunarodne pravne pomoći. Mogli bismo prihvatiti stav Ministarstva da u postupcima prema Konvenciji ne treba primenjivati pravila postupka za pružanje međunarodne pravne pomoći koja su mnogostruko ograničavajuća, bez obzira na činjenicu da je postupak pružanja međunarodne pravne pomoći, suštinski, vanparnični, dakle sudski, postupak. I stav VKS u pomenutoj Odluci (v. f. notu 20) je identičan. Naime, pružanje međunarodne pravne pomoći ima sasvim druge ciljeve u odnosu na vraćanje dece u slučajevima prekograničnog odvođenja.³³

Uz uslov sudske nadležnosti, pomenuti čl. 1/2 ZVP predviđa kumulativno još dva uslova. Jedan je da postupku ne sme prethoditi povreda ili ugrožavanje subjektivnog prava, tj. ne sme postojati aktuelni spor³⁴ između učesnika jednog pravnog odnosa. Ukoliko je postupku vraćanja deteta prethodila odluka nadležnog organa kojom je rešeno o pitanju vršenja roditeljskog prava, aktuelnog spora o tome zaista nema, i tada je ovaj uslov zadovoljen. Ali, i kada to nije slučaj Konvencija zabranjuje da se u postupku vraćanja rešava o pravu na staranje (pom. čl. 19), pa, dakle aktuelni spor o pravu na staranje nije ni relevantan u postupku po Konvenciji. Ali, to ne isključuje, naprotiv, po pravilu u ovakvim slučajevima postoji, spor o nezakonitom odvođenju deteta, odnosno o tome da li je odvođenje (ili zadržavanje) bilo nezakonito. Spor o subjektivnom (građanskom) pravu isključuje vanparnicu, a uključuje parnicu u okvire ovih razmatranja, ali je stav teorije procesnog prava da, “ nesumnjivo vanparnično područje predstavljaju stvari statusa fizičkih i pravnih lica u slučaju da među učesnicima datog pravnog odnosa nema spora (u značenju spora o subjektivnom (građanskom pravu), prim. autora), a da postoji potreba da se odnos uredi na siguran i autoritativan način, od strane suda”.³⁵ Ovo poslednje bi mogao biti i ključni argument opredeljenja za sudski, a ne upravni postupak kod nas.

Treći uslov iz odredbe čl. 1/2 ZVP jeste da nemogućnost vođenja parničnog postupka sledi iz određenih karakteristika učesnika u postupku, koji se u teoriji tumači u korist određenja da je nemoguće obezbediti dvostranačku konstrukciju postupka.³⁶ Ipak, pomenuti Nacrt zakona govori o predlažući i protivniku

³³ O međunarodnoj pravnoj pomoći, odnosno predmetu pomoći i ciljevima videti više kod, Triva, Dika, *Građansko parnično procesno pravo, Zagreb, 2004*, str. 101, 102.

³⁴ Moguć je, međutim, tzv. latentni spor videti kod Poznić, Rakić-Vodinelić, *op. cit.*, str. 571, i literaturu na koju se autori pozivaju.

³⁵ Poznić, Rakić-Vodinelić, *op. cit.*, str. 573.

³⁶ *Ibidem*, str. 572.

predlagača (čl. 34), što asocira upravo na ovakvu konstrukciju. Ipak, i vanparnica može biti dvostranačka (parnica je uvek dvostranačka), pa ovaj kriterijum ne može biti i odlučujući za prihvatljiv model sudskog postupka.

I ova sumarna analiza upućuje na zaključak da je teško opredeliti se za primenu pravila jedne ili druge procedure (vanparnica ili parnica?), te da se ipak mora prepustiti zakonodavcu da proceni celishodnost. U tom svetlu treba komentarisati i navedenu odluku VKS po reviziji, odnosno odluke nižih sudova.³⁷No, činjenica je da je VKS izolovao iz odredbe čl. 1/2 ZVP samo deo kojim se omogućava da se postupak sprovodi po pravilima vanparnične procedure ako se predmet ne odnosi na zaštitu povređenog ili ugroženog prava. Takođe, moramo reći da je neprihvatljiv i postupak Ministarstva pravde RS koje ne samo da je “informacijom” (vidi f. notu 7) odredilo tip procedure, već je time odredilo i da postupka sud, a onda i propisalo niz pravila ovog posebnog postupka. Sve ovo potvrđuje već izrečeni stav da je neophodno što pre pravno normirati postupak u primeni Konvencije.

Vanparnični postupak kao adekvatan model zaštite

Procesnopravni problem, pomenut i prethodnim izlaganjima, jeste da li je vanparnica adekvatan model zaštite u ovim stvarima. Razlog u prilog vanparnice je, svakako, potencirano istražno načelo u odnosu na parnicu (čl. 8/2 ZVP), odnosno da sud “može”³⁸ da utvrđuje i činjenice koje učesnici nisu izneli ili koje nisu među njima sporne, ako su važne za donošenje odluke.³⁹ Ovo je od posebnog značaja u kontekstu primene čl. 13/1(b) Konvencije, odnosno dokazivanja postojanja “ozbiljne opasnosti da bi povratak izložio dete fizičkoj ili psihičkoj traumi ili ga na drugi način doveo u nepovoljan položaj”. Naime, mada teret dokazivanja ovih činjenica jeste, prema Konvenciji, na onome ko takvo šta tvrdi, moramo uzeti u obzir neophodnost utvrđivanja najboljeg interesa deteta.⁴⁰ To

³⁷ Videti i Odluku Višeg suda u Valjevu, GŽ2 23–11, dostupno na: http://www.visisudva.com/index.php?option=com_content&task=view&id=142&Itemid=75, pretraženo 22.06.2012.

³⁸ U teoriji se ukazuje na to da je Zakon iz 1934. propisivao primenu istražne maksime u svim vanparničnim postupcima, te da je to važeći ZVP ograničio na statusne i druge stvari u kojima stranke ne mogu raspolagati pravima i pravnim interesima, a time je i “ublažio” primenu ovog načela. O tome videti, npr. Poznić, Rakić-Vodinelić, *op. cit.*, str. 579.

³⁹ Nacrt zakona, čl. 22, formuliše istražno načelo kroz mogućnost da sud istražuje samostalno činjenice koje ni jedna stranka nije navela.

⁴⁰ Uz ova razmatranja vezano je i pitanje saznanja mišljenja deteta, ali i prethodno, prava deteta da samostalno ili preko zastupnika izrazi takvo mišljenje. Odnosno i u ovom postupku pravo da bude saslušano ima dete starije od 10 godina, za koje se pretpostavlja da ima sposobnost da mi-

je obaveza suda i svakog drugog organa u svim aktivnostima koje se tiču dece (čl. 6/1,2 PZ RS), pa je ovde reč o primeni istražnog načela⁴¹ i buduća regulativa bi morala o tome voditi računa. Da li je to kontra zabrani da se ne sme odlučivati o pravu na staranje? Generalno ne, s toga što odluka mora biti odgovor na pitanje da li je dete nezakonito odvedeno, ili, u odnosu na čl. 13, da li postoje okolnosti koje sprečavaju vraćanje, a u odnosu na čl. 13/1(b), konkretno, da li postoji ozbiljna opasnost da bi povratak izložio dete fizičkoj opasnosti ili psihičkoj traumi ili ga na drugi način doveo u ne činjenice koje omogućavaju odbijanje zahteva. Dakle, najbolji interes deteta sud mora utvrđivati i u ovakvim postupcima, nezavisno od prava na staranje. I čl. 13/3 Konvencije obavezuje, npr, nadležni organ da “uzme u obzir” podatke koji se odnose na “socijalno poreklo” deteta do kojih dolazi saradnjom sa centralnim organom države u kojoj dete stalno boravi što upućuje na istražnu maksimu.

Formulacija “nije dužan” da naloži vraćanje iz čl. 13/1, mora značiti da sud ulazi u ocenu dokaza o činjenicama koje, npr, upućuju na ozbiljnu opasnost (čl. 13/1(b), a o stepenima se u teoriji građanskog procesnog prava govori u dva vida - uverenje ili izvesnost, koje eliminiše svaku “razumnu sumnju” i verovatnoća, u smislu da je pretežan utisak, da postoji više argumenata koji govore u prilog postojanja određene činjenice.⁴² Čini nam se da je viši stepen dokazanosti u odnosu na činjenice iz čl. 13/1(b) neophodan s toga što je stav teorije, takođe, da se on zahteva za sve one činjenice od koji zavisi odluka o osnovanosti zahteva, odnosno o “meritumu spora”. To da čl. 19. sadrži zabranu da se u postupcima prema Konvenciji ne sme odlučivati o meritumu u vezi prava na staranje (“*merits of anu custody issue*”) ne protivi se primeni prethodnog pravila o stepenu dokazanosti i kada se primenjuje vanparnična procedura. U postupcima prema Konvenciji cilj je da se utvrdi da li je odvođenje ili zadržavanje nezakonito, i to je predmet postupka u kome se, dakle, utvrđuje da li je osnovan zahtev za vraćanje.⁴³ Svako drugo tumačenje protivi se nizu pravila Konvencije o mogućnosti nadležnog organa da odbi-

šljenje formira, inače se može pokrenuti postupak za zaštitu prava deteta prema čl. 261–273 PZ RS. Dete ispod tog uzrasta ukoliko se utvrdi da je sposobno da formira mišljenje takođe ima pravo da ga slobodno izrazi (čl. 65. PZ RS). Konvencija upravo, odredbom čl. 13/2 obavezuje sud da o vraćanju sasluša dete koje je napunilo one godine i steklo stepen zrelosti pri kome je potrebno uzeti u obzir njegovo mišljenje uvažavajući nacionalni normativni okvir.

⁴¹ Videti i čl. 22. Nacrta zakona, koji istražnom načelu daje primat u odnosu na činjenice koje ni jedna stranka nije navela.

⁴² Videti više kod *Triva, Dika, op. cit.*, str. 480, 481, kao i kod Poznić, Rakić-Vodinelić, *op. cit.*, str. 310, 311.

⁴³ U Konvenciji se koristi izraz “odbijanje da se naloži povratak deteta”, npr, čl. 13/2 i pravi se razlika prema “odbacivanju” zahteva (npr, čl. 12/3).

je da naloži povratak deteta. Načelo posebne brige o pravima lica pod posebnom društvenom zaštitom je, takođe, tipičnije za vanparnične postupke, posebno one statusne, nego što je to slučaj u parnici. Načelo kontradiktornosti opštim odredbama ZVP nije regulisano na generalan način, ali je opšte načelo modernih sudskih postupaka i kao takvo garantovano i na međunarodnom nivou. Istovremeno, građansko pravne otmice dece su i pravne stvari posebno osetljive prirode. Nacrt zakona, u okviru materije načela, međutim ne pominje kontradiktornost, ali odredbom čl. 43, npr, reguliše održavanje ročišta za glavnu raspravu, što upućuje na kontradiktornost procedure, odnosno njene specifičnosti u odnosu na ZVP. Tako se predviđa da se pripremno ročište ne održava, ali da je glavna rasprava obavezna. Prvo ročište se zakazuje u roku do osam dana od dana donošenja rešenja o pokretanju postupka (oficijelna maksima pri pokretanju, čl.33/1 Nacrta zakona), odnosno od dana podnošenja predloga, a obavezno je formulisanje vremenskog okvira postupka. Pravilo je da se održavaju najviše dva ročišta - prvo, za izjašnjavanje i iznošenje prigovora koji sprečavaju povratak, a drugo za izvođenje dokaza, što je u skladu sa načelom hitnosti.⁴⁴ U istom smislu je i rešenje da razmak između dva ročišta ne može biti duži od osam dana (čl. 43/4. Nacrta zakona). Isti cilj ima i odredba čl. 36/1 Nacrta zakona da se postupak prema Konvenciji mora sprovesti u roku od šest nedelja od pokretanja, što je strožije rešenje od onog, upućujućeg, iz same Konvencije (čl. 11/2) kojim je predviđena mogućnost podnošenja zahteva od strane lica koje je postupak pokrenulo ili centralnog organa, za davanje obrazloženja zašto odluka nije donesena u roku od šest nedelja od dana pokretanja postupka.

Isključenje javnosti je u statusnim vanparničnim postupcima takođe opcija koja se ne protivi primeni ovakvog modela procedure. Naprotiv! I, bez obzira na to da je predmet postupka uspostavljanje pređašnjeg stanja,⁴⁵ odnosno odgo-

⁴⁴ Čl. 33/3 Nacrta zakona, u vezi čl. 21, kojim je formulisano načelo posebne hitnosti, odnosno da rokovi za preduzimanje radnji ne mogu biti duži od tri dana, osim ako sam zakon ne određuje drugačije, te da se postupanje protivno odredbama st. 1, 2, čl. 21. smatra nesavesnim i nestručnim postupanjem sudije, što potencira odgovornost sudija u vođenju ovih postupaka.

⁴⁵ Tako rezonuje i VKS u navedenoj Odluci, govoreći o "privremenoj odluci posebne vrste." No, interesantna je u ovom kontekstu situacija u kojoj se iz jednog od konvencijskih razloga odbije zahtev za vraćanje, a zatim strana koja nije uspeła u postupku pokrene postupak za priznanje strane sudske odluke kojom je rešeno o pravu na staranje, a kojom se dete upravo poverava toj strani. U slučaju da se odluka stranog suvereniteta prizna zapravo se izigravaju odredbe Konvencije. Naime, formalnopravno se odlučuje o različitim pravnim stvarima s obzirom na to da se odluka na osnovu Konvencije ne sme odnositi na pravo na staranje. Koja odluka se tada ima izvršiti? Rezonujući o odluci kojom se zahtev odbija kao i kada se usvaja, kao o privremenoj odluci posebne vrste, ona bi imala značaj samo dok se ne zatraži, odnosno ostvari, priznanje i izvršenje odluke o pravu na staranje. O tome videti "Izazovi u primeni Konvencije o građansko-pravnim aspektima međunarod-

vor na pitanje da li je neodložan povratak deteta opravdan⁴⁶ u postupku će se, sasvim sigurno, iznositi činjenice povezane uz lične i porodične prilike. Nacrt zakona, međutim, neposredno obavezuje na poštovanje “prava na privatnost i tajnost podataka”,⁴⁷ što je, svakako, jedan od vidova zaštite tajne, ali kako ne govori o isključenju javnosti sa ročišta, primenjivala bi se opšta pravila ZVP, koji, odredbom čl. 9, utvrđuje dužnost da se javnost isključi u “postupcima u kojima se odlučuje o statusnim stvarima”. Da li je postupak prema Konvenciji statusni postupak? Čini se da nije, odnosno da odluka ne utiče na status već samo, pojednostavljeno govoreći, na određivanje mesta gde će dete živeti i sa kim će živeti. U ovakvoj konstrukciji i isključenje javnosti sa ročišta, za koje mislimo da je potrebno, nema potporu u propisima. O tome bi trebalo voditi računa u postupku donošenja posebnog zakona kojim bi se regulisao postupak prema Konvenciji pred našim sudom.

Čini se, takođe, da je sasvim prihvatljivo rešenje iz Nacrta zakona (čl. 27) kojim je utvrđena koncentracija nadležnosti, odnosno određeno da u ovakvim pravnim stvarima postupaju samo četiri osnovna suda koja su formirana za područje apelacionih sudova (u Beogradu, Kragujevcu, Nišu i Novom Sadu). Naime, u odnosu na ostale, ovi predmeti nisu tako brojni, a uz to omogućava se kvalitetnija međusobna saradnja, a time i ujednačavanje prakse pri postupanju u ovim predmetima. Dopunu čini i rešenje iz čl. 28 Nacrta zakona, o mogućnosti ustupanja predmeta između ovih sudova samo ako se promeni mesto boravka deteta prema kome je nadležnost zasnovana, pod uslovom da je očigledno da bi se tako postupak brže sproveo ili kada je to u najboljem interesu deteta.

Neophodno je, takođe, da sudije budu posebno edukovane za vođenje ovih postupaka i takvo rešenje daje i Nacrt zakona, odredbom čl. 29, odnosno da sudija pojedinac, koji, inače, vodi postupak, mora biti lice koje je steklo specijalizovana znanja iz oblasti prava deteta. U istom smislu je i odredba iz dela Nacrta zakona kojim se reguliše postavljanje privremenog zastupnika licu koje zahteva vraćanje deteta, a nije u mogućnosti da pristupi na prvo ročište za glavnu raspravu i nema punomoćnika, odnosno da je zastupnik ovde advokat koji je stekao posebna znanja iz oblasti prava deteta.⁴⁸ Nije posebno regulisano postavljanje za-

ne otmice djece, prezentacija Bosne i Hercegovine, dostupno na: <http://www.mpravde.gov.rs/PRE-ZENTACIJA%20BOSNA.doc>, pretraženo 18.06.2012. Takođe, ni Konvencija ne pominje ponovljeno odvođenje ili situaciju kada, npr, drugi roditelj, drugo lice, to docnije učini. Ili, uvek se primenjuje ista procedura, što, takođe, upućuje na privremenost odluke, ali i pomenutu mogućnost izigravanja odredaba Konvencije i time njenih ciljeva, kao i mnogo drastičnije posledice većeg broja uspešnih različitih odluka.

⁴⁶ Julia A. Toood, op. cit., s. 554.

⁴⁷ Čl. 24. Nacrta zakona.

⁴⁸ Videti čl. 32. Nacrta zakona.

stupnika detetu, što nam se čini potrebnim. Naime, interesi lica koje je izvršilo građansko pravnu otmicu deteta i samog deteta mogu u postupku prema Konvenciji biti suprotstavljeni i već je to dovoljan razlog da se u buduću zakon unese posebna odredba o zastupanju deteta. I Konvencija, odredbom čl. 13/2, predviđa situaciju kada se dete suprotstavlja povratku. Ukoliko bi ostao ovakav tekst Nacrta zakona privremeni zastupnik detetu postavljao bi se na osnovu shodne primene zakona o parničnom postupku, ali se čini da ne bi bila suvišna posebna odredba i o tome.

I ovako sumarna analiza ukazuje na adekvatnost posebnog vanparničnog postupka kao adekvatnog modela za sprovođenje postupaka prema Konvenciji. Predmet pažnje nisu, usled ograničenja obima rada, mogla biti i brojna druga specifična rešenja koja bi trebalo da sadrži poseban zakon (ili poseban deo Porođičnog zakona), a isti razlog uslovio je da nisu ni pomenute posebnosti izvršenja odluka donesenih prema Konvenciji.

DUŠICA PALAČKOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac

THE APPLICATION OF THE CONVENTION
ON THE CIVIL ASPECTS OF INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION
– Aspects of procedure law –

Summary

The Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction may be directly applied by the Republic of Serbia relevant authorities, but general nature of its provisions has caused that many signatory countries preferred to adopt a separate act regulating the returning procedure in the civil law cases of child abduction. This procedure has not been regulated in the Republic of Serbia positive law. The Convention allows an alternative jurisdiction of a court or an administrative organ to govern this procedure. Yet, the court practice has accepted the stand that this procedure according to Convention should be conducted by applying the rules of extrajudicial procedure.

This work is partly devoted to the analysis of a certain number of procedural problems arisen from the application of the Convention, the current situation in our courts related to applying procedure law, the current draft of the Law on civil aspects of the protection of children from illegal international abduction, as well as the issue of the availability of literature related to procedural problems encountered during the implementation of the Convention. Also, the author analyzes whether and to what extent the rules of extrajudicial procedure have been accepted in our country from the aspects of the goals proclaimed by the Convention.

VLADIMIR KOZAR

ZASTUPANJE PRAVNIH LICA U PARNIČNOM POSTUPKU

U V O D

Parnični postupak je opšti postupak za zaštitu povređenih ili ugroženih građanskih subjektivnih prava.¹ Pravila parničnog postupka o zastupanju pravnih lica od izuzetne su važnosti, jer se shodno primenjuju i u mnogim drugim građanskim sudskim postupcima kao što su vanparnični, izvršni i stečajni postupak.²

Osim zakona i akta društva, zastupanje privrednog društva može se zasnivati i na izjavi volje zastupanog (punomoćje). Pitanje punomoćnika regulisano je odredbama opšteg postupka, ali ima izuzetan značaj naročito u privrednim sporovima, s obzirom na svojstvo stranaka koje su najčešće pravna lica, pa u postupku jedino mogu učestvovati preko svog direktora kao “statutarnog” zastupnika ili voljnog zastupnika – punomoćnika.

Dr Vladimir Kozar, docent Pravnog fakulteta za privredu i pravosuđe Univerziteta Privredna akademija, Novi Sad, specijalni savetnik, NLB banka AD, Beograd.

¹ Parnični postupak je definisan kao opšti postupak za zaštitu povređenih ili ugroženih subjektivnih građanskih prava, što znači da se zaštita tih prava ostvaruje u drugim vrstama postupaka samo kada je to propisano posebnim zakonom, a inače važi opšte pravilo – da se zaštita ostvaruje u parničnom postupku (član 1. Zakona o parničnom postupku) – Videti: Kozar V., Komentar Zakona o parničnom postupku sa sudskom praksom i registrom pojmova, 2011. godina, “Poslovni biro” d.o.o., Beograd, strana 11.

² Marković V., Zastupanje privrednih subjekata u vanparničnom i izvršnom postupku, časopis “Radno-pravni savetnik”, “Poslovni biro” d.o.o., Beograd, broj 4/2012, str. 63–69, 2012. godina.

Zakon o parničnom postupku³ koji je počeo da se primenjuje u februaru 2012. godine sadrži bitne novine u odredbama o zastupanju, a posebno kada je u pitanju zastupnik i punomoćnik pravnog lica. Određena zakonska rešenja, na koja je ukazano u ovom radu, predmet su kritike stručne javnosti.

Zastupnik pravnog lica u postupku

U Glavi IV Zakona o parničnom postupku koja nosi naslov "Stranke i njihovi zastupnici" sadržane su novine u odnosu na odredbe prethodnog zakona, polazeći od činjenice da je u praksi bilo problema oko razgraničenja zakonskog zastupnika i zastupnika pravnog lica. Precizno je definisan pojam zastupnika pravnog lica⁴, tako što je utvrđeno da je zastupnik pravnog lica u parničnom postupku, lice upisano u odgovarajući registar, a koje je određeno posebnim propisom, opštim aktom pravnog lica ili odlukom suda. Na ovaj način Zakon o parničnom postupku napravio je jasnu razliku između zakonskog zastupnika parnično nesposobne stranke i ovlašćenog lica upisanog u registar – zastupnika pravnog lica, koji se u pravnoj teoriji, a i u prethodnom zakonu označava terminom "statutarni zastupnik".

Dva kumulativna uslova za sticanje zastupničkog svojstva. – Iz odredaba člana 77. Zakona o parničnom postupku može se izvesti zaključak da su potrebna dva kumulativna uslova da bi se neko lice smatralo zastupnikom pravnog lica u parničnom postupku i to: 1. da je to lice upisano u odgovarajući registar, i 2. da je to lice (zakon verovatno misli na funkciju koje to lice obavlja u pravnom licu, npr. direktor, izvršni direktor akcionarskog društva, predsednik izvršnog odbora banke i sl) određeno posebnim propisom, opštim i pojedinačnim aktom pravnog lica (npr. da je donet punovažan pojedinačni akt o izboru ili imenovanju toga lica na funkciju) ili odlukom suda. Tumačenja navedene zakonske odredbe mogu dovesti do velikih problema u praksi, naročito u sporovima o izboru i imenovanju zastupnika pravnog lica ili drugim statusnim sporovima. Odredba iz člana 482. ranijeg Zakona o parničnom postupku⁵, preciznije je regulisala pitanje svojstva zastupnika pravnog lica u parničnom postupku, propisujući da je zastupnik stranke lice upisano u registar kao ovlašćeno lice (statutarni zastupnik). Navedena odredba u ranijem zakonu bila je sadržana u Glavi trideset četvrtoj koja je regulisala poseban postupak u privrednim sporovima, ali je u suštini važila i u opštem postupku,

³ Objavljen u "Službenom glasniku RS", br. 72/2011 od 28. septembra 2011. godine, a stupio na snagu 1. februara 2012. godine. godine.

⁴ član 77. ZPP

⁵ "Službeni glasnik RS", br. 125/2004 i 111/2009.

kao i u svim drugim posebnim postupcima, u kojima je pravno lice bilo parnična stranka. Saglasno tome, važeći Zakon o parničnom postupku je odredbu o zastupniku pravnog lica pravilno sistematizovao u pravila opšteg postupka.

Na ovaj način, Zakon o parničnom postupku je, za potrebe vođenja parničnog postupka, razrešio teorijski konflikt o tome da li je upis direktora privrednog društva u registar konstitutivan ili samo deklarativan. Sistemsko tumačenje dovedo do zaključka da je posle donošenja Zakona o parničnom postupku pravno neutemeljeno da se licu koje je upisano u registar prizna svojstvo statutarnog zastupnika za potrebe vođenja parničnog postupka, dok mu se istovremeno to svojstvo ne bi priznalo prilikom razrešavanja materijalno-pravnog odnosa koji je i doveo do spora – npr. da li je punovažan obligacioni ugovor koji je to lice potpisalo.

S druge strane, u pravnoj nauci i sudskoj praksi postoje mišljenja da je upis u registar direktora preduzeća – privrednog društva, kao i upis drugih zastupnika deklarativan, jer neko lice postaje direktor ili zastupnik odlukom privrednog društva, a ne odlukom i upisom registra (ranije suda). Pitanje karaktera upisa nije od značaja, već je od značaja dejstvo upisa prema trećim licima (zbog kojih se upis i vrši). To dejstvo je Zakonom o parničnom postupku posebno i izričito propisano u pogledu zastupanja u parnici, tako da je zastupnik pravnog lica – statutaran zastupnik privrednog društva, kao i drugog pravnog lica, samo ono lice koje je upisano u registar, a ne i lice koje (iz bilo kog razloga) nije upisano. Sud nema ovlašćenja da “licu koje je upisano u registar prizna svojstvo statutarnog zastupnika za potrebe vođenja postupka”, već je parnični sud zakonski obavezan da to lice smatra parničnim zastupnikom stranke. Da li je to isto lice u prethodnom materijalno-pravnom odnosu bilo ovlašćeno za zastupanje pravnog lica, zavisi od drugih konkretnih okolnosti – odluka o njegovom izboru ili razrešenju, obima ovlašćenja u zastupanju, upisa u registar, saveznosti druge ugovorne strane itd. (čl. 10. i 25. Zakona o privrednim društvima, član 3. tačka 2. Zakona o registraciji privrednih subjekata). Stoga je moguć zaključak suda da lice u pitanju nije bilo ovlašćeno za zaključivanje ugovora, ali nije moguć zaključak suda da to lice nije zastupnik u parnici, jer ono to jeste na osnovu izričite odredbe člana 482. Zakona o parničnom postupku.⁶

Pored toga, Zakonom o parničnom je na ovaj način razgraničio pojam “zakonskog zastupnika” od “ovlašćenog lica”, kao statutarnog zastupnika preduzeća i drugih pravnih lica, koja se upisuju u sudski registar ili privredni registar. Statutaran zastupnik je najčešće direktor, a može nositi i druge nazive. Zakonski zastu-

⁶ Pravni stav Višeg trgovinskog suda – odgovor utvrđen na sednici Odeljenja za privredne sporove od 19. i 20. septembra 2005. godine, Sudska praksa, softverski paket za pravnike, “Intermex”, Beograd, 2012.

pnik je zastupnik stranke – fizičkog lica koje nema parničnu sposobnost,⁷ i to su roditelj ili staratelj tog lica. Ovaj termin, kao ni odredbe Zakona o parničnom postupku o zakonskom zastupanju, se ne odnosi na pravna lica, koja su poslovno i parnično sposobna, i koja zastupa njihov statutarni zastupnik u smislu člana 482. Zakona o parničnom postupku. Na tu razliku jasno ukazuju i odredbe čl. 265. i 361. Zakona o parničnom postupku, koje razlikuju zakonske zastupnike i zastupnike pravnih lica u pitanjima saslušanja stranke i povreda u zastupanju. Samo izuzetno, pravno lice može imati specifičnog zakonskog zastupnika, i to privremenog zastupnika iz člana 79. Zakona o parničnom postupku.⁸ Termini “zakonski zastupnik” i “zastupnik pravnog lica u parničnom postupku” nisu sinonimi ni po odredbama važećeg Zakona o parničnom postupku.

Međutim, ono što je na pravilan način rešeno u važećem i prethodnom Zakonu o parničnom postupku, nije ispoštovano u Zakonu o privrednim društvima (“Službeni glasnik RS”, br. 125/2004), koji za označavanje statutarnog zastupnika koristi neadekvatan termin “zakonski zastupnik privrednog društva”.⁹ Takav pristup nije imao teorijsko ni logičko utemeljenje, posebno kada se ima u vidu da su oba zakona – Zakon o privrednim društvima i prethodni Zakon o parničnom postupku doneta istovremeno, i objavljena u istom “Službenom glasniku” broj 125/2004. Zakon o privrednim društvima zatim isti termin je koristio za označavanje zakonskog zastupnika fizičkog lica – maloletnika ili drugog lica koje nema poslovnu sposobnost.¹⁰ Zakon o privrednim društvima čak je u istom članu koristio isti termin za označavanje zastupnika akcionarskog društva i za označavanje zastupnika maloletnika ili drugog lica koje nema poslovnu sposobnost.¹¹ Neprihvatljivo je terminološko izjednačavanje zastupnika pravnih lica i privrednih društava sa zakonskim zastupnicima fizičkih lica – maloletnika ili drugih lica koja nemaju poslovnu sposobnost. Svi oni u širem smislu jesu zakonski zastupnici, jer

⁷ Član 75. Zakona o parničnom postupku iz 1977. godine, odnosno član 76. ZPP (“Službeni glasnik RS”, br. 125/2004 i 111/2009).

⁸ Pravni stav Višeg trgovinskog suda – odgovor utvrđen na sednici Odeljenja za privredne sporove od 19. i 20. septembra 2005. godine, Sudska praksa, softverski paket za pravnike, “Inter-mex”, Beograd, 2012.

⁹ U članu 30. stav 1. Zakona o privrednim društvima propisano je da “zakonski zastupnik privrednog društva izveštava registar o izdavanju i opozivu prokure”, dok je u članu 298. stav 2. propisano da “pravo glasa na osnovu akcija ili udela koje akcionarsko društvo ima u drugom društvu, može ostvarivati punomoćnik ili zakonski zastupnik.”

¹⁰ Npr. u članu 125. tačka 3, zatim u članu 143. stav 3, pa u članu 298. stav 3. u kome propisuje da “pravo glasa na osnovu akcija preminulog lica, maloletnika ili drugog lica koje nema poslovnu sposobnost, može vršiti zakonski zastupnik tog lica, bez prenosa tih akcija na ime tog zastupnik”.

¹¹ Vidi član 298. st. 2. i 3. Zakona o privrednim društvima.

se svaki vid zastupanja u krajnjoj liniji zasniva na nekom zakonu ili drugom propisu, ali među njima postoji bitna razlika, kako u načinu imenovanja, ovlašćenjima i ulozu koju imaju u pravnom prometu. Raniji zakoni koji su uređivali kompanijsko pravo nisu koristili termin “zakonski zastupnik” za označavanje zastupnika preduzeća, već samo “zastupnik”.¹²

Novi Zakon o privrednim društvima (“Službeni glasnik RS”, br. 36/2011 i 99/2011) delimično je ispravio navedenu anomaliju, tako što ponovo uvodi termin “statutarni zastupnik”, ali ga istovremeno koristi kao sinonim za zakonskog zastupnika društva, verovatno imajući u vidu teorijski stav da je svaki zastupnik u širem smislu zakonski zastupnik, jer se njegova ovlašćenja zasnivaju na zakonu. Tako, prema odredbi člana 31. stav 1. novog Zakona o privrednim društvima, zakonski (statutarni) zastupnici društva u smislu ovog zakona su lica koja su ovim zakonom kao takva određena za svaki pojedini oblik društva.

Posebno ovlašćenje zastupnika pravnog lica iz posebnih propisa. – Zastupnik pravnog lica može u ime stranke da preduzima sve radnje u postupku. Ako je za podnošenje ili povlačenje tužbe, priznanje, odnosno za odricanje od tužbenog zahteva, zaključenje poravnjanja, izjavljivanje, povlačenje ili odricanje od pravnog leka, posebnim propisima predviđeno da zastupnik mora da ima posebno ovlašćenje, on može te radnje da preduzima samo ako ima ovlašćenje.¹³

Kao primer posebnog ovlašćenja koje je potrebno zastupniku pravnog lica za punovažno zaključenje sudskog poravnjanja, može se navesti odredba iz člana 398a Zakona o preduzećima (“Službeni list SRJ”, br. 29/96, 33/96, 29/97, 59/98, 74/99, 9/2001, 36/2002), prema kojoj preduzeće koje posluje većinskim društvenim kapitalom ne može, bez prethodne saglasnosti Agencije za privatizaciju, doneti odluku poravnanju sa poveriocima, van toka redovnog poslovanja. Citirana odredba primenjuje se do okončanja privatizacije postojećih društvenih preduzeća i privrednih društava koja posluju društvenim ili državnim kapitalom, na osnovu člana 597. novog Zakona o privrednim društvima (“Službeni glasnik RS”, br. 36/2011 i 99/2011), a u vezi člana 456. prethodnog Zakona o privrednim društvima (“Službeni glasnik RS”, broj 125/04) koji je produžio važenje ograničenja iz Zakona o preduzećima.

Ograničenje opozivanja parnične radnje zastupnika. – U važećem Zakonu o parničnom postupku izmenjena je odredba iz istoimenog člana 483. prethodnog zakona, po kojoj stranka nije mogla izmeniti niti opozvati radnju svog statutar-

¹² Vidi npr. član 41. Zakona o preduzećima (“Službeni list SRJ”, br. 29/96, 33/96, 29/97, 59/98, 74/99, 9/2001, 36/2002), kao i član 169. Zakona o preduzećima (“Službeni list SFRJ”, br. 77/88, 40/89, 46/90 i 61/90).

¹³ Član 78. ZPP.

nog zastupnika, tako što je mogućnost opoziva parnične radnje zastupnika sužena, odnosno ograničena samo na priznanje ili odricanje od tužbenog zahteva. Zakonodavac je najverovatnije imao u vidu zloupotrebe koje su u pojedinim parnicama činili zastupnici priznanjem neosnovanih tužbenih zahteva ili odricanjem od osnovanih tužbenih zahteva, u saradnji sa drugom parničnom strankom u cilju izbegavanja primene prinudnih propisa ili radi pribavljanja materijalne koristi protivnoj strani.

Međutim, ova odredba nema dovoljno jasno značenje, jer se postavlja pitanje ko bi punovažno mogao izmeniti ili opozvati radnju statutarnog zastupnika pravnog lica, ako je po samom zakonu upravo statutarni zastupnik određen kao zastupnik stranke u parničnom postupku, a stranka kao pravno lice nema postulacionu sposobnost. Verovatno se misli na punomoćnika, koji bi mogao da pokuša da naknadno izmeni ili opozove radnju statutarnog zastupnika, ili na novog statutarnog zastupnika, ako dođe do promene i upisa u registar drugog lica ovlašćenog za zastupanje. To istovremeno znači da parnična radnja statutarnog zastupnika ima jaču pravnu snagu, od radnje punomoćnika, i da je doslednim tumačenjem citirane norme, neopoziva¹⁴ osim kada su u pitanju navedeni zakonom propisani - priznanje ili odricanje od tužbenog zahteva.

Takođe nije jasno zašto je odredba o opozivu parnične radnje sadržana u posebnim pravilima postupka u privrednim sporovima, a ne u pravilima opšteg parničnog postupka. Mogao bi se izvesti zaključak da u opštem postupku uopšte nije moguće opozvati parničnu radnju zastupnika pravnog lica, pa ni kada je u pitanju priznanje ili odricanje od tužbenog zahteva.¹⁵ Ili suprotno – da je u opštem postupku uvek moguće opozvati svaku parničnu radnju zastupnika, osim ako je reč o neposrednim parničnim radnjama, koje su po pravilu neopozive, kao što je npr. povlačenje tužbe.

Punomoćnici pravnog lica

Osim zakona i akta društva, zastupanje privrednog društva može se zasnivati i na izjavi volje zastupanog (punomoćje).¹⁶

Pitanje punomoćnika regulisano je odredbama opšteg postupka, ali ima izuzetan značaj naročito u privrednim sporovima, s obzirom na svojstvo strana-

¹⁴ Kozar V., Petrović Z., Počuča M., Zastupanje pravnih lica u sudskim postupcima (Privredno procesno pravo), "Poslovni biro", Beograd, 2010. godina, str. 22.

¹⁵ Kozar V., "Postupak u privrednim sporovima", časopis "Radno-pravni savetnik", "Poslovni biro" d.o.o., Beograd, broj 1/2012, str. 95, 2012. godina.

¹⁶ Vasiljević M., Vodič za primenu Zakona o privrednim društvima, Intermex, Beograd, 2011, str. 76.

ka (najčešće su to pravna lica, koja u postupku jedino mogu učestvovati preko svog zastupnika ili punomoćnika), i na značajne zakonske novine, pa je potrebno u ovom radu ukazati na te odredbe.

Kvalifikovani punomoćnici. – U “Glavi V – Punomoćnici” posebnu novinu u predstavlja rešenje koje se odnosi na punomoćnika stranke. Prema prethodnom zakonu u prvostepenom postupku i postupku po žalbi punomoćnik je mogao biti svako poslovno sposobno fizičko lice. Novim zakonom se predviđa da stranke mogu da preduzimaju radnje u postupku lično ili preko punomoćnika, koji mora da bude advokat.¹⁷ Na taj način, po jednom mišljenju omogućava se dosledno sprovođenje ustavne odredbe, prema kojoj pravnu pomoć može pružati samo advokatura, dok postoje i mišljenja da je takva odredba neustavna. Rešenje iz prethodnog zakona kojim je izjednačen advokat i svako drugo lice koje ne mora da poseduje pravničko znanje, pre svega je neprihvatljivo sa stanovišta advokature, kao profesije, koja podrazumeva višestruku pravnu kvalifikaciju: završen pravni fakultet, odgovarajuću praksu, pravosudni i advokatski ispit, kao i posebne kriterijume za prijem u advokaturu, a takođe nije ni u skladu sa Ustavom. Prihvaćeno novo rešenje garantuje dignitet postupka i samog suda, kao i pravičnu, zakonitu i efikasnu zaštitu prava stranaka, a u krajnjoj liniji i ekonomičnost samog postupka. Istovremeno se suzbija nadriparstvo koje je uprkos zabrani postojalo u praksi.¹⁸ Međutim ovo novo rešenje u pravnoj teoriji kritikovano je kao nastojanje zakonodavca da obezbedi monopol advokature u zastupanju.¹⁹

Propisujući da punomoćnik fizičkog lica mora da bude advokat, novi Zakon o parničnom postupku ne pravi razliku između fizičkog lica koje se ne bavi poslovnom ili drugom komercijalnom delatnošću²⁰ i preduzetnika, koji je u članu 83. stav 1. Zakona o privrednim društvima²¹ definisan kao poslovno sposobno fizičko lice koje obavlja delatnost u cilju ostvarivanja prihoda i koje je kao takvo registrovano u skladu sa zakonom o registraciji. To znači da punomoćnici svih fizičkih lica, bez obzira na njihovo svojstvo, moraju biti advokati, kako u prvostepenom postupku, tako i u postupku po žalbi ili vanrednim pravnim lekovi-

¹⁷ Član 85. stav 1. ZPP.

¹⁸ Radovanov A., Zakonom o parničnom postupku, kritički prikaz, objašnjenja i tumačenja, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe u Novom Sadu, 2012, str. 23.

¹⁹ Stanković G., Zastupanje preduzetnika u parničnom postupku, časopis Pravo, teorija i praksa, “Pravo” doo i Pravni fakultet za privredu i pravosuđe Univerziteta Privredna akademija Novi Sad, Novi Sad, 2012. godina, broj 4–6/2012, str. 1.

²⁰ Takvu definiciju fizičkog lica koje nije preduzetnik koristi npr. Zakon o zaštiti korisnika finansijskih usluga (“Službeni glasnik RS”, br. 36/2011) u članu 2. tačka 9.

²¹ “Službeni glasnik RS”, br. 36/2011, 99/2011.

ma.²² Preduzetnik koji zapošljava diplomiranog pravnika sa položenim pravosudnim ispitom moraće da angažuje punomoćnika iz reda advokata, jer preduzetnik nema svojstvo pravnog lica, pa za njega ne važi zakonom propisani izuzetak. Dakle, preduzetnika ne mogu, kao njegovi voljni zastupnici, zastupati lica koja su kod njega zaposlena, bez obzira na njihove stručne kvalifikacije.²³

Diplomirani pravnik sa položenim pravosudnim ispitom. – Izuzetak je punomoćnik pravnog lica, koji može biti diplomirani pravnik sa položenim pravosudnim ispitom, koji je stalno zaposlen u tom pravnom licu.²⁴ Prema tome, pravno lice u prvostepenom postupku i postupku po žalbi može zastupati diplomirani pravnik sa položenim pravosudnim ispitom, koji je stalno zaposlen u tom pravnom licu. Navedeno rešenje predstavlja korak napred u odnosu na prethodni zakon. Jer, dopuštanjem da nestručni punomoćnici zastupaju pravna lica, prethodni Zakon o parničnom postupku (*Službeni glasnik RS. br. 125/04*), nije degradirao se samo stepen zaštite prava parnične stranke (što je stvar izbora same stranke) već je neminovno snižavao i opšti nivo stručnosti raspravljanja pred sudom, a time je bio degradiran i sam proces, odnosno postupak koji se vodio pred sudom, jer je sud bio prinuđen da u postupku komunicira i raspravlja sa nestručnim licem.²⁵

“Ostali zastupnici” pravnog lica. – Pravna lica koja imaju punomoćnike sa neodgovarajućim kvalifikacijama, problem u zastupanju po novom zakonu, mogu rešiti tako što bi postojećim punomoćnicima dala svojstvo zastupnika u smislu člana 77. Zakonom o parničnom postupku u kome je propisano da je zastupnik pravnog lica u parničnom postupku, lice upisano u odgovarajući registar, a koje je određeno posebnim propisom, opštim aktom pravnog lica ili odlukom suda. Potrebno je da budu ispunjena dva kumulativna uslova da bi se neko lice smatralo zastupnikom pravnog lica u parničnom postupku i to: 1. da je to lice upisano u odgovarajući registar, i 2. da je to lice određeno posebnim propisom, opštim i pojedinačnim aktom pravnog lica ili odlukom suda. Drugim rečima, dosadašnji punomoćnici mogli bi se pored statutarne zastupnika sa, po pravilu, neograničenim ovlašćenjima (direktora privrednog društva ili predsednika banke) upi-

²² Vrhovšek M., Kozar V., “Sudska zaštita subjektivnih prava iz radnog odnosa po novom Zakonu o parničnom postupku”, Zbornik referata “Pravo i usluge” sa Međunarodnog naučnog skupa održanog 3. maja 2012. godine na Pravnom fakultetu u Kragujevcu u organizaciji Instituta za pravne i društvene nauke Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, izdavač: Pravni fakultet Univerziteta u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke, Kragujevac, str. 874, 2012. godina.

²³ Stanković G., Zastupanje preduzetnika u parničnom postupku, časopis Pravo, teorija i praksa, “Pravo” doo i Pravni fakultet za privredu i pravosuđe Univerziteta Privredna akademija Novi Sad, Novi Sad, 2012. godina, broj 4–6/2012, str. 4.

²⁴ član 85. stav 2. ZPP.

²⁵ Kozar V., Komentar Zakona o parničnom postupku sa sudskom praksom i registrom pojmova, 2011. godina, “Poslovni biro” d.o.o., Beograd, str. 116.

sati u Registar privrednih subjekata, kao zastupnici sa ograničenim ovlašćenjima, tj. sa ovlašćenjem da zastupaju privredno društvo ili drugo pravno lice samo u sudskim postupcima. Potrebno je da prethodno bude ispunjen i drugi kumulativni uslov, a to je da se ugovorom o osnivanju, statutom ili drugim opštim aktom predvidi funkcija takvog zastupnika i njegova ovlašćenja, a zatim da se pojedinačnim aktom – odlukom o imenovanju određeno lice imenuje na funkciju zastupnika u sudskim postupcima. Naravno, ova lica mogu biti upisana pored direktora ili predsednika izvršnog odbora, i kao zastupnici sa neograničenim ovlašćenjima, ako je tako predviđeno opštim aktom pravnog lica.

Takve zastupnike pod nazivom “Ostali zastupnici” predviđa i Zakon o privrednim društvima, propisujući u članu 32. da “osim zakonskih zastupnika, zastupnici društva u smislu ovog zakona su i lica koja su aktom ili odlukom nadležnog organa društva ovlašćena da zastupaju društvo i kao takva registrovana u skladu sa zakonom o registraciji. Šta više, Zakon o privrednim društvima dozvoljava mogućnost da društvo ima i više od jednog zakonskog (statutarnog) zastupnika, propisujući u članu 31. stav 3. da “društvo mora imati najmanje jednog zakonskog zastupnika koji je fizičko lice.”

Pored direktora društva kapitala, osnivačkim ili drugim aktom društva ili odlukom nadležnog organa društva, kao zastupnici društva mogu se, dakle, odrediti i druga lica. Reč je o statutarnim zastupnicima društva koji se u tom svojstvu takođe obavezno registruju. U pravnoj teoriji objašnjeno je da uvođenje “statutarnih zastupnika” nije nužnost, ali se često pokazuje potrebnim radi veće specijalizacije zastupničkih poslova.²⁶ A zastupanje u parničnom i drugim građanskim sudskim postupcima, od strane “statutarnog zastupnika” upravo predstavlja vid specijalizacije zastupničkih poslova, a za neka privredna društva koja ne žele ili ne mogu da angažuju advokate kao punomoćnike, i nužnost.

Radni odnos sa nepunim radnim vremenom u povezanim pravnim licima. – U povezanim pravnim licima postoji praksa da zaposleni u jednom pravnom licu kao punomoćnici zastupaju i druga povezana pravna lica, iako nisu stalno zaposleni u tom drugom pravnom licu. Takva situacija mogla bi se rešiti na opisani način, dakle da diplomirani pravnici sa položenim pravosudnim ispitom, koji su stalno zaposleni u jednom povezanom pravnom licu, dobiju svojstvo zastupnika u drugim povezanim pravnim licima, tako što bi se upisali u Registar privrednih subjekata, odnosno drugi odgovarajući registar pravnih lica, u smislu člana 77. Zakonom o parničnom postupku i člana 32. Zakon o privrednim društvima, pod nazivom “ostali zastupnici”.

²⁶ Vasiljević M., Vodič za primenu Zakona o privrednim društvima, Intermex, Beograd, 2011, str. 76.

Takođe, istovremeno angažovanje jednog diplomiranog pravnika sa položenim pravosudnim ispitom, na poslovima zastupanja u više pravnih lica, može se izvršiti primenom instituta “radnog odnosa sa nepunim radnim vremenom” iz čl. 39. do 41. Zakona o radu²⁷ s tim što se radni odnos mora zasnovati na neodređeno vreme (član 39). Zaposleni koji radi sa nepunim radnim vremenom ima sva prava iz radnog odnosa srazmerno vremenu provedenom na radu, osim ako za pojedina prava zakonom, opštim aktom i ugovorom o radu nije drukčije određeno (član 40). Zaposleni koji radi sa nepunim radnim vremenom kod jednog poslodavca može za ostatak radnog vremena da zasnuje radni odnos kod drugog poslodavca i da na taj način ostvari puno radno vreme.²⁸ Zakonom o parničnom postupku traži da diplomirani pravnik sa položenim pravosudnim ispitom, mora biti “stalno zaposlen” u pravnom licu čiji je punomoćnik (član 85. stav 2), što odgovara terminu “radni odnos na neodređeno vreme” iz člana 39. Zakona o radu, ali ne pravi razliku da li je u pitanju radni odnos sa punim ili nepunim radnim vremenom.

S druge strane, postoje mišljenja da se navedeni termini ne mogu izjednačiti, te da je Zakon o parničnom postupku upotrebio nepostojeću pravnu kategoriju koja se tiče radno-pravnog statusa zastupnika pravnog lica. Pravna lica koja sada imaju punomoćnike diplomirane pravnike, ali bez položenog pravosudnog ispita, u periodu dok ta lica ne polože pravosudni ispit, kontinuitet i zakonitost u zastupanju u prvostepenom postupku mogu obezbediti tako što bi njihovi sadašnji punomoćnici privremeno promenili radno-pravni status i zaposlili se kao advokatski pripravnici u odgovarajućoj advokatskog kancelariji, odnosno kod advokata, kome bi pravno lice izdalo punomoćje za zastupanje, sa izričitim ovlašćenjem da advokata zamenjuje advokatski pripravnik koji je kod njega zaposlen, saglasno članu 88. stav 3. Zakonom o parničnom postupku. Izuzetak je postupak po pravnim lekovima u kome novi zakon ne dozvoljava da advokata zamenjuje advokatski pripravnik.

Prokurista kao punomoćnik privrednog društva. – Zakon o privrednim društvima²⁹ definiše pojam prokure kao poslovno punomoćje kojim društvo ovlašćuje jedno ili više fizičkih lica (prokurista) da u njegovo ime i za njegov račun zaključuju pravne poslove i preduzimaju druge pravne radnje (član 35. stav 1). Prokura je neprenosiva i prokurista ne može dati punomoćje za zastupanje drugom licu (član 35. stav 3).

Iako je prokura najšire poslovno punomoćje, ona ipak podleže određenim zakonskim ograničenjima koja su nabrojana u članu 38. Zakon o privrednim društvima. Ograničenjima koja su postojala u prethodnom zakonu (otuđenje

²⁷ “Službeni glasnik RS”, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009.

²⁸ Član 41. Zakona o radu.

²⁹ “Službeni glasnik RS”, br. 36/2011, 99/2011.

i opterećenje nepokretnosti), pridodata su nova: Prokurista ne može bez posebnog ovlašćenja da: 1) zaključuje pravne poslove i preuzima pravne radnje u vezi sa sticanjem, otuđenjem ili opterećenjem nepokretnosti i udela i akcija koje društvo poseduje u drugim pravnim licima; 2) preuzima menične obaveze i obaveze jemstva; 3) zaključuje ugovore o zajmu i kreditu; 4) zastupa društvo u sudskim postupcima ili pred arbitražom. Tačnije, preduzimanje navedenih pravnih poslova odnosno pravnih radnji uslovljeno je postojanjem posebnog ovlašćenja.

Kada je u pitanju zastupanje u parničnom postupku i drugim sudskim postupcima ili pred arbitražom, jasno je da prokurista mora imati posebno ovlašćenje privrednog društva. Postavlja se pitanje da li to ovlašćenje daje skupština privrednog društva koja je izdala prokuru ili pak statutarni zastupnik.

Međutim, iako se prokura izdaje odgovarajućom odlukom skupštine privrednog društva (član 36. stav 1) a prokurista se registruje u skladu sa zakonom o registraciji (član 36. stav 1), pa po tim obeležjima postoji sličnost sa pojmom statutarnog zastupnika, odnosno zastupnika pravnog lica u postupku iz člana 77. Zakonom o parničnom postupku, s obzirom da se prokurista: 1. upisuje u odgovarajući registar, i 2. da je to lice određeno aktom pravnog lica, pravna priroda prokure je ipak bliža punomoćju. Dakle prokura, je po svojoj pravnoj prirodi punomoćje, a i zakon i pravna teorija prokuru definišu kao poslovno punomoćje,³⁰ odnosno kao najšire punomoćje,³¹ šire od poslovnog.³² Otuda, i za prokuristu važe specijalna zakonska ograničenja kada je u pitanju zastupanje u parničnom postupku (a i u svim drugim postupcima u kojima se shodno primenjuju pravila parničnog postupka),³³ tako da se doslednim tumačenjem citiranih propisa nameće zaključak da bi prokurista kao punomoćnik pravnog lica u parničnom postupku, morao biti diplomirani pravnik sa položenim pravosudnim ispitom, koji je stalno zaposlen u tom pravnom licu.³⁴

U prilog takvom zaključku ide i mogućnost opoziva i otkaza prokure predviđena članom 39. Zakona o privrednim društvima³⁵ što predstavlja način pre-

³⁰ član 35. stav 1. Zakona o privrednim društvima.

³¹ Vasiljević M., Komentar Zakon o privrednim društvima, JP „Službeni glasnik”, 2006, str. 120.

³² Vasiljević M., Vodič za primenu Zakona o privrednim društvima, Intermex, Beograd, 2011, str. 80.

³³ član 85. stav 2. Zakona o parničnom postupku.

³⁴ Kozar V., Vodič za primenu novog Zakona o parničnom postupku – najvažnije novine u odnosu na prethodni zakon, 2012. godina, “Poslovni biro” d.o.o., Beograd, str. 198. i 199.

³⁵ Društvo može opozvati prokuru u svako doba. Društvo ne može da se odrekne prava da opozove prokuru, niti se to pravo na bilo koji način može ograničiti ili usloviti. Prokurista može otkazati prokuru u svako doba, uz obavezu da u narednih 30 dana računajući od dana dostave otkaza društvu zaključuje pravne poslove i preuzima druge pravne radnje ako je to potrebno radi izbegavanja nastanka štete za društvo.

stanka zastupanja sličan prestanku parničnog punomoćja po članu 92. stav 1. u kome je propisano da stranka može u svako vreme da opozove punomoćje, a punomoćnik može da ga u svako vreme otkáže.

S druge strane, kao protivargument izloženom stavu, moglo bi se navesti to da po važećem Zakonu o privrednim društvima³⁶ prokuru izdaje skupština društva s ograničenom odgovornošću, odgovarajućom odlukom (ako osnivačkim aktom, odnosno statutom nije drugačije određeno), a ne statutarni zastupnik. Otuda nedostaje jedan bitan element punomoćja – izjava volje statutarnog zastupnika (tj. samo punomoćje), jer “punomoćnici svoja ovlašćenja za zastupanje vuku iz punomoćja dobijenog od zastupnika privrednog društva”, pa se prokura po važećem zakonu, približava pojmu zastupnika, koji “svoja ovlašćenja za zastupanje vuku iz zakona i osnivačkih akata deponovanih u registar i objavljenih”. S druge strane, prokuru kod akcionarskog društva izdaje odbor direktora (jednodomo upravljanje), odnosno nadzorni odbor (dvodomo upravljanje). Pojam prokure bio je bliži punomoćju po prethodnom Zakonu o privrednim društvima, prema kome je prokuru davao i opozivao direktor društva s ograničenom odgovornošću (član 157. stav 1. tačka 8), odnosno upravni odbor akcionarskog društva (član 313. stav 1. tačka 5).

*Postulaciona nesposobnost i zastupanje
u postupku po vanrednim pravnim lekovima*

Novi zakon propisuje da stranku mora da zastupa advokat u postupku po vanrednim pravnim lekovima, izuzev ako je sama advokat (član 85. stav 3), što znači da su u postupku po reviziji ili po predlogu za ponavljanje postupka, stranke postulaciono nesposobne. Ovo pravilo odnosi se i na pravna lica, jer u postupku po vanrednim pravnim lekovima ne važi izuzetak iz člana 85. stav 2. tj. da punomoćnik pravnog lica može biti i diplomirani pravnik sa položenim pravosudnim ispitom, koji je stalno zaposlen u tom pravnom licu

Dakle, u postupku po vanrednim pravnim lekovima obavezno je advokatsko zastupanje od strane kvalifikovanog stručnog lica – advokata, zbog potrebe pravosuđa i advokature za efikasnijim i stručnijim radom, što znači da stranke ne mogu lično preduzimati radnje u postupku po vanrednim pravnim lekovima (jer su postulaciono nesposobne), a ni preko stalno zaposlenih punomoćnika - diplomiranih pravnika sa položenim pravosudnim ispitom.

Novi zakon, navedenim odredbama, podiže stepen stručnosti zastupanja u prvostepenom postupku i postupku po žalbi, kako za fizička, tako i za pravna lica, a zadržava rešenja iz prethodnog zakona u pogledu zastupanja po vanrednim pravnim lekovima.

³⁶ Službeni glasnik RS”, br. 36/2011, 99/2011.

Postulaciona sposobnost jeste sposobnost parnično sposobne stranke da sama, lično i neposredno, dakle bez punomoćnika, preduzima parnične radnje.³⁷ Drugim rečima, parnično sposobna stranka ima i postulacionu sposobnost ako sopstvenim izražajnim sredstvima, dakle bez ičije pomoći ili posredovanja, može preduzimati radnje u postupku.³⁸ Međutim, novi zakon navedenim odredbama predviđa postulacionu nesposobnost u postupku po vanrednim pravnim lekovima (revizija i predlog za ponavljanje postupka), jer i parnično sposobna stranka ove pravne lekove ne može preduzeti bez posredstva advokata. Propisano je obavezno zastupanje od strane advokata (obavezno advokatsko zastupanje). U pravnoj teoriji ističe se da postulaciona nesposobnost omogućava nesmetan i efikasan rad sudova i eliminiše mogućnost da se pred sudom pojavljuju neuke i pravu nevične stranke, s tim što je ponekad predviđena i da bi se zaštitila i sama stranka, a ponekad i sama advokatska profesija.³⁹

ZAKLJUČAK

Zastupanje privrednog društva ili drugog pravnog lica zasniva se na zakonu, opštem aktu ili na izjavi volje zastupanog (punomoćje). Zastupnik pravnog lica u parničnom postupku je lice upisano u odgovarajući registar, a koje je određeno posebnim propisom, opštim aktom pravnog lica ili odlukom suda. Zakon je napravio jasnu razliku između zakonskog zastupnika parnično nesposobne stranke i ovlašćenog lica upisanog u registar – zastupnika pravnog lica, koji se u pravnoj teoriji, a i u prethodnom zakonu označava terminom “statutarni zastupnik”.

Novi Zakon o privrednim društvima ponovo uvodi termin “statutarni zastupnik”, ali ga istovremeno koristi kao sinonim za zakonskog zastupnika društva.

Mogućnost opoziva parnične radnja zastupnika je sužena, odnosno ograničena samo na priznanje ili odricanje od tužbenog zahteva.

Stranke, koje imaju svojstvo fizičkog lica mogu da preduzimaju radnje u postupku lično ili preko punomoćnika, koji mora da bude advokat. Ovo pravilo odnosi se i na preduzetnike. Punomoćnik pravnog lica u prvostepenom postupku i postupku po žalbi može biti diplomirani pravnik sa položenim pravosudnim ispitom, koji je stalno zaposlen u tom pravnom licu.

³⁷ Stanković G., Građansko procesno pravo, III izmenjeno i dopunjeno izdanje, Studentski kulturni centar, Niš, 1996, str. 222.

³⁸ Poznić B., Građansko procesno pravo, Savremena administracija, Beograd, 1987, str. 129.

³⁹ Stanković G., Građansko procesno pravo, III izmenjeno i dopunjeno izdanje, Studentski kulturni centar, Niš, 1996, str. 223.

Pravna lica koja imaju punomoćnike sa neodgovarajućim kvalifikacijama, problem u zastupanju po novom zakonu, mogu rešiti davanjem svojstva zastupnika postojećim punomoćnicima, tako što bi ih upisala u Registar privrednih subjekata, odnosno drugi odgovarajući registar pravnih lica. Ova lica nazivaju se “ostali zastupnici”.

Na isti način diplomirani pravnici sa položenim pravosudnim ispitom, koji su stalno zaposleni u jednom povezanom pravnom licu, mogu dobiti svojstvo zastupnika u drugim povezanim pravnim licima. Takođe, istovremeno angažovanje jednog diplomiranog pravnika sa položenim pravosudnim ispitom, na poslovima zastupanja u više pravnih lica, može se izvršiti primenom instituta “radnog odnosa sa nepunim radnim vremenom”

Prokura je po svojoj pravnoj prirodi punomoćje. Zato prokurista kao punomoćnik pravnog lica u parničnom postupku, mora biti diplomirani pravnik sa položenim pravosudnim ispitom, koji je stalno zaposlen u tom pravnom licu.

U postupku po vanrednim pravnim lekovima obavezno je advokatsko zastupanje. Stoga, stranku mora da zastupa advokat izuzev ako je sama advokat, što znači da su u postupku po reviziji ili po predlogu za ponavljanje postupka, stranke postulaciono nesposobne. Ovo pravilo odnosi se i na pravna lica.

VLADIMIR KOZAR, Ph.D.,

Assistant Professor, Faculty of Law, University Business Academy Novi Sad,
Special Adviser, NLB banka AD, Beograd

REPRESENTATION OF LEGAL ENTITY IN CIVIL PROCEDURE

Summary

Representing a legal entity is based on the law, general act or statement represented the will (power of attorney). A representative of the legal entity in civil proceedings is a person enrolled in the appropriate register, which is determined by a special regulation, the general rule of the legal entity or court decision. The possibility of revoking civil action agent is limited, or restricted to the recognition or denial of the claim. The attorney of the legal entity must have a law degree and passed the bar exam. The attorney must be permanently employed in that legal entity. Attorney with inadequate qualifications may acquire the status of a company representative. Registration in the Business Registers Agency or other appropriate register of legal entities is necessary for such attorneys. The procurator of a legal entity as an agent in a civil action, must have a law degree and passed the bar exam, which is permanently employed in that legal entity.

VUKAŠIN D. RISTIĆ

POSEBNA REVIZIJA

- Novina u parničnom postupku -

POJAM I ZNAČAJ

Opšti parnični postupak u Republici Srbiji uređen je najnovijim Zakonom o parničnom postupku, koji je objavljen u “Službenom glasniku RS”, br. 72 od 28.09.2011. godine, sa početkom primene od 1. februara 2012. godine.

Pored ostalih novina, čiji je cilj da se odredbe istog usaglase sa modernim evropskim zakonodavstvom u ovoj oblasti, on je u članu 404. propisao uslove pod kojima se revizija, kao klasičan vanredni pravni lek u našem i uporednom zakonodavstvu u ovoj oblasti, može izjaviti protiv drugostepene presude koja ne bi mogla da se pobija revizijom, samo zbog pogrešne primene materijalnog prava, kao jednog od zakonskih razloga zbog kojih se revizija inače može podneti /tzv. posebna revizija/.

Korišćenje ovog vanrednog pravnog leka po prvi put je propisao Zakon o parničnom postupku u članu 395. objavljen u “Službenom glasniku RS”, br. 125/04 i 111/09, koji se primenjivao od 23. februara 2005. godine, do 1. februara 2012. godine. Odredbe tog člana, koji ne nosi naziv “posebna revizija”, dopunjene su i preciznije određene članom 404. važećeg zakona, sa utiskom da je primena ovog novog instituta po ranijem zakonu bila nezapažena.

Vukašin D. Ristić, predsednik Udruženja pravnika Beograda.

Zakon o parničnom postupku ne razlikuje se mnogo od ostalih procesnih zakona koji su, možda i previše, i u bivšoj saveznoj državi i u Republici Srbiji, kao samostalnoj i suverenoj zemlji, menjani i dopunjavani.

To se po pravilu, opravdavalo potrebama savremenog društva i razvoja društveno-ekonomskih odnosa, a u poslednje vreme, i potrebama za usaglašavanjem sa ustavnim i drugim sistemskim promenama, i naročito, potrebama za brže i potpunije ostvarenje planirane reforme u pravosuđu. Što bi se reklo, što je brzo to je po malo i kuso, pa ne isključujemo mogućnost da su te promene vršene mnogo puta i sa razloga što nisu prethodno, u dovoljnoj meri sagledane potrebe za njihovim donošenjem i posebno, njihovom praktičnom primenom u našem sistemu. Događalo se zato, i nažalost i dalje se događa, da zbog izvesne brzopletosti i nedovoljno sagledanih potreba za izmenama zakona, da se vrše promene pojedinih zakona i u vreme dok ne stupe na snagu, odnosno vreme koje je potrebno za pripremu za njegovo primenjivanje.

Podsećamo, u vezi gore iznetog, da je ova procesna materija u građanskom pravu, po prvi put u ranijoj saveznoj državi bila uređena Zakonom o parničnom postupku, iz 1977. godine, sa brojnim izmenama i dopunama, tokom dvadesetpetogodišnje primene, objavljenom u "Službenom listu SFRJ", br. 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 69/82, 72/82, 58/84, 74/87, 57/89, 27/90. i 35/91, a zatim u "Službenom listu SRJ", br. 27/92, 31/93, 24/94, 12/98. i 3/2002.

U Republici Srbiji, kao samostalnoj državi, donet je Zakon o parničnom postupku u toku 2004. godine i objavljen u "Službenom glasniku RS", br. 125/04, sa izmenama i dopunama u broju 111/09, koji se primenjivao do 1. februara 2012. godine, od kada se primenjuje novi Zakon o parničnom postupku, objavljen kao što je već navedeno u "Službenom glasniku RS", br. 72 od 28.09.2011. godine.

REVIZIJA, KAO VANREDNI PRAVNI LEK, PO DOSADAŠNJIM PROPISIMA

Po Zakonu o parničnom postupku iz 1977. godine, sa svim njegovim izmenama i dopunama do donošenja novog zakona u 2004. godini, bilo je propisano da je revizija protiv pravnosnažne presude donesene u drugom stepenu, dozvoljena u svim sporovima sa rokom podnošenja od 30 dana od dana dostavljanja prepisa presude.

Revizija nije bila dozvoljena u imovinskopravnim stvarima ako vrednost predmeta spora ne prelazi iznos od 300.000 novih dinara.

Međutim, u izričito nabrojanim slučajevima /sporovi o izdržavanju, o naknadi štete za izgubljeno izdržavanje usled smrti davaoca izdržavanja i zbog izgu-

bljene zarade ili drugih prihoda po osnovu rada, kao i u imovinskim sporovima koji nastanu iz protivustavnih i protivzakonitih pojedinačnih akata i radnji kojom se pravna ili fizička lica, zavisno od sedišta odnosno prebivališta, stavljaju u neravnopravan položaj na jedinstvenom jugoslovenskom tržištu ili na drugi način narušava jedinstvo jugoslovenskog tržišta, uključujući i sporove o naknadi štete, koja se tim prouzrokuje/, revizija je bila uvek dozvoljena, bez obzira na vrednost predmeta spora /član 382. stav 4. tog zakona/.

Po Zakonu o parničnom postupku iz 2004. godine, revizija je bila dozvoljena po pravilu protiv /svake/ pravnosnažne presude donesene u drugom stepenu, u roku od 30 dana od dana dostavljanja prepisa presude

Revizija nije bila dozvoljena u imovinskopravnim sporovima kada se tužbeni zahtev odnosi ili ne odnosi na novčano potraživanje i dr. ako vrednost predmeta spora pobijenog dela pravnosnažne presude, *ne prelazi 500.000 dinara*.

Bez obzira na vrednost spora i po ovom zakonu, izričito su bili predviđeni slučajevi u kojima je revizija uvek dozvoljena, preuzeti iz ranijeg zakona i prošireni u odnosu na sporove zbog povrede autorskog prava, zaštite i upotrebe pronalaska i tehničkih unapređenja, uzoraka, modela i žigova, firme ili naziva, kao i u sporovima iz neloyalne utakmice i monopolističkih ponašanja kada se ne odnose na imovinsko pravni zahtev /član 394. st. 4. tačka 4. tog zakona/.

Zakonom o izmenama i dopunama tog zakona, objavljenim u "Službenom glasniku RS", br. 111 od 29. decembra 2009. godine, izmenjen je u celosti pomenuti član 394. koji je propisivao uslove za izjavljivanje revizije, osim u stavu jedan, koji propisuje da se protiv pravnosnažne presude donesene u drugom stepenu može izjaviti revizija u roku od 30 dana od dana dostavljanja prepisa presude.

Izmenjene su ranije odredbe o nedozvoljenosti revizije u imovinskopravnim sporovima, kako u odnosu na visinu imovinskog cenzusa, koji je određen na iznos od 100.000 evra /?/ po srednjem kursu Narodne banke Srbije na dan podnošenja tužbe, već i u tome kada se tužbeni zahtev u tim sporovima odnosi i na "utvrđenje prava svojine na nepokretnostima" /član 38. tog zakona/.

Dakle, u ovim imovinskopravnim sporovima, da bi se mogla izjaviti revizija vrednost spora pobijenog dela pravnosnažne presude donesene u drugom stepenu, morala je da *prelazi* dinarsku protivvrednost navedenog deviznog iznosa. Ovaj zakon stupio je na snagu danom objavljivanja u službenom glasniku, odnosno na dan 29. decembra 2009. godine. S obzirom da u tom zakonu, koji je iz nedovoljno jasnih razloga, donet po hitnom postupku, kao da je zemlji pretila katastrofa, nije predviđeno nikakvo vreme za njegovu primenu / *vacatio legis* /, to je, u stručnoj javnosti i u praktičnoj primeni, prihvaćeno pravilo da se zakon *i primenjuje* od dana stupanja na snagu, odnosno od 30. decembra 2009. godine !

U prelaznim odredbama Zakona o izmenama i dopunama ovog zakona, određeno je da će se postupci započeti pre njegovog stupanja na snagu, okončati po tom zakonu iako su, dakle, započeti po ranijem zakonu, s tim da će izuzetno, Vrhovni kasacioni sud odlučivati o revizijama izjavljenim pre njegovog stupanja na snagu, u veću sastavljenom od troje sudija, po pravilima postupka koja su važila do tog momenta /član 55/.

U praktičnoj primeni ovih odredaba o mogućnosti izjavljivanja revizije s obzirom na vrednost spora ispoljene su značajne dileme *koja je vrednost pobijenog dela pravnosnažne presude donesene u dugom stepenu, merodavna da bi revizija bila dozvoljena i da bi se po istoj moglo meritorno postupati.*

Pošto je po navedenom članu 55. ovog zakona propisano da će se ranije započeti postupci okončati po njegovim odredbama /a ne odredbama ranijeg zakona/, to su se i materijalno pravni uslovi za mogućnost izjavljivanja revizije, *posle* njegovog stupanja na snagu i početka njegove primene, određivali prema odredbama iz člana 38. po kojima je cenzus u imovinskopравnim sporovima iznosio 100.000 evra u dinarskoj protivvrednosti. Tek ukoliko je u tim sporovima pre stupanja na snagu ovog zakona, *revizija bila već izjavljena*, kao kriterijum za mogućnost njenog izjavljivanja, prihvatana je cenzus od 500.000 dinara, koji je bio određen po zakonu.

Smatramo da je ovakav način uređenja prelaznih odredaba po Zakonu o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, iz 2009. godine, nepravičan i nije sasvim u skladu sa ustavnim načelima o prestanku važenja starog i primeni novog zakona, na odnose čije je raspravljanje započeto a nedovršeno po starom zakonu. Ovo, i bez obzira što se u konkretnom slučaju radi o procesnom a ne materijalnom zakonu, jer propisivanje cenzusa za mogućnost izjavljivanja ovog vanrednog pravnog leka u imovinskim sporovima, *nije procesno pitanje!*

Po našem mišljenju, bilo je logičnije da po svim predmetima o imovinskopравnim sporovima, koji su bili započeti po ranijem zakonu, a koji nisu bili konačno dovršeni /okončani/ momentom stupanja i primene navedenih izmena i dopuna tog zakona, imovinski cenzus, kao kriterijum za mogućnost podnošenja revizije, ostane isti, onako kako je bilo propisano tim, ranijim, zakonom!

Iz prednjeg nažalost, proizlazi, da se ovaj cenzus od 100.000 evra u imovinskim sporovima ima primenjivati i u svim postupcima koji su započeti pre stupanja na snagu ovog zakona, a nisu okončani, makar i da je presuda donesena u drugom stepenu postala pravnosnažna, ali da revizija protiv iste nije /po ranijem zakonu/ bila izjavljena. Dakle, vrednost pobijenog dela svake pravnosnažne presude u ovim sporovima, za mogućnost izjavljivanja revizije, *posle* 29. decembra 2009. godine, mora da prelazi iznos od 100.000 evra, iako je prvobitno označena

vrednost tog spora bila veća od 500.000 dinara i ispunjavala uslov za mogućnost izjavljivanja revizije, što je, u najmanju ruku, nekorektno i nepravično!

Ostalo je nejasno sa kojih razloga je navedeni imovinski cenzus u ovim sporovima ovako, preko noći, uvećan za nekoliko desetina puta u odnosu na raniji, koji je, nažalost, zadržan u tim sporovima i u važećem zakonu /član 403. st. 3/. Smatrali smo da je praksa pokazala da je ovoliko povećanje imovinskog cenzusa, kao kriterijuma za podnošenje revizije, bilo nerazumno i nerealno, te da će u važećem zakonu biti smanjen i primeren postojećem stanju u ovim građansko pravnim odnosima u zemlji!

Zakonodavcu nije zasmetala činjenica da je veliki broj sporova zbog ovako enormnog iznosa, lišen mogućnosti preispitivanja njihove zakonitosti i od strane revizijskog suda, čime su po našem mišljenju, značajno ugrožena i osnovna prava građana na zakonitu, jednaku i pravičnu zaštitu tih prava.

Da podsetimo, na kraju ovog dela izlaganja, da je odredbom iz člana 38. st. 3. navedenog Zakona o izmenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, umesto nabranjanja slučajeva u kojima je revizija uvek dozvoljena, bez obzira na vrednost predmeta spora, kako je bilo po ranijim zakonima, metodom negativne enumeracije, propisano da je "revizija uvek dozvoljena kada je to posebnim zakonima određeno", iako se radi o procesnom zakonu koji, ovu oblast u svim pravnim sistemima, reguliše u potpunosti. Ta odredba zadržana je i u važećem zakonu, iako mislimo da je te slučajeve, kao po ranijim zakonima, trebalo izričito i do kraja nabrojati, jer se radi o zakonu koji ovu oblast u potpunosti uređuje (član 403. stav 2).

POSEBNA REVIZIJA – PREDNOSTI I NEDOSTACI

Spomenuli smo, napred, da je Zakon o parničnom postupku, iz 2004. godine, pre izmena i dopuna iz 2009. godine, detaljno uredio uslove pod kojima se može izjavljivati revizija, protiv pravnosnažnih presuda donesenih u drugom stepenu, kao vanredni pravni lek. /član 394/.

Ovaj zakon u posebnom članu /395/, po prvi put uvodi mogućnost podnošenja revizije, kao vanrednog pravnog leka, i protiv drugostepene presude, koja se ne bi mogla pobijati revizijom, kada je, *po oceni apelacionog suda o dopuštenosti ove revizije*, potrebno da se razmotre pravna pitanja od opšteg interesa, ujednači sudska praksa ili kad je potrebno novo tumačenje prava. Podsećamo da je ovaj zakon bio u primeni od 23. februara 2005. godine do 1. februara 2012. godine, a da su apelacioni sudovi po prvi put ustanovljeni Zakonom o uređenju sudova, objavlje-

nom u "Službenom glasniku RS", br. 116/2008, sa početkom primene od 1. januara 2010. godine. Proizlazi, da se član 395. ranijeg Zakona o parničnom postupku pre ovog datuma, nije ni mogao primenjivati zbog nepostojanja apelacionih sudova, te je i njegova eventualna primena u ovom kratkom periodu praktično zanemarljiva, te nismo u prilici da te slučajeve i njihov ishod ovde ilustrujemo.

Važeći Zakon o parničnom postupku, kao što je spomenuto, odredbe o posebnoj reviziji detaljnije uređuje u članu 404. tako što dozvoljava njenu upotrebu samo zbog pogrešne primene materijalnog prava, kao jednog od zakonskih razloga zbog kojih se, inače, revizija može podneti. Posebna revizija se dakle, u ovom slučaju ne bi mogla dozvoliti zbog bitnih povreda odredaba parničnog postupka, iako bi u tom slučaju apelacioni, odnosno Vrhovni kasacioni sud, mogao da oceni postojanje potrebe za razmatranje pravnih pitanja od opšteg interesa ili pravnih pitanja u interesu ravnopravnosti građana, radi ujednačavanja sudske prakse, kao i ako je potrebno novo tumačenje prava, koji su uslovi tim članom propisani za izjavljivanje posebne revizije i meritorno postupanje po istoj od strane revizijskog suda.

U novom stavu 2. ovog člana, u odnosu na raniji zakon, ugrađena je odredba da o dozvoljenosti revizije u ovim slučajevima, *rešenjem odlučuje* apelacioni sud u veću od troje sudija koji nisu učestvovali u donošenju drugostepene presude.

Takođe, u novom stavu 3. ovog člana, u odnosu na raniji zakon, ugrađena je odredba da je protiv rešenja apelacionog suda kojim se *ne dozvoljava revizija*, dozvoljena žalba, o kojoj odlučuje Vrhovni kasacioni sud. Međutim, ovaj institut, posebna revizija, na različite načine je regulisan po navedenim odredbama ranijeg i sada važećeg zakona.

Po ranijem zakonu posebna revizija se mogla podneti zbog bitnih povreda odredaba parničnog postupka i zbog pogrešne primene materijalnog prava, iz kojih razloga se svaka revizija inače može podneti, uz postojanje preostalih uslova (okolnosti).

Po važećem zakonu posebna revizija se može podneti samo zbog pogrešne primene materijalnog prava, kao jednog od razloga za podnošenje svake revizije.

Po ranijem zakonu samo je apelacioni sud /a ne Vrhovni kasacioni/, mogao da *oceni* dopuštenost upotrebe ove revizije i da predmet sa svojom ocenom, prosledi na odluku Vrhovnom kasacionom sudu, ne donoseći nikakvu odluku.

Po važećem zakonu ocenu o dopuštenosti upotrebe ove revizije mogu u pojedinom predmetu da daju oba ova suda. Po važećem zakonu apelacioni sud ocenu o dopuštenosti ove revizije daje u obliku *rešenja, u veću od troje sudija*, koji nisu učestvovali u donošenju drugostepene presude. Pri tom, protiv rešenja tog suda kojim se *ne dozvoljava* upotreba ove revizije, propisano je da je žalba Vrhovnom kasacionom sudu dozvoljena. Međutim, ovim članom *nije predviđena* !?/

mogućnost izjavljivanja žalbe Vrhovnom kasacionom sudu u slučaju kada apelacioni sud dozvoli njenu upotrebu.

Pravilo je kada je u pitanju rešenje, kao oblik sudske odluke, da je protiv rešenja prvostepenog suda dozvoljena žalba, ako zakonom nije drugačije propisano. Protiv rešenja drugostepenog suda žalba nije dozvoljena, izuzev u slučajevima koji su propisani važećim zakonom. Ti slučajevi u kojima je dozvoljena žalba su u zakonu izričito propisani, a u njima nije propisano da je dozvoljena žalba protiv rešenja apelacionog suda, kojim se dozvoljava upotreba posebne revizije. Kada se radi o slučaju da je rešenje donelo veće apelacionog suda, a žalba je protiv istog dozvoljena, o njoj odlučuje drugo veće tog suda od troje sudija, u odnosu na veće koje je to rešenje donelo.

Iz prednjeg proizlazi da žalba protiv rešenja o dozvoljenosti posebne revizije koju je donelo veće apelacionog suda, iz člana 404. stav 2. važećeg zakona, nije dozvoljena, što čini tešku povredu osnovnih subjektivnih prava na zakonitu, jednaku i pravičnu zaštitu stranaka, kao i ustavnog prava na upotrebu pravnog sredstva, usled kojih povreda se ima smatrati da je ta odredba protivustavna i protivzakonita, te da je i ne treba primenjivati, pošto se ne radi o procesnom pitanju – upravljanju postupkom, već o subjektivnom pravu stranaka, koje mora biti zaštićeno pravom na upotrebu pravnog sredstva!

Na osnovu izloženih odredaba ranijeg i sada važećeg Zakona o parničnom postupku moglo bi se postaviti pitanje: *koji su bili stvarni razlozi* i društvene potrebe da se u ovaj procesni zakon, koji je po prvi put samostalno donela Republika Srbija, kao suverena i nezavisna država uvede institut tzv. posebne revizije i koji su bili očekivani ciljevi od njegove primene u budućem periodu? Sa kojih razloga i u čijem je to bilo interesu da se pored revizije, tradicionalnog vanrednog pravnog leka, sa poznatim pravnim značajem, sadržinom i pravnim posledicama njene upotrebe, uvodi na ovakav način posebna revizija koja, u suštini dovodi u pitanje njen autoritet u praktičnoj primeni.

Posebna revizija, na način kako je ovim odredbama važećeg zakona uređena, je nedovoljno određen pravni institut, u praksi skoro neprimenjiv, a ne vidi se jasno koja je njegova svrha, s obzirom na sadržinu i predmet ovog procesnog zakona, njegova osnovna načela i ciljeve koji u ovom postupku treba da se ostvare. Zbog toga smo skloni da poverujemo da je ovaj institut “ubačen sa strane”, od nekog “modernog” pravnog sistema Evropske unije, pa da ga je trebalo na izvestan način, preuzeti i u naš pravni sistem u ovoj oblasti, bez obzira da li će se time i koje pozitivne svrhe, ostvariti!

Sa ovih uopštenih razloga, koje ćemo niže detaljnije izložiti, ovom institutu, na način kako je uređen, u budućnosti ne pridajemo poseban značaj, te smatramo da je isti nepotreban, zbunjujući i ni od kakve koristi!

Uvođenje instituta posebne revizije, na ovaj i ovakav način, podseća nas na propali institut tzv. *direktne* revizije- žalbu sa alternativnim predlogom za revizijsko odlučivanje – koji je, u glavi o vanrednim pravnim lekovima istog zakona, /čl. 389-393/, bio po prvi put uveden, ali čija je primena u praksi bila potpuno nezapečena, pa je zato isti i izostavljen u važećem zakonu.

Koji su, dakle, nedostaci i mane uvođenja ovog instituta u parnični postupak, pošto njegove prednosti u ovom momentu, nismo bili u mogućnosti da sagledamo.

Naveli smo napred, da su odredbe člana 404. važećeg zakona, o posebnoj reviziji, pre svega nedovoljno jasne i neodređene, do te mere da su teško primenljive bez detaljnijeg uređivanja postupka za njihovu primenu. Tako, postavlja se pitanje, ukoliko bi Vrhovni kasacioni sud, kao revizijski sud, prihvatio predlog (ocenu) apelacionog suda ili i sam ocenio, da ima mesta primeni posebne revizije u predmetu u kome drugostepena presuda ne bi mogla da se pobija revizijom, kakvu bi odluku on mogao da donese i sa kakvom sadržinom. Da li u svemu kao u slučaju podnošenja dozvoljene revizije ili samo u odnosu na propisane uslove u ovom članu, a u vezi sa pogrešnom primenom materijalnog prava?

Da li pravna pitanja od opšteg interesa i dr. razmatra /samo/ revizijski sud i donosi odgovarajuću odluku ili predmet, nakon ukidanja koje od odluka nižestepnih sudova, revizijski sud vraća tim sudovima da oni obave te /pravne/ radnje i donesu novu odluku, jer je do pogrešne primene materijalnog prava došlo usled pogrešno i nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja?

Da li apelacioni sud ili Vrhovni kasacioni sud, ocenu o potrebi razmatranja navedenih pravnih pitanja i dr. radi primene posebne revizije, *daju po službenoj dužnosti*, ili je potrebno da podnosilac revizije istakne poseban zahtev za primenu ove vrste revizije? Ovo iz razloga što zakon ocenu ovih sudova o potrebi razmatranja pravnih pitanja, ne uslovljava postojanjem takvog zahteva, pa se stvara utisak da sudovi te ocene daju i bez tih zahteva.

Mi smatramo da nijedan od ovih sudova nema ovlašćenje da samoinicijativno ocenjuju mogućnost upotrebe posebne revizije i ukoliko takvog zahteva u zakonskom roku nema, da sprovedu postupak i odlučuju kao da se radi o “klasičnoj” nedozvoljenoj reviziji. Da li podnošenje nedozvoljene revizije iz člana 403. st. 1. i 3. važećeg zakona, sprečava prvostepeni sud da istu odbaci rešenjem, bez održavanja ročišta, u smislu člana 410. istog zakona, ukoliko u istoj nije naznačeno da se radi o posebnoj reviziji, koju prvostepeni sud iz istog razloga ne bi mogao da odbaci?

Smatramo da je prvostepeni sud ovlašćen da svaku nedozvoljenu reviziju odbaci, rešenjem, bez održavanja ročišta, izuzev onu u kojoj je *izričito* navedeno da

se podnosi po osnovu odredaba iz člana 404. važećeg zakona odnosno, po kojoj se predlaže da se o istoj meritorno raspravlja, iz razloga navedenih u tom članu.

Pošto u Republici Srbiji, prema Zakonu o uređenju sudova, postoje četiri apelaciona suda, to smatramo da je svaki apelacioni sud, pre donošenja rešenja kojim dozvoljava upotrebu posebne revizije po konkretnom predmetu, dužan da pribavi odgovarajuće mišljenje o tome od ostalih apelacionih sudova, što bi bilo od značaja za odluku Vrhovnog kasacionog suda, po podnetoj reviziji, jer se radi o razmatranju pitanja i zauzimanju načelnih stavova od opšteg interesa, kao i radi ujednačavanja sudske prakse, na teritoriji cele Republike !

KRITIČKI OSVRT

Institut "posebna revizija", na način kako je uređen odredbama iz člana 404. važećeg Zakona o parničnom postupku je nedovoljno određen, nejasan i protivurečan sam sa sobom i sa ostalim propisima iz ove oblasti, a njegove odredbe su nesaglasne sa ustavnim i zakonskim propisima, koji proklamuju pravo svih subjekata na zakonitu, jednaku i pravičnu zaštitu, koja im po tim osnovama pripada. Zbog toga, kao i očigledne neprimenjivosti ovog člana, smatramo da isti iz teksta zakona, treba brisati !

a. Po tradicionalnom shvatanju, iza kojeg stoje odgovarajući propisi svih, demokratski uređenih pravnih sistema, revizijom kao vanrednim pravnim lekom, odlučuje se o zakonitosti, odnosno nezakonitosti odluka nižestepenih sudova, i to po određenim vrstama predmeta. Pravni odnos, koji je pre podnošenja revizije, bio predmet spora među učesnicima u sporu, smatra se *pravnosnažno rešenim, ne samo po odgovarajućim odlukama nižestepenih sudova, već i u odnosu na njihovu faktičku realizaciju*. Ovo iz razloga što revizija, po pravilu, ne zadržava izvršenje odluke protiv koje je izjavljena.

Naime, odgovarajućim odredbama Zakona o parničnom postupku, kao vanredni pravni lekovi, predviđeni su: revizija, zahtev za preispitivanje pravnosnažne presude i ponavljanje postupka. Za sve njih zakon je propisao uslove i razloge za podnošenje, postupak sudova u vezi sa njihovim podnošenjem, kao i vrstu i sadržinu odluka po tim lekovima.

O reviziji, koja ne zadržava izvršenje pravnosnažne presude protiv koje je izjavljena, kao i o zahtevu za preispitivanje pravnosnažne presude, odlučuje Vrhovni kasacioni sud, bez održavanja rasprave. O predlogu za ponavljanje postupka odlučuje sud koji je doneo odluku u prvom stepenu, a ukoliko se razlog za ponavljanje postupka odnosi isključivo na postupak pred sudom višeg stepena, odluku o predlogu donosi taj sud.

U odnosu na reviziju zakon je propisao da se ista može podneti u odgovarajućem roku protiv pravnosnažne presude donete u drugom stepenu, zbog određenih bitnih povreda odredaba parničnog postupka i zbog pogrešne primene materijalnog prava. Tako je bilo po ranijem Zakonu o parničnom postupku, donetim 2004. godine, gde je članom 398. stav 3. izričito propisao da se revizija ne može izjaviti zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja.

Međutim, u važećem zakonu, u članu 407. stav 2. propisano je da revizija zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja ne može da se izjavi, osim u slučaju iz člana 403. stav 2. ovog zakona! To predstavlja novinu u zakonu, jer ova odredba tog člana glasi: revizija je uvek dozvoljena kada je to posebnim zakonom propisano. Tim metodom negativne enumeracije za mogućnost podnošenja revizije, jer je po ranijim zakonima ta mogućnost bila izražena metodom pozitivne enumeracije, zakonodavac je dozvolio da se, samo *posebnim zakonom*, može propisati mogućnost izjavljivanja revizije, bez ikakvog ograničenja, kako u odnosu na vrstu spora i imovinski cenzus, tako i u odnosu na razloge podnošenja, gde se ista u tim sporovima može podneti i zbog pogrešno ili nepotpuno utvrđenog činjeničnog stanja.

b. S obzirom da se posebna revizija može, pod izvesnim uslovima, podneti samo zbog pogrešne primene materijalnog prava, to bi Vrhovni kasacioni sud, kao revizijski, pošto te povrede utvrdi, takvu reviziju trebalo da usvoji i pobijanu presudu da *preinači* /član 416. stav 1. važećeg zakona/.

Pogrešna primena materijalnog prava postoji ako sud nije primenio odredbu materijalnog prava koju je trebalo da primeni ili ako takvu odredbu nije pravilno primenio. Podrazumeva se da revizijski sud, kada meritorno odlučuje o podnetoj reviziji, i nađe da su ispunjeni uslovi da se pobijena odluka preinači, donosi presudu kojom usvaja reviziju a tužbeni zahtev odbija ili usvaja, zavisno od toga kako je ista glasila. On mora da se kreće u okviru predmeta spora, odnosno tužbenog zahteva o kojem je pobijenom presudom odlučeno. Tužba, uz ostalo, mora da sadrži određeni zahtev u pogledu glavne stvari i sporednih traženja, a presudom sud odlučuje o zahtevu koji se odnosi na glavnu stvar i sporedna traženja. Ta pravila odnose se i na odluku revizijskog suda kada donosi odluku povodom izjavljene revizije.

U odnosu na posebnu reviziju rečeno je da se ista može podneti *samo zbog pogrešne primene materijalnog prava*, koja postoji, kao što smo rekli, “ako sud nije primenio odredbu materijalnog prava koju je trebalo da primeni ili ako takvu odredbu nije pravilno primenio” – član 376. važećeg zakona.

Iz odredaba člana 404. važećeg zakona, proizlazi da se drugostepena presuda, koja se pobija posebnom revizijom, treba da zasniva na ovoj povredi zakona – pogrešnoj primeni materijalnog prava, a apelacioni odnosno Vrhovni kasa-

cioni sud, ocene da je potrebno da se *razmotre* pravna pitanja od opšteg interesa ili pravna pitanja u interesu ravnopravnosti građana, radi ujednačavanja sudske prakse, kao i ako je potrebno novo tumačenje prava.

v. Pošto i o ovoj reviziji odlučuje Vrhovni kasacioni sud, nije jasno da li bi on, osim *razmatranja* pravnih pitanja o navedenim pravnim kategorijama, odlučivao i o konkretnom predmetu spora, odnosno zakonitosti ili nezakonitosti odluka drugostepenih sudova koje se tom revizijom pobijaju! Kako dakle, ove pravne kategorije i u slučaju da je njihovo razmatranje opravdano, dovesti u vezu sa konkretnim zahtevom postavljenim u posebnoj reviziji jer one ni na koji način nisu bile predmet spora, o kome su nižestepeni sudovi odlučivali a opet, da li se može i u kom kontekstu, govoriti o postojanju pogrešne primene materijalnog prava i kada se oceni da je potrebno da se ova pitanja razmatraju !?

Podsećamo, da svrha podnošenja posebne revizije, nije potreba za razmatranjem navedenih pravnih pitanja, već zahtev da se pobijena odluka drugostepenog suda preinači u korist njenog podnosioca, a svakako, na štetu protivne strane!

g. Odredbama navedenog člana o posebnoj reviziji apelacionom sudu dato je ovlašćenje da, u izvesnom smislu, *meritorno!* postupa po podnetoj posebnoj reviziji, ako oceni da postoji potreba za razmatranjem određenih pravnih pitanja (nije jasno da li se ta potreba odnosi *kumulativno* na sva ta pitanja ili je dovoljno samo na neka od njih), kao i da *predloži* Vrhovnom kasacionom sudu, kao isključivo nadležnom, da odlučuje o takvoj reviziji, kao da je ista po zakonu dozvoljena!

Koliko je poznato, svaku reviziju dozvoljenu i nedozvoljenu, apelacioni sud kao drugostepeni, koji je već prethodno o konkretnom predmetu spora odlučivao po žalbama stranaka, mora *samo da prosledi Vrhovnom kasacionom sudu*, na odluku, bez mogućnosti da je kao nedozvoljenu odbaci, ukoliko se ne radi o posebnoj reviziji. Takva obaveza drugostepenog suda odnosi se i na prosleđivanje *spisa* predmeta prvostepenom sudu, nakon donošenja odluke revizijskog suda /član 411. stav 3. i 418. važećeg zakona/.

S druge strane, pomenutim Zakonom o uređenju sudova, izričito je propisana nadležnost apelacionog suda, gde se ni ne spominje mogućnost da je isti ovlašćen, osim napred navedenog prosleđivanja predmeta u vezi sa podnetom revizijom, da preuzima bilo koje druge pravne radnje.

Doduše, u članu 24. tog zakona navedeno je da apelacioni sud “vrši i druge poslove određene zakonom”, što se, po nama, ne bi moglo shvatiti da se ta odredba odnosi i na postupanje tog suda u vezi sa posebnom revizijom, za koja pitanja je *isključivo* nadležan da uređuje Zakon o parničnom postupku.

d. Ocena apelacionog suda o dopuštenosti posebne revizije u slučajevima u kojima revizija nije dozvoljena iz člana 395. ranijeg Zakona o parničnom postupku, pretočena je u meritornu odluku tog suda, donošenjem formalnog rešenja o

dozvoljenosti posebne revizije, po članu 404. važećeg zakona. Štaviše, zakon propisuje da rešenje o dozvoljenosti ove revizije apelacioni sud donosi u veću od troje sudija koji nisu učestvovali u donošenju drugostepene presude, protiv koje je izjavljena posebna revizija. On u tom slučaju, *ne propisuje obavezu* tog suda da rešenje o dozvoljenosti revizije *dostavlja* protivnoj stranci, niti joj daje mogućnost da protiv istog *izjavi žalbu* !

Naprotiv, zakon propisuje da je protiv rešenja apelacionog suda kojim se ne dozvoljava posebna revizija, dozvoljena žalba Vrhovnom kasacionom sudu, što znači da je u tom slučaju apelacioni sud dužan da rešenje dostavi protivnoj stranci, sa poukom o pravnom leku! Ovakve, zbunjujuće i besmislene odredbe zakona o posebnoj reviziji, još više potkrepljuju sumnju u opravdanost njihovog uvođenja u Zakon o parničnom postupku kao i njihovu primenjivost u praksi.

Kada apelacioni sud dozvoli postupanje po ovoj reviziji formalnom odlukom, koja, uz ostalo, znači da revizijski sud može doneti meritornu odluku na štetu protivne stranke, a njoj se ne da mogućnost da se o tome prethodno izjasni, to predstavlja bitnu povredu njenih ustavnih prava na zakonitu, jednaku i pravičnu zaštitu, kao i prava na upotrebu pravnog sredstva, jer se odlučuje o njenom pravu, obavezi ili na zakonu zasnovanom interesu. Ta subjektivna prava, u postupku pred sudovima i drugim državnim organima, zajemčena su svakom subjektu, ustavnim načelima o ljudskim pravima i slobodama, međunarodnim standardima i važećim pozitivnim propisima /član 36. Ustava Republike Srbije, član 2. Zakona o parničnom postupku i dr./. Donošenje odluke o dozvoljenosti i nedozvoljenosti posebne revizije od strane apelacionog suda o kojoj meritorno odlučuje revizijski sud, ne spada u procesno pitanje – upravljanje postupkom – već zadire u osnovna subjektivna prava određenog pravnog subjekta, kome se mora dati mogućnost da se o tome, prethodno, na zakonit način izjasni, jer postoji mogućnost da se, uvažavanjem revizije, pravnosnažna odluka o predmetu tog spora, preinači na njegovu štetu, a on o takvoj odluci bude obavešten tek u momentu kada protiv iste ne može da upotrebi ni jedno pravno sredstvo.

Sva ova i druga pitanja u vezi sa zahtevom za meritorno postupanje po posebnoj reviziji, zakonodavac je, po našem mišljenju, morao bliže da uredi da bi ovaj novi institut mogao da opravda svrhu svoga ustanovljenja, kao pandan i izuzetak od propisanih pravila u odnosu na "redovnu" reviziju kao vanredni pravni lek.

đ. Imajući u vidu koju vrstu odluka je ovlašćen da donese revizijski sud u vezi sa podnetom dozvoljenom revizijom po važećim odredbama Zakona o parničnom postupku i sa kakvom sadržinom, postavlja se pitanje da li bi odluka tog suda, u slučaju opravdanosti potrebe za razmatranjem određenih pravnih pitanja, imala i kakav *značaj* i uticaj za samu konkretnu odluku drugostepenog suda koja se posebnom revizijom pobija.

Da li postojanje potrebe za tim razmatranjem samim tim predstavlja pogrešnu primenu materijalnog prava prilikom donošenja drugostepene odluke, uz istovremeno ovlašćenje revizijskog suda da tu odluku preinači u svemu i na način kao da se radi o redovnoj dozvoljenoj reviziji ! Ili da donese odluku da reviziju u tom delu odbije, a u razlozima presude konstatuje uočene povrede o navedenim pravnim pitanjima, za buduću primenu takvih sporova, radi ujednačavanja sudske prakse!

e. Nadležnost Vrhovnog kasacionog suda, kao najvišeg suda u zemlji, propisana je pomenutim Zakonom o uređenju sudova. Ona se prostire na nadležnost u suđenju i nadležnost izvan suđenja.

U odnosu na nadležnost u suđenju propisano je da taj sud odlučuje o vanrednim pravnim sredstvima izjavljenim na odluke sudova republike Srbije i u drugim stvarima određenim zakonom.

U odnosu na nadležnost izvan suđenja propisano je da taj sud *utvrđuje načelne pravne stavove radi jedinstvene sudske primene prava, razmatra primenu zakona i drugih propisa i rad sudova i dr.* /član 30. i 31. Zakona o uređenju sudova/.

Kada se ova nadležnost Vrhovnog kasacionog suda, koja se odnosi na *nadležnost izvan suđenja*, upoređi sa citiranim odredbama iz člana 404. važećeg zakona o posebnoj reviziji, nameće se zaključak kome je teško odoleti, da se pravna pitanja od opšteg interesa ili pravna pitanja u interesu ravnopravnosti građana, *radi ujednačavanja sudske prakse, kao i radi novog tumačenja prava, moraju i treba da razmatraju* na drugi način i preko drugačijih oblika delovanja, a ne u pojedinačnim i konkretnim sporovima između pravnih subjekata i u sudskim i drugim postupcima, *koji su još u toku!* Nije sporno da se sudski postupci po vanrednim pravnim lekovima vode po konkretnim predmetima i među određenim pravnim subjektima, koji smatraju da su im neka osnovna prava oštećena, odnosno ugrožena.

Do okončanja i tih postupaka po vanrednim pravnim lekovima, ne mogu se dovoditi u pitanje njihova stečena prava po sudskim odlukama, putem tzv. posebne revizije, zbog toga što su se navodno u međuvremenu pojavile potrebe za razmatranje nekih pravnih pitanja i novog tumačenja prava!! Ta se pitanja dakle ne mogu rešavati u sudskim postupcima već na drugi način, na opštim sednicama Vrhovnog kasacionog suda, na primer, kako to izričito propisuje Zakon o uređenju sudova, u članu 44!

Zbog svih razloga koje smo u vezi sa uvođenjem instituta posebne revizije u Zakon o parničnom postupku, njegovim pravnim značajem i postojanjem, napred istakli, ostajemo pri uverenju, da isti treba iz zakona brisati, jer se, uz ono što je rečeno, ne može smatrati ni posebnom revizijom, u odnosu na reviziju, kao tradicionalni i afirmisani vanredni pravni lek, ne samo u našem pravnom sistemu!

ZAKLJUČAK

Referat je imao pretenzije da obradi suštinu novouvedenog instituta posebne revizije, kao vanrednog pravnog leka u parničnom postupku, po kojoj bi nadležni sudovi, uz ispunjenje određenih uslova, mogli meritorno da postupaju iako se, bez ispunjenja tih dodatnih uslova, radi o nedozvoljenoj reviziji.

U referatu je, međutim, ukazano na niz nedorečenosti, nejasnoća i nesaglasnosti sa važećim ustavnim i zakonskim propisima i međunarodnim standardima, usled kojih ovaj institut, proklamovan u članu 404. važećeg Zakona o parničnom postupku, ne bi trebalo primenjivati. Predlog je da ga, bez značajnijih dopuna i korekcija, treba brisati iz postojećeg teksta zakona.

Zakon se primenjuje od 1. februara 2012. godine, a ciljevi koji se žele postići putem posebne revizije, mogu se ostvariti, na način koji je već predviđen po Zakonu o uređenju sudova, koji se primenjuje od 1. januara 2010. godine i na koji je u referatu ukazano!

VUKAŠIN D. RISTIĆ

Attorney at Law, President of Jurist Association
of Belgrade

SPECIAL REVISION IN THE CIVIL PROCEEDINGS

Summary

The paper deals with the newly introduced legal institute special revision, as exceptional legal remedy in the civil proceedings, in which the competent courts, provided that certain conditions are fulfilled, are to act.

The author however points to a number of uncertainties, ambiguities and inconsistencies with the current constitutional and legal regulations and international legal standards, in connection with which this institute, proclaimed in Article 404 current Law on Civil Proceedings, should not be applied. Author's proposal is that, in case this institute would not be substantially altered, it should be deleted from the current text of the mentioned Law.

The current Law on Civil Proceedings applies as of the February 01, 2012 and the goals intended to be achieved through the application of special revision can be accomplished in a manner which is already provided for under the Law on Courts, which has taken effects as of the January 01, 2010.

NEVENA PETRUŠIĆ

PROCESNI POLOŽAJ POVERENIKA ZA ZAŠTITU RAVNOPRAVNOSTI U ANTIDISKRIMINACIONIM PARNICAMA

PRAVNI STATUS, ULOGA I NADLEŽNOST POVERENIKA ZA ZAŠTITU RAVNOPRAVNOSTI

Srbija je 2009. godine usvojila Zakon o zabrani diskriminacije,¹ kojim je zaokružila nacionalno antidiskriminaciono zakonodavstvo i zakonski konkretizovala ustavne norme o zabrani diskriminacije.² Prilikom izgradnje sistema pravne zaštite od diskriminacije primenjen je normativni metod koji su koristile i druge države u regionu:³ osnovnim, tzv. korvnim antidiskriminacionim zakonom ure-

Dr Nevena Petrušić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Rad je **rezultat** istraživanja u okviru projekta Ministarstva prosvete i nauke Republike Srbije, br. 179046: Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru.

¹ Zakon o zabrani diskriminacije (u daljem tekstu ZZD), "Sl. glasnik RS", br. 22/09.

² Opšta ustavna norma o zabrani diskriminacije sadržana je u čl. 21. Ustav Republike Srbije ("Sl. glasnik RS", br. 98/2006), kojim je utvrđeno da su pred Ustavom i zakonom svi jednaki, da svako ima pravo na jednaku zakonsku zaštitu, bez diskriminacije, da je zabranjena svaka diskriminacija, neposredna ili posredna, po bilo kom osnovu, a naročito po osnovu rase, pola, nacionalne pripadnosti, društvenog porekla, rođenja, veroispovesti, političkog ili drugog uverenja, imovnog stanja, kulture, jezika, starosti i psihičkog ili fizičkog invaliditeta. Pojedine norme o zabrani diskriminacije sadržane su i u u čl. 1. čl. 15. i čl. 76. Ustava.

³ O tome, videti: Petrušić, N., Građanskopravna zaštita od diskriminacije na prostoru Zapadnog Balkana, materijalnopравни aspekt, u: Aktuelne tendencije u razvoju i primeni evropskog

đen je opšti režim zabrane diskriminacije, dok je posebnim antidiskriminacionim zakonima, *Zakonom o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina* iz 2002. godine,⁴ *Zakonom o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom* iz 2006. godine⁵ i *Zakonom o ravnopravnosti polova* iz 2009. godine,⁶ regulisana zabrana diskriminacije pojedinih društvenih grupa. Zabrana diskriminacije u pojedinim sektorima društvenih odnosa, kao što su rad, zapošljavanje, obrazovanje, informisanje i dr., propisana je i zakonima kojima su te oblasti zakonski uređene,⁷ a Krivičnim zakonikom Republike Srbije⁸ inkriminisan je čitav niz dela u vezi sa zabranom diskriminacije.⁹ Time je država uspostavila celovit sistem pravne zaštite od diskriminacije, ispunjavajući na taj način svoje obaveze preuzete ratifikacijom relevantnih međunarodnih ugovora¹⁰ i standarde za pridruživanje EU.

U nacionalnom sistemu pravne zaštite od diskriminacije značajno mesto pripada Povereniku za zaštitu ravnopravnosti,¹¹ samostalnom i nezavisnom inokosnom državnom organu, ustanovljenom ZZD, sa širokim krugom zakonskih ovlašćenja koja ga čine centralnom nacionalnom institucijom specijalizovanom za sprečavanje i suzbijanje svih oblika i vidova diskriminacije.¹²

kontinentalnog prava, tematski zbornik radova, sv. 2., Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, str. 157–170.

⁴ “Sl. list SRJ”, br. 11/02, “Sl. list SCG”, br. 1/03 - Ustavna povelja i “Sl. glasnik RS”, br. 72/09 – dr. zakon.

⁵ “Sl. glasnik RS”, br. 33/06, (u daljem tekstu ZSDOI).

⁶ “Sl. glasnik RS”, br. 104/09, (u daljem tekstu ZRP).

⁷ Pregled antidiskriminacionog zakonodavstva sadržan je u Izveštaju Poverenika za zaštitu ravnopravnosti za 2010. godinu, str. 21–25. <http://www.ravnopravnost.gov.rs/lat/izvestaji.php?idKat=16> (pristupljeno 5. 07. 2012).

⁸ “Sl. glasnik RS”, br. 85/05, 88/05 - ispr., 107/05 - ispr., 72/09 i 111/09.

⁹ Videti: Joksić, I., Krivičnopravna zaštita od diskriminacije u Srbiji, Glasnik AKV, br. 6/2011, str. Drobļjak, T., Krivičnopravna zaštita od diskriminacije, u Antidiskriminaciono pravo, Vodič, Gajin, S. i drugi (ur. Saša Gajin), Centar za uanapređenje pravnih studija, Beograd, 2008, str. 51. i dalje.

¹⁰ O međunarodnom pravnom okviru zaštite od diskriminacije, detaljno: Dimitrijević, V., Popović, D., Papić, T., Petrović, V., Međunarodno pravo ljudskih prava, Beogradski centar za ljudska prava, 2007.

¹¹ U daljem tekstu i: Poverenik.

¹² Poverenik za zaštitu ravnopravnosti samo je jedna od nezavisnih institucija za zaštitu ljudskih prava koja su tokom pravne tranzicije ustanovljena u domaćem pravnom sistemu. Iako su njihova uloga, zadaci, nadležnost, način izbora i finansiranja veoma različiti, u literaturi se za sva ova tela koristi i zajednički naziv tzv. “četvrta grana vlasti”. Detaljno: Orlović, S., Nezavisna tela, četvrta grana vlasti ili kontrolor vlasti, u: Savremena država: struktura i socijalne funkcije, (pr. Vukašin Pavlović, Zoran Stojiljković), Konrad Adenauer Stiftung, Fakultet političkih nauka Univerziteta

Osnivanje ovakve institucije izraz je opredeljanja države da poštuje preporuke međunarodnih institucija o osnivanju nezavisnih nacionalnih tela za borbu protiv diskriminacije, kakva je, na primer, Opšta preporuka br. 2. iz 1997. godine Evropske komisije za borbu protiv rasizma i netolerancije Saveta Evrope (ECRI),¹³ kojom je članicama Saveta Evrope sugerisano da ustanove specijalizovana tela za borbu protiv razisma i diskriminacije na državnom nivou. Osim toga, i u nekoliko direktiva EU sadržane su odredbe o osnivanju nezavisnih tela za ravnopravnost (tzv. *equality bodies*), kao što su *Direktiva Saveta EU 2000/43/ za sprovođenje principa jednakog tretmana bez obzira na rasno i etničko poreklo*¹⁴, *Direktiva Saveta EU 2000/78 o koja uspostavlja opšti okvir za jednaki tretman u zapošljavanju i profesiji*,¹⁵ *Direktiva Saveta Evropske unije 2002/73/EC za sprovođenje principa jednakog tretmana žena i muskaraca u pogledu zapošljavanja, stručne obuke i napredovanja i uslova rada*.¹⁶¹⁷ Iako ovi propisi nisu formalno obavezujući za Srbiju, oni su relevantni za oblast zaštite od diskriminacije, budući da je Republika Srbija 2008. godine sklopila *Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju* sa EU¹⁸ i da je odlukom Evropskog saveta 1. marta 2012. godine dobila status kandi-

u Beogradu, Centar za demokratiju, Beograd, 2010, str. 231–269; Vladavina prava – odgovornost i kontrola vlasti, Zbornik referata i izlaganja, (ur. Ljubica Đorđević, Aleksandar Popović), Fondacija Konrad Adenauer, Beograd, 2009.

¹³ ECRI je osnovana 22. marta 1994. godine, sa ciljem suzbijanja rasizma, ksenofobije, antisemitizma i netolerancije koji ugrožavaju ljudska prava i demokratske vrednosti u državama članicama Saveta Evrope. Na osnovu analize stanja u pojedinim državama, ECRI podnosi izveštaje i donosi preporuke. Poslednji izveštaj za Srbiju ECRI je objavila je 31.05.2011, a jedna od tri njene preporuke jeste da se osnaži institucija Poverenika za zaštitu ravnopravnosti tako što će se ovoj instituciji obezbediti ljudski i finansijski resursi za efikasno funkcionisanje. Videti: Izveštaj ECRI o Srbiji od 23. marta 2011. godine, <http://www.ljudskaprava.gov.rs/sites/default/files/u3/vesti-att/srb-cbc-iv-2011-021-srb.pdf> (pristupljeno 6. 07. 2012).

¹⁴ Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, Official Journal L 180, 19.7.2000.

¹⁵ Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services, Official Journal L 373, 21/12/2004.

¹⁶ Directive 2006/54/EC of 5 July on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment for men and women in matters of employment and occupation (recast), Official Journal L 204, 26.7.2006.

¹⁷ Ustanovljavanje tela za ravnopravnost predviđa i Proposal for a Council directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation (COM(2008)426 final), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008PC0426:en:NOT> (pristupljeno 6. 07. 2012).

¹⁸ Zakon o potvrđivanju Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica, sa jedne strane, i Republike Srbije, sa druge strane ("Sl. glasnik RS", br. 83/08).

data za članstvo u EU,¹⁹ što podrazumeva potrebu usaglašavanja domaćeg zakonodavstva sa standardima i propisima EU.

Prilikom pravnog profilisanja institucije Poverenika za zaštitu ravnopravnosti, regulisanja njenog statusa i nadležnosti,²⁰ uzeti su u obzir raznovrsni konceptijski modeli tela za ravnopravnost u uporednim pravnim sistemima.²¹ Korišćena su, isto tako, i iskustva sličnih institucija u državama u regionu i EU, čije se funkcije i nadležnosti veoma mnogo razlikuju²²

U skladu sa ZZZD nadležnosti Poverenika široko su postavljene, u skladu sa međunarodnim standardima,²³ kako bi se omogućilo da u ostvarivanju svoje misije. Pored zadataka koje ima na planu promocije ravnopravnosti i jednakih

¹⁹ European Council 1/2 march 2012, Conclusions, EUCO 4/3/12, Rev 3, http://consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/128520.pdf (pristup 1. 06. 2012).

²⁰ O pravnom statusu, garancijama nezavisnosti, organizaciji i nadležnosti Poverenika za zaštitu ravnopravnosti, šire: Petrušić, N., Organizacija i nadležnost Poverenika za zaštitu ravnopravnosti, u: Razvoj kao doživotni proces-potrebe, problemi i podrška starima, zbornik radova, (elektronsko izdanje), Centar za socijalni rad "Sveti Sava" u Nišu, Niš, 2011, str. 45–53.

²¹ U nekim državama ustanovljene su komisije, u nekima jedan ili više parlamentarnih poverenika, negde postoji poseban ombudsman za ravnopravnost, a negde zamenik ombudsmana ima nadležnost za oblast zaštite od diskriminacije; neke države su ustanovile posebne parlamentarne odbore, a neke kvazi-sudska tela. Ni status tela za ravnopravnost nije isti: u nekim državama imaju status vladnih agencija, a u nekima ih bira parlament, pri čemu imaju status inokosnih ili kolektivnih organa. Detaljno: Equality Bodies and National Human Rights Institutions - Making the Link to Maximise Impact, Equinet, the European Network of Equality Bodies, Bruxelles, 2012; Ammer, M., Crowley, N., Liegl, B., Holzleithner, E., Wladasch, K., Yesilkagit, K., Study on Equality Bodies set up under Directives 2000/43/EC, 2004/113/EC and 2006/54/EC, Human European Consultancy, Ludwig Boltzmann Institute of Human Rights, Utrecht, Vienna, 2010, Krusaa, N. M., The role of equality bodies, http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/13_Stakeholders/2011_02_Krusaa_DE.pdf (pristup 1. 06. 2012); Brooks, J., Milatović, S., Izveštaj o razvoju kapaciteta i institucionalnom jačanju službe Poverenika za zaštitu ravnopravnosti, UNDP, Beograd, 2010.

²² U pojedinim državama ova tela nadziru i pružaju podršku ostvarivanju principa ravnopravnosti, sprovode nezavisna istraživanja, objavljuju nezavisne izveštaje, daju (ne)obavezujuća mišljenja, savete i preporuke, pružaju pomoć žrtvama diskriminacije, sprovode postupak mirenja, dok u nekim državama izriču zakonom propisane kazne ili učestvuju u sudskim postupcima kao zastupnici žrtava diskriminacije, kao tužioci koji podižu tzv. grupne tužbe (*class actions*), u ulozi intervenijenta i prijatelja suda (*amicus curiae*) i dr. (Videti: Krusaa, N. M., op. cit., Brooks, J., Milatović, S., op. cit.).

²³ Osnovni preduslovi za efikasan rad institucija koje deluju u oblasti ljudskih prava utvrđeni su tzv. Pariskim principima Generalne skupštine UN iz 1993. godine (dodatak Rezolucije br. 48/134). Takođe, u Preporuci br. 2 ECRI od 13. juna 1997. godine, (97)36, Poglavlje C, navodi se da specijalizovana tela za borbu protiv rasizma, ksenofobije, antisemitizma i netolerancije na nacionalnom nivou "Shodno okolnostima, pravu i praksi određene zemlje, treba da imaju što više raznovrsnih funkcija i ovlašćenja, uključujući i mogućnost obraćanja sudovima ili drugim pravosudnim organima ako i kada je neophodno.

mogućnosti,²⁴ Poverenik ima i čitav niz ovlašćenja koje omogućavaju da reaguje reaktivno, nakon izvršene diskriminacije, u cilju sprečavanja njenog daljeg ispoljavanja i uklanjanja posledica koje je izazvala. Prema čl. 33. t. 1. 3. i 4. ZZD, Poverenik je ovlašćen da sprovodi postupak po pritužbama zbog diskriminacije,²⁵ u okviru kojeg daje mišljenje i preporuke o načinu otklanjanja povrede prava i izriče zakonom utvrđene mere za slučaj da diskriminator ne postupi po njegovoj preporuci. Poverenik je, takođe, dužan da pruža informacije podnosiocu pritužbe o njegovom pravu na slobodu od diskriminacije i o načinima zaštite ovog prava, da stranama preporučuje mirenje kao metod za prevazilaženje nastale situacije, a ovlašćen je i na podnošenje prekršajnih prijava zbog prekršaja utvrđenih antidiskriminacionim propisima.²⁶

Jedno od značajnih ovlašćenja Poverenika jeste ovlašćenje da pokreće parnice za zaštitu od diskriminacije (tzv. antidiskriminacione parnice), koje se vode radi pružanja sudske građanskopravne zaštite od diskriminacije. (čl. 35. t. 3. ZZD).²⁷ Postupak u parnicama za zaštitu od diskriminacije regulisan je tako što je zakonodavac propisao određeni broj posebnih procesnih pravila i uputio na shodu primenu Zakona o parničnom postupku.²⁸

U ovom radu razmotren je procesni položaj Poverenika za zaštitu ravnopravnosti u antidiskriminacionim parnicama, kroz kritičku analizu posebnih procesnih pravila kojima je uređen postupak u ovim parnicama, kao i pravila opšte parnične procedure koja se shodno primenjuju. Sagledano je i analizirano koju vrstu građanskopravne zaštite Poverenik kao tužilac može tražiti, koji su zakonski uslovi za dopuštenost pružanja pravne zaštite u parnicama koje pokreće i kakava je procesna pozicija koju u ovim parnicama ima. Razmotreni su pojedini teorijski

²⁴ Čl. 33. ZZD.

²⁵ Postupak pred Poverenikom okvirno je regulisan odredbama čl. 35–40. ZZD, s tim što je način postupanja detaljnije uređen Poslovníkom o radu ("Sl. glasnik RS" br. 34/2011). O toku i sadržini postupka, detaljno: Petrušić, N., Beker, K., Praktikum za zaštitu od diskriminacije, Partneri za demokratske promene, Beograd, 2012, str. 59–75. Izveštaj Poverenika za zaštitu ravnopravnosti za 2010. godinu, str. 8. i dalje. <http://www.ravnopravnost.gov.rs/files/Redovan%20godisnji%20izvestaj%202010.pdf> (pristupljeno 2. 06. 2012); Đorđević, S., Palević, M., Zakon o zabrani diskriminacije (pravna analiza), Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 2010, str. 121. i dalje.

²⁶ Čl. 35. ZZD.

²⁷ Na pokretanje parnice za zaštitu od diskriminacije, pored samog diskriminisanog lica, ovlašćene su i organizacije koje se bave zaštitom ljudskih prava, odnosno prava određene grupe lica, kao i dobrovoljni ispitivači diskriminacije (tzv. testeri), lica koja se lično i neposredno uključuju u neku situaciju kako bi proverili da li se u toj situaciji vrši diskriminacija. (čl. 46. st. 1. i 3. ZZD).

²⁸ Zakon o parničnom postupku (u daljem tekstu ZPP), "Sl. glasnik RS", br. 72/11).

i praktični problemi koji se tiču učešća Poverenika kao umešača u parnici koja se vodi po tužbi drugih zakonom ovlašćanih subjekata.

POVERENIK ZA ZAŠTITU OD DISKRIMINACIJE
U PROCESNOM POLOŽAJU TUŽIOCA

Odredbama ZZD Povereniku za zaštitu ravnopravnosti priznata je aktivna procesna legitimacija u svim parnicama za zaštitu diskriminacije, bez obzira na to o kakvom je obliku i slučaju diskriminacije reč i da li je žrtva diskriminacije pojedinac ili grupa lica.²⁹ Zakonsko ovlašćenje Poverenika da zatraži sudsku zaštitu od diskriminacije manifestacija je stav zakonodavca da sprečavanje i suzbijanje diskriminacije predstavlja opšti (javni) interes društva, te da ovom nezavisnom organu treba omogućiti da pokreće i vodi parnice za zaštitu od diskriminacije kako bi svojom procesnom aktivnošću izdejstvovao donošenje povoljnih sudskih presuda. Značaj ovih presuda ne ogleda se samo u tome što se njima pruža pravna zaštita diskriminisanim licima (grupi lica), već i u tome što one, snagom svoje pravnosnažnosti i autoriteta koji u pravnom poretku imaju, upućuju jasnu poruku javnosti da je diskriminacija zabranjeno protivpravno ponašanje koje se ne toleriše, već delotvorno sankcioniše.

Za sveobuhvatno sagledavanje procesne pozicija Poverenika kao tužioca u parnici, potrebno je razmotriti povodom kojih slučajeva pokreće parnicu za zaštitu od diskriminacije, koju vrstu pravne zaštite može tražiti, koji uslovi treba da budu ispunjeni da bi bilo dopušteno pružanje pravne zaštite u parnici koju je on pokrenuo i koja mu procesna ovlašćenja pripadaju.

*Izbor slučajeva diskriminacije povodom kojih
Poverenik podiže tužbu*

Poverenik može tužbom pokrenuti antidiskriminacionu parnicu povodom konkretnog akta diskriminacije samo ako je povodom tog akta podneta pritužba diskriminisanog lica, odnosno drugog ovlašćenog lica.³⁰ Ovakav zaključak pro-

²⁹ O diskriminaciji, detaljno: Gajin, S., Pojam, oblici i slučajevi diskriminacije, u: Antidiskriminacioni zakoni, Vodič, (ur. Saša Gajin), Centar za unapređivanje pravnih studija, Beograd, 2010, str. 13.

³⁰ Pritužbu zbog diskriminacije može da podese svako fizičko i pravno lice koje smatra da je diskriminisano, a ako je diskriminisana grupa lica, pritužbu može podneti bilo koje lice iz grupe. Ovlašćenje na podnošenje pritužbe pripada i organizacijama koje se bave zaštitom ljudskih pra-

izlazi iz činjenice da Poverenik nije ovlašćen da samoinicijativno, po službenoj dužnosti, sprovodi postupak i utvrđuje diskriminaciju, već to može činiti samo ako mu bude upućena pritužba (arg. čl. 35. ZZD i čl. 15. Poslovnika o radu). Koje će, međutim, slučajeve diskriminacije izneti pred sud, tj. povodom kojih će akta diskriminacije zatražiti sudsku zaštitu, odlučuje sam Poverenik, imajući u vidu činjenicu da cilj i smisao parnica koje pokreće prevazilazi značaj koji one imaju s aspekta zaštite prava samih diskriminiranih lica, odnosno grupe lica. Radi se, naime, o tzv. strateškim parnicama,³¹ parnicama koje Poverenik pokreće i vodi u opštem (javnom) interesu, sa ciljem da svojom procesnom aktivnošću, kao tužilac u parnici, doprinese doslednoj primeni propisa i unapređenju pravne prakse, da dodatno ohrabri i podstakne žrtve diskriminacije na pokretanje antidiskriminacionih parnica, podrži vladavinu prava i doprinese unapređenju pristupa pravdi, da pravno edukuje i senzibilize javnost za problem diskriminacije, i sl.

Od Poverenika se očekuje da za vođenje tzv. strateških parnica bira slučajeve učestale i široko rasprostranjene diskriminacije, posebno one koji izazivaju naročito teške posledice u odnosu na pripadnike osetljivih, ugroženih i marginalizovanih društvenih grupa, koji su u pravnoj praksi retko dobijali sudski epolog, a u pogledu kojih postoje dobri izgledi za uspeh u parnici. Saglasno tome, da li je slučaj diskriminacije strateški važan, ne zavisi od oblika diskriminacije, od posledica koje je akt diskriminacije izazvao, od toga ko je žrtva diskriminacije, ko je njen izvršilac i dr. Strateški značajni mogu biti slučajevi diskriminacije grupe lica, ali i oni čije su žrtve individualno određena fizička i pravna lica, slučajevi teških oblika diskriminacije, kao i oni koji ne spadaju u ovu kategoriju, slučajevi diskriminacije koju vrše organi javne vlasti, ali i kao i pojedinci, pod uslovom da imaju "potencijal" za ostvarivanje ciljeva strateškog parničenja.

va i drugim licima, s tim što one pritužbu podnose "u ime i uz saglasnost lica čije je pravo povređeno" (čl. 35. ZZD). Ukoliko se, međutim, radi o diskriminaciji grupe lica, organizacija koja se bavi zaštitom ljudskih prava može podneti pritužbu u svoje ime i bez saglasnosti (čl. 15. t. 3. Poslovnika o radu).

³¹ Vođenjem ovakvih parnica ostvaruje se više ciljeva: ukazuje se na diskriminatorne propise i/ili prakse, kao i na slučajeve diskriminacije koje pogađaju veći broj lica ili grupa osoba, predstavljaju deo zagovaračke strategije kako bi se izvršio uticaj na širu zajednicu i sl.. O prirodni i značaju strateških antidiskriminacionih parnica, detaljno: Strategic litigation of race discrimination in Europe: from principles to practice, ERRC, INTERIGHTS, London, <http://www.migpolgroup.com/public/docs/57.StrategicLitigationofRaceDiscriminationinEurope-fromPrinciplestoPractice2004.pdf> (pristupljeno 1. 07. 2012); Vehabović, F., Izmirlija, M., Kadribašić, A., Komentar zakona o zabrani diskriminacije sa objašnjenjima i pregledom prakse u uporednom pravu, Centar za ljudska prava Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2010, str. 115–119.

Vrsta pravne zaštite koju Poverenik može tražiti

Pravozaštitni zahtevi kojima se ostvaruje građanskopravna zaštita od diskriminacije regulisani su ZZD i pojedinim posebnim antidiskriminacionim zakonima.³²

Odredbama sadržanim u VI delu ZZD, pod rubrumom "Sudska zaštita", u čl. 41-46., predviđeno je pet vidova preventivno-restitutivne građanskopravne zaštite od diskriminacije imovinskog i neimovinskog karaktera: 1) zabrana izvršenja radnje od koje pretili diskriminacija, zabrana daljeg vršenja, odnosno ponavljanja radnje diskriminacije; 2) utvrđenje da je tuženi diskriminatoriski postupao; 3) izvršenje radnje radi uklanjanja posledica diskriminatoriskog postupanja; 4) naknada materijalne i nematerijalne štete; i 5) objavljivanje presude kojom je usvojen neki od istaknutih zahteva u parnici za zaštitu od diskriminacije.³³

Prema čl. 43. t. 4. ZRP, u parnici za zaštitu od diskriminacije po osnovu pola/roda može se tražiti: 1) utvrđivanje povrede izvršene diskriminatoriskim postupanjem; 2) zabrana vršenja radnji od kojih pretili povreda; 3) zabrana daljeg preduzimanja, odnosno ponavljanja radnji koje su izazvale povredu; 4) stavljanje van prometa sredstava, odnosno predmeta kojima je izvršena povreda (udžbenici koji diskriminatoriski ili stereotipno predstavljaju pol, štampana glasila, reklamni, propagandni materijal i dr.), 5) otklanjanje povrede i uspostavljanje položaja, odnosno stanja pre izvršene povrede; i 6) naknada materijalne i nematerijalne štete.³⁴

Odredbama čl. 43. ZSDOI propisano je da se tužbom za zaštitu od diskriminacije na osnovu invalidnosti može tražiti: 1) zabrana izvršenja radnje od koje pretili diskriminacija, zabrana daljeg vršenja radnje diskriminacije, odnosno zabrana ponavljanja radnje diskriminacije, 2) izvršenje radnje radi uklanjanja posledici-

³² O građanskopravnoj zaštiti od diskriminacije, detaljno: Vodinelic, V., *Sudska zaštita po tužbi zbog diskriminacije*, u: *Antidiskriminacioni zakoni*, Vodić, (ur. Saša Gajin), Centar za unapređivanje pravnih studija, Beograd, 2010, str. 69–76; Uzelac, A., *Postupak pred sudom*, y: Grgić, A., Potočnjak, Ž., i drugi, *Vodić uz Zakon o suzbijanju diskriminacije*, <http://www.ombudsman.hr/dokumenti/vodic.pdf> (pristup 02. 05. 2012); Petrušić, N., *Građanskopravna zaštita od diskriminacije na prostoru Zapadnog Balkana, materijalnopravni aspekt*, u: *Aktuelne tendencije u razvoju i primeni evropskog kontinentalnog prava*, tematski zbornik radova, sv. 2. Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, str. 157–170.

³³ U zakonskim tekstovima se zahtevi označavaju izrazom "tužba". Tako su, na primer, u čl. 43. ZZD zahtevi regulisani pod rubrumom "Tužbe". Ovakav način izražavanja nije sasvim korektan jer ignoriše osnovne postavke o samom pojmu tužbe. Zato bi, umesto izraza "tužba", valjalo bi koristiti adekvatan pravno-tehnički izraz "zahtev".

³⁴ Detaljno, videti: Pajvančić, M., Petrušić, N., Jašarević, S., *Komentar Zakona o ravnopravnosti polova*, Centar modernih veština, Beograd, 2010, str. 103. i dalje.

ca diskriminatorskog postupanja, 3) utvrđenje da je tuženi prema tužiocu diskriminatorски postupao, i 4) naknada materijalne i nematerijalne štete.

Svim antidiskriminacionim zakonima uređeni su posebni uslovi za određivanje privremenih mera, kojima se obezbeđuje pružanje provizorne pravne zaštite ograničenog vremenskog trajanja.³⁵ U parnicama za zaštitu od diskriminacije može se, pod opštim zakonskim uslovima, tražiti i izricanje sudskih penala diskriminatoru.³⁶

Analiza pravozaštitnih zahteva koji se mogu istaći u slučaju diskriminacije pokazuje da pojedini zahtevi imaju samostalni karakter, dok su neki nesamostalne i akcesorne prirode. Iako su zahtevi kauzalno povezani, svaki od zahteva ima svoj sopstveni cilj i svrhu. Takođe, zahtevi su međusobno kompatibilni, tako da omogućavaju pružanje celovite građanskopravne zaštite od diskriminacije preventivnog i restitutivnog karaktera.

U čl. 33. t. 3. ZZD propisano je da je Poverenik za zaštitu ravnopravnosti ovlašćen da ističe pravozaštitne zahteve koji su propisani ZZD, izuzev zahteva za naknadu materijalne i nematerijalne štete (čl. 46. st. 1. i čl. 43. ZZD). U vezi sa tim, postavlja pitanje da li ovaj državni organ može da istakne one pravozaštitne zahteve koji su propisani ZRP i ZSDOI, s obzirom da ovim zakonima uopšte nije aktivno procesno legitimisan jer u vreme njihovog donošenja nije ni bio ustanovljen. Imajući u vidu činjenicu da ZZD reguliše sudsku građanskopravnu zaštitu od svih vidova i oblika diskriminacije, bez obzira na to na osnovu kog ličnog svojstva je ona izvršena, evidentno je da Poverenik, koristeći svoju aktivnu procesnu legitimaciju, može da istakne sve pravozaštitne zahteve, kako one propisane ZZD, tako i one propisane posebnim antidiskriminacionim zakonima, izuzev zahteva za naknadu materijalne i nematerijalne štete. U prilog ovakvom zaključku govori i činjenica da se liste pravozaštitnih zahteva propisanih ZZD i posebnim antidiskriminacionim zakonima suštinski ne razlikuju, kako se to na prvi pogled može učiniti imajući u vidu razlike u terminologiji i sistematizaciji samih zahteva. Tako je, npr. čl. 43. t. 4. ZRP kao poseban pravozaštitni zahtev izdvojen zahtev za stavljanje van prometa sredstava, odnosno predmeta kojima je izvršena povreda (udžbenici koji diskriminatorски ili stereotipno predstavljaju pol, štampana glasila, reklamni, propagandni materijal i dr.). Suštinski posmatrano, ovim zahtevom traži se da tuženi preduzme radnju kojom će ukloniti pendentno stanje diskriminacije uklaњanjem izvora diskriminacije, tako da je reč o jednom specifičnom modalitetu zahteva za izvršenje radnje radi uklanjaња posledica diskriminatorskog postupanja, koji je propisan čl. 43. t. 3. ZZD.

³⁵ Čl. 45. ZSDOI, čl. 50. ZRP i čl. 44. ZZD.

³⁶ Vodinelić, V., op. cit., str. 73.

O tome koje će pravozaštitne zahteve istaći u tužbi, odlučuje sam Poverenik. Zahteve može kumulirati i slobodno ih kombinovati, u skladu sa zakonom,³⁷ rukovodeći se potrebom pružanja sveobuhvatne i delotvorne sudske zaštite, koja će otkloniti stanje i posledice diskriminacije i sprečiti njeno dalje ispoljavanje.

*Uslovi za dopuštenost pružanja pravne zaštite
u parnici pokrenutoj tužbom Poverenika*

Da bi bilo dopušteno pružanje pravne zaštite u parnici koju je Poverenik pokrenuo, neophodno je da budu ispunjene opšte i posebne procesne pretpostavke.

U ZZD sadržana su tri pravila o procesnim pretpostavkama. Pre svega, u čl. 33. t. 3. ZZD propisano je da Poverenik za zaštitu ravnopravnosti može podići tužbu “ukoliko postupak pred sudom po istoj stvari nije već pokrenut ili pravno-snažno okončan”. Pored toga, propisano je da je za podizanje tužbe “potreban pristanak diskriminisanog lica u slučajevima kada se diskriminatorско postupanje odnosi isključivo na određeno lice (čl. 46. st. 2. ZZD).

Povodom ovih pravila treba najpre ukazati na terminološku nekorektnost u njihovoj formulaciji. Naime, u zakonskom tekstu ispunjenje određenih uslova vezano je za samo podnošenje, tj. podizanje tužbe,³⁸ iako u antidiskriminacionim, kao i u svim drugim parnicama, samo podizanje tužbe ne može biti ičim uslovljeno, s obzirom da podizanjem tužbe tužilac vrši ustavom zagarantovano pravo na sudsku pravnu zaštitu. Tužba je inicijalna parničnu radnja po kojoj sud mora postupati, a postavljeni uslovi su, ustvari, procesne pretpostavke od kojih zavisi dopuštenost pružanja pravne zaštite, tj. punovažno zasnivanje, razvijanje i

³⁷ Svi pravozaštitni zahtevi mogu samostalno biti istaknuti u tužbi, izuzev zahteva za objavljivanje presude, koji je akcesorne prirode i može biti istaknut samo uz neki od ostalih zahteva. Do donošenja novog ZPP postojalo je ograničenje u pogledu isticanja zahteva za utvrđenje diskriminatorскоg postupanja (Vodinelić, V., op. cit., str. 72–73). Naime, prema opštim procesnim pravilima, zbog nedostatka pravnog interesa, zahtev za utvrđenje nije mogao biti istaknut ako je tužilac u tužbi istakao bilo koji drugi samostalni pravozaštitni zahtev jep je zahtev za utvrđenje prečutno sadržan u svakom od ovih zahteva i sud, po prirodi stvari, mora da utvrdi da je određeno ponašanje diskriminatorско, pre nego što usvoji istaknuti zahtev. Međutim, ovo ograničenje više ne postoji jer je čl. 194. st. 4. novog ZPP izričito propisano da tužba kojom se traži utvrđenje povrede prava ličnosti može uvek da se podnese i kad je tužilac istakao drugi pravozaštitni zahtev koji mu po posebnom zakonu pripada (Videti: Petrušić, N., Simonović, D., Komentar Zakona o parničnom postupku, Službeni glasnik, Beograd, 2011, str. 379).

³⁸ Treba primetiti da se u ZZD, kao i u ZPP, za označavanje inicijalne parnične radnje kojom se pokreće parnični postupak koristi se nekorektan izraz “podnošenje tužbe”. Podnošenje tužbe je faktička radnja – predaja tužbenog pismena u prijemnoj sudskoj kancelariji, dok je podizanje tužbe dispozitivna parnična radnja koju preduzima tužilac.

okonačnije parnice, na koje sud pazi po službenoj dužnosti. Njihovo postojanje utvrđuje se u samom postupku i ukoliko nisu ispunjene, sud odbacuje tužbu i obustavlja postupak.

S druge strane, uopšte nije postojala potreba da se u ZZD unose posebna pravila kojima je samo za tužbu Poverenika propisano da ne može biti podignuta ukoliko povodom pravne stvari već teče parnica ili je pravnosnažno okončana (čl. 33. t. 3. *in fine*). Radi se, naime, o opštim procesnim pretpostavkama propisanim odredbama ZPP,³⁹ koje se primenjuju u svim parnicama, pa i u parnicama za zaštitu od diskriminacije, i to nezavisno od toga ko ih je pokrenuo (čl. 41. st. 2. ZZD).

U parnicama za zaštitu od diskriminacije koje se pokreću tužbom Poverenika potrebno je da bude ispunjena i jedna posebna procesna pretpostavka. Naime, prema odredbi iz čl. 46. st. 2. ZZD, ako se diskriminatorско postupanje odnosi isključivo na određeno lice, Poverenik za zaštitu ravnopravnosti,⁴⁰ može “podneti tužbu samo uz njegov pristanak”, koji mora imati pismeni oblik.⁴¹ *Ratio* ovakvog pravila⁴² sasvim je jasan: ako je konkretno lice isključiva žrtva diskriminatorскоg ponašanja, treba mu omogućiti da samo proceni svoju poziciju i potrebu za sudskom zaštitom i da na osnovu toga donese autonomnu odluku o tome da li je vođenje parnice u skladu sa njegovim interesima; pošto se diskriminatorско postupanje odnosi isključivo na određeno lice, njegova se volja mora poštovati, nezavisno od toga koliko su snažni razlozi zbog kojih konkretnu parnicu treba pokrenuti u javnom (opštem) interesu. *Argumentum a contrario*, pristanak nije potreban ako se isti akt diskriminacije odnosi na dva ili više lica, i to ne samo u slučajevima kada se akt diskriminacije odnosi na grupu (individualno neodređenih) lica, već i onda kada su istim aktom diskriminacije, istovremeno i na osnovu istog ličnog svojstva, diskriminisana dva ili više individualno određenih lica, članova grupe.

Pristanak diskriminisanog lica na pokretanje parnice za zaštitu od diskriminacije predstavlja jednostarnu izjavu volje kojom on izražava svoju saglasnost da

³⁹ U čl. 294. ZPP propisano je da sud donosi rešenje kojim se tužba odbacuje ako u fazi pretходnog ispitivanja tužbe utvrdi da je o istom zahtevu već teče parnica ili da je stvar pravnosnažno presuđena.

⁴⁰ Ova pretpostavka treba da bude ispunjena i u parnicama pokrenutim tužbom organizacija koja se bavi zaštitom ljudskih prava, odnosno prava određene grupe lica (čl. 46. st. 3. ZZD).

⁴¹ U ovakvom slučaju pristanak diskriminisanog lica potreban je i kada tužbu podiže organizacija koja se bavi zaštitom ljudskih prava, odnosno prava određene grupe lica (čl. 46. st. 2. ZZD).

⁴² Iz obrazloženja Predloga ZZD nije moguće saznati kojim su se razlozima i motivima autori teksta Predloga rukovodili jer se u Predlogu samo parafrazira ovo pravilo, bez detaljnijih objašnjenja i obrazloženja.

Poverenik za zaštitu ravnopravnosti pokrene parnicu i zatraži pružanje sudske zaštite od diskriminacije kojoj je bio ili je još uvek izložen. Pristanak se daje u vreme kada parnica još uvek nije pokrenuta, tako da ima karakter tzv. prethodne saglasnosti. Izjava kojom diskriminisano lice daje pristanak za pokretanje parnice redovno ima oblik posebnog pismena, koje se, kao dokaz, prilaže uz tužbu.⁴³

Izjava diskriminisanog lica da pristaje na pokretanje parnice nema karakter punomoćja jer Poverenik ne pokreće parnicu u ime i za račun diskriminisanog lica, već to čini u svoje ime i u javnom interesu. Sam pristanak na pokretanje parnice za zaštitu od diskriminacije ne može biti ičim uslovljen, niti ga diskriminisano lice može ograničiti dajući, na primer, pristanak za isticanje samo nekih pravozaštitnih zahteva. Pristanak diskriminisanog lica za pokretanje parnice predstavlja, po svojoj pravnoj prirodi i dejstvu, jednu specifičnu procesnu pretpostavku od koje zavisi dopuštenost pružanja pravne zaštite. Ukoliko sud utvrdi da diskriminisano lice nije dalo pristanak, odnosno da uz tužbu Poverenika nije priloženo pismo u kojem je sadržana izjava o pristanku, dužan je da odbaci tužbu kao nedopuštenu i obustavi postupak.

Novim ZPP uvedena je jedna posebna pretpostavka za dopuštenost pružanja pravne zaštite u parnicama koje se vode protiv države Srbije, jedinice teritorijalne autonomije i lokalne samouprave time što je u čl. 193. propisano da je lice koja namerava da podnese tužbu protiv Republike Srbije, dužno je da pre podnošenja tužbe Republičkom javnom pravobranilaštvu, odnosno nadležnom pravobranilaštvu ili ovlašćenom zastupniku jedinice teritorijalne autonomije i lokalne samouprave, dostavi predlog za mirno rešavanje spora, osim ako je posebnim propisom predviđen rok za podnošenje tužbe.⁴⁴ Ako pre podizanja tužbe takav predlog nije podnet, sud je dužan da odbaci tužbu kao nedozvoljenu. U kontekstu

⁴³ Saglasnost diskriminisanog lica za pokretanje parnice redovno traži sam Poverenik, tako što se, pošto je procenio da konkretni slučaj diskriminacije strateški važan i da "zaslužuje" sudski epilog, obraća diskriminisanom licu, saopštava mu svoju nameru i ostavlja rok da se u pisanoj formi izričito izjasni da li je pristaje na pokretanje parnice za zaštitu od diskriminacije. Izjava kojom diskriminisano lice daje pristanak za pokretanje parnice ima oblik posebnog pismena, koje se, kao dokaz, prilaže uz tužbu. Moguće je, međutim, da izjava kojom diskriminisano lice daje pristanak za pokretanje sudskog postupka bude data anticipirano, u samoj pritužbi zbog diskriminacije kojom se diskriminisano lice obratilo Povereniku. U takvom slučaju nema smetnji da se uz tužbu, kao dokaz o postojanju pristanka diskriminisanog lica, priloži sama pritužba u kojoj je sadržana izjava diskriminisanog lica.

⁴⁴ O negativnim implikacija koje ovo pravilo ima s aspekta ustavnog načela jednakosti stranaka u postupku, Videti šire: Rakić-Vodinečić, V. Zakon o parničnom postupku Srbije 2011, Pravni zapisi, br. 2/2011, str. 536–539.

ovog rada postavlja se pitanje da li se čl. 193. ZPP primenjuje i u antidiskriminacionom parnicama koje pokreće Poverenik. Ne ulazeći u šire kritičko sagledavanje ovog zakonskog rešenja i njegove implikacije, smatram da se pravila iz čl. 193. ZPP ne mogu primeniti u onim antidiskriminacionim parnicama koje se ne pokreću tužbom diskriminisnih lica, imajući u vidu smisao postupka za mirno rešavanje spora i sadržinu zaštite koja se u antidiskriminacionim parnicama pruža. Kad je reč o Povereniku kao tužiocu, on ne spada u kategoriju "lica", pa je to dodatni razlog zbog kojeg nema mesta primeni čl. 193. ZPP u antidiskriminacionim parnicama koje ovaj organ pokreće protiv države Srbije, jedinica teritorijalne autonomije i lokalne samouprave.

U delu stručne javnosti izražen je stav da Poverenik za zaštitu ravnopravnosti može da pokrene parnicu za zaštitu od diskriminacije tek pošto je sproveo postupak po pritužbi i dao mišljenje i preporuku, te da je tužba koju je podigao pre nego što je postupak sproveden "preuranjena" i kao takva nedopuštena. Ovaj stav nema uporište u ZZD i izraz je nerazumevanja same funkcije i uloge koju Poverenik u pravnom sistemu ima. Ukoliko bi se ovakav stav prihvatio, to bi značilo da postupak po pritužbi koji Poverenik sprovodi ima karakter prethodnog postupka, te da on mora biti sproveden da bi pružanje pravne zaštite u antidiskriminacionoj parnici bilo dopušteno. Konsekventno tome, takav stav značio bi da parnica isključivo predstavlja instrument koji Poverenik koristi u situaciji kada diskriminator ne postupi po njegovim preporukama.

Zakonodavac je, nastojeći da sledi međunarodne standarde, Povereniku pružio širok "manevarski" prostor za delovanje. Saglasno tome, zakonom nije isključena mogućnost da Poverenik pokrene parnicu za zaštitu od diskriminacije nakon što je sproveo postupak po pritužbi, utvrdio diskriminaciju i dao odgovarajuće mišljenje i preporuku.⁴⁵ Zakon, međutim, ne propisuje da se ovaj postupak mora sprovesti pre pokretanja sudskog postupka. Postupak po pritužbama koji sprovodi Poverenik i parnica za zaštitu od diskriminacija predstavljaju, međutim, dva potpuno različita i nezavisna oblika zaštite od diskriminacije, a sam postupak po pritužbi nema karakter prethodnog postupka i ne predstavlja procesnu pretpostavku od koje zavisi dopuštenost pružanja pravne zaštite u antidiskriminacionoj parnici. Poverenik je ovlašćen da za svaki pojedinačni slučaj diskriminacije gradi strategiju delovanja, koristeći pritom sva svoja zakonska ovlašćenja.

⁴⁵ I tada smisao parnice koju Poverenik pokreće nije u tome diskriminator bude "nateran" da postupi po preporuci Poverenika. Videti: Informacije o načinu postupanja Poverenika za zaštitu ravnopravnosti, <http://www.ravnopravnost.gov.rs/files/Informacije%20o%20nacinu%20postupanja%20Poverenika%20lat.pdf> (pristupljeno 1. 07. 2012).

*Procesna ovlašćenja Poverenika za zaštitu ravnopravnosti
kao tužioca u parnici*

U trenutku podizanja tužbe, Poverenik stiće procesni položaj tužioca. On je stranka u funkcionalnom smislu (stranka po dužnosti, po funkciji),⁴⁶ i eksponent je javnog (opšteg) interesa, koji u antidiskriminacionoj parnici ostvaruje svojom procesnom delatnošću.

Kao tužilac u parnici, Poverenik određuje predmet parnice tako što formulisanjem tužbenih zahteva određuje sadržinu pravne zaštite koju traži, a time i predmet raspravljanja i sudskog odlučivanja. On je ovlašćen na preduzimanje svih stranačkih parničnih radnji koje tužilac u parnici može preduzeti, uključujući i sve dispozitivne parnične radnje, ne tražeći saglasnost diskriminisanog lica. Poverenik je *dominus litis* i može, bez ikakvih ograničenja, pod zakonom propisanim uslovima i rokovima, isticati zahteve i predloge, raspolagati predmetom parnice, davati izjave u pogledu pravnorelevantnih činjenica, izjašnjavati se o navodima i zahtevima tuženog, iznositi svoje tumačenje pravnih normi i dr.

Poverenik snosi teret vođenja parnice i on je taj koji treba, u skladu sa pravilima o raspodeli tereta dokazivanja, da učini verovatnim da je tuženi izvršio akt diskriminacije. Poverenik, međutim, nije titular prava koje se u postupku štiti i zato sva dejstva ove parnice i presude koja se u njoj donosi nastupaju neposredno za lice/lica čije se pravo u parnici štiti.

Kao državni organ, Poverenik je oslobođen plaćanja sudskih taksi,⁴⁷ ali ne postoje posebna pravila o naknadi parničnih troškova koji nastaju u postupku pokrenutom tužbom Poverenika. Zbog toga u pogledu naknade troškova postupka važe standardna pravila o naknadi troškova parničnog postupka. Čini se, međutim, da su ova pravila neadekvatna, imajući u vidu ulogu koju Poverenik u parnici ostvaruje. Evidentno je, naime, da je procesna pozicija Poverenika najslbližija procesnoj poziciji javnog tužioca, te bi, zato, *de lege ferenda*, naknadu parničnih troškova nastalih u parnicama koje Poverenik pokreće trebalo regulisati na način na koji je regulisana naknada parničnih troškova u postupcima u kojima sudeluje javni tužilac (čl. 161. ZPP). Saglasno tome, Povereniku za zaštitu ravnopravnosti trebalo bi priznati pravo na naknadu troškova, ali ne i pravo na nagradu.

⁴⁶ U doktrini procesnog prava sporno je kakav položaj ima organ koji vodi parnicu radi zaštite tuđeg subjektivnog prava. O tome postoje dve različite teorije: tzv. organska, po kojoj su ovi organi imaju položaj stranke, i teorija zastupanja, po kojoj su oni zakonski zastupnici. Videti šire: Požnić, B., Rakić-Vodinelić, V., Građansko procesno pravo, Savremena administracija, Beograd, 2010, str. 140. i tamo navedenu literaturu.

⁴⁷ Čl. 9. Zakona o sudskim taksama ("Sl. glasnik RS", br. 28/94, 53/95, 16/97, 34/01 – dr. zakon, 9/02, 29/04, 61/05, 116/08 – dr. zakon, 31/09 i 101/11).

POVERENIK ZA ZAŠTITU OD DISKRIMINACIJE
U PROCESNOM POLOŽAJU UMEŠAČA

Na osnovu svog zakonskog ovlašćenja da pokreće antidiskriminacione parnice, Poverenik ima pravo i da se umeša u parnicu koju je pokrenuo drugi zakonom ovlašćeni subjekat tako što se pridružuje tužiocu.

U ZZD nisu sadržana posebna pravila o učešću Poverenika kao umešača u antidiskriminacionoj parnici koja je pokrenulo drugo zakonom ovlašćeno lice. Posebna pravila o mešanju propisana su ZRP, ali se njima reguliše mešanje u tuđu parnicu sindikata, udruženja čiji su ciljevi vezani za unapređenje ravnopravnosti, kao i samog diskriminisanog lica.⁴⁸ Ni ZPP ne sadrži posebna pravila o učešću Poverenika u tuđoj parnici, već reguliše samo poseban režim učešća javnog tužioca u tuđoj parnici, kome obezbeđuje široka procesna ovlašćenja kako bi mu omogućio da u tuđoj parnici zaštiti javni interes.

U nedostatku posebnih propisa o mešanju Poverenika u antidiskriminacionu parnicu, u pogledu njegovog mešanja moraju se shodno primeniti opšta parnična procesna pravila o učešću običnog umešača,⁴⁹ sadržana u čl. 215–217. ZPP.

Za razliku od običnih umešača u klasičnim parnicama, koji se u tuđu parnicu mešaju radi zaštite sopstvenog pravnog interesa, Poverenik se meša u antidiskriminacionu parnicu kako bi svojim delovanjem doprineo da tužilac ostvari traženu pravnu zaštitu. Na taj način, doprinoseći uspehu tužioca, Poverenik štiti i javni (opšti) interes jer je uspeh tužioca u svakoj antidiskriminacionoj parnici doprinos sprečavanju i suzbijanju diskriminacije u društvenim odnosima.

Saglasno odredbama ZPP, Poverenik može da stupi u parnicu od trenutka pokretanja postupka, sve do pravnosnažnosti odluke o tužbenom zahtevu, kao i u toku postupka po vanrednom pravnom leku (čl. 215. st. 2. ZPP). Izjavu o mešanju može dati usmeno na samom ročištu ili putem podneska.⁵⁰

⁴⁸ Čl. 43. ZRP. Videti: Pajvančić, M., Petrušić, N., Jašarević, S., op. cit., str. 107–111.

⁴⁹ Među domaćim teoretičarima procesnog prava ne postoji jedinstven stav o tome koje vrste umešača domaće pravo poznaje. Postoji shvatanje da postoje tri vida učešća u tuđu parnicu: učešće običnog umešača, učešće umešača sa položajem jedinstvenog suparničara i učešće umešača *sui generis* (Stanković, G., Građansko procesno pravo, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, 2010, str. 165). Izraženo je i mišljenje da zakon poznaje dve vrste umešača: običnog umešača i umešača sa položajem jedinstvenog suparničara (Pozinić, B., Rakić-Vodinelić, op. cit., str. 186). Pojedini teoretičari razlikuju običnog umešača i umešača sa položajem jedinstvenog suparničara, s tim što posebno izdvajaju javnog tužioca i organ starateljstva kao umešače. (Starović, B., Keča, R., Građansko procesno pravo, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 1995, str. 196).

⁵⁰ Izjava Poverenika o mešanju može biti sadržana i u podnesku koji je zajednički za tužioca i Poverenika koji mu se pridružuje (npr. u tužbenom podnesku).

Inicijativa za mešanje može poteći od samog tužioca, koji Povereniku upućuje poziv da mu se pridruži u parnici, ali je Poverenik ovlašćen da se u parnicu umeša i samoinicijativno. Kriterijumi na osnovu kojih Poverenik odlučuje da li će se umešati u parnicu i pridružiti tužiocu suštinski se ne razlikuju od kriterijuma kojima se rukovodi kada odlučuje o podizanju tužbe, ali on, ipak, mora videti računa i o nekim procesnim okolnostima. Tako, na primer, Poverenik, treba da uzme u obzir stadijum u kojem se parnica nalazi, s obzirom da parnicu prima u onom stanju i u onom stadijumu u kojem se ona nalazi u trenutku kad u nju stupa, te da nema mogućnosti da preduzima radnje koje su vezane za određeni stadijum, ako je taj stadijum protekao. Isto tako, mora imati u vidu i činjenicu da je, kao običan umešač u parnici, ima sužena ovlašćenja i podređen položaj u odnosu na stranku i sl.

U skladu sa čl. 216. ZPP, svaka stranka može da se protiviti mešanju Poverenika,⁵¹ osporavajući postojanje njegovog pravnog interesa za mešanje. Sud je dužan da ispita osnovanost ovog predloga, a i kad takvog predloga nema, sud je dužan da po službenoj dužnosti ispita osnovanost mešanja Poverenika i odobri njegovo mešanje. Prilikom donošenja ove odluke, neophodno je da sud ima u vidu funkciju i ulogu Poverenika, kao i činjenicu da je razlog za njegovu intervenciju potreba da u antidiskriminacionoj parnici koja se vodi po tužbi drugog aktivno legitimisanog subjekta svojom aktivnošću tužiocu pomogne da uspe u parnici, štiteći na taj način i tužiočev i javni (opšti) interes društva. Saglasno tome, evidentno je da Poverenik, po definiciji, ima pravni interes da se umeša u antidiskriminacionu parnicu na strani tužioca.

Shodna primena odredaba ZPP o učešću običnog umešača otvara načelnu mogućnost da Poverenik stekne položaj umešača iako se tome protivi ne samo tuženi, već i sam tužilac kojem se pridružuje. Iako je uloga Poverenika da, kao umešač, svojom procesnom aktivnošću pomogne tužiocu da uspe u parnici, tužilac može imati opravdan interes da se protivi učešću Poverenika, posebno zbog toga što će, za slučaj da izgubi parnicu, biti dužan da tuženom naknadi i one troškove koje je preduzimanjem radnji izazvao Poverenik. S druge strane, nesumnjivo je da protivljenje tužioca na neki način obesmišljava samo učešće Poverenika, naročito imajući u vidu ovlašćenje tužioca da anulira dejstvo svake procesne radnje Poverenika. Zbog toga bi, *de lege ferenda*, mešanje Poverenika u tuđu antidiskriminacionu parnicu trebalo usloviti pristanakom tužioca.⁵²

⁵¹ Ipak, učešću Poverenika tužilac se ne može protiviti ako je obavestio Poverenika o parnici i pozvao ga da interveniše.

⁵² Takvo pravilo postoji u hrvatskom zakonodavstvu. Videti čl. 21. Zakona o suzbijanju diskriminacije, Narodne novine, 85/08). Videti: Uzelac, A., op. cit., str. 100.

Od trenutka sticanja svojstva umešača, Povereniku se mora obezbediti da učestvuje u postupku, što podrazumeva dužnost suda da ga poziva na sva ročišta i dostavlja mu sve podneske. Kao umešač u parnici, Poverenik preduzima radnje u svoje ime, a ne u ime tužioca jer nije ni njegov punomoćnik, ni zakonski zastupnik. Saglasno tome, u preduzimanju radnji nije vezan instrukcijama tužioca.

Kada se umeša u parnicu, Poverenik ne postaje (sa)tužilac, ali stiče procesni položaj tužioca. To znači da može preduzimati radnje na koje je ovlašćen i sam tužilac, i to u rokovima koji važe za tužioca. Ipak, on nije ovlašćen na preduzimanje dispozitivnih parničnih radnji, izuzev što može izjaviti pravni lek.⁵³ Osim toga, Poverenik je, kao umešač u parnici, samo pomagač tužiocu, pa zato može preduzimati samo one procesne radnje koje su povoljne za tužioca. Njegove radnje ne proizvode neposredno dejstvo, tj. ne vezuju ni sud, ni tužioca kome se pridružio, niti protivnu stranku. Da bi radnja Poverenika proizvodila dejstvo, potrebno je da ona, apstraktno posmatrano, ne šteti tužiocu, da se tužilac toj radnji izričito ne protivi, odnosno da njegova radnja nije u suprotnosti sa radnjom koju je sam tužilac preduzeo (čl. 217. st. 4. ZPP).

Poverenik je ovlašćen da u svakom trenutku istupi iz parnice u koju se umešao, pri čemu nije dužan da navede razloge zbog kojih to čini, niti je za istupanje iz parnice potreban pristanak tužioca.

Shodno čl. 217. st. 5. ZPP, Poverenik može, uz saglasnost obeju stranaka, da stupi u parnicu na mesto stranke kojoj se pridružio. U tom slučaju u parnici dolazi do procesnopravne sukcesije, a Poverenik preuzima parnicu u stanju u kojem se ona nalazi u trenutku stupanja na mesto tužioca.

U pogledu snošenja troškova postupka u parnicama u kojima se Poverenik javlja kao umešač, važe standardna pravila ZPP.

⁵³ U teoriji i praksi ne postoje jedinstveni stavovi o tome koje radnje običan umešač može preduzimati i pod kojim uslovima one proizvode dejstvo. Detaljno: Poznić, B., Rakić-Vodinelić, V., op. cit., str. 191–192.

NEVENA PETRUŠIĆ, Ph.D.,
Professor, Faculty of Law, University of Niš

PROCEDURAL POSITION OF THE COMMISSIONER FOR
THE PROTECTION OF EQUALITY IN ANTIDISCRIMINATION
PROCEEDINGS

Summary

In the national system of legal protection from discrimination, the Commissioner for the Protection of Equality, an independent autonomous state authority, established by the Law on Prohibition of Discrimination, plays an important role; a wide range of competences makes the Commissioner a national institution specialized for the prevention and eradication of all forms and types of discrimination. In addition to the tasks whose aims are to promote equality and equal opportunities, the Commissioner has a great variety of competences that make it possible to respond reactively, after the act of discrimination has been committed, to prevent a further demonstration of discrimination and eliminate its consequences. This paper discusses the procedural position of the Commissioner for the Protection of Equality in antidiscrimination proceedings, through a critical analysis of specific procedural rules, as well as the rules pertaining to the general civil court process, which are applied in these proceedings accordingly. The criteria on the basis of which the Commissioner makes a selection of cases, the type of the civil law protection measures that can be demanded, the legal conditions which allow offering legal protection, and the Commissioner's procedural position in antidiscrimination proceedings have been analyzed and considered. Certain theoretical and practical issues regarding the participation of the Commissioner as an intervenient in the proceedings conducted upon receipt of a complaint of other legally authorized entities have been considered.

OLJA MANDIĆ

PRAVNA PRIRODA I DEJSTVO SPORAZUMA O MIRNOM REŠAVANJU SPORA

– čl. 193 Zakona o parničnom postupku –

U V O D

Odredbom člana 193. stav 1. Zakona o parničnom postupku¹ propisano je da lice koje namerava da podnese tužbu protiv Republike Srbije, dužno je da pre podnošenja tužbe Republičkom javnom pravobranilaštvu dostavi predlog za mirno rešavanje spora, osim ako je posebnim propisom predviđen rok za podnošenje tužbe. Predlog za mirno rešavanje spora mora da sadrži sve podatke iz člana 192. Zakona o parničnom postupku, koji propisuje obaveznu sadržinu tužbe.

Stavom 3. navedenog člana propisano je da, ako u roku od 60 dana Republički javni pravobranilac ne odgovori na predlog, smatra se da predlog nije prihvaćen i u tom slučaju lice iz stava 1. člana 193. Zakona o parničnom postupku, može da podnese tužbu nadležnom sudu. U suprotnom, ukoliko predlog nije podnet ili nije protekao zakonom propisani rok od 60 dana, sud će tužbu odbaciti kao nedozvoljenu.

Sporazum o mirnom rešenju spora, postignut između Republičkog javnog pravobranioca i lica iz stava 1. navedenog člana ZPP-a ima snagu izvršne isprave.

Olja Mandić, savetnik u Republičkom javnom pravobranilaštvu.

¹ Zakon o parničnom postupku ("Službeni glasnik Republike Srbije", broj 72/11), stupio je na snagu 1. februara 2012. godine.

Dakle, citirana zakonska odredba uvela je novinu u pravni sistem, u odnosu na do tada važeći Zakon o parničnom postupku.

Iako je intencija zakonodavca bila da se izbegnu skupi sudski postupci u onim slučajevima gde ima mesta zaključenju sporazuma, odnosno u situaciji gde je potraživanje prema Republici Srbiji osnovano, u praksi mogu da se pojave neke nedoumice u vezi primene odredaba člana 193. Zakona o parničnom postupku, vezano za posledice koje će zaključeni sporazum o mirnom rešavanju spora proizvoditi u pravnom prometu. Pored toga, od stava koji se zauzme povodom pravne prirode sporazuma, u mnogome će zavisiti i način i obim primene ovog instituta.

Naime, ono što je svakako prvo uočljivo jeste da sporazum po svojoj formi i pravnoj prirodi predstavlja jednu vrstu vansudskog poravnanja, kojem je sam Zakon dao snagu izvršne isprave, a što je, s druge strane, element koji ovu vrstu sporazuma čini vrlo bliskim sudskom poravnanju.

PRAVNA PRIRODA I FORMA PORAVNANJA

Stav koji preovlađuje u pravnoj teoriji, a koji proizlazi iz odredaba Zakona o obligacionim odnosima², jeste da je vansudsko poravnanje ugovor kojim se, uzajamnim popuštanjem, rešava postojeći spor u jednom već nastalom građansko-pravnom odnosu i određuju uzajamna prava i obaveze stranaka. S druge strane, sudsko poravnanje je ugovor kojim strane uređuju građanskopravne odnose, kojim mogu slobodno da raspolažu, zaključen u pismenoj formi, pred sudom i dopušten od suda, koji ima svojstvo pravnosnažnosti, a ukoliko se njime utvrđuje obaveza za neku činidbu, tad i svojstvo izvršnosti.

U tom smislu, jasno je da se u oba slučaja radi o materijalnopravnim ugovorima, s tim što sudsko poravnanje ima i neka procesnopravna dejstva, koja proizilaze iz činjenice da je zaključeno pred sudom.

Kao što je već napomenuto, sporazum koji predviđa citirana zakonska odredba iz člana 193. Zakona o parničnom postupku, takođe je materijalnopravni ugovor, koji, sa jedne strane, nema ona procesno pravna dejstva koja ima sudsko poravnanje, s obzirom na činjenicu da nije zaključen pred sudom, a sa druge strane, ima svojstvo izvršnosti, koje mu daje Zakon. S tim u vezi, opravdano se postavlja niz pitanja vezanih za primenu odredbe člana 193. Zakona o parničnom postupku. To su, pre svega, pitanja raspolaganja stranaka i dozvoljenosti zahteva, forme ugovora i pitanje ko može zaključiti ugovor u ime predlagača, zatim pitanje dejstva izvršnosti sporazuma, te na kraju, pitanje načina primene ovog člana u onim situacijama kad postoji suparničarstvo, i to nužno i jedinstveno, gde se kao jedan od suparničara u budućem sporu, pojavljuje Republika Srbija.

² Član 1089. Zakona o obligacionim odnosima ("Službeni list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89 – US, 57/89, "Službeni list SRJ", br. 31/93, 22/99 – dr. propis, 23/99 - ispravka, 35/99 – dr. propis, 44/99 – dr. propis).

Raspolaganje stranaka i dozvoljenost zahteva

Sudsko poravnanje, između ostalog se razlikuje od vansudskog, po tome što je, prema zakonskim odredbama, sud dužan da proverava dozvoljenost poravnania, odnosno da odlučuje o ispunjenosti uslova iz odredbe člana 3. Zakona o parničnom postupku, koja propisuje u stavu 3. da sud neće dozvoliti raspolaganja stranaka koja su u suprotnosti sa prinudnim propisima, javnim poretkom, pravilima morala i dobrim običajima.

S tim u vezi, kako se sporazum iz člana 193. ZPP-a ne zaključuje pred sudom, već kao i svaki drugi materijalnopravni ugovor kojim se uređuju međusobni odnosi saglasnošću volja stranaka, otvara se teorijska mogućnost, usled nedostatka sudske provere valjanosti ovog ugovora, u smislu dozvoljenosti raspolaganja zahtevom, da stranke zaključenjem sporazuma raspoložu zahtevom kojim inače ne bi mogle raspolagati. Budući da sporazum, po sili zakona, ima snagu izvršnosti, jasno je da bi u ovom slučaju moglo doći do pravne nesigurnosti. Ono što opravdava izostanak uloge suda prilikom zaključenja sporazuma, pre svega je nastojanje zakonodavaca da se izbegnu troškovi parničnog postupka. Sa druge strane, što možda i objašnjava nameru zakonodavca, stoji činjenica da je jedna od strana ovog sporazuma Republika Srbija, koju zastupa Republičko javno pravobranilaštvo, kao državni organ. Može se reći da je, posredno, zakon dao jednu posebnu vrstu ovlašćenja Republičkom javnom pravobranilaštvu, da, iako je ugovorna strana sporazuma, kao državni organ vrši i kontrolu dozvoljenosti zaključenog sporazuma, baš kao što to čini sud prilikom zaključenja sudskog poravnanja.

Dakle, Republičko javno pravobranilaštvo, prema Zakonu o javnom pravobranilaštvu, preuzima pravne radnje i koristi pravna sredstva pred sudovima i drugim nadležnim organima radi ostvarivanja imovinskih prava i interesa Republike Srbije, njenih organa i organizacija i drugih pravnih lica čije se finansiranje obezbeđuje u budžetu Republike Srbije ili iz drugih sredstava Republike³. Međutim, nakon stupanja na snagu novog Zakona o parničnom postupku, Republičko javno pravobranilaštvo dobija i novu ulogu. Naime, iako odredbama člana 193. novog ZPP-a Republičkom javnom pravobranilaštvu nije povereno javno ovlašćenje da odlučuje i rešava o pravima i obavezama i drugim interesima stranaka, na način kako to čine organi uprave u upravno-pravnim odnosima, niti je Republičko javno pravobranilaštvo zamenilo sud u postupku pred sudom prilikom zaključenja sudskog poravnanja, ipak se ne može prenebregnuti činjenica da je funkcija kontrole, koju Republičko javno pravobranilaštvo nesumnjivo obavlja prilikom zaključenja sporazuma sa snagom izvršne isprave, novina koja je uvedena odredbom člana 193. Zakona o parničnom postupku. Pored ove, načelne zabrane zaključenja sporazuma koji bi bio u suprotnosti sa prinudnim propisima, javnim poret-

³ Član 7. Zakona o javnom pravobranilaštvu ("Službeni glasnik RS", br. 43/91).

kom, pravilima morala i dobrim običajima, potrebno je naglasiti da je Zakonom o obligacionim odnosima predviđeno da predmet poravnanja ne mogu biti sporovi koji se tiču statusnih odnosa⁴.

Dakle, da li je moguće zaključiti sporazum o mirnom rešavanju spora, kada postoji spor o statusnim odnosima? U situaciji kada bi u budućem sporu bila tužena Republika Srbija, odnosno neko od Ministarstava za poništaj rešenja kojim se reguliše npr, radnopravni status fizičkog lica, onda bi pre pokretanja postupka pred sudom, za poništaj takvog rešenja, postojala obaveza podnošenja predloga za mirno rešavanje spora.

U teoriji postoji stav koji odstupa od striktne zabrane poravnanja u ovakvim slučajevima. Tako, naprimer, iako je poravnanje koje se odnosi na statusne odnose zabranjeno, kod društvenih pravnih lica, koja su mogla uticati na svoj status, spor o statusnim odnosima pravnih lica mogao bi biti predmet poravnanja samo ako je o svom statusu društveno pravno lice moglo samo odlučivati.⁵ Ovakvo široko tumačenje odredbe člana 1092 Zakona o obligacionim odnosima, kad je reč o institutu koji predviđa odredba člana 193. Zakona o parničnom postupku, nije moguće. Naime, kod statusnih stvari, kao iz gornjeg primera, ukoliko bi došlo do poravnanja, sporno rešenje ne bi bilo stavljeno van snage u postupku pred sudom i kao takvo bi egzistiralo u pravnom prometu i pored zaključenog sporazuma, što svakako vodi pravno neodrživoj situaciji.

Prema tome, u slučaju spora oko statusnih odnosa, nema mesta zaključenju sporazuma o mirnom rešavanju spora, te je u tom smislu primenjiva odredba člana 1092. Zakona o obligacionim odnosima, kojom je ustanovljena zabrana poravnanja u sporovima koji se tiču statusnih odnosa.

Ko može zaključiti sporazum u ime predlagачa

Ukoliko prihvatimo stav da je sporazum o mirnom rešavanju spora po svojoj prirodi najbliži ugovoru o poravnanju, jasno je da se prilikom zaključenja sporazuma, primenom pravila o tumačenju, analogno imaju primeniti odredbe zakona koje regulišu formu i obavezne elemente ugovora o poravnanju.

Prema važećim propisima postavlja se dva kumulativana zahteva za zaključenje ugovora o poravnanju.

Odredbom člana 91. stav 4. Zakona o obligacionim odnosima predviđeno je da punomoćnik ne može bez posebnog ovlašćenja, za svaki pojedini slučaj, da zaključi ugovor o poravnanju. Zahtev za specijalno ovlašćenje proizilazi iz činjenice da su uslovi zaključenja ugovora o poravnanju uzajamni ustupci stranaka, njihova popuštanja, da bi se otklonio spor ili neizvesnost u jednom pravnom od-

⁴ Odredba člana 1092. stav 3. Zakona o obligacionim odnosima.

⁵ Slobodan Perović, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, knjiga druga, Beograd 1995.

nosu i da bi se uredila uzajamna prava i obaveze. Ovlašćenje punomoćnika mora biti lično i neprenosivo, dato s obzirom na lična svojstva i odnos vlastodavca i punomoćnika.⁶

Drugi uslov za zaključenje poravnanja, predviđen je odredbom člana 1091. Zakona o obligacionim odnosima, koja za zaključenje ugovora o poravnanju zahteva jednu posebnu vrstu sposobnosti, a to je sposobnost raspolaganja pravom koje je predmet poravnanja⁷, a koja nije identična sa poslovnom sposobnošću iz člana 56. Zakona o obligacionim odnosima.⁸

Dakle, može se zaključiti da je i za zaključenje sporazuma o mirnom rešavanju spora neophodno da budu ispunjeni navedeni uslovi, odnosno potrebno je posebno punomoćje za svaki pojedinačni slučaj i odgovarajuća sposobnost za zaključenje sporazuma. Primenom pravila o tumačenju, dolazi se do zaključka da prilikom zaključenja sporazuma iz člana 193. ZPP-a, kao i ugovora o poravnanju, raspolaganje pravom koje je predmet sporazuma ne predstavlja nastajanje nekog novog prava i obaveza, već se postojeća prava i obaveze uređuju tako što se prekida spor, otklanja neizvesnost i određuju za ubuduće prava i obaveza stranka iz ugovora odnosno sporazuma.⁹

U tom smislu, posledice zaključenja sporazuma o mirnom rešavanju spora koji bi bio zaključen bez ispunjenih zahteva u pogledu sposobnosti za zaključenje sporazuma i validnosti punomoćja propisane su odredbama člana 88. Zakona o obligacionim odnosima.¹⁰

Izvršnost sporazuma o mirnom rešavanju spora

Svojstvo izvršnosti sporazuma o mirnom rešavanju spora definisano je Zakonom o parničnom postupku. Sporazum, kao takav, predstavlja izvršnu ispravu, na osnovu koje sud, na predlog poverioca, dozvoljava i određuje izvršenje.

⁶ Lepasava Karamarković, *Poravnanje i medijacija*, Beograd 2004, str. 51.

⁷ Lepasava Karamarković, *Poravnanje i medijacija*, Beograd 2004, str. 46.

⁸ Za zaključenje punovažnog ugovora potrebno je da ugovarač ima poslovnu sposobnost koja se traži za zaključenje tog ugovora.

⁹ Ivan Bukljaš, Boris Vizner, *Komentar zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, knjiga IV, Zagreb, 1979, str. 2907; Milan Bartoš, *Osnovi obligacionog prava*, Beograd str. 162; Lepasava Karamarković, *Poravnanje i medijacija*, Beograd 2004, str. 46.

¹⁰ Ugovor koji neko zaključi kao punomoćnik u ime drugoga bez njegovog ovlašćenja obavezuje neovlašćeno zastupanog samo ako on ugovor naknadno odobri. Strana sa kojom je ugovor zaključen može zahtevati od neovlašćeno zastupanog da se u primerenom roku izjasni da li ugovor odobrava. Ako neovlašćeno zastupani ni u ostavljenom roku ugovor ne odobri, smatra se da ugovor nije ni zaključen. U tom slučaju, strana sa kojom je ugovor zaključen može od lica koje je kao punomoćnik bez ovlašćenja zaključilo ugovor tražiti naknadu štete, ako u trenutku zaključenja ugovora nije znala niti je morala znati da to lice nije imalo ovlašćenja za zaključenje ugovora.

Zakonom o izvršenju i obezbeđenju¹¹ u članu 13. stav 7. propisano je da se izvršnom ispravom smatra isprava koja je zakonom određena kao izvršna isprava. U tom smislu nema dileme da se na osnovu sporazuma iz člana 193. ZPP-a može odrediti i sprovesti izvršenje.

Međutim, kako zakon predviđa obavezu za lice koje namerava da podnese tužbu protiv Republike Srbije da prethodno podnese predlog za mirno rešavanje spora i u situaciji kad je predmet spora, recimo, neko stvarno pravo, na primer pravo svojine, postavlja se pitanje, da li zakon koji reguliše upis stvarnih prava ostavlja mogućnost da se na osnovu zaključenog sporazuma, izvrši upis prava na nepokretnosti. Naime, odredbom člana 86. Zakona o državnom premeru i katastru u stavu 1. propisano je da se upis u katastar nepokretnosti vrši na osnovu privatne ili javne isprave, koja je po sadržini i formi podobna za upis.

Privatna isprava, odnosno isprava o pravnom poslu, pored opštih uslova da bi bila podobna za upis, mora biti sačinjena u pismenoj formi, uz overu potpisa lica između kojih se isprava sačinjava (ako posebna forma nije propisna posebnim zakonom) i mora sadržavati izjavu o dozvoli upisa koja nije uslovljena niti oročena. Ako izjava o dozvoli upisa nije sadržana u privatnoj ispravi, odnosno ispravi o pravnom poslu, izjava može biti data u posebnoj ispravi uz overu potpisa lica koju izjavu daje.¹² Javna isprava na osnovu koje se može vršiti upis je odluka suda, drugog državnog organa ili organizacije koja vrši javna ovlašćenja, koji su po zakonu nadležni da donose odluke kojima se odlučuje o pravima, odnosno o drugim činjenicama koje se upisuju u katastar nepokretnosti. Javna isprava, da bi bila podobna za upis, mora biti pravnosnažna.¹³

Da li se na osnovu sporazuma o mirnom rešavanju spora, zaključenog u smislu odredba člana 193. Zakona o parničnom postupku, kojim se vrši prenos prava svojine, može izvršiti upis prava svojine na nepokretnosti? Pre svega, potrebno je odgovoriti na pitanje da li se sporazum o mirnom rešavanju spora može smatrati privatnom ispravom, odnosno ispravom o pravnom poslu. U tom slučaju, sporazum bi sadržao izjavu o dozvoli upisa koja ne bi bila uslovljena niti oročena, a overa potpisa lica između koji je isprava sačinjena, dakle u ovom slučaju Republičkog javnog pravobranilaštva i predlagača, ne bi bila obavezna, imajući u vidu da je Zakon o parničnom postupku, posredno, propisao formu u kojoj sporazum mora biti sačinjen. Naime odredbom člana 193. stav 1. propisano je, između ostalog, da predlog za mirno rešavanje spora mora da sadrži sve podatke iz člana 192. Zakona.¹⁴

¹¹ Zakon o izvršenju i obezbeđenju ("Službeni glasnik RS", br. 31/11).

¹² Odredaba člana 87. Zakona o državnom premeru i katastru.

¹³ Odredaba člana 88. Zakona o državnom premeru i katastru.

¹⁴ (1) Tužba mora sa sadrži određeni zahtev u po zgledu glavne stvri i sporednih traženja, činjenice na kojima tužilac zasniva zahtev, dokaz kojima se utvrđuju ove činjenice, vrednost predmeta

Pored toga, overa potpisa na privatnoj ispravi, odnosno ispravi o privatnom poslu od strane javnih vlasti podrazumeva potvrdu da je određeno lice i potpisalo izjavu, što je u slučaju kada se kao jedna od strana u sporazumu pojavljuje Republičko javno pravobranilaštvo, kao državni organ, nepotrebno.

Sporazum o mirnom rešavanju spora zaključuje Republički javni pravobranilac, odnosno njegov zamenik, koji stavlja svoj potpis overen pečatom Republičkog javnog pravobranilaštva. Naime, Zakonom o pečatu državnih i drugih organa¹⁵, propisano je, odredbom člana 2, da se pečatom potvrđuje autentičnost javne isprave i drugog akta kojim državni i drugi organi i imaoci javnih ovlašćenja odlučuju ili službeno opšte sa drugim organima, pravnim licima i građanima. U tom slučaju overa potpisa ne bi mogla da bude nužan uslov za upis prava svojine na nepokretnosti, ukoliko bi sačinjeni sporazum sadržavao izjavu o dozvoli upisa.

Međutim, kako je nesporno da sporazum o mirnom rešavanju spora svakako jeste različit od privatnih isprava odnosno isprava o pravnom poslu, imajući u vidu pravnu prirodu sporazuma, a posebno svojstvo izvršnosti, za očekivati je da se u praksi jave dileme prilikom podnošenja zahteva za upis prava svojine na nepokretnosti na osnovu zaključenog sporazuma.

U tom smislu, bilo bi neophodno ispitati, da li sporazum o mirnom rešavanju spora kojim se rešava spor čije je predmet pravo svojine na nepokretnosti, ispunjava uslove koji su neophodni za javnu ispravu da bi se izvršio upis. Svakako, jasno je da ovaj sporazum nije javna isprava u smislu odredbe člana 88. Zakona o državnom premeru i katastru. Međutim, ukoliko bi se i postavilo takvo pitanje u praksi, usled činjenice da je sporazum izvršna isprava, kao i da je jedna od strana ovog ugovora državni organ, koji istupa kao zakonski zastupnik Republike Srbije, onda bi se, pre svega, kao sporno moglo javiti pitanje da li sporazum ima svojstvo pravnosnažnosti, kako se to zahteva za upis na osnovu javne isprave.

Naime, Zakon o parničnom postupku striktno predviđa da sporazum ima snagu izvršne isprave. Nameće se pitanje, da li je moguće primeniti pravila tumačenja prava, odnosno tumačenja pravne norme, korišćenjem logičkih instrumenata, u konkretnom slučaju *argumentum a majori ad minus* (zaključivanje od većeg ka manjem) – argument kojim se zaključuje da subjekt kojem pravna norma daje veća prava ili obaveze ima tim pre i uža prava i obaveze, koja su uključena u

spora, kao i druge podatke koje mora iamti svki podnesak. (2) Tužilac koji ima boravište ili prebivalište , odnsono sedište u inostranstvu dužan je da u tužbi imenuje punomoćnika za prijem pismena. Ukoliko ne označi punomoćnika za primanje pismena sud će tužbu da odbaci. (3) Ako nadležnost ili pravo na izjavljivanje revizije zavisi o dvrednsoti spora, apredmet tužbneog zahtev a nije novčani iznos, tužila cje dužan da u tužbi naznači vrednsot predmeta spora. (4) Sud će da postupi po tužbi i ako tužilac nije naveo pravni osnov tužbenog zahteva, a ako je tužilac naveo pravni osnov su nije vezan za njega.

¹⁵ Zakon o pečatu državnih i drugih organa ("Službeni glasnik RS", br. 101/07).

ona veća. Dakle, da li sporazum samim tim što ima svojstvo izvršnosti ima i svojstvo pravnosnažnosti?

Odgovor na ovo pitanje, opet nalazimo, pozivajući se na pravila koja uređuju sudsko poravnanje. Naime, uslov da sudska odluka ima svojstvo izvršne isprave, jeste da je odluka pravnosnažna, odnosno konačna i da je postala izvršna, odnosno da je protekao paricioni rok. Na sudsko poravnanje, obzirom da poravnanje nije odluka, ne odnosi se uslov pravnosnažnosti, odnosno konačnosti, već je neophodno da je potraživanje po njemu dospelo.¹⁶ Ono što se nameće kao zaključak jeste da sporazum o mirnom rešavanju spora ima snagu izvršne isprave, odnosno da stiče svojstvo izvršnosti o dospelosti potraživanja.

Kako u slučaju sporazuma o mirnom rešavanju spora kojim bi se prenosilo pravo svojine na nepokretnosti ne postoji mogućnost prinudnog izvršenja, u smislu upisa ovog prava u katastar nepokretnosti, smatramo da bi jedini mogući odgovor u ovom slučaju bio da se prilikom upisa prava svojine na nepokretnosti vrši provera ispunjenosti uslova koje zakon propisuje kada se radi o upisu na osnovu privatne isprave odnosno isprave o pravnom poslu.

Primena odredbe člana 193. ZPP-a u slučaju suparničarstva

Suparničarstvo nastaje kad više lica jednom tužbom tuže ili kada je više njih jednom tužbom tuženo. U situaciji kada se spor koji se po zakonu ili zbog prirode pravnog odnosa može rešiti samo na jednak način prema svim suparničarima radi se o jedinstvenim suparničarima, koji se smatraju kao jedna parnična stranaka, tako da se, ako pojedini suparničari propuste svoju parničnu radnju, dejstvo parničnih radnji koje su izvršili drugi suparničari, proteže i na one koji te radnje nisu preduzeli. Ovim se sprečava da nastanu pravne situacije u kojima bi različite presude prema pojedinim tužiocima ili tuženim jedna drugoj protivrečile sadržinom izreke u presudama, tako da bi se međusobno isključivale.¹⁷

Na ovom mestu potrebno je pokušati naći odgovor na pitanje kako postupiti u situaciji kad postoji nužno i jedinstveno suparničarstvo gde se kao suparničar pojavljuje Republika Srbija. Naime, s jedne strane, ova vrsta suparničarstva podrazumeva da se nastali spor, odnosno sporni odnos rešava na jednak način prema svim suparničarima, a s druge strane, sporazum zaključen između Republičkog javnog pravobranioca i predlagača deluje *inter partes*, dakle između strana ugovornica.

U parnici, jedinstvo suparničara postoji kad za posledicu ima ono što je zakon propisao u pogledu dejstva parničnih radnji. Tako, na primer, odgovor na tužbu koju je podneo samo jedan od suparničara dejstvuje kao da su ga podne-

¹⁶ Veroljub Rajović, *Građansko procesno pravo*, Beograd 2003.

¹⁷ Veroljub Rajović, *Građansko procesno pravo*, Beograd 2003.

li i ostali. Ono što je sporno u teorije jeste, dejstvo jedinstvenog suparničarstva kad na ročištu prisutni suparničari, koji su u jedinstvenom suparničarstvu, priznaju tvrdnje protivne strane, a neki od jedinstvenih suparničara nisu prisutni. Po jednom mišljenju, uzima se da postoji priznanje svih, dok po drugom gledištu, samim tim što ne prisutvuje, izostali suparničar ne priznaje tvrdnju prisutnih suparničara, pa se kod jedinstvenog suparničarstva u ovom slučaju ne bi mogla doneti presuda na osnovu priznanja.¹⁸ Ako se pođe od činjenice, da sporazum deluje samo između strana koje ga potpisuju kao moguće rešenje, nameće se potreba da se prilikom podnošenja predloga za mirno rešavanje spora, i eventualno zaključivanja sporazuma iz člana 193. ZPP-a, pozovu i ostali učesnici spornog odnosa. U tom slučaju, moglo bi se pristupiti zaključenju sporazuma o mirnom rešavanju spora između Republičkog javnog pravobranioca i predlagачa, dok bi se odnos sa ostalim budućim suparničarima rešio na isti načina kao u sporazumu, ali zaključivanjem ugovora o poravnanju, odnosno medijacijom. Naravno, poravnanje zaključeno bez suda ne bi imalo snagu izvršne isprave, pa bi svaka strana svoja prava iz poravnanja mogla ostvariti tužbom u redovnoj parnici.

Dakle, opet se javlja mogućnost donošenja presude koja bi bila u suprotnosti sa zaključenim sporazum. Pored toga, ono što se takođe može javiti kao sporno jeste upravo situacija u kojoj bi, recimo postojala spremnost Republičkog javnog pravobranioca za rešavanje spora zaključivanjem sporazuma, ali ne i spremnost ostalih učesnika spornog odnosa, odnosno budućih suparničara.

Kao drugo moguće rešenje, jeste da Republičko javno pravobranilaštvo, kada primi ovakav predlog za mirno rešavanje spora, isti prepozna kao slučaj u kome nema mesta zaključenju sporazuma, te da o tome odmah obavesti predlagачa, čime bi se omogućilo da se sporni odnos reši u parnici. U svakom slučaju, odgovor na ove i slične pravne probleme, vezane za primenu člana 193. Zakona o parničnom postupku, daće sudska praksa kao i stručna pravna javnost.

OSOBENOSTI SPORAZUMA KAO UGOVORA

Na kraju, nesporno je da sporazum zaključen u smislu odredbe člana 193. Zakona o parničnom postupku, ima svoje osobenosti, koje ga čine različitim od svih poznatih pravnih instituta, pre svega od poravnanja, kako sudskog tako i vansudskog. Naime, ono što prema teoriji a i prema zakonskoj odredbi čini ključni element poravnanja jeste uzajamno popuštanje.

Prema odredbi člana 1090. Zakona o obligacionim odnosima, popuštanje se može sastojati, između ostalog, u delimičnom ili potpunom priznavanju nekog zahteva druge strane, ili odricanju od nekog svog zahteva, u uzimanju na sebe neke nove obaveze, u smanjenju kamatne stope, u produženju roka, u pristajanju

¹⁸ Veroljub Rajović, *Građansko procesno pravo*, Beograd 2003, str. 94.

na delimične otplate, u davanju prava na odustanicu. Stavom 2. člana 1090. ZOO-a propisano je da popuštanje može biti uslovno.

Međutim, stavom 3. istog člana izričito je predviđeno da kada samo jedna strana popusti drugoj, na primer prizna pravo drugoj, to nije poravnanje, te ne podleže pravilima o poravnanju. Dakle, prema zakonskoj odredbi, odsustvo uzajamnosti popuštanja dovodi do toga da se na tako zaključen ugovor ne primenjuje odredbe zakona koje se odnose na poravnanje.

Određbe koje regulišu postupak zaključenja sporazuma o mirnom rešavanju spora ne predviđa ovu zabranu, te smo mišljenja da je moguće zaključiti sporazum i bez uzajamnog popuštanja, priznavanjem prava samo jednoj strani. Takođe, poravnanje, kao i svaki drugi ugovor, podrazumeva saglasnost volja kao bitan element ugovora, pa se postavlja pitanje da li zakonska obaveza podnošenja predloga za mirno rešavanje spora isključuje postojanje saglasnosti volja u smislu odredbi zakona koji regulišu saglasnost volja kao uslov za zaključenje ugovora.

Određba člana 26. ZOO propisuje da je ugovor zaključen kad su se ugovorne strane saglasile o bitnim sastojcima ugovora, a da se volja za zaključenje ugovora može izjaviti rečima, uobičajenim znacima ili drugim ponašanjem iz koga se sa sigurnošću može zaključiti o njenom postojanju. Izjava volje mora da bude učinjena slobodno i ozbiljno.¹⁹

Međutim, odredbom člana 27. Zakona o obligacionim odnosima predviđeno je odstupanje od opšteg pravila da je za zaključenje ugovora neophodna apsolutna sloboda volje, pa čak i kad je u pitanju sadržina ugovora. Pomenuta odredba propisuje da ako je neko po zakonu obavezan da zaključi ugovor, zainteresovano lice može zahtevati da se takav ugovor bez odlaganja zaključi. Odredbe propisa kojim se delimično ili u celini određuje sadržina ugovora sastavni su delovi tih ugovora, te ih upotpunjuju ili stupaju na mesto ugovornih odredbi koje nisu u saglasnosti sa njima. U tom smislu, sporazum o mirnom rešavanju spora zaključen je uz neophodnu saglasnost volja ukoliko su se strane sporazumele o bitnim sastojcima takvog sporazuma.

Takođe, potrebno je naglasiti, da je u prethodnom periodu Republičkom javnom pravobranilaštvu upućen znatan broj predloga za mirno rešavanje spora. U onim slučajevima gde je potraživanje osnovano u pogledu osnova i visine potraživanja, Republičko javno pravobranilaštvo pozvalo je predlagače na zaključenje sporazuma o mirnom rešavanju spora. Prema odredbi člana 32. ZOO-a, ponuda je predlog za zaključenje ugovora učinjen određenom licu koji sadrži sve bitne sastojke ugovora tako da bi s njegovim prihvatanjem mogao zaključiti ugovor. Ugovor je zaključen onog časa kad ponudilac primi izjavu ponuđenog da prihvata ponudu. Smatra se da je ugovor zaključen u mestu u kome je ponudilac imao svoje sedište, odnosno prebivalište u trenutku kad je učinio ponudu.

¹⁹ Odredba člana 28. Zakona o obligacionim odnosima.

U slučaju kada Republički javni pravobranilac pristane na predlog za zaključenje sporazuma o mirnom rešavanju spora, u skladu sa citiranom odredbom, ugovor bi se smatrao zaključenim. Ovo je značajno, sa stanovišta eventualnog izigravanja zakona, u situaciji kada predlagač, i pored pristanka Republičkog javnog pravobranioca, ne pristupi potpisivanju sporazuma o mirnom rešavanju spora. U tom slučaju, mišljenja smo da bi u nastalom sudskom postupku po prigovoru Republičkog javnog pravobranilaštva, tužba koji bi se odnosila na zahtev iz predloga, morala biti odbačena. Imajući u vidu specifičnost sporazuma zaključenog u smislu člana 193. Zakona o parničnom postupku, odnosno snagu izvršne isprave koju taj sporazum ima, kada Republički javni pravobranilac prihvati ponudu predlagača, odnosno ponudioca, nastupa pravna situacija koja bi se mogla izjednačiti sa presuđenom stvari u parničnom postupku, odnosno sa zaključenim sudskim poravnanjem. Naime, primena odredaba čl. 31. i 32 ZOO-a, u svakom drugom slučaju dovela bi do prava svake od strana da u parničnom postupku ostvaruju svoja prava iz ugovora, čak i kod činjenice da ugovor nije sačinjen, ukoliko je ponuda, sačinjena u odgovarajućoj formi, prihvaćana u celosti. U prilog tome govori i stav Vrhovnog suda Srbije iz rešenja Prevl-265/04 od 1. jula 2004. godine, prema kome se ugovor smatra zaključenim u trenutku kada ponudilac primi izjavu ponuđenog da prihvata ponudu, pa docnije odbijanje ponudioca da potpiše pismeni primerak ugovora nije od uticaja na njegovu pravnu valjanost.

Međutim, ukoliko sudovi, ipak zauzmu stav da sporazum koji nije zaključen u pismenoj formi ne proizvodi pravno dejstvo (s obzirom da sporazum ima snagu izvršne isprave), mišljenja smo da i u tom slučaju tužbu treba odbaciti. Ovo stoga, jer neprihvatanjem predlagača da zaključi sporazum u situaciji kada je predlog u celosti prihvaćen kao osnovan, u suštini predlagač povlači ponudu. U tom smislu, ima se smatrati da ponuda nije ni data, pa je jasno da u slučaju podnošenja tužbe sa zahtevom kao iz predloga za mirno rešavanje spora, procesne pretpostavke dopuštenosti tužbe protiv Republike Srbije, nisu ispunjene, te se ima primeniti odredba 193.stav 4. Zakona o parničnom postupku.

ZAKLJUČAK

U svakom slučaju, sporazum o mirnom rešavanju spora iz odredbe člana 193. Zakona o parničnom postupku, predstavlja poseban pravni institut koji je uveden u naš pravni sistem novim Zakonom o parničnom postupka.

Sporazum o mirnom rešavanju spora je materijalno-pravni ugovor koji nema procesno pravno svojstvo sudskog poravnanja, ali ima svojstvo izvršnosti. Funkciju kontorle, prilikom zaključenja sporazuma, u odnosu na raspolaganja strana i dozvoljenost zahteva, indirektno vrši Republičko javno pravobranilaštvo kao državni organ. Sporazum o mirnom rešavanju spora ima snagu izvršne isprave, odnosno stiče svojstvo izvršnosti o dospelosti potraživanja. Kao i svaki drugi ugo-

vor, i sporazum koji predviđa odredba 193. ZPP-a, zaključuje se uz neophodnu saglasnost volja, ukoliko su se stranke sporazumele o bitnim sastojcima takvog sporazuma.

Neprihatanje predlagača da zaključi sporazum u situaciji kada je predlog u celini prihvaćen, primenom opštih pravila obligacionog prava o dejstvu ponude, vodi odbačaju tužbe ukoliko je zahtev iz tužbe identičan zahtevu iz predloga. Ukoliko se ne prihvati ovakav stav, tužbu treba odbaciti, usled nedostatka procesnih pretpostavki za podnošenje tužbe protiv Republike Srbije.

OLJA MANDIĆ

Advisor, Public Attorney's Office of the Republic of Serbia

LEGAL NATURE AND THE EFFECT OF THE AGREEMENT
ON PEACEFUL SETTLEMENT OF DISPUTES
– Article 193 of the civil procedure act –

Summary

The author of the work aimed to position a new legal institute, which was introduced into the legal system of the Republic of Serbia, through the Civil Procedure Act (Official Gazette of the Republic of Serbia, No. 72/11), above all by adopting a standpoint on the legal nature of the Agreement on peaceful settlement of disputes. Uncertainties were above all detected concerning disposal of parties and permissibility of requests, but also in the forms of the contract. A question was posed so as to who can conclude the contract, then the question of effect of enforceability of the agreement, the question of the application of the provision of Article 193 of the Civil Procedure Act in those situations, when there is a litigation consort, compulsory and undivided, where the co-litigant in the future dispute involves the Republic of Serbia. A conclusion was drafted saying that the agreement on peaceful settlement of disputes represents a separate legal instrument. According to the legal nature, the agreement is a substantive contract, which has no procedural effect of the court settlement, but has the effect of enforceability. The control function, during conclusion of the agreement, in relation to disposal of parties and permissibility of the request, is indirectly conducted by the Public Attorney's Office as the state body. The agreement on peaceful settlement of disputes has the power of writ of execution and acquires the effect of enforceability of maturity of the claim. As any other contract, the agreement stipulated by the provision of the Article 193 of the Civil Procedure Act is concluded with the necessary consent of wills, if the parties agreed on important contents of such agreement.

Non-acceptance of the proposer to conclude the agreement in the situation when the proposal was accepted in general, through the application of general rules of obligation rights on the effect of offer, leads to dismissal of the lawsuit, if the request from the lawsuit was identical to the request from the proposal. If such standpoint should not be accepted, the lawsuit should be dismissed for the lack of procedural prerequisites for filing of a lawsuit against the Republic of Serbia.

**IZLUČNA TUŽBA- NEDELOTVORNO
PRAVNO SREDSTVO U ZAKONU
O IZVRŠENJU I OBEZBEĐENJU**

O POTREBI ZAŠTITE TREĆIH LICA U IZVRŠNOM POSTUPKU

Načelo postojanja dve stranačke uloge pojedini autori svrstavaju na prvo mesto kada se radi o izvršnom postupku.¹ Suština ovog načela sastoji se u tome da ne može biti ni parničnog ni izvršnog postupka, ako ne postoje dve stranke sa suprotnim ulogama.² Ono što, prema tome, vezuje parnični i izvršni postupak jeste postojanje suprotstavljanje stranačkih uloga. Moguće je da i u izvršnom i u parničnom postupku u istoj stranačkoj ulozi učestvuje više subjekata, bilo kao samostalne stranke-suparničari, bilo kao njihovi pomagači-umešači.

Nikada se ne može dogoditi da u jednoj parnici ili postupku izvršenja, bude više ili manje od dve stranačke uloge. Ova mogućnost i neophodnost da u parničnom, odnosno izvršnom postupku, mogu postojati samo dve suprotne stranačke uloge, ima za posledicu da izvršni i parnični postupak prestaju ako iz nekog razloga dođe do sjedinjenja (konfuzije) parničnih uloga. Ako se kao naslednik izvršnog dužnika pojavi izvršni poverilac, sud će po službenoj dužnosti, čim tu okolnost utvrdi, doneti rešenje o obustavi postupka.³

Dr Nikola Bodiřoga, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

¹ G. Svilanović, N. Šarkić, isto, str. 240.

² N. Srećković, D. Lukić, *Priručnik sudskog izvršnog postupka*, Beograd 1981, str. 28.

³ Nikola Vorgić, *Izvršni postupak*, Novi Sad, 1969, str. 44.

U izvršnom postupku izvršni poverilac je stvarni nosilac potraživanja, a izvršni dužnik je stvarno nosilac obaveze namirenja tog potraživanja. Pojam stranaka u parničnom postupku procesnopravni, a u izvršnom postupku i materijalnopravni, jer poverilac može biti samo lice koje pored nužnih procesnopravnih ispunjava i materijalnopravne pretpostavke. To znači, da je izvršni poverilac nosilac potraživanja iz izvršne ili verodostojne isprave, a izvršni dužnik, samo lice koje, pored procesnih pretpostavki, takođe ispunjava i materijalnopravne pretpostavke, tj. da je prema izvršnoj ili verodostojnoj ispravi, nosilac obaveze namirenja tog potraživanja. U izvršnom postupku poverilac još u predlogu za izvršenje mora dokazivati svojstvo izvršnog poverioca i izvršnog dužnika izvršnom ili verodostojnom ispravom, odnosno u slučaju pravnog sledovanja, javnom ili po zakonu overenom privatnom ispravom.

Sličnost između stranaka izvršnog i stranaka parničnog postupka sastoji se samo u tome što stranke u izvršnom, kao i stranke u parničnom postupku, moraju ispunjavati iste procesne pretpostavke, kao npr. postojanje stranke, stranačku i parničnu sposobnost.⁴

Kao što u parničnom postupku na strani tužioca ili tuženog može učestvovati više lica-suparničara, bilo zato što su u pogledu predmeta spora u pravnoj zajednici, odnosno, ako njihova prava ili obaveze proističu iz istog činjeničnog i pravnog osnova (tzv. materijalno suparničarstvo), bilo zato što se tužbeni zahtevi zasnivaju na bitno istovrsnom činjeničnom i pravnom osnovu (tzv. formalno suparničarstvo), isto vredi i u izvršnom postupku.

Ipak, postoji velika razlika između suparničara u parničnom i sapoverilaca i sadužnika u izvršnom postupku. Naime, pitanje ko će sve učestvovati na strani tužioca, odnosno, tuženog zavisi od volje tužioca i razloga celishodnosti, a ko će učestvovati na strani izvršnog poverioca ili na strani izvršnog dužnika, zavisi od izvršne ili verodostojne isprave. Da bi neko lice bilo sapoverilac ili sadužnik u izvršnom postupku, to svojstvo mora izvoditi iz izvršne ili verodostojne isprave.

Pored toga, prilikom predlaganja izvršenja na osnovu izvršne isprave gde je na strani tuženog učestvovalo više suparničara, izvršni poverilac mora strogo da vodi računa o kojoj se vrsti suparničarstva radi. Naime, ako se radi o prostom suparničarstvu na strani tuženog, tj. takvom suparničarstvu gde su svi tuženi samostalne stranke, izvršni poverilac jednim predlogom za izvršenje može da obuhvati sve tužene kao dužnike. Kada se radi o prostom suparničarstvu izvršni poverilac može uvek, prema svakom izvršnom dužniku, posebnim predlogom da traži izvršenje na delu potraživanja koji na tog sadužnika otpada. A ako se radi o zajedničkoj obavezi, izvršni poverilac može od svakog sadužnika da traži namirenje ce-

⁴ Hans Brox/Wolf-D. Walker, *Zwangs-vollstreckungsrecht*, München, 2008, str. 8.

log potraživanja ili odgovarajuće kvote, ako se radi o solidarnoj obavezi. Ukoliko je u pitanju jedinstveno suparničarstvo, onda izvršni poverilac predlogom za izvršenje mora da obuhvati sve sadužnike, jer će u protivnom njegov predlog biti odbijen, pošto su samo svi sadužnici nosioci obaveze namirenja celog poveriočevog potraživanja.⁵

U izvršnom postupku je zastupljeno pristupanje izvršenju. O pristupanju govorimo kada u toku izvršnog postupka novi tražilac izvršenja predloži izvršenje na istom predmetu istim sredstvom. Pristupanjem stiće se za pristupioca pravo, da pored prvobitnog izvršnog poverioca učestvuje u izvršnom postupku i preduzima sve radnje na koje je ovlašćen zakonom.

U izvršnom postupku potencijalno učestvuje mnogo širi krug subjekata nego u parničnom postupku. Prilikom izvršenja može doći i redovno dolazi do obuhvatanja i imovinskih odnosa izvršnog dužnika sa trećim licima. Ta lica ne predstavljaju stranke izvršnog postupka, ali im ZIO priznaje pravo da budu obavješteni o toku postupka i da preduzmu određene radnje. Treća lica prema tome, mogu da se umešaju u postupak u kome nisu stranke i da aktivno štite svoja prava i pravne interese. Izvršenje se sprovodi na stvarima i pravima koja pripadaju izvršnom dužniku, tj. koja se nalaze u njegovoj državini. Prilikom popisa pokretnih stvari prećutno se uzima da je posed pretpostavka svojine, ali to ne mora uvek biti slučaj. Zato se često dešava da se izvršenjem obuhvate i pokretne stvari na kojima i treća lica imaju određena prava. Popisuju se stvari koje se nalaze u državini izvršnog dužnika, kao i njegove stvari koje se nalaze u državini izvršnog poverioca ili trećih lica. Ako treće lice ne obavesti sud, odnosno izvršitelja o svojim pravima na pokretnoj stvari u posedu izvršnog dužnika, koja je predmet izvršenja, niti dokaže svoja prava na njima, smatra se da takva prava trećeg ne postoje i da je izvršni dužnik vlasnik stvari koja se nalazi u njegovom posedu (član 85.stav 2.ZIO).

Izlučni prigovor kao pretpostavka za podnošenje izlučne tužbe

Lice koje tvrdi da u pogledu predmeta izvršenja ima pravo koje sprečava izvršenje, može sve do okončanja izvršnog postupka da izjavi prigovor sudiji, kojim

⁵ Ovo mišljenje zastupaju Srećković i Lukić. Vidi N. Srećković, D. Lukić, *Priručnik sudskog izvršnog postupka*, Beograd 1981, str. 60. Suprotno tome S. Triva, V. Belajec i M. Dika smatraju da se ovakvo tumačenje ne može prihvatiti, jer jedinstveni suparničari, nisu istovremeno i nužni suoarničari. Čak i kad bi to bili, konkretno životne okolnosti mogu učiniti da sprovođenje izvršenja protiv svih sadužnika se pokaže nepotrebnim. Vidi S. Triva, V. Belajec i M. Dika, *Sudsko izvršno pravo*, Zagreb, 1984, str. 107.

traži da se izvršenje na tom predmetu proglasi nedopuštenim. Svojina kao najobuhvatnije stvarno pravo ovlašćuje treće lice da podnese prigovor protiv izvršenja na spornoj stvari i to je najčešći slučaj upotrebe prigovora od strane trećeg lica. Ovdje takođe, dolaze u obzir i susvojina i zajednička svojina, kada stvari koja je objekt ovih prava predstoji opasnost sprovođenja izvršenja. Kao što pravo svojine na stvarima ovlašćuje na podnošenje prigovora, isto to treba uzeti za pravo svojine na potraživanjima. Kada se prema tome zapleni jedno potraživanje, koje ne pripada izvršnom dužniku već trećem licu, treće lice može podneti prigovor radi zaštite svojih prava. Stanarsko pravo ne predstavlja osnov za izjavljivanje izlučnog prigovora. Zakup stana na neodređeno vreme stečen po osnovu Zakona o stanovanju ("Službeni glasnik RS", br. 50/92, 76/92, 84/92 – ispr., 33/93, 53/93, 67/93, 46/94, 47/94 – ispr., 48/94, 44/95 – dr. zakon, 49/95, 16/97, 46/98, 26/01 i 101/05 – dr. zakon), pre sticanja založnog prava ili prava radi čijeg se ostvarenja izvršenje traži, ne prestaje prodajom nepokretnosti. Kupac stupa na mesto zakupodavca od trenutka sticanja svojine na nepokretnosti (član 113. ZIO). Ne može se izjaviti izlučni prigovor s pozivom na postojanje ranije zasnovane zaloge, odnosno hipoteke, već to samo utiče na redosled namirenja (čl. 101, 103, 109, 138. ZIO). Ako izvršenje zatraži poverilac korisnika lizniga i to na stvari koja je predmet ugovora o liznigu, iz razloga postojanja prava svojine ili prava na povraćaj stvari, može davalac lizniga da istakne prigovor, odnosno da zatraži da se izvršenje na predmetu lizinga proglasi nedopuštenim. Ako pak poverilac davaoca lizinga zatraži izvršenje na predmetu lizinga koji se nalazi u posedu korisnika lizinga, ne bi korisniku trebalo priznati pravo na zaštitu.

Ako izvršitelj sprovodi izvršenje, sudija prigovor dostavlja i njemu (član 50. stav 1. ZIO). Sudija prigovor dostavlja izvršnom poveriocu i izvršnom dužniku i poziva ih da se u roku od pet radnih dana od dana dostavljanja izjasne (član 50. stav 2. ZIO). Sudija rešenjem odbacuje prigovor ako treće lice ne učini verovatnim da u pogledu predmeta izvršenja ima pravo koje sprečava izvršenje (član 50. stav 3. ZIO). Ovdje se vidi nedoslednost, jer ako izvršni dužnik ne učini verovatnim razloge zbog kojih osporava rešenje o izvršenju na osnovu verodostojne isprave, izvršni sudija odbija prigovor rešenjem. Zakonodavac očigledno nije sasvim razgraničio odbacivanje i odbijanje. Sudija može tokom celog postupka treće lice, čije pravo oceni verovatnim, a koje je izvršni poverilac osporio ili se o njemu nije izjasnio, rešenjem da, uputi da u roku od 15 dana od dana dostavljanja rešenja protiv izvršnog poverioca, pokrene parnični postupak radi proglašenja da je izvršenje na tom predmetu nedopušteno (član 50. stav 4. ZIO). Izvršni dužnik koji osporava pravo trećem licu mora da bude obuhvaćen izlučnom tužbom.⁶

⁶ Pre pojave ovakve odredbe bilo je jako teško odrediti prirodu suparničarstva koja postoji po izlučnoj tužbi trećeg lica protiv izvršnog poverioca i izvršnog dužnika. Sada je ZIO presekao

Smatra se da izvršni dužnik trećem licu osporava pravo ako se o prigovoru trećeg lica ne izjasni u roku propisanom u stavu 2. ovog člana (član 50. stav 4. ZIO). Od trećeg lica se traži da obrazloži prigovor, pod sankcijom odbacivanja ako nije učinio verovatnim postojanje razloga za prigovor, a izvršni poverilac i izvršni dužnik mogu da paušalno ospore pravo trećeg lica, štaviše, dovoljno je i ćutanje. Podnošenje izlučnog prigovora, odnosno podizanje izlučne tužbe ne sprečava izvršenje (član 50. stav 7. ZIO).⁷ Ova odredba je u skladu sa namerom zakonodavca da se potpuno ukine odlaganje izvršenja.

Sredstvo zaštite prava trećeg lica u izvršnom postupku jeste izlučni prigovor. Njime se treće lice brani od neosnovanih i nezakonitih zahvata u sopstvenu pravnu sferu. Treće lice je dužno da učini verovatnim da u pogledu predmeta izvršenja ima pravo koje sprečava izvršenje. U suprotnom, sudija će rešenjem ovaj prigovor da odbaci (član 50. stav 3) S tim u vezi postavlja se pitanje mogućnosti osporavanja ovog rešenja. Naime ZIO se ne izjašnjava direktno o ovom pitanju. S jedne strane, isključuje se prigovor protiv rešenja sudije kojim se treće lice upućuje da podigne izlučnu tužbu (član 50. stav 4. ZIO). S druge strane, prigovor je po opštim odredbama dozvoljen samo kada je to zakonom propisano (član 39. stav 2. ZIO). ZIO eksplicitno ne pominje mogućnost izjavljivanja prigovora protiv rešenja kojim se odbacuje prigovor trećeg lica, s druge strane kada u članu 50. (kojim se uređuje izlučni prigovor) govori o rešenjima protiv kojih prigovor nije dozvoljen, ovo rešenje se ne pominje. Pitanje je od velikog značaja, samim tim što ZIO, za razliku od svog prethodnika ne sadrži odredbu po kojoj treće lice može tokom celog postupka i bez uputa suda da podnese izlučnu tužbu. To znači, ako prigovor trećeg lica bude odbačen, a sudija ne uputi treće lice da podnese izlučnu tužbu (jer ako treće lice nije učinilo verovatnim postojanje prava u pogledu predmeta izvršenja koje sprečava izvršenje, onda nema ni osnova da ga sud uputi na

jer se izgleda radi o zakonskom nužnom suparničarstvu. Iako su time na prvi pogled stvari pojednostavljene, postavlja se pitanja koja je sankcija za propust trećeg lica da obuhvati obe stranke izvršnog postupka izlučnom tužbom. U teoriji se to tretira kao nedostatak stvarne legitimacije usled čega bi tužbeni zahtev trebalo odbiti kao neosnovan. Na istom stanovištu je i novi ZPP. Nova tužba protiv obeju stranaka izvršnog postupka bi bilo moguće jer tu ne postoji identitet. Nasuprot tome Porodični zakon definišući postojanje nužnog suparničarstva u paternitetskim i maternitetskim sporovima kao sankciju propisuje odbacivanje tužbe kao neuredne, ukoliko prethodno nedostaci nisu otklonjeni (član 256. PZ).

⁷ “Kako prigovor trećeg lica ne utiče na postupak sprovođenja izvršenja, samim tim, ne prekida se ni rok u kome je izvršni poverilac dužan da podnese predlog za drugo nadmetanje ili prodaju putem neposredne pogodbe popisanih pokretnih stvari. Stoga, prigovor trećeg lica ne utiče na rok za podnošenje predloga za drugu prodaju.” (Odgovori na pitanja privrednih sudova koji su usvojeni na sednicama Odeljenja Privrednog apelacionog suda održanim 8. i 22. 11. 2011. godine, Sudska praksa privrednih sudova, Bilten 4/11).

parnicu – član 50. stav 4. ZIO), treće lice ostaje bez zaštite, odnosno njegova jedina zaštita postaje zahtev za otklanjanje nepravilnosti, odnosno ustavna žalba. Čak i ako ga sud uputi na pokretanje parničnog postupka, kao i kad treće lice podnese izlučni prigovor to ne sprečava izvršenje (odredbe o odlaganju izvršenja su izostavljene iz ZIO).

Nedelotvornost izlučne tužbe

Izlučna tužba kao sredstvo zaštite trećih lica predviđena je odredbama ZIO, doduše na drugačiji način nego u ranijim zakonima o izvršnom postupku. Sudija može tokom celog postupka treće lice čije pravo učini verovatnim, a koje je izvršni poverilac učinio verovatnim ili se o njemu nije izjasnio, rešenjem da, uputi da u roku od 15 dana od dana dostavljanja rešenje, protiv izvršnog poverioca pokrene parnični postupak radi proglašenja da je izvršenje na tom predmetu nedopušteno (član 50. stav 4. ZIO). Protiv rešenja iz stava 4. ne može se izjaviti prigovor (član 50. stav 6. ZIO).

Najpre, ako uporedimo sa odredbama ZIP 2004. uočava se da su dva člana koja su uređivala pravna sredstva trećeg lica sada spojena u jedan. Kako se izvršenjem na pravima trećeg lica zadire u njegovo pravo na imovinu, a pravo na imovinu je garantovana odredbama člana 58. Ustava Srbije i Protokola I uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: EKLJP) to dalje znači da mora postojati delotvorno pravno sredstvo garantovana odredbama nacionalnog prava, a u cilju zaštite ovog supstancijalnog prava.

Članom 13. EKLJP propisano je da svako kome su povređena prava i slobode predviđeni u ovoj Konvenciji ima pravo na delotvoran pravni lek pred nacionalnim vlastima, bez obzira jesu li povredu izvršila lica koja su postupala u službenom svojstvu. Država članica mora da svojim nacionalnim propisima predvidi i učini dostupnim pravni lek koji će se koristiti u slučaju povrede prava i sloboda priznatih odredbama EKLJP. Međutim, ovde treba imati na umu da EKLJP ne nalaže neposrednu primenu svojih odredbi, te da primena člana 13. EKLJP zavisi od načina inkorporacije same EKLJP u pravni sistem država članica. Isto tako se dovodi u pitanje samo neposredno dejstvo člana 13. EKLJP u unutrašnjem poretku.⁸ Član 13. EKLJP priznaje određeno procesno pravo, ali se povreda tog procesnog prava može isticati samo akcesorno uz povredu nekog drugog prava. Nisu retki stavovi po kojima ESLJP ima obavezu da utvrdi da li nacionalni pravni sistem sadrži odredbe o delotvornom pravnom leku, bez obzira na to da li se podnosilac predstavlke pozvao na povredu nekog konkretnog prava.

⁸ A. Jakšić, Komentar EKLJP, Beograd 2006, str. 331.

Sam ESLJP često ne ispituje povredu člana 13. EKLJP ako utvrdi da je došlo do povrede nekog drugog supstancijalnog prava iz EKLJP.⁹

Delotvorno pravno sredstvo je ono pravno sredstvo koje je po svojim osobinama i postupku koji se povodom njega vodi, takvo, da omogućuje utvrđivanje povrede prava, obustavljanje daljih radnji koje predstavljaju povredu, ali i otklanjanje daljih posledica ove povrede. To ne mora da bude sud, ali mora da ima gore navedena ovlašćenja. Delotvorno pravno sredstvo mora da pruži i mogućnosti za obeštećenje u slučaju utvrđene povrede. Može da bude predviđen jedan pravni lek ili sistem pravnih lekova, ali to ne znači mogućnost pojedinca da *in abstracto* proverava podudarnost nacionalnog prava i EKLJP.¹⁰ Delotvornim pravnim lekovima moraju da se kontrolišu odluke zakonodavne, upravne i sudske vlasti. Tužba za naknadu štete protiv pravnog lica zbog nezakonitog i nepravilnog rada njegovih organa (član 172. ZOO), tužba za naknadu nematerijalne štete (član 200. ZOO), zahtev za naknadu štete zbog zloupotrebe procesnih ovlašćenja (član 182. ZPP) ne smatraju se delotvornim pravnim sredstvima u smislu člana 13. EKLJP, pošto Vlada Srbije nije uspela da obezbedi relevantnu praksu kojom se to dokazuje. Isto je važno i za ustavnu žalbu jer je tek 24.11.2007. izabrano deset od petnaest sudija Ustavnog suda Srbije.¹¹ Delotvorno pravno sredstvo mora biti deo normalnog postupka, a ne rezultat korišćenja diskrecionih ovlašćenja (*The Court reiterates that an effective domestic remedy must form part of the normal process of redress and cannot be of a discretionary character*).¹² To dalje znači da podnosilac predstave mora imati ovlašćenje da sam pokrene postupak, a ne da u tom smislu zavisi od dobre volje državnog službenika (*The applicant must therefore be able to initiate proceedings directly, without having to rely on the benevolence of a public official*).¹³

Kada analiziramo praksu ESLJP u pogledu toga šta se smatra delotvornim pravnim sredstvom, u prvom redu se moramo osvrnuti na mogućnosti njegovog korišćenja. Kako je u citiranim presudama istakao ESLJP, pravo na delotvorno pravno sredstvo ne sme biti zavisno od diskrecije državnog organa. Potrebno je omogućiti stranci ili učesniku da sama pokrene postupak. ZIO ozbiljno dovodi u pitanje ovaj standard kada je reč o podnošenju izlučne tužbe. Osim što su nekada dva člana koja su uređivala ovu materiju spojena u jedan, neke bitne odredbe iz ZIP 2004. su u ZIO izostavljene. U članu 24. stav 1 ranijeg ZIP 2004. bilo je propisano: "Lice koje tvrdi da u pogledu predmeta izvršenja ima pravo koje spre-

⁹ Ibid, 332.

¹⁰ A. Jakšić, Komentar EKLJP, Beograd 2006, str. 335.

¹¹ V.A.M. protiv Srbije, presuda ESLJP, od 13.03.2007. godine.

¹² Bodrožić protiv Srbije, presuda ESLJP od 23.06.2009. godine.

¹³ Lepojić protiv Srbije, presuda ESLJP od 6.11.200. godine.

čava izvršenje može sve do okončanja izvršnog postupka, i bez upućivanja suda iz člana 23. stav 4. ovog zakona, da protiv izvršnog poverioca pokrene parnični postupak, radi nedopustivosti izvršenja na tom predmetu". Ovakva odredba je nesumnjivo ispunjavala standard delotvornog pravnog sredstva, barem kada je u pitanju pokretanje postupka. Uput suda nije bio nužan za podnošenje tužbe. ZIO takvu odredbu ne sadrži. Govori se o tome da sudija "može" da lice čije pravo učini verovatnim, pod uslovom da ge je poverilac osporio ili se o njemu nije izjasnio da uputi na parnicu. Od toga da li na predmetu izvršenja postoji pravo trećeg lica koje ga sprečava zavisi sam ishod izvršnog postupka, odnosno ocena toga ishoda kao zakonitog. Zbog toga ako je treće lice učinilo verovatnim postojanje svog prava, a izvršni poverilac ga je osporio ili je u ostavljenom roku čutao, upućivanje na parnicu ne bi trebalo da bude stvar procene postupajućeg sudije. Pogotovo ako se ima u vidu da bez uputa sudije treće lice ne može da podnese izlučnu tužbu, ako striktno tumačimo odredbe ZIO. Da li je uput suda ovde potreban ili ne, može se problematizovati sa aspekta pravne prirode izlučne tužbe. Ako se pođe od toga da se radi od tužbe za utvrđenje, onda treba primeniti relevantne odredbe ZPP. Tužilac može u tužbi da traži da sud samo utvrdi postojanje, odnosno nepostojanje nekog prava ili pravnog odnosa, povredu prava ličnosti ili istinitost, odnosno neistinitost neke isprave (član 194. stav 1. ZPP). Tužba za utvrđenje može da se podnese ako tužilac ima pravni interes da sud utvrdi postojanje, odnosno nepostojanje nekog spornog prava ili pravnog odnosa, pre dospelosti zahteva za činidbu iz istog odnosa ili istinitost odnosno neistinitost neke isprave, ili ako tužilac ima neki drugi pravni interes (član 194. stav 2. ZPP). Tužba za utvrđenje može da se podnese radi utvrđivanja postojanja, odnosno nepostojanja činjenice, ako je to predviđeno zakonom ili drugim propisom (član 194. stav 3. ZPP). Tužba za utvrđenje povrede prava ličnosti može da se podnese bez obzira da li je postavljen zahtev za naknadu štete ili drugi zahtev, u skladu sa posebnim zakonom (član 194. stav 4. ZPP).

Stanovište po kojem je tužba kojom se traži utvrđenje da je izvršenje nedopuštenim, a koja u sebi konzumira utvrđenje postojanja prava trećeg lica zbog kojeg se izvršenje ne može sprovesti, nužno otvara pitanje pravnog interesa koje zakonodavac posebno naglašava kada je reč o tužbi za utvrđenje. Pravni interes shvaćen kao stanje neizvesnosti koje obeležava sferu subjektivnih prava trećeg lica nesumnjivo postoji, kada se izvršenje sprovodi na pravu trećeg lica. Mišljenja sam da bi se tu postojanje pravnog interesa moglo uzeti kao definitivno, a samim tim bila bi ispunjena i pretpostavka za podnošenje tužbe za utvrđenje da je izvršenje nedopuštenim Ovo je naročito značajno jer u odsustvu odredbe po kojoj treće lice može i bez uputa suda da podnese ovu tužbu, druga pretpostavka, a to je predviđenost ove tužbe posebnim propisom, nije ispunjena.

Drugo stanovište o prirodi izlučne tužbe je specifičnije. Ono polazi od toga da će sud da bi proglasio izvršenje na određenom predmetu nedopuštenim morati da utvrdi postojanje prava trećeg lica na predmetu izvršenja. U tome jeste sadržan utvrđujući tužbeni zahtev. Međutim, ono što je krajnji cilj ove tužbe jeste obustavljanje preduzimanja radnji izvršenja na određenom predmetu izvršenja. Traži se zaustavljanje procesne aktivnosti, odnosno preobražaj jedne procesne situacije tj. okončanje jednog procesnog odnosa u pogledu predmeta na kojem treće lice ima pravo. Zato se priroda tužbenog zahteva ove tužbe označava procesno-preobražajnom. Onda se ne mogu primeniti pretpostavke za podnošenje tužbe za utvrđenje propisane odredbama ZPP, već isključivo su merodavne odredbe ZIO. Tada je mogućnost za podnošenje izlučne tužbe drastično sužena.

Još jedna odredba ZIO se direktno odražava na nedelotvornost ovog pravnog sredstva. Podnošenje izlučne tužbe je učinjeno zavisnim od uputa izvršnog suda. O tome se odlučuje rešenjem. Protiv tog rešenja nije dozvoljen prigovor. Imajući u vidu sistem pravnih sredstava u ZIO, takva odluka prvostepenog sudije više ne može biti predmet kontrole, a treće lice se primorava da svoja prava ostvaruje van izvršnog postupka.

Drugi uslov u pogledu delotvornosti ovog pravnog sredstva jeste da se radi o takvom pravnom sredstvu koje je po svojim osobinama i postupku koji se povodom njega vodi, takvo, da omogućuje utvrđivanje povrede prava, obustavljanje daljih radnji koje predstavljaju povredu, ali i otklanjanje daljih posledica ove povrede. I ovi uslovi koje nameće ESLJP se ne mogu oceniti zadovoljenim ako analiziramo efekte izlučne tužbe. Naime, podnošenje izlučne tužbe nema suspenzivno dejstvo. Odlaganje izvršenja je ukinuto odredbama ZIO. Nasuprot svom prethodniku koji je mogućnosti za odlaganje izvršenja postavljao na dosta širok način, ZIO se opredelio za drugu krajnost. Postupak izvršenja i obezbeđenja je hitan (član 6. stav 1. ZIO). U postupku izvršenja i obezbeđenja odlaganje nije dozvoljeno, osim ako zakonom nije izričito propisano drugačije (član 6. stav 2. ZIO). Sam ZIO ne propisuje drugačije, tako da je ostavljena mogućnost da se to učini posebnim zakonom. Odredbe drugih zakona koje propisuju prekid ili odlaganje izvršnog postupka neće se primenjivati u izvršnom postupku koji se sprovodi po predlogu za izvršenje radi naplate novčanog potraživanja iz radnog odnosa (član 9. stav 6. ZIO). Ovoj odredbi su prethodile brojne presude ESLJP kojima je utvrđivana povreda prava na suđenje u razumnom roku u postupcima izvršenja radi naplate potraživanja iz radnog odnosa, a protiv preduzeća u restrukturiranju, kao i pravni stav VKS koji tretira ovo pitanje. "Građansko odeljenje Vrhovnog kasacionog suda na sednici od 22.02.2011. godine, rukovodeći se standardima, stavovima i principima izraženim u presudama Evropskog suda za ljudska prava, što je i u skladu sa članom 18. Ustava Republike Srbije, usvojilo je pravno shvatanje da se izvršni postupci koji se odnose na naplatu novčanih potraživanja iz radnog odnosa utvrde-

nih izvršnim ispravama protiv dužnika subjekta privatizacije u restrukturiranju neće prekidati, a prekinuti postupci će se nastaviti i okončati.”¹⁴

U skladu sa opisanim trendom ni podnošenje izlučnog prigovora niti podnošenje izlučne tužbe ne odlaže izvršenje. Ne može se tražiti odlaganje izvršenja ni sa pozivom na to da je doneta prvostepena presuda kojom je tužbenom zahtevu trećeg lica udovoljeno. Kako podnošenje izlučne tužbe niti donošenje prvostepene presude kojom je njen zahtev usvojen ne dovodi do privremenog zastavljanja u preduzimanju izvršnih radnji postavlja se pitanja da li je postupak po izlučnoj tužbi takav da svojim osobinama i rezultatim zadovoljava uslove iz člana 13. EKLJP. Nakon što je treće lice podnelo izlučnu tužbu paralelno teku izvršni postupak namirenja na pravima trećeg lica i parnični postupak po tužbi trećeg lica radi proglašenja izvršenja nedopuštenim. Imajući u vidu trajanje parničnih postupaka realno je očekivati da se stvari trećeg lica prodaju i izvršni postupak okonča, a da presuda po tužbi trećeg lica još nije doneta. Tada se javljaju dva značajna problema.

Stvari trećeg lica su prodate. Njih je neko kupio bilo javnim nadmetanjem bilo neposrednom pogodbom. Sticanje svojine u izvršnom postupku je specifično. Prodaja dužnikove nepokretnosti u izvršnom postupku isto tako nije izraz volje izvršnog dužnika, već vođenja izvršnog postupka. Ni po kvalitetu ono se ne može izjednačiti sa pravom izvršnog dužnika. Nepokretnost pre prodaje može biti opterećena različitim pravima trećih lica. Založno pravo upisano na nepokretnosti gasi se danom predaje nepokretnosti kupcu, ako se kupac nepokretnosti i založni izvršni poverilac ne sporazumeju drugačije (član 110. ZIO). Stvarne službenosti ne prestaju prodajom nepokretnosti (član 111. stav 1. ZIO). Lične službenosti i stvarni tereti koji su upisani u javnu knjigu pre prava založnih izvršnih poverilaca i prava na namirenje izvršnih poverilaca takođe ne prestaju. Lične službenosti se mogu ugasiti na zahtev izvršnog poverioca uz odgovarajuću naknadu (član 111. stav 2. ZIO). Ostale lične službenosti i stvarni tereti se gase prodajom nepokretnosti (član 111. stav 3. ZIO). Zakup nepokretnosti prestaje ako je ugovor o zakupu zaključen i nepokretnost predata u državinu posle donošenja rešenja o izvršenju (član 112. stav 1. ZIO). Stanarsko pravo stečeno pre sticanja založnog prava ili prava radi čijeg se ostvarenja izvršenje traži ne prestaje prodajom nepokretnosti (član 113. ZIO). Pojedina prava trećih lica prestaju prodajom nepokretnosti, dok je druga prava kupac dužan da trpi. U svakom slučaju njegovo pravo svojine se ne može izjednačiti sa onim koje je pripadalo izvršnom dužniku.

¹⁴ Sentenca pravnog shvatanja VKS verifikovana 24.02.2011, obrazložena 23.03.2011, <http://www.vk.sud.rs/pravno-shvatanje-sprovođenje-izvršenja.html>, 11.05.2011.

Nakon što je položena cena, sud odnosno izvršitelj donosi zaključak da se nepokretnost preda kupcu i da se u javnu knjigu upiše pravo svojine u njegovu korist. Sam zaključak o predaji može da se napada zahtevom za otklanjanje nepravilnosti. Protiv rešenja koje sud donosi o ovom zahtevu može da se izjavi prigovor. Taj prigovor nema suspenzivno dejstvo. Samo rešenje kojim se usvaja zahtev za otklanjanje nepravilnosti nema uticaja na izvršenu prodaju, već samo može biti osnov za naknadu štete.

U toku sprovođenja izvršenja na nepokretnosti sud, odnosno izvršitelj donose i druge zaključke: npr. zaključak o utvrđivanju vrednosti, zaključak o prodaji, te zaključak o dodeljivanju vrednosti. Protiv svih ovih zaključaka se može podneti zahtev za otklanjanje nepravilnosti. Međutim, zakonodavac je normirao proceduru samo u slučaju kada se zahtev za otklanjanje nepravilnosti podnese protiv zaključka o predaji. Osim što se zaključkom o predaji nalaže upis prava svojine u korist kupca, njima se nalaže i brisanje prava trećih lica koja prestaju prodajom nepokretnosti, pa je verovatno zakonodavac posebno uredio proceduru osporavanja ovog zaključka. Ako sud utvrdi da je bilo nepravilnosti u postupku prodaje, to ne utiče na valjanost prodaje. Mogu doći u obzir različite nepravilnosti, npr. da je prodana cela nepokretnost bez saglasnosti svih suvlasnika ili da sud, odnosno izvršitelj, nije dopustio imaocu prava preče kupovine da se koristi svojim pravom (član 120. ZIO), ali nas ovde najviše zanima nepravilnost koja se ogleda u tome što je prodana nepokretnost koja pripada trećem licu. To je teško zamisliti, imajući u vidu evidenciju prava na nepokretnosti, te odredbu člana 20. stav 7. ZIO po kojoj ne proizvode pravno dejstvo raspolaganja imovinom koja izvršni dužnik učini nakon prijema rešenja o izvršenju, odnosno zaključka kojim se određuje izvršenje. Te situacije su ipak moguće i tiču se izvršenje na nepokretnosti koja nije upisana u javnu knjigu (član 145. stav 1. ZIO), odnosno koja se ne može upisati u javnu knjigu (član 145. stav 3. ZIO). ZIO propisuje da rešenje suda kojim se utvrđuje da izvršena nepravilnost u postupku prodaje (pa čak i takva nepravilnost koja podrazumeva da je prodana stvar koja pripada trećem licu) ne utiče na punovažnost prodaje, već oštećeni (u ovom slučaju bivši vlasnik nepokretnosti može da postavi odštetni zahtev prema državi, odnosno prema izvršitelju (kao i tužbu zbog neosnovanog obogaćenja protiv izvršnog dužnika. Sama činjenica da je sprovođenje izvršenja vodio državni organ (sud), odnosno imalac javnih ovlašćenja (izvršitelj) ima taj značaj da eventualno utvrđene nepravilnosti tom postupku ne mogu uticati na stečeno pravo svojine kupca.¹⁵ Učešće javne

¹⁵ Inače bi vađilo pravilo po kojem niko ne može preneti na drugog više prava nego što sam ima, koje se primenjuje kod derivativnog sticanja. Ovde je posredi originaran naćin jer kupac stiće pravo svojine čak i kada prodana stvar nije pripadala izvršnom dužniku.

vlasti u postupku prodaje nepokretnosti stvara neoborivu pretpostavku validnosti prodaje i svaki kupac koji učestvuje u prodaji nepokretnosti ne može da snosi štetne posledice zato što se pouzdao u odluke javne vlasti. Ovo važi kako u slučaju javnog nadmetanja tako i u slučaju neposredne pogodbe, i takav zaključak proizilazi iz člana 131. ZIO. Postavlja se pitanje savesnosti kupca, šta ako je kupac znao da izvršni dužnik nije vlasnik nepokretnosti? Ima tumačenja koja smatraju da u tom slučaju nije ispunjen uslov za sticanje prava svojine od strane kupca.¹⁶ Sam ZIO se ovim pitanjem nije pozabavio. Kako ZIO ne sadrži posebna pravila o eventualnim nepravilnostima (npr. prodaja stvari koje pripadaju trećem licu) kada je reč o prodaji pokretnih stvari, to se onda shodno primenjuju odredbe koje uređuju izvršenje prodajom nepokretnosti.

U svakom slučaju osnov sticanja prava svojine je ugovor o prodaji neposrednom pogodbom, odnosno zaključak o predaji, tj. akt javne vlasti. To je originarno sticanje, ne izvodi se i volje izvršnog dužnika, niti se pravo svojine kupca može izvesti, odnosno izjednačiti sa pravom svojine izvršnog dužnika. Javna vlast koja svojim autoritetom stoji iza izvršene prodaje konvalidira svaki nedostatak koji bi uticao na punovažnost kupčevog prava svojine. To dovoljno govori o delotvornosti izlučne tužbe. Čak i kada treće lice uspe sa svojim izlučnim zahtevom u parnici to ne može da utiče na punovažnost izvršene prodaje. ZIO to izričito propisuje u članu 131. stav 5. Trećem licu ostaje samo odštetni zahtev.

Postoji međutim još jedan problem. Zahtev izlučne tužbe je upravljen na proglašenje izvršenja nedopuštenim i na obustavu preduzimanja radnji izvršenja u odnosu na predmet koji pripada trećem licu. Ukoliko se izvršni postupak okonča tako što sud donese zaključak jer su svi izvršni poverioci namireni, postavlja se pitanje sudbine parnice koja teče po izlučnoj tužbi. Traži se proglašenje izvršenja nedopuštenim, a izvršenje je okončano. Drugim rečima predmet parnice po izlučnoj tužbi je otpao. Izuzetno bi se parnica možda mogla nastaviti kako bi se utvrdilo da je izvršenje na predmetu koji pripada trećem licu bilo nezakonito sprovedeno, naravno pod uslovom da se prihvati prva pretpostavka o utvrđujućoj prirodi izlučne tužbe. Ovakva presuda bi predstavljala satisfakciju za treće lice, odnosno osnov za njegove odštetne zahteve. Treće lice nije aktivno legitimisano za podnošenje predloga za protivizvršenje. Tužba bi se mogla podneti protiv izvršnog dužnika jer se neosnovano obogatio na račun trećeg lica. Isto bi se moglo tvrditi i za izvršnog poverioca jer se njegovo potraživanje namirilo iz imovine trećeg lica. Tužba se može podneti protiv države, jer pravno lice (u ovom slučaju država) odgovara za štetu koju njegov organ (u ovom slučaju sud) prouzrokuje trećem licu u vršenju ili u vezi sa vršenjem funkcija (član 172. stav 1. ZOO). Ako

¹⁶ A. Jakšić, Građansko procesno pravo, Beograd 2010, str. 866.

izvršenje sprovodi izvršitelj, onda je on celokupnom imovinom odgovoran za štetu koja tokom postupka izvršenja nastane njegovom krivicom.

Moguća rešenja

Način na koji je ZIO uredio izlučnu tužbu čini je nedelotvornim pravnim sredstvom. Iniciranje postupka nije slobodno, kao po ranijem zakonu, već je učinjeno zavisnim od uputa suda. Sam postupak po izlučnoj tužbi ne odlaže izvršenje. Redovno će parnica trajati duže od samog izvršnog postupka i usled toga će trenutkom okončanja izvršnog postupka namirenjem iz predmeta trećeg lica samo parničenje postati bespredmetno.

Nedostatak mogućnosti trećeg lica da svoja prava efektivno štiti u izvršnom postupku će nužno dovesti do korišćenja drugih pravnih sredstava. To će samo pojačati već prisutni trend "konstitucionalizacije" izvršenja. Ustavni sud se dosada prvenstveno bavio izvršnim postupkom u kontekstu povrede prava na suđenje u razumnom roku (član 32. stav 1. Ustava Srbije), dok će zahtev trećeg lica biti usmeren prvenstveno na utvrđivanje povrede prava na imovinu (član 58. stav 1. Ustava Srbije) i to u vezi sa pravom na pravno sredstvo (član 36. stav 2. Ustava Srbije). Evropski sud za ljudska prava bi utvrdio povredu iz člana 1. Protokola I u vezi sa članom 13. EKLJP (delotvorno pravno sredstvo). Izvršenje sprovedeno na način koji podrazumeva ignorisanje prava trećih lica u skladu je sa polaznom pretpostavkom na kojoj se ZIO zasniva, a to je da prava trećih lica ne postoje. Ako treće lice ne obavesti sud, odnosno izvršitelja o svojim pravima na pokretnoj stvari u posedu izvršnog dužnika, koja je predmet izvršenja, niti dokaže svoja prava na njima, smatra se da takva prava trećeg ne postoje i da je izvršni dužnik vlasnik stvari koja se nalazi u njegovom posedu (član 85. stav 2. ZIO). Popisuju se stvari na koje su stavljene primedbe o postojanju prava koja sprečavaju izvršenje (član 86. stav 1. ZIO). Sprovođenje izvršenja na stvarima u pogledu kojih je treće lice stavilo primedbu u smislu postojanja prava se zasniva na zakonu, zarad legitimnog cilja – namirenje izvršnog poverioca, ali je pitanje srazmernosti ono na kojem cela koncepcija može biti dovedena u pitanje, a to je jedan važnih kriterijuma na kojem insistira EKLJP.

Nije jasno zašto se neizjašnjavanje izvršnog poverioca o pravima trećeg lica tretira kao njihovo negiranje. Samo izričito osporavanje prava trećeg lica od strane izvršnog poverioca bi trebalo da vodi upućivanju na parnicu. I ćutanje izvršnog poverioca se tretira kao osporavanje. To nije u skladu sa tendencijom iz novog ZPP koji se sve više zasniva na principu afirmativne litiskontestacije. To se može videti iz načina na koji je regulisana presuda na osnovu propuštanja (član

350. ZPP), presuda zbog izostanka (član 351. ZPP), ali i osnovnog principa da se ne dokazuju činjenice koje je stranka priznala pred sudom u toku parnice, odnosno činjenice koje nije osporila (član 230. stav 1. ZPP). Ove činjenice bi mogle da se dokazuju samo ako stranka njihovim priznanjem ide za tim da raspolaže zahtevom kojim ne može da raspolaže (član 3. stav 3. ZPP).

Neki sudovi su kao izlaz iz ove situacije pribegli određivanju zastoja. Međutim, sud će da zastane sa postupkom samo kad je to propisano zakonom (član 227. stav 1. ZPP). Rešenjem o zastoju sud određuje vreme trajanja zastoja (član 227. stav 2. ZPP) Protiv rešenja o zastoju nije dozvoljena posebna žalba (član 227. stav 3. ZPP). Ovo je izazvalo probleme sudovima koji su određivali zastoj, naročito u pogledu pouke o pravnom leku, jer ako ovaj zakon izričito propisuje da posebna žalba nije dozvoljena, rešenje prvostepenog suda može da se pobija samo u žalbi protiv konačne odluke (član 399. stav 2. ZPP). Postavlja se pitanje koja je to konačna odluka u izvršnom postupku. Izvršni postupak se okončava u formi odluke o zaključenju (namiren je poverilac) ili u formi odluke o obustavi izvršenja.

Kako ishod izvršnog postupka, tj. njegovo zakonito okončanje prvenstveno zavisi od toga da li se izvršenje vodi na imovini izvršnog dužnika, ili se među predmetima izvršenja nalaze i stvari trećeg lica, onda je to neka vrsta prethodnog pitanja koja mora biti rešena. Takvo prethodno pitanje ne može da rešava izvršni sud, već se postojanje prava trećeg lica razrešava u parnici. Tada bi određivanje prekida izvršnog postupka imalo smisla (član 223. stav 1. ZPP u vezi sa članom 12. ZPP i članom 10. ZIO).

Treće lice koje podnese izlučnu tužbu bi moglo da traži i privremenu meru zabrane preduzimanja izvršenja na određenom predmetu. Ta privremena mera bi se mogla tražiti i prilikom podnošenja izlučnog prigovora uz uslov da je treće lice naknadno opravda podnošenjem izlučne tužbe. U praksi ovo se ne dešava. Zahtev za određivanjem privremene mere se odbacuje kao nedozvoljen, jer s pozivom na to da se predlog za obezbeđenje pokreće predlogom stranke (tj. izvršnog poverioca ili izvršnog dužnika), a predlogom drugih lica odnosno organa samo kad je to zakonom određeno (član 257. stav 1. ZIO).

Najelegantnije rešenje bi bilo da se u slučaju da treće lice obavesti sud o postojanju svojih prava, svoje navode učini verovatnim i podigne izlučnu tužbu da se ne preduzimaju radnje izvršenja na predmetu u pogledu kojeg treće lice ističe postojanje svog prava. Sud može, na predlog izvršnog poverioca ili po službenoj dužnosti, u toku postupka, zaključkom da odredi drugo sredstvo i druge predmete izvršenja umesto onih koji su prethodno određeni (član 20. stav 2. ZIO). Radi namirenja istog potraživanja, može se na osnovu zaključka, nastaviti sprovođenje izvršenja drugim sredstvima i na drugim predmetima izvršenja umesto onih koji su prvobitno određeni (član 20. stav 5. ZIO).

NIKOLA BODIROGA, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law University of Belgrade

THIRD PARTY ACTION IN ENFORCEMENT PROCEDURE
–INEFFECTIVE LEGAL REMEDY

Summary

Enforcement can be carried only against rights and property of enforcement debtor. However, items of third party that are in possession of enforcement debtor can be also affected by enforcement measures. The law assumes that rights of third party don't exist. Third party that claims rights over property encompassed by enforcement order can lodge an objection in order to stay enforcement over that property. If the enforcement creditor denies the right of the third party the court will instruct third party to start litigation procedure. The enforcement judge may instruct third party whose right seem probable to initiate litigation procedure. Without that instruction litigation procedure cannot be initiated. An effective legal remedy in sense of ECHR must form part of the normal process of redress and cannot be of a discretionary character. Action filed by the third party doesn't postpone enforcement. Enforcement can be carried out and terminated before the court in charge of litigation procedure has decided upon the third party claim. Taking all these arguments into account third party action cannot be regarded as effective legal remedy.

SPECIFIČNOSTI POSTUPKA ZA DOBIJANJE IZJAVE O IMOVINI IZVRŠNOG DUŽNIKA

1. Kada je neophodno putem prinude ostvariti utvrđeno potraživanje izvršnog poverioca, sprovodi se postupak izvršenja, zakonom predviđenim sredstvima izvršenja, na precizno određenim predmetima izvršenja. U ovom postupku, ujedno i poslednjoj fazi u pružanju pravne zaštite, postupa se u skladu sa načelima hitnosti i efikasnosti, kako bi se što pre, u razumnom roku, ostvarila utvrđena subjektivna prava.

Predmet izvršenja mogu biti celokupna imovina izvršnog dužnika ili pojedini predmeti iz imovinske mase izvršnog dužnika, ukoliko nisu izuzeti od izvršenja ili je na njima ograničeno izvršenje. Da bi se postupak izvršenja sproveo efikasno, neophodno je da imovina izvršnog dužnika postoji i da je na predmetima iz imovine izvršnog dužnika moguće sprovesti izvršenje. Izvršenje nije moguće sprovesti ukoliko imovina izvršnog dužnika ne postoji ili izvršni dužnik svojim ponašanjem nastoji da prikrije imovinu koja bi mogla biti predmet izvršenja. Tada je neophodno pronaći mehanizam pravne zaštite i omogućiti da se dođe do podataka o imovini izvršnog dužnika kako bi postupak izvršenja bio sproveden i kako bi došlo do konačnog namirenja potraživanja izvršnog poverioca.

Dr Vladimir Boranijašević, docent Pravnog fakulteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici.

2. Odredbama Zakona o izvršenju i obezbeđenju Republike Srbije,¹ koji je donet 2011. godine, predviđena su pravila po kojima se postupa kad postoji potreba za pribavljanjem izjave o imovini izvršnog dužnika. Shodno načelu transparentnosti podataka o imovini izvršnog dužnika, izvršni poverilac i treća lica imaju pravo da steknu saznanja o imovini izvršnog dužnika, izvršni dužnik je dužan da pruži podatke o svojoj imovini a dužnost je suda da podatke o imovini izvršnog dužnika učini javnim i dostupnim svim zainteresovanim licima.²

Zakonodavac je regulisao poseban akcesorni postupak³ koji se vodi istovremeno sa postupkom izvršenja u cilju pribavljanja podataka o imovini izvršnog dužnika koja bi mogla biti predmet izvršenja radi konačnog namirenja potraživanja izvršnog poverioca koje je novčane prirode.

Postupak za dobijanje izjave o imovini izvršnog dužnika predstavlja specifičan postupak kojim se ostvaruju različiti ciljevi. Ovim postupkom, koji po svojoj pravnoj prirodi predstavlja vrstu vanparničnog postupka, obezbeđuje se prikupljanje tačnih podataka o imovini izvršnog dužnika, onemogućuje se izvršni dužnik da svesno prikrije delove svoje imovine kako bi osujetio namirenje novčanog potraživanja izvršnog poverioca u postupku prinudnog izvršenja, omogućuje se efikasno sprovođenje postupka izvršenja, postiže zaštita svih subjekata koji jesu ili nameravaju da stupe u poslovnopravne odnose sa izvršnim dužnikom.⁴

U ovom radu biće analizirana i upoređena normativna rešenja Zakona o izvršnom postupku Republike Srbije iz 2004. godine⁵ koja se odnose na produženi postupak izvršenja i ZIO kojima su propisana pravila po kojima se postupa u postupku za dobijanje izjave o imovini izvršnog dužnika i biće procenjen njihov domet.

3. Postupak za dobijanje izjave o imovini izvršnog dužnika ne predstavlja suštinski nov institut izvršnog procesnog prava. Odredbama ZIP 2004 bio je predviđen produženi postupak izvršenja radi naplate novčanog potraživanja. Ovaj postupak je vođen radi namirenja izvršnog poverioca iz imovine izvršnog dužnika koja mu do tada nije bila poznata. Uslov za vođenje ovog postupka bio je da se izvršni poverilac nije u potpunosti namirio u ranije sprovedenom postupku izvršenja, s obzirom da nije znao da izvršni dužnik ima i druge stvari u svojini. Iz tog razloga su pojedini autori isticali da je ovaj postupak imao korektivni značaj i

¹ Videti: "Službeni glasnik Republike Srbije", br. 31/2011. U daljem tekstu: ZIO.

² Detaljnije o ovom načelu: Stanković, G.–Boranijašević, V., *Izvršno procesno pravo*, Pravni fakultet u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, Kosovska Mitrovica, 2012, str. 31–32.

³ Detaljnije: Stanković, G.–Boranijašević, V., navedeno delo, str. 112.

⁴ Videti: Stanković, G.–Boranijašević, V., navedeno delo, str. 117.

⁵ Videti: "Službeni glasnik Republike Srbije", br. 125/2004. U daljem tekstu: ZIP 2004.

da je imao za cilj ostvarenje više ciljeva: eventualno namirenje izvršnog poverioca iz imovine izvršnog dužnika koja do tada nije bila poznata, pritisak na izvršnog dužnika da pod pretnjom krivične odgovornosti pruži sudu potpunu i istinitu informaciju o svojoj imovini, kao i mogućnost da treća lica budu obavještena o tome da se protiv izvršnog dužnika vodi postupak prinudnog izvršenja.⁶

Produženi postupak izvršenja predlogom je pokretao izvršni poverilac koji u ranije sprovedenom postupku izvršenja na pokretnim stvarima nije bio namiren.⁷ On je predlogom mogao da zahteva da izvršni dužnik podnese sudu spisak svoje celokupne imovine da bi moglo da se sprovede izvršenje na stvarima izvršnog dužnika koje mu do tada nisu bile poznate.⁸

Sud je po predlogu izvršnog poverioca, u slučaju da su bili ispunjeni uslovi za sprovođenje izvršenja na stvarima koje do tada nisu bile poznate, donosio rešenje kojim je nalagao izvršnom dužniku da sudu uputi izjavu o imovini. Izvršni dužnik je bio dužan da izjavu o imovini podnese sudu u roku od 10 dana od dana dostavljanja rešenja. Izjava je morala da bude u pisanoj formi a potpis izvršnog dužnika je morao da bude overen. Potpis izvršnog dužnika je bio potreban kao dokaz da je izjava autentična.

Ako dužnik nije postupao po nalogu suda, sud je zakazivao ročište i pozivao izvršnog dužnika da na zapisnik da izjavu o svojoj imovini. Sud je mogao da donese i rešenje o prinudnom dovođenju izvršnog dužnika onda kada je izostao sa zakazanog ročišta (čl. 93. st. 3. ZIP 2004). Prinudno dovođenje izvršnog dužnika bilo je predviđeno kao posebna mera prinude koja nije uvek imala efekta. Ukoliko izvršni dužnik nije pronađen i prinudno doveden, to je dovođilo do otkazivanja ročišta i zakazivanja novog ročišta za davanje izjave o imovini i samim tim do odugovlačenja postupka.

U slučaju da je izvršni dužnik dao izjavu o imovini, sud je primerak primljene izjave dostavljao izvršnom poveriocu. Izvršni poverilac je tada, na osnovu primljene izjave, mogao da predloži izvršenje na nekoj od stvari ili prava, odnosno na potraživanju izvršnog dužnika sa spiska imovine koja mu do tada nije bila poznata.⁹

⁶ Keča, R., *Građansko procesno pravo, Priručnik za polaganje pravosudnog ispita*, Pravni fakultet Beograd i Službeni glasnik Republike Srbije, Beograd, 2011, str. 519.

⁷ Odredbe o produženom postupku izvršenja su u ZIP 2004 bile situirane neposredno posle odredaba o izvršenju na pokretnim stvarima.

⁸ Videti: Stanković, G., *Građansko procesno pravo, druga sveska, Vanparnično i izvršno procesno pravo, Udruženje za građansko procesno i arbitražno pravo*, Niš, 2007, str. 209.

⁹ Zakonom su bila propisana i pravila o postupanju suda u slučaju da je dužnik dao nepotpune ili netačne podatke o imovini, o vođenju knjige izvršnih dužnika, o prigovoru izvršnog dužnika na upis u knjigu izvršnih dužnika, te predlogu izvršnog dužnika za brisanje upisa iz knjige izvrš-

4. ZIO predviđa nova pravila po kojima se postupa u postupku za dobijanje izjave o imovini izvršnog dužnika.¹⁰ Zakonom su detaljno regulisana pravila u pogledu pitanja ko može da pokrene ovaj akcesorni postupak, u pogledu toka i okončanja ovog postupka.

Postupak za dobijanje izjave o imovini izvršnog dužnika ima specifičnu pravnu prirodu. U ovom postupku se uz sadejstvo suda dolazi do podataka o imovini izvršnog dužnika na kojoj je moguće sprovesti izvršenje a koja izvršnom poveriocu do tog trenutka nije bila poznata. U literaturi procesnog prava se ističe da ovaj postupak predstavlja složen postupak koji obuhvata različite postupke koji se istovremeno ili sukcesivno vode a od kojih veliki broj ima evidenciono – tehnički karakter.¹¹ U ovom postupku se prvenstveno postupa radi dobijanja izjave izvršnog dužnika o njegovoj imovini. Pored ovog osnovnog postupka, postupak za dobijanje izjave o imovini izvršnog dužnika obuhvata i postupak kažnjavanja, postupak u kome se odlučuje o pravima izvršnog poverioca ili trećeg lica, postupak donošenja i upisa rešenja o upisu u knjigu izvršnih dužnika, postupak po prigovoru izvršnog dužnika na rešenje o upisu, postupak brisanja izvršenog upisa i postupak obustavljanja upisa.¹²

5. Kada se postupak izvršenja sprovodi radi namirenja novčanog potraživanja izvršnog poverioca, izvršni poverilac može da podnese predlog za dobijanje izjave o imovini izvršnog dužnika. Izvršni poverilac može da podnese ovaj predlog i pokrene postupak za dobijanje izjave o imovini izvršnog dužnika istovremeno sa pokretanjem postupka izvršenja. U tom slučaju, podnesak koji sadrži predlog za izvršenje sadržaće i predlog za dobijanje izjave o imovini izvršnog dužnika. Izvršni poverilac, s obzirom na okolnost da mu imovina izvršnog dužnika koja će biti predmet izvršenja nije poznata, nije dužan da u predlogu za izvršenje navede sredstvo i predmet izvršenja. Izvršni poverilac ima pravo da pokrene postupak za dobijanje izjave o imovini izvršnog dužnika i u toku postupka izvršenja, sve do njegovog okončanja.¹³

nih dužnika (detaljnije: Stanković, G., navedeno delo, str. 209–210; Stanković, G.–Petrušić, N., *Novine u građanskom procesnom pravu*, Udruženje za građansko procesno i arbitražno pravo, Niš, 2005, str. 163; Keča, R., navedeno delo, str. 519–521; Rajović, V., *Građansko procesno pravo*, Priručnik za polaganje pravosudnog ispita, Projuris, Beograd, 2011, str. 238–239).

¹⁰ Interesantna je činjenica da ni produženi postupak iz ZIP iz 2004. godine ni postupak za davanje izjave o imovini izvršnog dužnika nisu privukli pažnju teoretičara, tako da gotovo i nema radova na ovu temu.

¹¹ Opširnije: Stanković, G.–Boranijašević, V., navedeno delo, str. 116.

¹² Isto.

¹³ Videti: čl. 54. st. 2. ZIO.

Postupak za dobijanje izjave o imovini izvršnog dužnika može pokrenuti i sud po službenoj dužnosti. Sud može po službenoj dužnosti pokrenuti ovaj postupak i pribaviti izjavu o imovini izvršnog dužnika onda kada se postupak izvršenja pokreće po službenoj dužnosti i onda kada je to potrebno radi sprovođenja rešenja o naplati novčane kazne.

Predlog za dobijanje izjave o imovini izvršnog dužnika¹⁴ može podneti i privatni izvršitelj, na osnovu ovlašćenja izvršnog poverioca, u situacijama kada on sprovođa izvršenje. U ovom slučaju, kao i u nizu drugih procesnih situacija, privatni izvršitelj se javlja u ulozi voljnog punomoćnika izvršnog poverioca koji preduzima određene radnje u njegovo ime i za njegov račun.¹⁵ Izvršni poverilac je dužan da u predlogu za izvršenje označi da li će izvršenje sprovođiti sud ili privatni izvršitelj. Ukoliko izvršenje sprovođa privatni izvršitelj, on će, u svojstvu voljnog punomoćnika izvršnog poverioca, kako to zakonodavac predviđa, moći da podnese predlog za dobijanje izjave o imovini izvršnog dužnika.

6. Pošto primi predlog izvršnog poverioca za sprovođenje postupka za dobijanje izjave o imovini izvršnog dužnika, izvršni sud ispituje dopuštenost i osnovanost predloga. Dopuštenost predloga za pokretanje postupka za dobijanje izjave o imovini izvršnog dužnika zavisi od dopuštenosti predloga za izvršenje ukoliko su u istom podnesku kumulirana oba predloga i simultano pokrenuta oba postupka. Ukoliko je dopušten predlog za izvršenje dopušten je i predlog za dobijanje izjave. Kad se radi o novčanom potraživanju izvršnog poverioca, predlog za dobijanje izjave o imovini izvršnog dužnika je i osnovan.

Kada su ispunjeni ovi uslovi, sud donosi rešenje kojim nalaže izvršnom dužniku da da izjavu o svojoj imovini.¹⁶ Izvršni dužnik se poziva da pristupi u sud i izjavu da na zapisnik ili da u roku od najviše pet radnih dana podnese sudu izjavu o imovini, u dovoljnom broju primeraka.¹⁷

¹⁴ Izvršni dužnik prema kome se vodi postupak za dobijanje izjave o imovini može biti fizičko ili pravno lice. U zakonu su precizno određeni izvršni dužnici, pravna lica, od kojih se ne može zahtevati izjava o imovini. To su: Republika Srbija, autonomne pokrajine i jedinice lokalne samouprave (čl. 54. st. 5. ZIO).

¹⁵ Stanković, G.–Boranijašević, V., navedeno delo, str. 47.

¹⁶ Ukoliko je izvršni dužnik pravno lice, rešenje se dostavlja licu koje ga zastupa. Ako izvršni dužnik nema poslovnu sposobnost, rešenje se dostavlja njegovom zakonskom zastupniku. Ukoliko se eventualno dogodi da zakonski zastupnik postupa nemarno, sud je dužan da o tome obavesti organ starateljstva.

¹⁷ Prema odredbi iz čl. 93. st. 1. ZIP 2004. rok za davanje izjave o imovini izvršnog dužnika bio je 10 dana. Zakonodavac je odredbama ZIO predvideo kraći rok u kome se daje izjava o imovini kako bi skratio trajanje postupka i ostvario načelo o suđenju u razumnom roku.

Prilikom dostavljanja rešenja, sud izvršnom dužniku dostavlja i primerak predloga koji sadrži zahtev za dobijanje izjave o imovini. Takođe, sud obaveštava izvršnog dužnika šta izjava treba da sadrži, upozorava ga da može biti novčano kažnjen ukoliko ne postupi po nalogu suda i poučava ga o tome koje ga posledice mogu pogoditi u slučaju da u izjavi saopšti nepotpune ili netačne podatke.¹⁸ Protiv ovog rešenja suda nije dozvoljen poseban prigovor i sud i o tome obaveštava izvršnog dužnika.

Dalje postupanje suda nakon nalaganja izvršnom dužniku da da izjavu o imovini zavisi od toga da li je on postupio po nalogu suda ili nije. U slučaju da izvršni dužnik nije postupio po nalogu suda ili je u datoj izjavi saopštio nepotpune podatke o svojoj imovini, izvršni sud donosi rešenje o novčanom kažnjavanju izvršnog dužnika zbog procesne nediscipline i postupa u skladu sa pravilima zakona o izricanju novčanih kazni i njihovom ponovnom izricanju kada izostane postupanje dužnika po ponovljenom nalogu suda.¹⁹

Ukoliko je izvršni dužnik dao izjavu o imovini, u zavisnosti od načina davanja izjave, sud dostavlja izvršnom poveriocu primerak ili kopiju izjave o imovini ili kopiju zapisnika sa tom izjavom. Kako postoji mogućnost da sud razdvoji postupak za dobijanje izjave o imovini od postupka izvršenja, sud će kopiju izjave ili zapisnik sa izjavom združiti sa spisima predmeta izvršenja povodom kog je izjava i zahtevana, i posebno označiti datum njenog dostavljanja izvršnom poveriocu.²⁰

7. Izjava izvršnog dužnika o imovini mora biti sastavljena u skladu sa kogentnim normama zakona o njenoj sadržini.

Zakonom je precizno propisana sadržina izjave o imovini izvršnog dužnika. Izjava o imovini izvršnog dužnika mora da sadrži: 1) podatke o stvarima i pravima izvršnog dužnika koja mogu biti predmet izvršenja, a naročito: pokretnim i nepokretnim stvarima u svojini izvršnog dužnika; gotovinskim novčanim sredstvima koja dužnik poseduje u trenutku davanja izjave; novčanim depozitima izvršnog dužnika; tekućim računima izvršnog dužnika; pravima na hartijama od vrednosti i pravima iz hartija od vrednosti; osnivačkim (članskim) pravima na privrednom društvu i dobiti koju je izvršni dužnik, po osnovu tih prava, ostvario u poslednjoj godini; prosečnom mesečnom iznosu zarade izvršnog dužnika u poslednjih šest meseci, poslodavacu kod kog izvršni dužnik ostvaruje zaradu, trajanju i vrsti radnog odnosa; potraživanjima izvršnog dužnika prema trećim licima, osnovu potraživanja, vremenu njihovog dospeća i obezbeđenju potraživanja; 2) podatke o potraživanjima trećih lica na teret izvršnog dužnika koja su dos-

¹⁸ Videti: čl. 55. st. 4. ZIO.

¹⁹ Videti: čl. 55. st. 3. ZIO.

²⁰ Videti: čl. 57. st. 1. ZIO.

pela ili koja dospevaju u narednih godinu dana i podatke o datom obezbeđenju za ta potraživanja; 3) podatke o postupcima prinudnog izvršenja koji se vode protiv izvršnog dužnika; 4) podatke o svim pravnim radnjama koje je izvršni dužnik preduzeo na teret svoje imovine nakon što je zasnovana obaveza u pogledu koje se zahteva prinudno izvršenje (prenos imovinskih prava sa ili bez naknade ili davanje obezbeđenja za sebe ili za treće lica); 5) svojeručni potpis izvršnog dužnika overen od strane suda, osim ako se izjava daje i sastavlja na zapisnik u prisustvu sudije.²¹

Pored ovih osnovnih i obaveznih elemenata sadržine izjave o imovini, ona može da sadrži i druge podatke koji su potrebni da bi se određena stvar, odnosno pravo moglo identifikovati u pravnom prometu.²²

Sva ova pravila u pogledu izjave izvršnog dužnika o imovini važe u onim situacijama kada izvršni dužnik ima imovinu na kojoj se može sprovesti izvršenje. Ukoliko izvršni dužnik nema imovinu koja bi mogla biti predmet izvršenja, dužan je da to izričito navede u izjavi.

8. Kada dobije izjavu o imovini izvršnog dužnika, odnosno zapisnik sa izjavom ukoliko je ona data pred sudom, izvršni poverilac ima određena prava. On može zahtevati njenu dopunu ili davanje nove izjave. U roku od pet radnih dana od dana prijema izjave, izvršni poverilac može zahtevati dopunu izjave, odnosno novu izjavu ukoliko su ispunjeni sledeći uslovi: ako izjava ne sadrži dovoljno podataka iz kojih se imovina navedena u njoj može identifikovati ili ako javnom, odnosno u skladu sa zakonom overenom ispravom dokaže da je dužnik u izjavi saopštio nepotpune ili netačne podatke i pritom učini verovatnim da se iz imovine izvršnog dužnika koja je do tada poznata ne može u potpunosti namiriti njegovo potraživanje. U slučaju ispunjenja ovih uslova, sud donosi novo rešenje kojim nalaže izvršnom dužniku da uputi sudu dopunu izjave ili novu izjavu o imovini. Sud, takođe, donosi i rešenje o kažnjavanju izvršnog dužnika zbog davanja nepotpunih i netačnih podataka o svojoj imovini.

²¹ Videti: čl. 58. ZIO. U slučaju da je izvršni dužnik izjavu o imovini dao na ročištu, izjava se sastavlja pred sudijom i protokoliše zapisnikom. Tada nije potrebno da svojeručni potpis izvršnog dužnika bude overen od strane suda. Ukoliko je izvršni dužnik sudu podneo izjavu o imovini, neophodno je da isprava koja sadrži izjavu bude svojeručno potpisana i overena u postupku overe pred sudom (Opširnije: Stanković, G.–Boranijašević, V., navedeno delo, str. 119).

²² Izjava naročito može da sadrži: naznačenje adrese na kojoj se nalaze pokretne stvari; podatke o stvarima i pravima koja se upisuju u odgovarajući javni registar; podatke iz katastra, zemljišnih i drugih javnih knjiga o nepokretnostima u svojini izvršnog dužnika, odnosno podatke o osnovu i načinu sticanja ako nepokretnost nije upisana u katastar, zemljišne i druge javne knjige; podatke o brojevima tekućih računa, štednih računa, odnosno novčanih depozita i bankama kod kojih se oni vode; podatke o trećim licima u čiju korist je izvršni dužnik preduzeo pravnu radnju na teret svoje imovine i o pravnoj radnji koja je preduzeta (čl. 58. st. 2. ZIO).

U određenim situacijama, na zahtev izvršnog poverioca, sud može rešenjem naložiti izvršnom dužniku da preda sudu isprave o stvarima i pravima koja su navedena u izjavi o imovini. Izvršni dužnik je dužan da isprave podnese sudu u roku od pet dana od dana dostavljanja rešenja a ukoliko ne postupi po nalogu suda biće mu izrečena novčana kazna. Ukoliko izvršni dužnik ne postupi po nalogu suda uzastopno tri puta, sud ima mogućnost da mu izrekne kaznu zatvora, dok ne postupi po nalogu a najviše u trajanju od 30 dana.²³ Protiv rešenja o izricanju kazne zatvora dozvoljen je prigovor koji zadržava izvršenje rešenja. Ukoliko izvršni dužnik do dana stupanja na izdržavanje kazne zatvora postupi po nalogu suda i podnese isprave o stvarima i pravima navedenim u izjavi o imovini, sud će staviti van snage rešenje o izricanju kazne zatvora odmah po prijemu dokaza da je izvršni dužnik postupio po nalogu suda.²⁴

Ako je izvršni poverilac zadovoljan datom izjavom i nije zahtevao njenu dopunu ili davanje nove izjave, a izvršenje sprovodi sud, dužan je da roku od pet radnih dana od dana dobijanja isprave predloži sredstva i predmete izvršenja a sud će, ukoliko izvršni poverilac to učini, doneti zaključak i odrediti sredstva i predmete izvršenja. Ukoliko to ne učini u propisanom roku, prema odredbi iz čl. 57. st. 5. ZIO sud obustavlja izvršenje.

9. Dužnost je izvršnog dužnika da u izjavi o svojoj imovini da tačne i potpune podatke o imovini koja je podobna da bude predmet izvršenja. Međutim, izvršni dužnik može da postupi tako što će dati netačne i nepotpune podatke kako bi prikrio svoju imovinu i na taj način osujetio namirenje izvršnog poverioca. Tada, izvršni poverilac ima pravo da ospori tačnost podataka datih u izjavi pred sudom. Prema zakonu, smatra se da je izvršni dužnik dao netačne ili nepotpune podatke o imovini: ako izvršni poverilac javnom ili u skladu sa zakonom ovenom ispravom dokaže da je u vreme sastavljanja izjave o imovini izvršni dužnik imao imovinu ili da je pre sastavljanja izjave preduzimao pravne radnje na teret svoje imovine koje u izjavi nije naveo, a iz imovine izvršnog dužnika koja je do tada poznata, odnosno koja je navedena u izjavi, ne može se u potpunosti namiriti njegovo potraživanje; ako treće lice,²⁵ u skladu sa ovim zakonom, dokaže

²³ Kazna zatvora će biti izvršena u skladu sa odredbama zakona kojim je uređeno izvršenje krivičnih sankcija (čl. 59. st. 3. ZIO).

²⁴ Ukoliko je izvršni dužnik pristupio izvršenju kazne zatvora i tokom perioda izdržavanja kazne postupio po nalogu suda, sud će rešenjem naložiti da se izvršni dužnik oslobodi daljeg izdržavanja kazne zatvora (čl. 59. st. 4. ZIO).

²⁵ I treće lice ima pravo da ospori tačnost i istinitost podataka iz izjave izvršnog dužnika o imovini, ukoliko je izvršni dužnik u izjavi označio kao svoje stvari koje pripadaju trećem licu. Kako bi osporavanje trećeg lica bilo osnovano, ono je dužno da podnese sudu dokaze da njemu pripadaju

da njemu pripada imovina koju je izvršni dužnik u izjavi naveo kao svoju.²⁶ Sud će, ukoliko osnovano sumnja da je izvršni dužnik pružajući nepotpune ili netačne podatke doveo ili pokušao da dovede poverioca u zabludu radi izbegavanja svoje obaveze, dostaviti kopiju spisa nadležnom javnom tužiocu. Sud, takođe, može izvršnom dužniku zbog davanja netačnih ili nepotpunih podataka o imovini izreći novčanu kaznu.

10. U postupku za dobijanje izjave o imovini izvršnog dužnika sud donosi rešenje o upisu izvršnog dužnika u knjigu izvršnih dužnika. Sud rešenje o upisu donosi u roku od pet radnih dana od dana: prijema izjave o imovini, u slučaju da je izvršni dužnik dao takvu izjavu; kada je protekao rok za predaju izjave o imovini, u slučaju da je izvršni dužnik taj rok propustio; kada je izvršni dužnik odbio da da izjavu o imovini u prisustvu sudije, na zakazanom ročištu; kada je sudu podnet dokaz o naknadno pronađenoj imovini izvršnog dužnika koju je on u izjavi propustio da navede, odnosno o pravnim radnjama koje je izvršni dužnik namerno preduzeo na teret svoje imovine pre sastavljanja izjave. U rešenju o upisu se navodi osnov upisa, kao i rok i uslovi pod kojima izvršni dužnik može tražiti brisanje upisa.

11. Rešenje o upisu sud dostavlja izvršnom dužniku. On ima pravo da na doneto rešenje o upisu u knjigu izvršnih dužnika izjavi prigovor kao redovan pravni lek. Izvršni dužnik ima pravo da izjavi prigovor na rešenje o upisu u knjigu izvršnih dužnika i to u roku od pet radnih dana od dana kada mu je rešenje dostavljeno.²⁷ Svoj prigovor izvršni dužnik može da izjavi zato što smatra da nisu bili ispunjeni uslovi za postupanje po predlogu za dobijanje izjave o imovini ili ako smatra da je rešenje o upisu u knjigu izvršnih dužnika trebalo da bude zasnovano na drugom osnovu. Prigovor je po svojoj pravnoj prirodi remonstrativan, prekluzivan i suspenzivan pravni lek. Naime, izjavljuje se u zakonom predviđenom roku, o njemu odlučuje veće istog suda u roku od pet dana od dana podnošenja prigovora a sam prigovor zadržava upis izvršnog dužnika u knjigu izvršnih dužnika.

12. Izvršni sud vodi knjigu izvršnih dužnika i zbirku isprava. Knjiga izvršnih dužnika sadrži evidenciju sa podacima o izvršnom dužniku, osnovu upisa, datumu upisa, rešenju kojim je naložen upis i evidencionom broju pod kojim se izjava čuva u zbirci isprava. U zbirci isprava se čuvaju originalni primerci izjava izvršnih dužnika o imovini, odnosno kopije zapisnika koji sadrže izjave o imovini

stvari ili prava označena u izjavi o imovini izvršnog dužnika. (Opširnije: Stanković, G.–Boranijašević, V., navedeno delo, str. 121).

²⁶ Videti: čl. 60. st. 1. t. 1–2. ZIO.

²⁷ Videti: čl. 63. st. 1. ZIO.

i rešenja kojim je određen upis u knjigu izvršnih dužnika. Zbirci isprava se prilaže primerak pravnosnažnog rešenja o upisu u knjigu izvršnih dužnika.

Postupak za upis u knjigu izvršnih dužnika vodi sud. Ovaj postupak je po svojoj pravnoj prirodi vanparnični postupak koji ima evidenciono – tehnički karakter. Zakonodavac taksativno propisuje koje kategorije izvršnih dužnika se upisuju u knjigu izvršnih dužnika. To su: izvršni dužnik koji je predao izjavu o imovini sa popisom imovine; izvršni dužnik koji nije postupio po nalogu suda za predaju pismene izjave o imovini; izvršni dužnik koji je predao izjavu da ne poseduje imovinu, i izvršni dužnik koji je saopštio netačne ili nepotpune podatke o svojoj imovini.²⁸

Upis u knjigu izvršnih dužnika sud vrši u roku od pet radnih dana od dana nastupanja pravnosnažnosti rešenja o upisu. Karakteristična je činjenica da izvršni poverilac na osnovu čijeg zahteva je izvršni dužnik dao izjavu o imovini samim upisom dužnika u knjigu ne stiče neka posebna prava. Najznačajnije je da izvršni poverilac upisom ne stiče pravo prvenstva u naplati svog potraživanja iz imovine izvršnog dužnika koja je označena u izjavi.²⁹

Zakonodavac predviđa i pravila u slučaju da je izvršni dužnik izvršio svoju obavezu pre nego što je postupak upisa pravnosnažno okončan. Ukoliko izvršni dužnik podnese dokaz o ispunjenju svoje obaveze sudu koji vodi knjigu izvršnih dužnika, sud će, pošto utvrdi da je obustava postupka upisa osnovano zatražena, po službenoj dužnosti doneti rešenje o obustavljanju postupka upisa u knjigu izvršnih dužnika. Pri tom, sud će ukinuti sve prethodne radnje i izbrisati eventualno izvršene upise. Ako se osnovano sumnja da je izvršni dužnik ispunio svoju obavezu, sud može zatražiti od izvršnog poverioca da podnese ispravu, kao dokaz da je njegovo potraživanje u potpunosti namireno.

13. Postupak brisanja upisa iz knjige izvršnih dužnika predstavlja vanparnični postupak koji se pokreće na predlog izvršnog dužnika ili po službenoj duž-

²⁸ Videti: čl. 61. st. 4. ZIO. I u domenu upisa u knjigu izvršnih dužnika ogledaju se novine koje donosi ZIO u odnosu na ranija rešenja. Naime, odredbama ranijeg zakona je bilo predviđeno da se u knjigu dužnika upisuju samo izvršni dužnici koji su dali izjavu o svojoj imovini, a ne i dužnici koji nisu dali izjavu o imovini, oni koji su odbili da daju izjavu ili su izjavili da nemaju imovinu. U tom smislu, ta lica su bila u povoljnijem položaju od izvršnog dužnika koji je dao sudu izjavu o svojoj imovini (Videti: Milošević, V. M., Postupak za dobijanje isprave o imovini izvršnog dužnika prema skici Zakona o izvršenju i obezbeđenju, http://www.dobos.rs/baza_znanja, pristupljeno: 16. 08. 2012).

²⁹ Videti: čl. 61. st. 7. ZIO. Ako nakon izvršenog upisa u istom predmetu nastupi osnov za novi upis zasnovan na drugim činjenicama, sud će doneti rešenje o novom upisu i istovremeno odrediti da se raniji upis briše. U slučaju da izjava o imovini izvršnog dužnika naknadno bude samo dopunjena neće se brisati raniji upis već će se rešenjem odrediti da se dopunska izjava o imovini priloži zbirci isprava uz isprave o ranijem upisu.

nosti. Na predlog izvršnog dužnika sud će doneti rešenje o brisanju upisa ukoliko su ispunjeni zakonom previđeni uslovi, i to: ako je izvršenje u celini pravnosnažno obustavljeno, osim ako je do toga došlo zato što u imovini nije bilo stvari ili prava koje bi mogle da budu predmet izvršenja; u slučaju kada je upis izvršen zbog propuštanja roka za davanje izjave o imovini, zbog odbijanja izvršnog dužnika da da izjavu, zbog saopštavanja netačnih ili nepotpunih podataka u izjavi ili kada je upis bio izvršen na osnovu izjave da izvršni dužnik nema nikakvu imovinu, kada tokom postupka prestanu razlozi zbog kojih je taj upis izvršen, odnosno ako je proteklo dve godine nakon okončanja izvršnog postupka, a u knjizi izvršnih dužnika nije bilo naknadnih upisa za istog izvršnog dužnika ili su naknadni upisi brisani; u slučaju da je upis izvršen na osnovu izjave u kojoj je navedena imovina ako je protekla jedna godina nakon okončanja izvršnog postupka, a u knjizi izvršnih dužnika nije bilo naknadnih upisa za istog izvršnog dužnika ili su naknadni upisi brisani. Ukoliko je bilo naknadnih upisa, brisanje se može tražiti kada se steknu uslovi za brisanje svih naknadnih upisa.

Brisanje upisa iz knjige izvršnih dužnika može se izvršiti na predlog izvršnog dužnika ukoliko je izvršni poverilac, koji je bio inicijator upisa, uputio sudu izjavu u kojoj je označeno da je njegovo potraživanje namireno i da je saglasan da se izvrši brisanje. Tada će se brisanje upisa izvršiti i pre zakonom predviđenih rokova. U posebnim situacijama kada postoji sumnja suda, može se zahtevati da izjava izvršnog poverioca bude overena.³⁰

Brisanje upisa u knjigu izvršnih dužnika sud može odrediti i po službenoj dužnosti. Sud će rešenjem odrediti brisanje upisa po službenoj dužnosti ukoliko u istom predmetu nastupi osnov za novi upis zasnovan na drugim činjenicama. Brisanje neće biti moguće ukoliko je izjava o imovini izvršnog dužnika naknadno samo dopunjena³¹ i tada sud rešenjem određuje da se dopunska izjava o imovini izvršnog dužnika priloži zbirci isprava uz isprave o ranijem upisu u knjigu izvršnih dužnika.³²

14. I knjiga izvršnih dužnika i zbirka isprava predstavljaju javne knjige. Sud je dužan da omogućiti uvid u knjigu izvršnih dužnika svakom zainteresovanom licu ili da, u roku od pet radnih dana od dana prijema zahteva, dostavi obaveštenje o upisu određenog lica u knjigu izvršnih dužnika, vremenu i osnovu tog upisa. Na ovaj način se svima omogućava da budu upoznati sa upisom izvršnog dužnika u knjigu izvršnih dužnika, s obzirom na činjenicu da sa izvršnim dužnikom mogu eventualno stupiti u pravne odnose. S druge strane, ukoliko neko lice uči-

³⁰ Videti: čl. 64. st. 3. ZIO.

³¹ Videti: čl. 64. st. 4. ZIO.

³² Opširnije: Stanković, G.–Boranijašević, V., navedeno delo, str. 123.

ni verovatnim postojanje opravdanog interesa, ono može zahtevati od suda da mu se odobri pregledanje, fotokopiranje i prepisivanje podataka iz zbirke isprava. Sud po zahtevu tog lica mora da odluči u roku od pet radnih dana od dana prijema zahteva.

Knjiga izvršnih dužnika, kao javna knjiga, omogućuje trećim licima da se upoznaju sa činjenicom da se protiv izvršnog dužnika vodi postupak izvršenja, da je prijavio ili nije prijavio svoju imovinu ili da je u izjavi saopštio netačne i nepotpune podatke. Potencijalni poverioci imaju mogućnost da se upoznaju sa imovinskim prilikama izvršnog dužnika i izbegnu situacije u kojima mogu biti dovedeni u zabludu. Publicitet je, smatra se, i sredstvo dozvoljenog pritiska na izvršnog dužnika da dobrovoljno izmiri svoju obavezu ili bar uredno prijavi svoju imovinu.³³

Radi jedinstvene evidencije pravnih subjekata upisanih u knjigu izvršnih dužnika, za teritoriju Republike Srbije vodi se jedinstveni registar u elektronskom obliku i objavljuje se na internetu.³⁴

15. Upoređivanjem odredaba novog zakona i odredaba ZIP 2004. godine može se konstatovati da je zakonodavac u velikoj meri izmenio suštinu ovog instituta.

Najpre, ne radi se o produženom postupku izvršenja u kome se može zahtevati davanje izjave izvršnog dužnika o njegovoj imovini već o posebnom, akcesornom postupku za dobijanje izjave o imovini izvršnog dužnika koji se vodi istovremeno sa postupkom izvršenja. Promenjena je pravna priroda samog postupka jer je raniji produženi postupak izvršenja predstavljao incidentni postupak koji je bio povod da se po njegovom okončanju nastavi (produži) postupak izvršenja.

Kao drugo, ne postavlja se kao uslov da je prethodno sproveden postupak izvršenja i da izvršni poverilac tom prilikom nije namiren. Već prilikom pokretanja postupka izvršenja izvršni poverilac može predlogom zahtevati od suda da naloži izvršnom dužniku da da izjavu o imovini, čime se postiže ubrzanje postupka. Davanje izjave izvršni poverilac može zahtevati i u toku postupka, do njegovog okončanja. Dakle, ne zahteva se neuspeh izvršnog poverioca u prethodno vođenom postupku izvršenja, već mu se omogućava da unapred bude upoznat sa imovinom izvršnog dužnika i predmetima na kojima se može sprovesti izvršenje. To svakako doprinosi većoj sigurnosti izvršnog poverioca ali i onemogućava izvršnog dužnika da simulira svoju insolventnost.

Kao treće, prema ranijem zakonu, izvršni poverilac je mogao da pokrene produženi postupak izvršenja samo ukoliko nije bio namiren u postupku izvršenja na pokretnim stvarima. Kako je izvršenje na pokretnim stvarima samo jedno

³³ Milošević, V. M., navedeno delo, pristupljeno: 16. 08. 2012.

³⁴ Čl. 67. st. 1 i 2. ZIO.

od sredstava izvršenja radi namirenja novčanog potraživanja izvršnog poverioca, poverilac je nesumnjivo bio ograničen u pogledu pokretanja ovog postupka. ZIO propisuje da se postupak za dobijanje izjave o imovini izvršnog dužnika može predlogom pokrenuti uvek kada se radi o novčanim potraživanjima izvršnog poverioca, nezavisno od toga putem kojeg sredstva izvršenja će izvršenje biti sprovedeno.³⁵

Kao četvrto, u odnosu na ranija zakonska rešenja, novim zakonom izričito se predviđa mogućnost pokretanja ovog postupka po službenoj dužnosti. Takođe, propisano je da ovaj postupak može pokrenuti i privatni izvršitelj kao specifičan voljni punomoćnik izvršnog poverioca.³⁶

16. Upoređivanjem zakonskih rešenja iz ZIP 2004 i ZIO dolazi se do ključka da je zakonodavac svestan nedostataka instituta produženog postupka izvršenja iz ZIP 2004, regulisao postupak za dobijanje izjave o imovini izvršnog dužnika. Novi postupak je uređen na potpuniji način – propisano je ko može pokrenuti postupak, u kojim rokovima izvršni dužnik mora da postupi po nalogu suda, koja je obavezna i fakultativna sadržina izjave o imovini. Takođe, predviđene su oštre sankcije za izvršnog dužnika koji ne postupi po nalogu suda ili da nepotpune i netačne podatke o svojoj imovini, propisana su pravila po kojima se postupa prilikom upisa u knjigu izvršnih dužnika i brisanja upisa, ustanovljena je dužnost suda da vodi knjigu dužnika i zbirku isprava, kao i dužnost vođenja jedinstvenog registra pravnih subjekata upisanih u knjigu izvršnih dužnika. Evidentno je da je ovaj institut izvršnog procesnog prava koncipiran tako da bi trebalo da se ostvare proklamovani ciljevi zakonodavca – da se dobije izjava izvršnog dužnika u kojoj će biti sadržani tačni i istiniti podaci o njegovoj imovini koja može biti predmet izvršenja i da se na taj način omogući efikasno sprovođenje postupka izvršenja. Mogućno je, međutim, da zbog trajanja postupka za dobijanje izjave o imovini izvršnog dužnika, kada je postupak razdvojen od postupka izvršenja, postupak izvršenja neće moći da bude efikasno sproveden. S druge strane,

³⁵ To znači da izvršni poverilac ovakav predlog može podneti i kada se radi o izvršenju na nepokretnosti, na novčanim potraživanjima izvršnog dužnika, štednom ulogu izvršnog dužnika, itd.

³⁶ U literaturi ima mišljenja da specifičnu težinu ovom institutu izvršnog procesnog prava i samoj izjavi izvršnog dužnika o imovini zakonodavac daje i time što su odredbe o izjavi sadržane u delu o novčanim kaznama i sudskim penalima, i da se na taj način naglašava dužnost ("pojačava ličnu obavezu", kako piše autor) izvršnog dužnika da da izjavu o imovini (Videti: Ristić, V., Rokovi i ročišta po novom Zakonu o izvršenju i obezbeđenju i njihov uticaj na trajanje postupka, *Pravni život* br. 11/2011, str. 862). Najpre, treba reći da se ne radi o obavezi izvršnog dužnika da da izjavu o imovini. Kako sud ne može da obaveže izvršnog dužnika, u ovom slučaju postoji dužnost izvršnog dužnika da po nalogu suda da izjavu o imovini na zapisnik ili podnese sudu izjavu. Takođe, treba primetiti da je zakonodavac samo u istom delu zakonskog teksta grupisao adhezione, akcesorne i incidentne postupke koji se mogu voditi u toku postupka izvršenja.

kada bude pribavljena izjava o imovini izvršnog dužnika, svi poverioci će biti u prilici da se efikasno namire ali ne uvek i izvršni poverilac koji je pokrenuo postupak za dobijanje izjave o imovini izvršnog dužnika s obzirom na to da upisom izvršnog dužnika u knjigu izvršnih dužnika ne stiče pravo prvenstva u naplati svog potraživanja iz imovine izvršnog dužnika koja je označena u izjavi.

VLADIMIR BORANIJAŠEVIĆ, Ph.D.,
Assistant Professor, The Faculty of Law in Priština
With Temporary Headquarters in Kosovska Mitrovica

SPECIFICITIES OF THE PROCEDURE FOR RECEIVING A STATEMENT ON PROPERTY OF THE DEBTOR

Summary

Regulations of the Law on Enforcement and Security of the Republic of Serbia brought in 2011 provide for the rules to be acted according to in case there is a need for receiving a statement on property of the debtor, with the aim of efficient implementing the execution in order to settle the monetary claim of the enforcement creditor. The legislator has regulated a special accessory procedure which is taken simultaneously with the enforcement proceedings with the aim of receiving information about the property of the debtor that could be a subject to execution.

Proceedings for receiving a statement on the property of the debtor represents a special procedure by means of which different aims are realized. This procedure, which in regard to its legal nature represents a kind of contentious procedure, provides for collection of accurate information about the property of the debtor, disables the debtor to consciously conceals parts of their property in order to thwart the settlement of monetary claims of the enforcement creditor in the enforcement proceedings, enables efficient implementation of the enforcement proceedings and achieves protection of all the subjects who have started business-legal cooperation with the debtor or are planning to.

The author in the paper critically analyzes legal solutions, considers the issues related to legal nature and complex structure of this procedure and points to the aims of new legislative solutions.

MILKA RAKOČEVIĆ

PRINCIP KONTRADIKTORNOSTI U PARNIČNOM POSTUPKU

U V O D

Parnični postupak, po pravilu pretpostavlja postojanje spora (nesuglasice, sukoba) koji treba da se reši. Spor stvara neizvesnost i nesigurnost u građansko-pravnim odnosima zbog čega se javlja kao narušitelj ravnoteže građanskopravnog poretka, a parnični postupak se javlja kao metod, način preko kojeg se ponovo uspostavlja ravnoteža narušenog poretka.

Parnični postupak podrazumeva postupanje procesnih subjekata sa ciljem da se spor reši. Kao metod, preko kojeg se pravna zaštita ostvaruje, parnični postupak pred sobom postavlja određene ciljeve koji se trebaju realizirati. Među njima, kao osnovni cilj postavlja se obezbeđivanje kvalitetne pravne zaštite povređenih, osporenih ili ugroženih subjektivnih prava i pravnih interesa, koja se postiže donošenjem pravilne i zakonite odluke o spornom pravnom odnosu.

Pravna zaštita ne bi se mogla uspešno realizirati bez poštovanja i pravilne primene načela na kojima je izgrađen parnični postupak, a koja imaju značenje osnovnih vodilja, putokaza za ostvarivanje postavljenih ciljeva. Jedan od tih postulata, od suštinske važnosti za parnični postupak, je i načelo saslušanja strana-ka, u procesnoj teoriji poznato i kao načelo kontradiktornosti.

Mr Milka Rakočević, asistent Pravnog Fakulteta "Justinijan Prvi" u Skoplju.

*Pojam, značenje i funkcija načela kontradiktornosti
u parničnom postupku*

Kao fundamentalni princip modernog parničnog postupka, suština načela kontradiktornosti izražava se preko pravila prema kojem je sud dužan, pre donošenja meritorne odluke, svakoj stranci da omogući da iznese svoj stav o zahtevima, predlozima i navodima svog protivnika (tj. suprotne stranke), odnosno da se proiznese i da se izjasni o pitanjima koja odlukom suda trebaju biti raspravljena.

Princip kontradiktornosti je jedan od fundamentalnih procesnopравnih postulata. Ovaj princip je od isključive važnosti za pravilno i zakonito sprovođenje parničnog postupka, zbog čega možemo slobodno reći da ni jedan model parničnog postupla, u nijednom savremenom pravnom sistemu se ne može zamisliti bez njegovog prisustva.¹ Kao jedan od osnovnih principa parničnog postupka, načelo kontradiktornosti u sebi sadrži minimalne standarde fer postupanja. Možemo da konstatujemo da je u njemu inkorporirano pravo stranaka da pri ostvarivanju odnosno zaštiti svojih prava u postupku, imaju razumnu mogućnost da iznesu svoju odbranu. Ili, drugačije formulisano: Cilj načela kontradiktornosti je da se osigura pravo odbrane.

Načelo saslušanja stranaka u procesnom sistemu Republike Makedonije svoju garanciju dobija u članu 5 Zakona o parničnom postupku.² Prema generalnom pravilu koje definira ovaj bazični princip parničnog postupka, sud je dužan pre donošenja odluke o pojedinom zahtevu postavljenom u postupku, svakoj stranci da omogući da se izjasni o zahtevima i navodima svog protivnika (čl. 5 ZPP). Svoju odluku sud ne može da zasniva na činjenicama i dokazima o kojima strankama nije data mogućnost da se izjasne (čl. 7 st. 3 ZPP).

Po svojoj suštini načelo kontradiktornosti označava da strankama u postupku mora biti omogućeno iznošenje činjenica, dokaza i pravnih stavova, izjašnjavanje o svim navodima protivnika i o celokupnom procesnom materijalu koji može da utiče na sadržinu odluke suda. Pravo saslušanja u postupku daje garanciju da će svakome biti omogućeno da dođe do reči u postupku u kome se raspravlja o njegovim subjektivnim pravima i pravnim interesima. To pravo omogućava

¹ U nekim evropskim zemljama načelo saslušanja stranaka dobija rang ustavnog načela. Videti čl. 103 nemačkog ustava, čl. 104 švajcarskog ustava, čl. 24 italijanskog ustava. U drugim državama, zakonodavci mu daju rang osnovnog principa parničnog postupka. Videti čl. 14-17 francuskog *Code de procedure civile* i čl. 8 bugarskog *Граждански процесуален кодекс*.

² Zakon o parničnom postupku, objavljen u "Службен весник на Република Македонија", br. 79/05, 110/08, 83/09 i 116/10, i prečišćen tekst, objavljen u "Службен весник на Република Македонија", br. 7/2011, u daljem tekstu biće korišćen skraćeno ZPP.

da se čovek ne pretvori u objekt odlučivanja, čime mu se garantuje položaj subjekta u postupku.³

Osnovna funkcija principa kontradiktornosti izražava se u mogućnosti da stranke u toku celog postupka iznose svoje stavove o navodima, zahtevima i predlozima svog oponenta. Iznošenje pojedinih mišljenja i postavljanje različitih i po pravilu suprotstavljenih teza o istom spornom pitanju, percepcija i analiza predmeta spora iz različitih uglova, uzajamna kritika iznesenih stavova ostvarena preko raspravljanja omogućava produbljeno ispitivanje predmeta spora, utvrđivanje istine i donošenje pravilne odluke. Time se postiže ravnopravnost između stranaka i ostvaruje se objektivna, efikasna i pravična zaštita njihovih prava.

Izraženo preko latinske maksime *audiatur et altera pars* (*neka i druga strana bude saslušana*), načelo kontradiktornosti, vekovima prisutno u praksi i teoriji (građanskog) parničnog postupka, predstavlja neraskidni deo samog pojma parnice. Ovaj princip teži ka postizanju dva cilja: 1) da se obezbedi ravnopravnost stranaka pred sudom u postupku zaštite njihovih subjektivnih prava i pravnih interesa, i 2) da sud, u strankama, odnosno u njihovoj diskusiji dobije izvor saznanja o činjenicama koje su relevantne za rešavanje spora.

Princip kontradiktornosti podrazumeva ravnopravnost stranaka

Realizacijom principa kontradiktornosti teži se ka ostvarivanju ravnopravnosti i procesne ravnoteže stranaka u postupku. U procesnoj doktrini nailazimo na mišljenja koja ravnopravnost stranaka u postupku identifikuju pomoću tri forme procesne jednakosti. Prema njima, ravnopravnost stranaka po sebi predstavlja centralnu strukturalnu karakteristiku sistema parničnog postupka. Pravi se razlika između:

– *Equipage equality*. – Osnovna premisa na kojoj je izgrađen parnični postupak je ideja da su najprecizniji i najprihvatljiviji ishodi postupka rezultat prave borbe između ravnopravnih parničara. Postizanje ovog cilja zavisice od kapaciteta stranaka da prezentiraju njihove argumente i da prezentiraju dokaze kojima se ti argumenti potvrđuju;

– *Rule Equality*. – Procesni sistemi zastupaju ideju da parničari u konkretnoj parnici trebaju imati jednake procesne mogućnosti. Istovremeno, zastupa se i pozicija da slični predmeti trebaju biti procesuirani na osnovu sličnih procesnih pravila;

– *Outcome equality*. – Princip kontradiktornosti čini nužnu istovetnu primenu prava. Kao elemenat prava na fer (pravično) suđenje, ovaj princip podra-

³ A. Galič, Ustavne procesne garancije u arbitražnom postupku, Pravo u gospodarstvu, broj 2/2000, str. 242.

zumeva jednako postupanje suda, t.j. postupanje na isti način, uvek kada se budu javile iste ili istovidne procesne situacije. Procesni sistem nastoji da obezbedi postizanje istih rezultata u istovetnim predmetima. Procesna pravila su ona koja postižu konsistentne ishode u sličnim predmetima.⁴

Princip ravnopravnosti, u parničnom postupku obezbeđen preko načela kontradiktornosti ne nalaže strankama u tzv. "borbi u sudnici" da imaju jednake veštine odnosno sposobnosti da brane svoje interese u postupku. Ovaj princip ne pretpostavlja da stranke trebaju da postignu određeni standard pri njihovom izlaganju pred sudom odnosno da se proiznesu podjednakom efikasnošću. Isti nalaže da u "borbi" pred sudom postoji jednakost oružja među parničarima, što će reći da koncepcija procesnih pravila bude takva što će omogućiti svakoj stranci pri formulisanju i prezentiranju svoje pozicije da bude jednako "oružana" za "borbu", odnosno da ima iste procesne mogućnosti koje ima i njen parnični protivnik. Kao što slikovito primećuje jedan autor: "Ne bi bilo pravično da jednome "igraču" u suđenju sa borbom date koplje i štit, a drugome samo nož".⁵ Određivanje ne-recipročnog ograničavanja pri korišćenju procesnih ovlašćenja bilo kojoj od stranaka impliciralo bi negativni efekat po ravnoteži između onog koji u određenoj situaciji napada i onoga koji je u toj situaciji u položaju da se od takvog napada brani, nezavisno dali u konkretnom slučaju napad dolazi od strane tužioca ili od strane tuženoga. Svaka neizbalansiranost između ovlašćenja (mogućnosti) stranaka smatra se nedozvoljivim i besciljnim. Procesna sredstva moraju biti simetrična i uzajamna. Drugačije gledanje stvari jednostavno bi ugrozilo jednakost stranaka, koja se javlja kao esencijalni uslov za postizanje fer postupanja. Stepem do kog procesna pravila omogućavaju jednake mogućnosti za parničare, možda je i najvažniji kriterijum prema kojem se ceni pravičnost i efikasnost pravne zaštite.⁶

Princip kontradiktornosti omogućava sakupljanje procesnog materijala

"Kako bi se adekvatno upoznali sa istinom, prvo nešto što se mora uraditi je da se raspravlja o njoj"

Vrhovni cilj svakog parničnog postupka i osnovni kriterijum za ocenu kvaliteta svake pojedinačne parnice je pravilnost i zakonitost donete odluke. U suštini, da bi se ovaj cilj postigao, mora se pre svega utvrditi istina. Najčešće i najkompletnije, istina će "izaći na videlo" kroz tenziju obe, jednako oružane stranke, koje

⁴ Videti, W. B. Rubenstein, The Concept of Equality in Civil Procedure, Cardozo Law Review, Vol. 23:5, 2001–2002, p. 1867.

⁵ J. S. Silver, Equality of Arms and the Adversarial Process: A New Constitutional Right, Wisconsin Law Review, 1990, p. 1037.

⁶ Ibid.

najagresivnije zastupaju njihove najjače pozicije. Istina će najbolje biti otkrivena preko moćnih izjava obe suprotstavljenе strane koje su zasegnute u konkretnom sporu.⁷

Za sud, stranke su izvor informacija o okolnostima koje su od značaja za donošenje odluke o meritumu spora. Konkretnije, stranke su izvor saznanja o činjenicama koje su povezane sa zasnivanjem, razvitkom i eventualno prestankom pravnih odnosa zbog kojih je, odnosno povodom kojih je spor i nastao. Ipak, za sud, stranke, odnosno njihova izjašnjavanja, uzeta pojedinačno, ne predstavljaju poverljiv izvor saznanja o revelantnim okolnostima. Ovo, iz razloga što će svaka stranka u parnici, razumljivo, braniti stanje stvari prema kojem očekuje da će uspeti u sporu, odnosno zastupaće ono što najbolje odgovara zaštiti njenih interesa. Upravo zbog ove okolnosti, sudu se nalaže da sasluša obe stranke. Tako, sa jedne strane, sa svakom proteklom fazom postupka, između parničara sve će se više razvijati diskusija o životnim dešavanjima koji su bila razlog za pojavu spora. Sa druge strane, sud će takvu diskusiju pažljivo pratiti. Pri tom, sud će nastojati pogodnim pitanjima da navede stranke što potpunije i što bolje da razjasne međusebne odnose, a posebno da sazna od stranaka okolnosti koje su od značaja za razvoj tih odnosa, pa prema tome i od značaja za rešavanje spora. Međutim, korist od saslušanja stranaka nije samo u tome što će svaka stranka dobiti mogućnost da iznese svoj vlastiti stav o spornoj situaciji. Blagodet od kontradiktornosti vidimo još više u tome što će stranke dati analizu, odnosno kritiku o stavovima njihovog protivnika.⁸

Načelo kontradiktornosti postavlja imperativ sudu da omogući strankama da se izjasne u postupku. Ova dužnost suda može se izraziti u više oblika: da omogući stranci da iznese svoje činjenične navode, zahteve, predloge, a posebno predloge o dokazima; da omogući stranci da se izjasni o navodima, zahtevima i predlozima suprotne stranke; da uzme u obzir navode, zahteve i predloge stranaka; da razgleda sve navode, zahteve i predloge stranaka i o njima da se proiznese, odnosno da donese odluku; da uzme u obzir i da razgleda pravna shvatanja stranaka u vezi predmeta spora.⁹

Kontradiktornošću u postupku, ne izražava se samo jedna dužnost suda, već istovremeno se potencira i jedno pravo stranaka. Najšire ovlašćenje stranaka – da preuzima parnične radnje, dobija svoju praktičnu vrednost u tome što se stranci omogućava da iznese svoje sredstvo odbrane ili napada povodom sredstva koje je iskoristio njen parnični protivnik. Sadržaj ovog principa ne ograničava se

⁷ J. S. Silver, op. cit., p. 1035.

⁸ Videti više kod M. Marković, *Gradansko procesno pravo*, Beograd, 1957, str. 66, i M. Marković, *Osnovna načela parničnog postupka*, Novi Sad, 1977, str. 8–9.

⁹ A. Jakšić, *Gradansko procesno pravo*, Beograd 2009, str. 160.

na pravo tuženog da se brani od tužbe.¹⁰ Ovaj princip u sebi inkorporira i pravo tužioca sa svojim sredstvima da produži napad povodom odbrane tuženoga, kao i pravo tuženoga da protiv takvih sredstava iznese svoju dalju odbranu. Princip kontradiktornosti garantuje strankama pravo da se brane od svih ofanzivnih i defanzivnih aktivnosti svog parničnog protivnika.

Ako se parnični postupak definiše kao metod pružanja pravne zaštite, a postulati na kojima je izgrađen kao elementi od kojih suštinski zavisi kvalitet te zaštite, načelom kontradiktornosti teži se ka ostvarivanju isključivo važnog cilja – obezbeđivanje ravnopravnosti stranaka u postupku. Analizirano iz tog ugla, princip kontradiktornosti može se razumeti u širem i užem značenju. U širem značenju, ovaj postulat podrazumeva izjednačavanje procesnih pozicija stranaka. Stranke su u simetričnom položaju kada koriste ovlašćenja koja proizlaze iz dispozicione maksime.¹¹ Simetriju uočavamo i u aktima disponiranja predmetom spora.¹²

Dalje, pod jednakim uslovima i ispunjavanjem određenih procesnih pretpostavki, strankama su raspoloživi pravni lekovi. Ravnopravnost je izražena i u osnovnom pravilu o određivanju mesne nadležnosti.¹³ Ideja o izjednačavanju procesnih pozicija stranaka u postupku izražava se i poučavanjem neuke stranke o njenim procesnim pravima. Ravnopravni položaj stranaka realizira se i posredstvom pravila kojima se uređuje siromaško pravo – oslobađanje stranke od prethodnog snošenja troškova parničnog postupka. U nešto užem značenju, a pre svega kao izraz jednog posebnog prava stranke, ostvarivanju principa kontradiktornosti doprinosi i sistem pravila o pravu stranke da se koristi svojim jezikom i pismom u postupku.¹⁴

¹⁰ Kako zabeležava Poznić, tuženi nesumnjivo ima pravo da se brani od tužbe, ali ne kao neku posebnu kategoriju prava, već kao jednu vrstu njegovog opšteg ovlašćenja da izrazi svoj stav povodom procesne aktivnosti tužioca, a pre svega izjašnjavanje njegovog stava povodom tužbe. B. Poznić, Građansko procesno pravo, Beograd, 1978, str. 144.

¹¹ Tako, ovlašćenju tužioca da inicira postupak, odnosno da podnese tužbu, odgovara ovlašćenje tuženoga da podnese protivtužbu. Ovlašćenju tužioca da podnese incidentalni zahtev za utvrđivanje odgovara mogućnost tuženog da istakne materijalnopravne prigovore i time da sam bude u poziciji tužioca i sl.

¹² Tužilac može da se odrekne od tužbenog zahteva, a tuženi može da prizna tužbeni zahtev. Obe stranke zajedno mogu da reše spor zaključivanjem sudske poravnane.

¹³ Tuženi mora da prihvati parnicu budući da ne može da spreči okolnost da bude tužen, ali zbog toga mesna nadležnost, po pravilu, određuje se na način koji pogoduje tuženom. Parnični postupak inicira se pred sudom na čijem području tuženi ima prebivalište (boravište) odnosno sedište.

¹⁴ Imajući jedan ekstenzivniji pristup sadržaju principa saslušanja stranaka, u istom može mo inkorporirati i pravo na prevodioca, za stranku koja je pripadnik zajednice, a koja ne razume i ne govori makedonski jezik i njegovo ćirilsko pismo (čl. 6 stav 3 ZPP). Prema zakonskoj normi, pravo na prevodioca ima samo stranka koja je građanin Republike Makedonije. Ako se u postupku kao stranka javi stranac, iako u ZPP Makedonije nije nigde posebno predviđeno, sud ima obavezu i nje-

U užem značenju princip kontradiktornosti podrazumeva dužnost suda da svakoj stranci omogućí da se izjasni o zahtevima i navodima suprotne stranke i tek nakon ispunjavanja te pretpostavke, sud može odlučivati o tim zahtevima. Stranka mora biti obavještena o svim procesnim radnjama koje preduzima njen parnični protivnik, budući da se ona ne bi mogla koristiti svojim pravom da bude saslušana u postupku ako joj prethodno nije omogućeno da se upozna sa procesnim aktivnostima koje su bile preduzete u postupku. Imajući ovo u vidu, u funkciji ostvarivanja ovog principa od neposrednog značaja je i sistem pravila koja reguliraju dostavljanje, čime se stranka obavještava o procesnim aktivnostima svog protivnika i suda, a sve s ciljem da stranci bude omogućeno da se izjasni o istima. Ali to nije sve. Stranci mora biti ostavljen određeni vremenski period da se upozna sa tim aktivnostima, da se pripremi i o istima da se izjasni. Stranka može participirati u postupku na način koji će obezbediti njeno aktivno učešće u postupku, što će značiti i izjašnjavanje o radnjama protivnika. Da li će iskoristiti takvu mogućnost i kako će manifestirati svoju procesno relevantnu volju zavisi isključivo od nje same. Međutim, u najvećem broju slučajeva, stranka se redovno brani od navoda svog protivnika, budući da ne želi prouzrokovati ishod postupka koji će biti na njenu štetu. Sa druge strane, takvim suočavanjem stranaka, sud dolazi do mogućnosti da obezbedi potrebnu činjeničnu i dokaznu građu koja će biti osnova za donošenje odluke. U ovome i gledamo značenje načela saslušanja stranaka iz ugla njegove relacije sa raspravnim principom.¹⁵

Od svih postulata od kojih je sagrađen parnični postupak, načelo kontradiktornosti je prisutno od samih početaka razvijanja sistema pravne zaštite. Možemo slobodno da kažemo da je princip kontradiktornosti jedan od najstarijih, ako ne i najstariji princip od svih postulata koji grade parnični postupak. U pravnoj doktrini nailazimo na mišljenja koja kažu da od principa kontradiktornosti počinje istorija organizovane zaštite subjektivnih prava, budući da dužnost da se omogućí stranci izjašnjavanje u postupku pretstavlja pre svega imperativ za nekog trećeg, koji se u sporu javlja kao nezainterosovana strana u funkciji da donese odluku i primeni odgovarajuću normu. Ovaj imperativ, koji je i kao svaki drugi im-

mu da ukaže da postupak može da sledi na svom jeziku i da mu obezbedi prevodioca. U vezi sa pravom na prevodioca, ukazaćemo na dve stvari koje ukazuju na postojanje eventualne neravnopravnosti stranaka u postupku. Prvo, nedostatak ZPP je u tome što uopšte izričito ne uređuje pravo na prevodioca za stranku koja je stranac. Drugo, ZPP predviđa da troškovi prevođenja koja su rezultat primene odredaba ZPP o pravu upotrebe svog jezika i pisma, padaju na tovar budžeta Republike Makedonije kada se radi o korišćenju tog prava od strane stranke koja je građanin Republike Makedonije (čl. 97 ZPP). To znači ako se kao stranka javi stranac, koji ima potrebu od prevodioca, on će morati sam da snosi troškove prevođenja, budući da odredbe ZPP koje se odnose na troškove u vezi prevođenja, a koji padaju na tovar države, odnose se samo na građane Republike Makedonije. Smatramo da se ovaj propust treba u bliskoj budućnosti ukloniti.

¹⁵ Tako, R. Keča, *Građansko procesno pravo*, Beograd, 2010, str. 123–125.

perativ obezbeđen pravnom sankcijom, implicira postojanja društvene vlasti koja je isti postavila (regulirala).

Drugim rečima, princip saslušanja stranaka pretpostavlja postojanje regulirane pravne zaštite. Njegovim akceptiranjem određena je struktura parničnog postupka u subjektivnom smislu: organizovana pravna zaštita zasnovana je na sistemu tri subjekta sa različitim ulogama, po čemu se i razlikuje od samozaštite koje se na istorijskoj sceni javlja kao njen prethodnik.¹⁶

Značenje prava saslušanja u postupku možemo analizirati iz dva ugla. Naime, njegova vrednost je dvojno izražena. Sa jedne strane, to je princip koji parničarima daje mogućnost da se izjasne o svim pitanjima koja se postavljaju kao relevantna za donošenje meritorne odluke. U tom smeru, izjašnjavanje stranaka se javlja kao najpogodnije sredstvo za postizanje materijalno pravilne odluke. S druge strane, pravo stranaka da budu saslušane u postupku ima autonomnu (samostalnu) procesnu vrednost koja se dvojno izražava: u odnosu između stranaka i suda, gde gledamo zagarantovani položaj subjekta u postupku; i u obezbeđenju ravnopravnosti stranke u odnosu na njenog oponenta u postupku (odnos tužilac-tužen, odnosno tuženi-tužilac), gde uočavamo jednakost subjekata pred zakonom. Bilo bi pogrešno značenje kontradiktornosti u postupku da se interpretira samo kao jednakost stranaka. Ovo iz razloga što je ravnopravnost stranaka omogućena i u onoj situaciji kada ni jednoj stranci nije data mogućnost da se izjasni o određenom pitanju. Vrednost principa kontradiktornosti vidimo u tome što se njime izražava tendencija da se obezbedi određeni kvalitet odnosa između stranke i suda, kao organa koji odlučuje o njenim pravima, a taj kvalitet se posebno izražava u garantiranju potpune mogućnosti za aktivno učešće u postupku i odbranu svojih interesa.¹⁷

U makedonskom pravnom sistemu konstitutivni osnov principa kontradiktornosti je utvrđen u Ustavu.¹⁸ Suština ovog principa zasniva se na ustavnom načelu jednakosti pred zakonom. Osnove principa vidimo u nekoliko ustavnih odredbi: 1) u onima koje proklamiraju jednakost građana: Građani su jednaki u slobodama i pravima nezavisno od pola, rase, boje kože, nacionalnog i socijalnog porekla, političkog i verskog ubeđenja, imovinskog i društvenog položaja; Građani su pred Ustavom i zakonom jednaki (čl. 9 URM), i 2) u onima koje garantuju pravo jednake pravne zaštite: Svaki građanin može se pozvati na zaštitu sloboda i prava utvrđenim Ustavom ispred sudova i ispred Ustavnog sud Republike Makedonije u postupku zasnovanim na načelima prioriteta i hitnosti (čl. 50 URM). Ga-

¹⁶ Tako, B. Poznić, op. cit., str. 144.

¹⁷ Tako, A. Galič, Načelo kontradiktornosti u parničnom postupku, Pravni život, broj 12, Beograd, 2005, str. 42.

¹⁸ Ustav Republike Makedonije, "Службен весник на Република Македонија", br. 52/91, 1/92, 31/98, 91/01, 84/03, 107/05, 3/09, skraćeno URM.

rantuje se pravo žalbe protiv odluka donetih u postupku u prvom stepenu pred sudom (amandman XXI URM).^{19,20}

Ustavom garantirano pravo pravne zaštite ostalo bi samo ustavna proklamacija ukoliko u postupku pružanja pravne zaštite nisu obezbeđenje čvrste garancije njegovog ostvarivanja. Princip kontradiktornosti javlja se kao jedna od tih garancija. Primena ovog principa pri sprovođenju parničnog postupka jedna je od najvažnijih pretpostavki za ostvarivanje prava na jednaku pravnu zaštitu. Zbog suštinske važnosti principa kontradiktornosti u ostvarivanju pravične pravne zaštite, zakonodavac je modelirao parnični postupak u svim stadijumima na način da obezbedi strankama realnu mogućnost da se brane u postupku, t.j. strankama da omogući da se izjasne u postupku i da zauzmu određeno držanje prema aktivnostima svog protivnika.

Princip saslušanja stranaka svoju potvrdu dobija i u međunarodnim dokumentima. Isti se javlja kao suštinska, konstitutivna komponenta prava na pravično suđenje (*fair trial*) koje garantuje Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.²¹ Pravo na pravično suđenje uređeno je u članu 6 Evropske konvencije: "Svako, tokom odlučivanja o njegovim građanskim pravima i obavezama ili o krivičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku, pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona" (čl. 6 stav 1 EKLJP). Pravo na pravično suđenje je jedna od fundamentalnih garancija o poštovanju demokratije i vladavine prava na evropskom kontinentu.²² Jedna od aspekata pravičnog suđenja, kao pravo na postupak sa određenim kvalitetima, najneposrednije se odnosi i na pravo stranke da bude sa-

¹⁹ Amandmanom XXI URM menja se član 15 URM, "Службен весник на Република Македонија", br. 107/05.

²⁰ U nekim modernim ustavima pravo stranke da bude saslušana u postupku (pravo odbrane) je izričito uređeno. Tako nemački Ustav u članu 103 sadrži ustavno procesnu garanciju prava saslušanja – "Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör" ("Pred sudom svako ima pravo da bude saslušan"); italijanski Ustav u članu 24 stav 2 predviđa: "Svako ima neprikosnovano pravo na odbranu u svakoj fazi i stadijumu bilo kog sudskog postupka". Neki ustavi inkorporiraju pravo stranke da bude saslušana u opštije klauzule kao što je klauzula *due process* u Ustavu SAD koja garantuje svakoj stranci u postupku pravičnu i adekvatnu mogućnost da bude saslušana u postupku.

²¹ Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda potpisana je 4.11.1950 godine u Rimu, od 12 država članica Saveta Evropa, a stupila je na snagu 3.9.1953. godine, retifikovana od osam zemalja. U Republici Makedoniji ratifikacija je izvršena 1997. godine. Zakon o ratifikaciji je objavljen u "Службен Весник на Република Македонија" br. 11/97, a stupila je na snagu 19.3.1997. godine, skraćeno EKLJP, Evropska Konvencija. Nakon ratifikacije EKLJP je postala sastavni deo domaćeg prava sa mogućnošću neposredne primene od strane sudova. Sa stupanjem na snagu Zakona o ratifikaciji, sudovi su dobili mogućnost da sude neposredno na osnovu Konvencije.

²² C. Rozakis, The Right to a Fair Trial in Civil Cases, Judicial Studies Institute Journal, [4:2004], p. 96.

slušana u postupku. Tu podrazumevamo pravo na procesnu ravnopravnost (*equality of arms*), pravo na kontradiktorno suđenje (*adversarial proceedings*) i pravo na saslušanje (*fair hearing*).

Kroz istoriju građanskog postupka, u kontinuitetu se razvijaju brojni osnovni principi postupka sa jedinstvenim ciljem da pretstave fundamentalna prava stranaka *vis-a-vis* sudije, protivnika i trećih lica. Među njima ubrajamo i pravo stranke da se izjasni u postupku (pravo odbrane). Suštinsko poimanje načela kontradiktornosti kao osnovnog postulata je ubeđenje da isti pretstavlja esencijalni minimum svakog civilizovanog sistema pravosuđa, a istovremeno i permanentan odnosno nepromenljiv deo tog sistema.²³

Procesna garancija koje se realizira principom kontradiktornosti ne javlja se u parničnom postupku tek nakon što su se postavile norme koje su ozakoni- le i dale pravnu snagu ovom principu. Naprotiv, reč je o ustanovi koja je plod viševjekovnog razvoja parnične procedure. Nacionalni pravni sistemi, preko svojih ustavnih i zakonskih normi samo potvrđuju pravo koje je postojalo i pre toga. I još više. Paraleno sa procesom *konstitucionalizacije*, zbiva se još jedan važan proces, t.z. *internacionalizacija* principa njegovim garantovanjem u više međunarodnih konvencija među kojima se Evropska konvencija pokazala kao najbolji primer sprovođenja tog procesa. Imajući ovo u vidu, princip kontradiktornosti možemo definirati ne samo kao fundamentalnu, već i kao konstitucionalnu i internacionalnu procesnu garanciju stranaka u postupku.²⁴

Sve spomenute odredbe (i *konstitucionalne* i *internacionalne*) analizirane sa aspekta parničnog postupka, kao redovnog metoda pružanja pravne zaštite, postavljaju kao imperativ vođenje postupka sa bezuslovnom primenom sledećih postulata: 1) obezbeđenje prava na slobodan pristup sudu; 2) obezbeđenje prava na jednakost oružja, odnosno prava na ravnopravnost i procesnu ravnotežu stranaka; i 3) obezbeđenje prava stranaka na kontradiktorno raspravljanje odnosno pravo da budu saslušane u postupku, t.j. pravo da se brane od svih procesnih radnji koje mogu imati uticaj na njihova prava i interese.²⁵

Kao što može da se zaključi iz formulacije principa kontradiktornosti, sud je dužan da stranci omogući da se izjasni o tezama svog protivnika. Međutim, procesni zakon ne nalaže sudu da ispuni ovu dužnost samo prema protivniku stranke. Naprotiv, sud je istovremeno dužan da tu mogućnost obezbedi obema stran-

²³ Cappalletti, M., Tallon, D., *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*, Milano, 1973, str. 664.

²⁴ Cappalletti, M., Tallon, op. cit., str. 664–666.

²⁵ S. Triva, M. Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 2004, str. 148.

kama u odnosu na procesne radnje koje on (sud) preduzima.²⁶ Na ovaj aspekt principa kontradiktornosti posebno se ukazuje u procesnoj teoriji.

Načelo jednakosti procesnih subjekata nalaže da se stranke upoznaju sa stavovima suda od kojih zavisi usmerenje parnice u određeni tok i njen ishod. Javlja se kao potrebno kontinuirano obaveštavanje i upoznavanje stranaka od strane suda o njegovim radnim tezama, kvalifikacijama i ocenama uvek kada one ostupaju od onih koje su stranke izložile.²⁷

Triva navodi da pravo odbrane u odnosu na aktivnost protivne stranke znači i pravo odbrane od radnji svih drugih aktivnih subjekata u parnici, budući da pravo procesne aktivnosti ne pripada samo strankama. Ako se ne prihvati metod t.z. otvorenog pravosuđa, garantiranje prava odbrane samo protiv aktivnosti protivne stranke u suštini se svodi na minimiziranje prava totalne odbrane, budući da se to pravo ne može realizirati u odnosu na aktivnosti drugog aktivnog subjekta u parnici – suda. Teza, izvedena iz principa saslušanja stranaka, o pravu jedne stranke da se izjasni o radnjama druge stranke treba da se proširi i sa time da se proklamira pravo stranaka da se izjasne o svim aktivnostima sudije, o njegovoj nameri da utvrđuje činjenice i dokaze, o njegovom drugačijem pravnom shvatanju o suštini spora. Ovo nužno proizlazi iz aktivne uloge koju sud ima u postupku: sud nije pasivni posmatrač “dvoboja” stranaka, već zajedno sa strankama određuje temu raspravljanja. Kada bi sud preuzimao aktivnosti koje su planirane nezavisno od dispozicije stranaka i njihovih kriterijuma, a pritom ne obavesti parničare o razlozima i cilju preuzimanja tih aktivnosti, doveo bi ih u jedan nezavidni i neravnopravni položaj. U ovako postavljenom širem shvatanju dometa principa kontradiktornosti treba se uočiti jedna garancija više u ostvarivanju ustavno proklamiranog prava na jednaku pravnu zaštitu.²⁸

Princip kontradiktornosti iako postavljen u širem značenju ipak postavlja samo minimalne garancije za ostvarivanje prava na jednaku pravnu zaštitu. Naime, preko svoje sadržine, načelo kontradiktornosti omogućuje strankama da se

²⁶ Tako, sud svoju odluku ne može da zasniva na činjenicama i dokazima o kojima stranka nije imala mogućnost da se izjasni, što znači i onda kada je procesni materijal sakupio po službenoj dužnosti (čl. 7 stav 2 ZPP); kada je to celishodno za pravilno rešavanje spora, sud će upozoriti stranke na njihovu dužnost da iznesu sav procesni materijal, a posebno na potrebu iznošenja svih rešavajućih činjenica i predlaganja određenih dokaza (čl. 205 stav 1 ZPP); u toku glavne rasprave sud se brine da budu iznesene sve relevantne činjenice, da se dopune nepotpuni navodi i dokazna sredstva, da se daju objašnjenja potrebna za utvrđivanje činjeničnog stanja, da se razjasne pravna pitanja spora (čl. 283 stav 2 ZPP); ispitivanje procesnih pretpostavki implicira da se sud izjasni o njima (čl. 74, 263, 274, 286 ZPP); sud ne može da spreči nedopuštena raspolaganja stranaka ako im prethodno nije izložio svoj stav u vezi toga (čl. 3 stav 3, čl. 307 stav 4, čl. 317 stav 2, čl. 318 stav 3, čl. 319 stav 2, čl. 320 stav 2 ZPP).

²⁷ S. Triva, M. Dika, op. cit., str. 152.

²⁸ O ovome opširnije kod S. Triva, Esej o “otvorenom pravosuđu”, Zbirka radova Novo parnično procesno pravo, Zagreb, 1977, str. 210–211.

osvrnu na navode i teze koje je prezentirao njihov protivnik odnosno da se izjasne o aktivnostima koje sud ima nameru da preuzme. Ovako postavljena mogućnost izjašnjavanja obezbeđuje samo formalnopravnu jednakost stranaka u postupku. Da bi se osigurala i stvarna (realna) jednakost potrebno je da stranka budu date daleko veće garancije. Samo će na taj način pravo koje obezbeđuje saslušanje stranaka biti dosledno realizirano u pravnom životu.²⁹ Za postizanje stvarne jednakosti stranaka u postupku nije dovoljno da im se samo omogućí javljanje pred sudom koji će ih saslušati, već je potrebno da se obezbede garancije za njihovu faktičku jednakost, čiji je osnov, prvenstveno ekonomska jednakost.³⁰ Upravo sud je taj koji sa svojim aktivnim položajem u postupku treba omogućiti onaj kvalitativni skok od formalne jednakosti ka stvarnoj jednakosti. Jedan od posebno važnih aspekata preko kojih se manifestuje aktivna uloga suda u tom pogledu je i pružanje pomoći neukoj stranci u postupku.³¹

U starijoj procesnoj doktrini, ali i sada još postoje procesualisti koji ovaj princip nazivaju principom obostranog saslušanja stranaka, dok drugi praktikuju da ga imenuju samo kao načelo saslušanja stranaka. Teoretičari koji smatraju da u

²⁹ B. Čalija, Ustavno pravo na jednaku pravnu zaštitu i garantije kojima se ostvaruje u građanskom postupku, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, XXII, 1974, str. 78.

³⁰ Kako notira jedan poznati italijanski procesualista: građanske i političke slobode u demokratskom društvu garantuju se svima. Ali za siromašnog čoveka, koji ne raspolaže ekonomskim mogućnostima, koje ustvari ova prava i slobode pretvaraju u realnost, ona obično ostaju neispunjena obećanja. Poznata sentenca "pravo je jednako za sve", koja može da se pročita i u sudnici, kod siromašnih budi lepša osećanja. Ali kada se suoče sa realnošću da je za uživanje takve jednakosti potrebno potrošiti više novca nego što imaju, onda ta lepa izreka kod njih budi osećaj ogorčenosti. Citirano prema Cappalletti, M., Tallon, D., *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*, Milano, 1973, crp. 521.

³¹ Do donošenja ZPP, dužnost pružanja pomoći neukoj stranci bila je izdignuta na stepen osnovnog principa parničnog postupka. U važećem ZPP, u delu gde su sadržana osnovna načela postupka, načelo pomoći neukoj stranci više se ne pominje. Na prvi pogled, može se zaključiti da je pomenuto načelo iščezlo iz našeg procesnog sistema i da su tokom vremena prevagnuli argumenti koji su ga osporavali. Pre svega, argumenti koji su ukazivali da je primena ovog načela potencijalno opasna po objektivnost i nepristrasnost suda. Međutim, nije tako. Imajući u vidu pojedine odredbe ZPP sud ima obavezu da zaštiti interese neuke stranke u niz procesnih situacija. Obaveza poučavanja neuke stranke u novom procesnom režimu prisutna je skoro u identičnoj formi kao i u starijim propisima, s tom razlikom što sada nije izrično predviđena i nije dobila značaj osnovnog načela parničnog postupka. Razlozi koji opravdavaju njegovo zadržavanje u procesnom sistemu još su opravdani i principijelno neugroženi. Eventualnim ograničavanjem ovog načela, a sa još neuspostavljenim sistemom obaveznog zastupanja od strane kvalifikovanog punomoćnika, bili bi ugroženi fundamentalni kvaliteti koji moraju da se garantuju u parničnom postupku, a ovde pre svega mislimo na princip ravnopravnosti parničnih stranaka. Upravo zbog toga, pružanje pomoći neukoj stranci (još uvek) je jedna od važnijih garancija u obezbeđivanju prava na jednaku pravnu zaštitu. Opširnije kod R. Keča, O načelu pomoći neukoj stranci u parničnom postupku, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, XLII 1–2, Novi Sad, 2008, str. 309–320.

nazivu treba biti sadržana i reč *obostrano* svoju poziciju zastupaju time što suštinu načela vide u davanju jednakih mogućnosti svakoj od stranaka u postupku. Nasuprot tome, stoji stav, kom se i mi priklanjamo, da termin *obostrano* u sebe jednostavno ne može da sintetizira sve sadržaje koje proizlaze iz ovog postulata. Insistiranjem na *obostranost* potencira se samo položaj stranaka u postupku, pri čemu se težište usmerava na uzajamni odnos parničara. Takvom koncepcijom neosovano se odvraća pažnja sa trećeg aktivnog činioca u postupku – suda.

Princip kontradiktornosti nalaže da se svakoj stranci pruži mogućnost da se izjasni o stavovima svog protivnika. U skladu sa dispozicionom maksimumom, od stranačke volje zavisi dali će se ta mogućnost iskoristiti ili ne. Međutim, ako stranka odluči aktivno da participira u postupku, njeno ponašanje mora biti u skladu sa objektivnim ciljem postupka.³² Tačno je da princip kontradiktornosti strankama daje samo ovlašćenje, t.j. mogućnost izbora kakvo će držanje stranka imati u postupku, međutim to ne znači da stranka može korišćenjem takvog ovlašćenja ići na štetu, odnosno ugroziti funkciju pravne zaštite. Procesni zakon priznaje ovlašćenja koja proizlaze iz principa kontradiktornosti kako bi se stranka zaštitila od neosnovanih zahteva njenog protivnika. Ta ovlašćenja nisu priznata da bi se osujetili opravdani zahtevi protivne strane. Upravo zbog toga, strankama je predviđena dužnost govorenja istine i dužnost savesnog korišćenja sredstava napada i odbrane. Stranka mora da poštuje ovaj imperativ. Procesni zakon predviđa da je stranka dužna da pred sudom govori istinu i da se savesno koristi pravima koja su joj u postupku priznata (čl. 9 ZPP). Kada obrazlaže svoje zahteve stranka je dužna da u potpunosti prezentuje činjenično stanje na kojem zasniva svoj zahtev, a za navedene činjenice da predloži dokaze kojim se iste utvrđuju (čl. 7 stav 1 ZPP). Stranka koje se koristi ovlašćenjima koja proizlaze iz principa kontradiktornosti treba da preduzima samo one aktivnosti koje su potrebne kako bi zaštitila svoje interese, a svakako ne radnje koje bi značile nelojalan odnos u parnici.

Primena pravila o principu kontradiktornosti znači ostvarenje procesne ravnopravnosti stranaka u postupku, a ta procesna ravnopravnost je preduslov za objektivno suđenje. Taj preduslov biće ispunjen ako sud u toku celog postupka strankama podjednako pruži mogućnost da se izjasne i ako pri donošenju odluke uzme u obzir ono što su *obe* stranke iznele, to pravilno oceni i da argumente o prihvatanju ili neprihvatanju tvrdnji *svake* stranke pojedinačno.

³² Primarni zadatak parničnog postupka je obezbeđivanje sveobuhvatne pravne zaštite u slučaju povrede, osporavanja ili ugrožavanja individualnih (subjektivnih) prava i pravnih interesa. Realiziranjem ovog zadatka, parnični postupak ostvaruje još jedan cilj: čuva integritet privatnopravnog poretka. Ovo se postiže samo ako se odlukama suda obezbeđuje i materijalnopravna pravičnost, koje se ostvaruje odlučivanjem o spornim građanskim subjektivnim pravima. Subjektivna prava koja su proklamirana i priznata materijalnopravnim propisima u parničnom postupku dobijaju efikasnu zaštitu. Konačnim rešavanjem spornih situacija, iz pravnog poretka se otklanjaju tenzije i konflikti, ostvaruje se pravna sigurnost i uspostavlja se socijalni mir.

Pravo stranke da bude saslušana u postupku nije procesna garancija koju treba analizirati *per se*. Neki autori notiraju da je to nerazdvojni atribut svake faze, stadiuma odnosno stepena parničnog postupka. Potpuna komparativna analiza ove garancije implicirala bi opisivanje mnoštvo varijacija procesnih metoda rada – sa ciljem da se ispita dali svaka od njih garantuje strankama pravo fer mogućnosti da se brane, ili još uopštenije, da budu saslušane u postupku. Odatle, oni zaključuju da pravo stranke da bude saslušana u postupku pretstavlja zajedničku osnovu svih tih varijacija, baza koja postiže dva glavna rezultata: 1) uspostavljanje minimum standarda procesne pravičnosti, i 2) razgraničenje tih minimum standarda od drugih pravila koja se smatraju nesuštinskim elementima procesnog formalizma.³³

ZAKLJUČAK

Načelo saslušanja stranaka je jedan od osnovnih procesnopravnih postulata. Važi za princip koji je od isključive važnosti za obezbeđenje kvalitetne pravne zaštite, upravo zbog toga što se ni jedan moderan procesni sistem ne može zamisliti bez njegovog prisustva. Kao fundamentalni princip postupka, načelo saslušanja stranaka se smatra nerazdvojnim atributom svake faze, stadiuma odnosno stepena postupka. Ovim se načelom teži ka ostvarivanju isključivo značajnog cilja – garantiranju procesne ravnopravnosti stranaka u postupku. Ali, pojam procesne ravnopravnosti ne treba nas navoditi na pogrešni zaključak da princip saslušanja stranaka uređuje samo uzajamnu postavljenost stranaka u postupku i zbog toga da njegova suština bude interpretirana isključivo kao jednakost stranaka. Princip saslušanja stranaka ima dalekosežniji značaj. Njegovu vrednost gledamo u tome da on ima tendenciju da osigura određeni kvalitet u odnosu između stranaka i trećeg procesnog subjekta – suda. Takav kvalitet bi značio garantiranje potpune mogućnosti za aktivno paricipiranje u postupku i odbranu svojih pozicija. Po svojoj suštini, on pretstavlja deo esencijalnog minimuma procesnih garancija, prisutnih u svakom civilizovanom sistemu razdavanja pravde. Kao fundamentalna procesna vrednost, princip saslušanja stranaka, po svom značenju, ne ostaje samo na razini načelne odredbe uređene procesnim zakonima. U pojedinim pravnim sistemima on se izdiže i iznad zakona i postaje ustavna procesna garancija. Trend konstitucionalizacije, sledi još jedan važan proces, t.z. internacionalizacija principa njegovim garantiranjem u niz međunarodnih instrumenata, kao element šireg procesnog standarda – prava na pravično suđenje. Ustav Republike Makedonije nije se još priključio dominantnoj struji konstitucionaliziranja temeljnih procesnih vrednosti. Pravo stranke da bude saslušana u postupku, kao individualna procesna garancija i dalje ostaje izvan Ustava. Budući da je reč o esencijalnoj,

³³ Cappalletti, M., Tallon, op. cit., str. 744.

suštinskoj komponenti svakog procesnog sistema, smatramo da bi bilo poželjno da pravo stranke da bude saslušana u postupku dobije zaslužen mjesto u Ustavu Republike Makedonije. To može biti učinjeno na način da princip saslušanja stranaka, kao posebna procesna garancija dobije rang ustavnog načela, ili proklamiranjem prava na pravično suđenje, kao širi koncept, koji u sebi inkorporira i princip saslušanja stranaka.

MILKA RAKOČEVIĆ, Msc,
Teaching and Research Assistant, Faculty of Law
“Justinianus Primus”, Skopje

THE ADVERSARIAL PRINCIPLE IN CIVIL LITIGATION

Summary

The article elaborates the concept and meaning of the principle of hearing the parties in the contemporary civil litigation, in the procedural theory also known as the adversarial principle. As one of the basic postulates of the civil litigation, the adversarial principle stands for a principle that is of exceptional importance for providing quality legal protection, due to the fact that its use pursues overriding goal – providing procedural equality of the parties in the procedure.

The article deals with theoretical analysis of the essence of this basic principle. The focus of interest is set on its concept, meaning, function and goals that are being realized with its presence in the contemporary procedural systems.

DRŽAVINSKI PRIGOVORI

U V O D

Svaki prigovor stavlja tuženi, pa i u državinskoj parnici. – *Omnis exceptio a reo oblicitur*.¹ Međutim, pod pojmom tužba rimljani nisu podrazumevali prigovor. – *Actiones verbo non continentur exceptio*. Mada stavlajući prigovor tuženi postaje tužilac. – *Reus excipiendio fit actor*.² Međutim, ko stavlja prigovor (tuženi), treba da dokaže njegovu osnovanost. – *Qui excipit, probare debet quod excipitur*.³

U parnici radi smetanja državine isključeni su svi prigovori koji se odnose na prava na državinu, pravni osnov državine i savesnost držaoca, tj. mogu se isticati samo oni prigovori, koji se odnose na činjenicu postojanja državine i čina smetanja državine. Reč je o trajnim prigovorima, koji se protiv tužiočevog zahteva mogu uvek isticati. – *Perpetuae exceptiones sunt, quae semper agentibus obstant*.⁴ U državinskoj parnici se ne mogu isticati petitorni prigovori, tj. prigovori koji se zasnivaju na nekom pravu na državinu, već su dopušteni samo materijal-nopravni prigovori, koji se odnose na samu činjenicu državine.

Međutim, ima prigovora petitornog karaktera koji se mogu istaći u državinskoj parnici, takvi prigovori su: 1) Prigovor *petitorium absorbet possessorium*. 2)

Dr Dragoljub Lazarević, bivši predsednik Opštinskog suda u Žagubici, neraspoređeni sudija.

¹ Gaius Inst. 4, 119.

² Ulpianus. – D. 44, 1, 1.

³ Celsus. –D. 22, 3, 9.

⁴ Just. Inst. 14, 13, 9.

Prigovor neistinitosti državine tužioca (*exceptio vitiosae possessionis ad adversio*), i 3) Prigovor neposrednog ili posrednog držaoca da stvar ima u državini na osnovu određenog posla.

Pored navedenih prigovora petitornog karaktera u državinskoj parnici mogu se isticati još neki prigovori: 1) prigovor neblagovremenosti podnete tužbe, 2) prigovor nedostatka aktivne legitimacije, 3) prigovor promašene pasivne legitimacije, 4) prigovor nedostatka svesti i određenog stepena voljnog elementa kod tuženika, 5) prigovor da između istih stranaka već teče isti spor o smetanju državine i 6) prigovor nepostojanja elementa protivpravnosti.⁵

Prema Nacrtu Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima Republike Srbije iz 2006. godine, i tuženi može istaći prigovor: 1. da je vršio pravo na samopomoć, 2. da je radnju vršio na osnovu zakona, odluke organa ili organizacije koje vrši javna ovlašćenja ili pristanka tužioca, 3. da kao neposredni odnosno posredni držalac, sudržalac ili podeljeni držalac nije prekoračio svoje pravo, kada postojanje smetanja zavisi od prekoračenja tog prava, 4. da ima jače pravo na državinu, odnosno na vršenje radnje zbog koje tužen, pod uslovom da to pravo može da dokaže do zaključenja prvog ročišta za glavnu raspravu i 5. da tužilac nema nasledničku državinu (čl. 82. st. 2.).

U pokrenitom parničnom postupku, tuženi mora da dokaže istinitost prigovora, na koji se tokom postupka poziva.

Prigovor neblagovremenosti podnete tužbe

Prigovorom o neblagovremenosti podnete tužbe zbog smetanja državne tuženi ukazuje sudu da je tužba za smetanje državine podneta po isteku zakonom propisanog roka. Ovim prekluzivnim prigovorom tuženi ističe da je tužba podneta po proteku zakonom predviđenog roka od 30 dana, odnosno jedne godine. Činjenica vremena izvršenog smetanja državine, kao i činjenica saznanja tužioca za smetanje i učinioca je odlučna činjenica kod ocene blagovremenosti tužbe. Zbog toga je sud u obavezi da činjenicu kada je izvršeno smetanje državine nesumnjivo utvrdi, kada tuženik u parnici zbog smetanja državine istakne prigovor neblagovremenosti tužbe.⁶

⁵ Prigovor (*exceptio*) u rimskom pravu nije značio samo prosto negiranje prava ili činjenica na kojima se tužba zasnivala, već je imao za cilj da ukaže na činjenice koje u celini li delimično, definitivno ili privremeno, ukazuje da zahtev tužioca ne uživa pravnu zaštitu.

⁶ Državinska zaštita može se tražiti u subjektivnom roku od 30. dana, i objektivnom roku od 1. godine. - Odredbom ZOSPO. regulisano da se sudska zaštita od uznemiravanja, odnosno oduzimanja državine može tražiti u roku od 30 dana od dana saznanja za smetanje i učinioca, a najkasnije u roku od godinu dana od nastalog smetanja. Dakle, u ostvarenju državinske zaštite držalac je vezan za tačno određeni rok koji je prekluzivan, a posle protoka roka za zaštitu mirno stanje se

Prigovor da je tužba neblagovremeno podneta, predstavlja način da se tuženi korišćenjem odredbi procesnog prava odbrani od podnete tužbe i oslobodi od vođenja parnice. Istaknutim prigovorom tuženi ukazuje sudu da tužilac s obzirom da je protekao zakonom predviđen rok za podnošenje tužbe ne uživa pravnu zaštitu, odnosno da je po proteku roka nedopuštena pravna zaštita tužioca, pa se iz tih razloga podneta tužba mora odbaciti. Dakle, sud svojim rešenjem može, ako nađe da su ispunjeni zakonski uslovi, da odbaci samo tužbu, a ne i tužbeni zahtev. U slučaju da je nastupio prekid postupka po podnetoj tužbi, u tom slučaju za vreme trajanja prekida postupka sud ne može da preduzima nikakve radnje, pa ni da donese rešenje o odbacivanju tužbe. Sud je obavezan da i po službenoj dužnosti pazi na prekluzivne rokove, a isticanje prigovora od strane tuženog, da je protekao rok za podnošenje tužbe, predstavlja pravno sredstvo kojim se ukazuje sudu da postoje procesne smetnje za vođenje državinske parnice, tako da nije dozvoljeno da sud odlučuje o istaknutom tužbenom zahtevu. Istaknuti procesni prigovor tuženog predstavlja zahtev o kojem sud mora da odluči. Ako sud usvaji prigovora tuženog da je tužba neblagovremena, sud donosi rešenje kojim se tužba odbacuje, a to konkretno znači da je izjavljeni prigovor sprečio odlučivanje suda po podnetoj tužbi zbog smetanja državine, tj. sprečio je odlučivanje u konkretnoj pravnoj stvari.

Kada tužilac tužbenim zahtevom traži da mu tuženik omogući nesmetano korišćenje vode sa izvora i da mu se zabrani buduće uznemiravanje tužioca, tada se ne radi o tužbi zbog smetanja državine, već o tužbi kojom se traži sudska zaštita državine po osnovu prava na državinu za koju ne važi rok za podnošenje tužbe za smetanje državine.⁷

Propuštanjem da blagovremeno podnese tužbu za smetanje državine prava službenosti puta, učinjeno verbalnom zabranom, tužioci gube pravo zaštitu od smetanja državine i pored toga što što u vreme učinjenog smetanja iz drugih objektivnih razloga, pravo službenosti nisu mogli da koriste.

može prekinuti samo po osnovu tužbe koja proističe iz prava na državinu. (Rešenje Okružnog suda u Beogradu, Gž. br. 10514/95, od 24. 11. 1995.)

⁷ Tužilac traži tužbenim zahtevom da se naloži tuženom da prestane sa uznemiravanjem tužioca, da mu se zabrani ubuduće uznemiravanje tužioca, sa obavezom da tužiocu omogući nesmetano korišćenje vode sa izvora na katastarskoj parceli tuženog, te da se naloži tuženom da omogući tužiocu da vrati česmu i korito preko kojih je koristio vodu, na mesto na kome su se ranije postojali, a sa kog ih je tuženi uklonio. U smislu iznetog, a po oceni Okružnog suda za sada se ne bi moglo prihvatiti stanovište prvostepenog suda da je tužilac tužbom tražio zaštitu zbog smetanja poseda od strane tuženog, a u sm. čl. 75. ZOSPO. Iz iznetih činjenica po nalaženju ovog suda proizilazi da tužilac traži sudska zaštitu državine po osnovu prava na državinu u sm čl. 81. ZOSPO, u kom slučaju se ne primenjuju prekluzivni rokovi za podnošenje tužbe iz čl. 77. Zakona, pa se ne može prihvatiti zaključak prvostepenog suda da je tužba u ovom sporu podneta neblagovremeno. (Rešenje Okružnog suda u Užicu, Gž. 2109/06 od 7. 06. 2007)

Prigovor nedostatka aktivne legitimacije

Fizičko ili pravno lice, koje ima stranačku ili parničnu sposobnost, da bi bilo parnična stranka zavisice od toga dali u konkretnom slučaju ima stvarnu legitimaciju. Imati stvarnu legitimaciju (*legitimatío ad causam*), znači da je to lice ovlašćeno da u konkretnoj parnici bude tužilac, odnosno tuženik. Nedostatak legitimacije za podnošenje tužbe nije procesna pretpostavka za podnošenje tužbe, da bi se tužba odbacila, već je u pitanju materijalno pravni odnos stranaka, o kome se mora meritorno odlučiti. Prigovor nedostatka aktivne legitimacije je materijalno pravni prigovor i od njegove osnovanosti zavisi odluka o tužbenom zahtevu, pa se odluka o tom prigovoru ne unosi u izreku rešenja.

Pitanje aktivne, odnosno pasivne legitimacije je pitanje materijalnog prava, pa se o njemu odlučuje u okviru postavljenog zahteva. Procesna legitimacija znači pravo tužioca da zahteva pravnu zaštitu, koja se manifestuje kao ovlašćenjenje tužioca za pokretanje i vođenje konkretne parnice (*legitimatío ad processum*). Procesna legitimacija znači da tužilac, kao stranka ima pravni interes i potrebu da zaštiti svoja prava, koja realizuje u parničnom postupku podnošenjem odgovarajuće tužbe. Naravno, tužilac mora tokom postupka da dokaže da je ovlašćen za pokretanje i vođenje pokrenute parnice, kako u odnosu na tuženika, tako i u odnosu na istaknuti tužbeni zahtev. Pravni interes tužioca mora da bude konkretan i aktuelan.

Prigovor nedostatka aktivne legitimacije, predstavlja materijalnopravni prigovor, to je sredstvo kojim se tuženi brani od podnete parnične tužbe, kako bi izdejsstvovao odbijanje tužbenog zahteva. Podnetim prigovorom tuženi po pravilu iznosi nove činjenice, čije postojanje ukazuje sudu da je tužbeni zahtev tužioca neosnovan s obzirom na činjenice, koje su navedene u tužbi, i da se kao takav mora odbiti. Prigovorom nedostatka aktivne legitimacije tuženi ističe prigovor promašene aktivne legitimacije, navodeći da tužilac nema legitimaciju (ovlašćenje) za podnošenje tužbe. Lice kome pripada pravo koje se u parnici traži, a koje je zasnovano na materijalnopравnim normama ima aktivnu legitimaciju za vođenje parnice. Ovlašćenje, odnosno legitimaciju za podnošenje tužbe zbog smetanja državnine ima ono lice koje je držalac stvari.

Podnetim prigovorom tuženi ističe da tužilac nije držalac stvari, već da je detentor,⁸ a da je držalac stvari neko drugo lice u čije ime tužilac stvar drži.

⁸ Prema utvedenom činjeničnom stanju tužilja i drugotuženi su snaja i svekrva i iste su živele u zajedničkom domaćinstvu sve do septembra 1998. godine. Sporna parcela je svojina drugotužene, po osnovu nasleđa iza smrti njenog muža. Dok su bile u zajednici tužilja, drugotužena i tužiljina čerka, a unuka drugotužene, su zajednički obrađivale i koristile spornu nepokretnost, i to drugotužena kao vlasnik, a tužilja kao član porodičnog domaćinstva. U sepembru 1998. godine drugotužena je napustila ovo domaćinstvo i otišla da živi u domaćinstvo prvotuženog, koji joj je zet po čerki. S obzirom da je sporna nepokretnost njena svojina, drugotužena je naložila prvotuže-

Lice koje živi u domaćinstvu, koje čini više lica, i koje postupa kao član tog domaćinstva, nije detentor, pa prema tome može biti tužilac u državinskoj parnici. Tužbu zbog smetanja državnine može podneti sudu i lice koje nema aktivnu legitimaciju. Ako sud tokom postupka to utvrdi doneće rešenje, kojim će odbiti tužbeni zahtev tužioca. Prigovor nedostatka aktivne legitimacije na strani tužioca je prigovor materijalno pravne prirode, tako da sud donosi meritornu odluku o glavnoj stvari. Kao što vidimo, u ovom slučaju tužba se ne odbacuje, već sud odlučuje meritornom odlukom. Prema tome, aktivna legitimacija nije procesna pretpostavka za preduzimanje parnične radnje u toku parnice, pa ni za podnošenje tužbe. Tužbu može podneti i lice, koje nije aktivno legitimisano za podnošenje tužbe. Ako sud u toku postupka utvrdi da tužilac nema aktivnu legitimaciju odbiće tužbeni zahtev, a ne odbaciti tužbu, jer se radi o pitanju materijalno-pravne, a ne procesne prirode.⁹ Isto tako, sud ne može odbaciti tužbu kao neurednu zato što tužilac nije uz tužbu priložio dokaze o činjenicama relevantnim za njegovu aktivnu legitimaciju.¹⁰

Da li tužilac ima legitimaciju za podnošenje tužbe, odnosno vođenje parnice zavisice od toga da li je on subjekt spornog građanskopravnog odnosa, tj. da li je nosilac prava i obaveza iz tog imovinskopravnog odnosa.

Aktivna legitimacija, kao ovlašćenje tužioca za vođenje određene parnice, uvek ima uticaj na sadržaj meritorne odluke u pogledu osnovanosti istaknutog

nom da ovu parcelu poore, što je drugotuženi i učinio. Naime, članom 71. ZOSPO, je propisano da lice koje po osnovu radnog ili sličnog odnosa ili u domaćinstvu vrši faktičku vlast nad stvari za drugo lice, a dužno je da postupa po uputstvima ovog drugog lica nema državinu, a svaki držalac stvari i prava ima pravo na zaštitu od uznemiravanja ili oduzimanje državnine (čl. 75. ZOSPO) U konkretnom slučaju tužilja nije bila sudržalac sporne parcele zajedno sa drugotuženom, odnosno nije imala sudržavinu na ovoj parceli, već samo detenciju, te radi i nema državinsku zaštitu po čl. 75, jer se ne smatra sudržaozem stvari već detentorom. Neosnovani su navodi žalbe da je tužilja sama odlučivala na koji način će se obrađivati sporna nepokretnost, te da nikada nije postupala po uputstvima tužene, obzirom da ova tvrdnja tokom postupka nije ničim dokazana. Iz spisa predmeta i iskaza saslušanih svedoka proizilazi upravo da je tužilja postupala po uputstvima drugotužene te da nije imala faktičku vlast nad spornom nepokretnošću, već je imala običan prostorni odnos prema stvari. (Rešenje Opštinskog suda u Žagubici, P. 65/99 od 25. 11. 1999. godine i Rešenje Okružnog suda u Požarevcu Gž. 95/01 od 26. 01. 2001.)

⁹ U odnosu na tuženu K.D. nižestepeni sudovi su tužbu odbacili, budući da je u odnosu na nju promašena aktivna legitimacija, jer je utvrđeno da ona niti u jednom trenutku nije bila vlasnik ili suvlasnik spornih nekretnina. S obzirom na takvo utvrđenje valjalo je protiv nje odbiti tužbu s tužbenim zahtevom, međutim s obzirom na odredbu čl. 374. ZPP ovaj sud je taj deo presude nižestepениh sudova nije preinačavao, jer je odbacivanje tužbe blaži oblik sudske odluke za revidenta od odbijanja presudom tužbe i tužbenog zahteva. (Vrhovni sud Hrvatske, Rev. 697/96 od 21. 12. 2000.)

¹⁰ Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev. 3015/07 od 8. 11. 2007. godine.

tužbenog zahteva, tako da prigovor tuženika ako je osnovan predstavlja okolnost koja ima uticaj na ishod pokrenute parnice.

Pitanje stvarne legitimacije u parnicama, je pravno pitanje, na koje sud pazi po službenoj dužnosti, što znači da ukoliko stranka nije aktivno ili pasivno legitimisana, sud će tužbeni zahtev odbiti kao neosnovan. I prvostepeni i drugostepeni sud na nedostatak stvarne legitimacije pazi po službenoj dužnosti, jer je reč o primeni materijalnog prava. Naime, sud vodi računa o stvarnoj legitimaciji i po službenoj dužnosti, a ne samo po prigovoru stranaka, s obzirom da stvarna legitimacija zavisi od materijalnog prava koje se primenjuje na određeno činjenično stanje. Kao što vidimo, od postojanja stvarne legitimacije zavisi i samo rešenje materijalno-pravnog odnosa, povodom koga je došlo do spora između stranaka.

Prigovor nedostatka aktivne legitimacije treba da istakne tuženi, što je u skladu sa raspravnim načelom, jer ova činjenica nije sadržana u tužbi, pa samim tim sudu i nije poznata. Da bi podneti prigovor proizveo dejstvo potrebno je da se iznete činjenice potvrde u provedenom postupku, a to znači ako se potvrde, sud je dužan da ih uzme u obzir prilikom odlučivanja o tužbenom zahtevu.

Tužilja, kao posredni držalac stana, faktičku vlast vrši preko lica kojima je stan izdavala, pa je samim tim aktivno legitimisana da zahteva zaštitu prema poslednjem stanju državine i nastalom smetanju. Sud ima zadatak da istražuje istinu o činjenicama koje su stranke iznele, odnosno, saopštile i o dokaznim sredstvima koje one nude da bi odluka suda bila zakonita.¹¹

Aktivna legitimacija nije procesna pretpostavka za dopustivost tužbe niti za preduzimanje parničnih radnji u toku postupka, već od njenog postojanja zavisi osnovnost tužbenog zahteva. Stoga ni pogrešan zaključak suda o postojanju aktivne legitimacije tužioca u nekom aporu ne spada u sferu povrede odredaba parničnog postupka, već u sferu pogrešne primene materijalnog prava.¹²

Pitanje stvarne legitimacije je materijalnopravne, a ne procesnopravne prirode, pa ako sud nađe da sporno pravo ne pripada onome ko se u sporu pojavljuje kao tužilac, rešenjem će odbiti tužbeni zahtev kao neosnovan, a ne može odbaciti tužbu zbog nedostatka pravnog interesa. Naime, pokretanje postupka u cilju zaštite subjektivnog prava može biti opravdano samo ako tužilac ima pravni interes da sud izrekne predloženu odluku, a postojanje ovog interesa ima značaj procesne pretpostavke, tako da tužba može biti dopuštena samo ako je ova pretpostavka ispunjena. I u najširem smislu, pravno-zaštitna potreba postoji kad god se subjektivno pravo nalazi u jednom stanju nepodmirenosti, protivno zakonu, tako da bi ono, bez intervencije pravosudnih organa, ostalo neostvareno.

Međutim, od pitanja pravnog interesa, kao procesnopravnog pojma, treba razlikovati postojanje aktivne legitimacije, jer je stranka stvarno legitimisana ako

¹¹ G. Stanković i S. Andrejević, Materijalnopравни prigovori, Pravni život, br. 12/06, str. 13.

¹² Vrhovni sud FBiH, broj: 070-0-Rev-07-000745 od 6. 11. 2008.

je učesnik materijalnopravnog odnosa iz kojeg je nastala parnica, i to tako da je tužilac aktivno legitimisan ako on u tom odnosu ima položaj ovlašćene strane, a tuženom pripada pasivna legitimacija ako se odgovarajuća dužnost veže za njega. Pitanje stvarne legitimacije je materijalnopravne prirode, a ne procesnopravne, i tužbeni zahtev je neosnovan, te će ga sud odbiti, ako nađe da sporno pravo ne pripada onome ko se u sporu pojavljuje kao tužilac.

Prigovor promašene pasivne legitimacije

Aktivna legitimacija, kao jedan od oblika stvarne legitimacije, predstavlja materijalnopravni odnos stranke prema predmetu spora. Što znači da aktivnu ili pasivnu legitimaciju u pokrenutom sporu ima lice koje je učesnik materijalnopravnog odnosa, tako da je prigovor nedostatka aktivne ili pasivne legitimacije, materijalnopravni, a ne procesnopravni prigovor.¹³ Kada se istakne materijalnopravni prigovor, sud ne odlučuje o njemu posebnim rešenjem, već odluku o tom prigovoru donosi u konačnom rešenju, dakle, u sastavu rešenja donetog po podnetom tužbenom zahtevu.

Promašena pasivna legitimacija predstavlja materijalnopravni institut, a ne procesnopravni, što ima za posledicu meritorno odlučivanje od strane suda, odnosno odbijanje tužbenog zahteva, a ne precesno, odnosno odbacivanje tužbe. Dakle, pitanje pasivne legitimacije je materijalnopravno, a ne činjenično pitanje. Ako ne postoji aktivna ili pasivna legitimacija obaveza je suda da meritorno odluči, i u tom slučaju tužbeni zahtev se odbija. Ako je prigovor o nepostojanju pasivne odnosno, aktivne legitimacije neosnovan, odluka suda u vezi podnetog zahteva zavisiće samo od rezultata dokaznog postupka.

S obzirom da pitanje stvarne legitimacije nije procesna smetnja za vođenje postupka, to sud nije u obavezi da posebnim rešenjem odlučuje o izjavljenom prigovoru pre donošenja odluke po tužbenom zahtevu, već će sud u zavisnosti od rezultata dokaznog postupka o podnetom prigovoru odlučiti u sklopu rešenja kojim se odlučuje o osnovanosti, odnosno neosnovanosti tužbenog zahteva. Dakle, povodom prigovora tuženika o promašenoj pasivnoj legitimaciji sud neće donositi posebno rešenje, s obzirom da se radi o prigovoru materijalnog, a ne procesnog prava, tako da će sud odlukom odlučiti o tužbenom zahtevu. Smatra se da je tuženi pasivno legitimisan, ako je dovršio zamenu cilindra brave na ulaznim vratima,

¹³ U provedenom postupku nije razjašnjeno da li je tuženik neposredni držalac predmetne nepokretnosti ili pak predmetnu nepokretnost drži u ime svojih sinova, kao posrednih držalaca predmetnih nepokretnosti. Pri tom nije od značaja što je sin tuženika Siniša zaposlen, a drugi sin Tihomir živi na tetitoriji druge opštine, a što je sve od značaja za pitanje ocene pasivne legitimacijer na strani tuženika. (Rešenje Okružnog suda u Požarevcu, Gž, 617/86 od 13. 05. 1986.)

koje je započela njegova supruga, nakon čega je za sebe i za svoju porodicu zadržao ključeve od stana i sprečio tužilju da u isti uđe.

Pasivno legitimisano je ono lice koje je po propisima materijalnog prava dužno nešto da učini, odnosno propusti. Prigovor promašene pasivne legitimacije može da istakne tuženi, ako tvrdi da nije izvršio smetanje državnine, odnosno da nije preduzeo radnje kojim je izvršeno smetanje državnine, odnosno da nije odgovoran za radnje koje je preduzelo neko treće lice kojim radnjama je izvršeno smetanje državnine, jer ovom licu nije izdalo nalog za preduzimanje radnji koje predstavljaju smetanje državnine.

Tuženi može pred sudom da prizna da je izvršio smetanje državnine tužioca, ali po nalogu trećeg lica, koje mora imenovati. U tom slučaju, tužilac može zahtevati da sud pozove imenovano lice, koje mora da se izjasni da li je dalo nalog tuženom za preduzimanje radnji kojima je izvršeno smetanje i da li stupa u parnicu na mesto ranije tuženog. Ako imenovano lice prizna da je dalo nalog tuženom i da pristanak za stupanje u parnicu, tužilac svoju tužbu može preinačiti tako što će umesto prvobitno tuženog tužiti ovo lice.

Tužilac ne mora da preinači tužbu i umesto prvobitno tuženog tužiti drugo lice, s obzirom da u državninskim parnicama tuženi može biti lice koje je izvršilo smetanje, lice koje je dalo nalog za smetanje, kao i lice koje je dalo prečutnu saglasnost sa radnjom lica koje je izvršilo smetanje.

Prigovor neistinitosti državnine tužioca (exceptio vitiosae possessionis ab adversio) ili prigovor prava na samopomoć

Prigovor neistinitosti državnine tužioca (*exceptio vitiosae possessionis ab adversio*) može se upotrebiti od strane tuženog u situaciji kada je tužiočeva državnina postala prema njemu manljiva. To će biti slučaj ako je ranije tužilac oduzeo stvar tuženom (silom, prevarom ili zloupotrebom poverenja) a nakon toga tuženi povрати državinu, primenom samopomoći, pa sad tužilac podnese tužbu za povraćaj državnine.¹⁴

U ovom slučaju tuženi može da istakne prigovor da je tužiočeva državnina bila manljiva (*exceptio vitiosae possessionis*), odnosno da mu je baš tužilac oduzeo državinu zloupotrebom poverenja. Sud će u postupku proveriti činjenice koje se tiču osnovanosti ovog prigovora.¹⁵ Na osnovu istaknutog i osnovanog prigovora vicioznosti tužiočeve državnine, tuženik zadržava stvar u državinu, jer se uzima da viciozni držalac nikada nije postao pravni držalac, s obzirom da je njegov odnos prema stvari bio samo jedan životni odnos, koji nije državnina.

¹⁴ Ovaj prigovor dopušten je, dakle, samo ako se zasniva na potvrdi da je baš tužitelj oduzeo posed na nedopušten način. S. Triva GPPP, str. 640.

¹⁵ Dr. G. Stanković, Građansko-procesno pravo, Niš 1998, str. 464.

Pravo na prigovor opravdava se činjenicom da je u navedenom razdoblju i sam tuženik imao mogućnost da sudskim putem ostvaruje zaštitu svoje državine. On je umesto toga, izabrao nedopušteno sredstvo samopomoći. Birajući između dva samovlašća zakonodavac je očigledno smatrao da je manje zlo ako se prihvati, kao takav čin onog kasnijeg.¹⁶

Kod tužbe zbog smetanja državine, sud se ograničava samo na pretresanje i dokazivanje činjenice poslednjeg stanja državine i nastalog smetanja i po pravilu je isključeno pretresanje o pravu na državinu, o pravnom osnovu, savesnosti i nesavesnosti državine. Izuzetno, sud će raspravljati i o tome da je državina tužioca nastala silom, potajno ili prevarom, ako od takvog zauzimanja državine nije proteklo više od 30 dana i ako tuženi nasuprot tužbi zbog smetanja državine iznese prigovor u tom smislu.¹⁷ Isticanje prigovora ima peremtorni karakter, a ne dila-torni, s obzirom da je svrha prigovora da se tužbeni zahtev odbije, dakle, cilj pri-govora nije da se odloži tužbeni zahtev, obzirom da nije nastupio odložni uslov.¹⁸

Prigovor manljivosti državine tužioca (*exceptio vitiosae possessionis ab adversio*) nema svoj osnov u zakonom predviđenom i dozvoljenom samovlašću, već u činjenici da je tužilac prema tuženom manljiv (viciozan) držalac, što znači da tuženi predmetnu državinu ne pribavlja protivpravno, već naprotiv vraća državi-nu na osnovu zakona, izuzetno dozvoljenom upotrebom samopomoći, pa stoga u radnjima tuženog nema protivpravnosti, pa samim tim ni smetanje državine tu-žioca.

Prigovor manljivosti državine može se istaći samo prema određenom licu, odnosno zaštita manjljive državine ima relativni karakter, dok savesni i zakoni-ti držalac ima pravo na državinsku zaštitu prema tim licima - *erga omnes*, tako da je njegova državinska zaštita, zaštita u apsolutnom smislu. Međutim, po proteku roka od 30. dana od saznanja za oduzimanje državine, manljiv držalac postaje mi-ran i bezbedan držalac u odnosu na glavnog držaoca stvari, tako da ovaj ne može više da koristi samopomoć, niti da koristi prigovor vicioznosti. U takvom slučaju manjljiva državina biće zaštićena, pa će sud rešenjem obavezati tuženika da stvar preda tužiocu. Dakle, držalac koji je državinu stekao silom, potajno ili pak zlou-potrebom poverenja, ima pravo i na zaštitu i prema licu od koga je na takav način došao do državine, pod uslovom ako je to lice, kao prethodni držalac propusti-

¹⁶ S. Triva, GPPP. str. 641.

¹⁷ Tuženi može istaći prigovor manljivosti državine – da mu je tužilac oduzeo državinu si-lom, potajno ili zloupotrebom poverenja, samo ako nisu protekli rokovi iz čl. 77. ZOSPO tj. ako od dana kada je tuženi saznao da mu je tužilac oduzeo državinu, pa do dana kada je povratio državinu nije proteklo više od 30 dana, odnosno ako od dana kada je tuženom oduzeta državina nije proteklo više od jedne godine. Po isteku ovih rokova ne može se raspravljati o navedenom prigovoru. (Reše-nje Okružnog suda u Beogradu, GŽ. 829/99)

¹⁸ Vidi. čl. 74. i 77. Zakona o obligacionim odnosima.

lo zakonske rokove za zaštitu državine.¹⁹ Po isteku zakonom predviđenih rokova ne može se više raspravljati o navedenom prigovoru. Tuženiku tada ostaje pravo da podnošenjem svojinske tužbe dokaže pravo svojine na stvari. Ako se tuženi tokom državinske parnice ne pozove na prigovor manljivosti državine tužioca, i da je to bio razlog što je samopomoć preduzeo, a što mu je zakonom dozvoljeno, ovu činjenicu kasnije u žalbi ne može uspešno da ističe.

*Prigovor nedostatka svesti i određenog stepena
voljnog elementa kod tuženika*

Tuženi može u državinskoj parnici istaći prigovor nedostatka svesti i određenog stepena voljnog elementa kod preuzimanja radnji koje predstavljaju čin smetanja državine. Za izvršeno smetanje državine nije potrebno utvrditi nameru smetanja - *animus turbandi*, ali je nužno kod lica koje je izvršilo smetanje državine, utvrditi da postoji svest i određeni stepen voljnog elementa, da je njegova radnja usmerena prema tužiocu - držaocu stvari, odnosno državine prava, i da ovo njegovo ispoljeno ponašanje ima za cilj pribavljanje državine na stvari, ili državine prava, ili uznemiravanja tužioca u državini stvari odnosno državini prava.²⁰ Od utvrđenja ovih činjenica i odgovora na ovo pitanje zavisice da li se određena radnja tuženog može smatrati kao radnja smetanja.²¹

Bitna pretpostavka, da bi se nečije postupanje, moglo označiti kao smetanje državine, jeste svest učinioca da time menja državinsko stanje, tj. nije potrebno postojanje namere da se smeta tuđa državina, već je dovoljno da postoji svest, znanje da se preduzetom radnjom smeta tuđa državina.²² Ne može se smatrati da

¹⁹ Držalac koji je državinu stekao silom, potajno ili zloupotrebom poverenja ima pravo na zaštitu i prema licu od koga je na takav način došao do državine, ako je raniji držalac propustio da u zakonskim rokovima zaštitu svoju državinu. (Okružni sud u Valjevu, Gž. 1469/05 od 21. 10. 2005)

²⁰ Smatraće se da je izvršeno samovoljno smetanje poseda i onda ako ne postoji namera da se pribavi posed, ali postoji svest o tome da se ušlo u područje tuđeg poseda. (Presuda Vrhovnog suda Bosne i Hercegovine, Gzz. br. 64/70 od 1. 07. 1971. god. Bilten br. 23. 1972)

²¹ Za čin smetanja poseda na strani učinioca potrebno je postojanje svesti da preduzetom radnjom smeta tuđi posed, a ocenjeno je da takve svesti nema kad je useljenje u stan došlo na osnovu rešenja o davanju stana na privremeno korišćenje, u smislu Zakona o privremenom korišćenju stanova. (Vrhovni sud Hrvatske, Gzz. 72/98. od 8. oktobra 1998).

²² Utvrđeno je da je tužilac korisnik stana u suterenu, a tuženik prostorije iznad tužiočevih i da se iznad tužiočeve kuhinje nalazi tuženikov WC i tuženikova sudopera. U 2005. godini došlo je do vlaženja tužiočeve tavanice, koje nekoliko meseci kasnije pri sudskom uviđaju nije bilo. Po žalbi tužioca Okružni sud u Nišu je potvrdio rešenje Opštinskog suda. U radnji tuženika, odnosno u propuštanju izvršenja radnje, nema smetanja državine iz čl. 75. ZOSPO, jer tuženik nije preduzeo ili svesno zanemario preduzimanje radnje zadiranja u posed tužioca. Nastali poremećaj državine tuženik nije mogao pretpostaviti i sprečiti. Svesnim postupanjem, zanemarivanjem popravke kvara u svom

svaki protivpravni zahvat i radnja jednog lica predstavlja čin smetanja državine.²³ Iz iskustva znamo da postoje mnoge radnje koje po samoj svojoj prirodi i sadržaju nisu čin smetanja državine, već predstavljaju štetnu radnju ili da se pojave kao druge radnje koje su preduzete prema imovinskoj sferi smetanog lica, kojim sud pruža zaštitu, kod naknade štete ili obavezivanjem na određenu činidbu.

Kod smetanja državine svesni element kod izvršioca smetanja se ispoljava kroz njegove spoljašnje akte tako da su u parnici za smetanje državine svesni element utvrđuje ocenom sadržaja preduzete radnje od strane izvršioca, po načinu na koji je preduzeo određenu radnju i prema ispoljenom ponašanju prema stvari, koja je u državinskoj sferi smetanog lica.²⁴ Svaka radnja koja predstavlja smetanje državine spolja gledano manifestuje se u ponašanju izvršioca smetanja i pojavljuje se kao voljni akt preduzet sa određenim ciljem.²⁵

Sud je u obavezi da kod parnica zbog smetanja državine, dakle, u posesornom postupku utvrdi da li preduzeta radnja od strane tuženog predstavlja smetanje državine.²⁶ Zbog toga ako je smetanje državine izvršeno slučajno, nehotice, u neuračunljivom stanju i slično, kod izvršioca smetanja nema svesti o smetanju, pa samim tim i nema smetanja državine. Svesni element kod izvršioca smetanja manifestuje se kroz spoljašnje akte koje je izvršilac smetanja preduzima, po načinu na koji preduzuima određenu radnju i pri tom ispoljava svoje ponašanje pre-

stanu, tuženik bi doprineo pogoršanju državine iz svog stambenog prostora, nezavisno od spratnosti na kojoj se stambene površine nalaze, budući da su obe stambene jedinice priključene na istu kanalizacionu vertikalnu, pa je pravilan zaključak prvostepenog suda. (Rešenje Opštinskog suda u Nišu P. 6144/05 od 3. 02. 2005. godine i Rešenje Okružnog suda u Nišu, Gž. br. 2123/06 od 14. 07. 2006)

²³ Za postojanje namere bitni su subjektivni elementi, odnosno volja i znanje koje se odnose na samu radnju i njenu posledicu, dok se znanje o protivpravnosti nije bitno, već je dovoljno da ista objektivno protivpravna.

²⁴ Animus turbandi u današnjem pravu znači da "smetanje državine" nije u pravnom smislu izvršeno, tj. da ne postoji odgovornost za smetanje ako je radnja učinjena ili slučajno (upadom životinje na tuđu zemlju) ili ako je izvršena u neuračunljivom stanju (pijan čovek legne u tuđu pšenicu). Zoran Rašović, Komentar ZOSPO, Podgorica god. 1999, str. 323.

²⁵ Pretpostavka za uspeh tužbe zbog smetanja poseda između ostalog je ta da postoji namera smetanja – volja nekog lica da određenom radnjom drugog smeta u njegovom posedu, a koja namera treba da sadrži svest – znanje da se dotičnom radnjom smeta tuđi posed kao i da je smetanje poseda izvršeno protivpravno tj. bez postojanja pravnog osnova. Ako se oduzimanje državine zasniva na zakonskom ovlašćenju ili na odluci državnog organa, ne radi se o protivpravnoj povredi državine, pa takav držalac ne uživa državinsku zaštitu. (Rešenje Okružnog suda u Beogradu, Gž. 1591/02.)

²⁶ Bitna pretpostavka da bi se nečije postupanje moglo kvalifikovati kao smetanje poseda jeste svest učinioca da time menja posedovno stanje. Kako toga nije bilo u konkretnom slučaju, domašaj njihovog instituta bi trebalo ocenjivati u okviru instituta naknade štete, a zahtev za smetanje je odbijen. (Rešenje Okružnog suda u Zagrebu Gž. 768/84 od 23. 10. 1984)

ma stvari koje je u državini smetanog lica.²⁷ Svaka radnja kojom se vrši akt smetanja ogleda se o spoljašnjem ponašanju izvršioca smetanja, koje se kao voljni akt preduzima sa određenim ciljem, koji se utvrđuje u postupku zaštite državine pred sudom, a na osnovu spoljašnjeg ponašanja izvršioca akta smetanja.²⁸

Kao što vidimo, suština smetanja državine je da lice koje smeta državinu drugog lica izvršava protivpravnu i samovlasnu radnju sa voljom i uverenjem da preduzetim radnjama vrši akt smetanja. Zbog toga saglasnost sa preduzetim radnjama jednog lica koje je izvršilo smetanje državine a koje lice nema nikakav pravni interes, ne znači smetanje državine, jer se smetanje državine može izvršiti samo aktivnom radnjom lično ili preko drugog lica.

*Prigovor da između istih stranaka već teče isti spor
(parnica) o smetanju državine*

Prigovor da između istih stranaka već teče isti spor o smetanju državine biće osnovan samo ukoliko je smetanje izvršeno istog dana. Reč je o prigovoru prethodne tužbe – *beneficium excussionis*, kojim tuženi na početku rasprave upoznaje sud da tužilac ima kod suda tužbu sa istom sadržinom. Dakle, ako između istih stranaka već teče parnica, da bi bio osnovan prigovor litispendencije, nova parnica mora da ima isti zahtev. Prigovor da parnica o istom zahtevu između istih stranaka već teče, predstavlja procesnu smetnju za vođenje postupka i razlog za odbačaj tužbe.²⁹ Sud po službenoj dužnosti u toku celog postupka pazi na postojanje identične parnice. Sud će ovako rešenje doneti već po prethodnom ispitivanju tužbe, dakle, nije neophono održavanje pripremnog ročišta. To, međutim, ne znači da prvostepeni sud u situaciji kada je ovaj prigovor istaknut, ili kada po službenoj dužnosti proverava da li između stranaka o istom zahtevu već teče parnica, nije neophodno utvrditi relevantne činjenice za pravilno odlučivanje o navedenoj procesnoj smetnji.

Za pravilno utvrđivanje da li parnica teče potrebno je utvrditi sledeće relevantne činjenice: da li se radi o parnici između istih stranaka, odnosno da postoji identitet lica, a što predstavlja subjektivni uslov. Sledeća činjenica je da se radi o istom zahtevu i ona se odnosi na objektivni uslov. Treći, ne manje važan uslov je, kada je parnica počela da teče, pa u tom smislu treba razlikovati pokretanje par-

²⁷ Prema D. Stojanoviću, kako je pretpostavka za postojanje smetanja državine, svest lica koje smeta da zahvata u područje tuđe državine, bez postojanja te svesti, i ako postoji smetanje državine, može zbog postojanja zablude o državinskim odnosima da bude isključena, ali ne i zbog postojanja zablude o pravnom stanju. Komentar ZOSPO., str. 381.

²⁸ Postojanje namere za zahvatu tuđu državinu, volja da se državina drugog lica smeta, ne spada u činjenično stanje koje se zahteva za smetanje državine. Randa, Besitz, str. 168-169.

²⁹ Sud će odbaciti tužbu ako utvrdi da o istom zahtevu među istim strankama teče druga parnica. (Rešenje Vrhovnog suda Crne Gore, Rev. 610/08 od 16. 12. 2008)

ničnog postupka, koji se pokreće tužbom, kada je relevantan dan podnošenja tužbe i početak toka parnice, kao je relevantan dan dostavljanjem tužbe tuženom.³⁰ Stoga, ukoliko se radi o istim licima i o istom zahtevu, osnovano se prigovor da parnica teče može istaći samo u onoj parnici koja je docnije počela teći,³¹ a docnije je počela teći parnica u kojoj je je kasnije tuženom dostavljena tužba.³² Dakle, da bi se zbog litispencije mogla odbaciti tužba, neophodno je da je u drugoj parnici među istim strankama u pogledu istog zahteva tužba već dostavljena tuženiku, odnosno nije dovoljno da je tužba samo predata sudu. Kao što vidimo, ukoliko među strankama bude pokrenuta nova parnica u pogledu istog zahteva sud je dužan da odbaci tužbu u odnosu na koju je parnica kasnije počela da teče, a ne tužbu koja je kasnije podnesena. Da bi se radilo o istovetnim tužbenim zahtevima nužno je da je zahtev o kojem je pravnosnažno odlučeno i zahtev istaknut u novopokrenutoj parnici, ne samo sadržajno isti, već je nužno da se oni zasnivaju i na identičnoj činjeničnoj osnovi. O identičnim zahtevima možemo govoriti samo ako se oni zasnivaju na istoj činjeničnoj osnovi, a činjeničnu osnovu čine sve one okolnosti koje ulaze u okvir događaja, koji čini osnov tužbenog zahteva.

Osnov tužbe, za razliku od pravnog osnova predstavlja skup činjenica iz kojih proizilazi tužbeni zahtev. Po pravilu to je neki životni događaj koji se dogodio ili za koji tužilac tvrdi da se dogodio. Dakle, da bi se radilo o istovetnim tužbenim zahtevima nužno je da se oba zahteva zasnivaju na jednom životnom događaju. To znači, da tužilac ne može isti tužbeni zahtev da ostvaruje u dve parnice, ni onda kad ga u svakoj od tih parnica zasniva na drugačijoj činjeničnoj građi (osnovi).

Ako se novi zahtev zasniva na jednom životnom događaju iz vremena podizanja nove tužbe, koji se razlikuje po datumu i mesecu izvršenog smetanja državine po ranije podnetoj tužbi, tada je reč o samostalnim tužbama, odnosno reč je o tužbama koje nisu identične. Naime, kod smetanja državine moguće je da tužilac podnese dve tužbe zbog smetanja državine, i u ovom slučaju životni događaji pripadaju istoj vrsti, ali nisu identični, što ih čini različitim. U ovakvoj situaciji ne postoji identitet činjenične osnove ranijeg i novog zahteva, odnosno ne postoji identitet između postavljenih tužbenih zahteva.

³⁰ Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 3450/2006 od 21. 12. 2006. godine, Sudska praksa trgovinskih sudova, Bilten br. 1/07.

³¹ Da li između istih parničnih stranaka po istom tužbenom zahtevu već teče parnica, ne utvrđuje se samo na osnovu toga da li je takva tužba podneta, nego da li je ta tužba i dostavljena suprotnoj stranci, jer parnica počinje da teče dostavljanjem tužbe tuženom, a ne sa podnošenjem tužbe sudu. (Vrhovni sud Republike Srbije, Rev. 780/08 od 26. 03. 2008)

³² Kada tuženi pred istim sudom preda dve tužbe sa označenjem istog tuženog, da bi se odlučilo o istaknutom prigovoru litispencije, sud će uvidom u spise predmet utvrditi u kom predmetu je parnica prvo počela da teče. (Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž. 2714/2007 od 23. 04. 2007)

Prigovor petitorium absorbet possessorium

Prigovor *petitorium absorbet possessorium*³³ može istaći tuženi, ako je između istih stranaka i o istoj stvari istovremeno vođen petitorski spor, koji je okončan u korist tuženog.³⁴ Uzima se, dakle, kao pravilo da svojinski (stvarnopravni) zahtev apsorbira državinski zahtev. Grčki (čl. 991), poljski (čl. 344) i nemački Građanski zakonik (p. 864. st. 2.) izričito predviđaju pravo na isticanje prigovora *petitorium absorbet possessorium*. Tuženi može u posesornoj parnici, koja je u toku pozvati na ovu presudu, dokazujući time da i njegovo ponašanje, za koje tužen u posesornom sporu, u skladu sa petitorskom presudom, na taj način odbiti tužiocu pretenziju na državinu.

U državinskom sporu tuženi se može izuzetno pozvati na svoje jače pravo na državinu kada se proces o pravu završio ranije od državinskog procesa, gde je već rešeno o pravu na stvar,³⁵ ovde važi pravilo *petitorium absorbet possessorium*, kao i uspešno istaći prigovor da stvar drži po osnovu zakona ili pravnog posla (*ius retentionis*, sudska plenidba). Ovo su dva jedina slučaja kada se u postupku radi smetanja državnine raspravlja o jačem pravu.³⁶ To znači da je po načelu *petitorium absorbet possessorium* za državinsku parnicu jedino relevantna činjenica da je od strane suda pre završene državinske parnice doneta pravosnažna presuda u svojinskoj parnici. Na primer, za iseljenje tužioca iz stana. U ovom slučaju, dakle, važi pravilo da se ne može sa uspehom voditi spor za smetanje državnine, tj. posesorna parnica, ako je već u suprotnom smislu okončana petitorska parnica.

Naime, o stvari o kojoj je pravosnažno odlučeno ne može se u redovnom postupku ponovo meritorno raspravljati i odlučivati. Utvrđenu sadržinu prava ili pravnih odnosa u sudskoj odluci treba smatrati istinitom. U predmetu o kome je pravosnažno odlučeno ne može se više ni u parnici u kojoj je doneta odluka, ni u kom drugom postupku, suditi. Presuda vezuje istinitošću sadržaja i vezuje pravne subjekte na koje se odnosi, pa im se ne može priznati pravni interes da traže novu odluku drugačijeg sadržaja o istom pitanju, jer u pravnoj stvari o kojoj je doneta odluka ne može se drugačije suditi.³⁷ Isto tako, sud neće pružiti državinsku zaštitu tužiocu na zakupljenom poslovnom prostoru ako je između tužioca i tuženika, u međuvremenu u korist tuženika pravosnažno okončan parnični po-

³³ Svojinska tužba sadrži u sebi i državinsku. Vlasnik koji pokrene reivindikacionu parnicu traži time ujedno i i vraćanje državnine stvari.

³⁴ Prema M. Bartošu, kako je državina subjektivno pravo, to se u tužbi za povraćaj državnine mora shvatiti tako da se držaocu priznaje ostvarenje ove tužbe samo u granicama prava. Tabaci..., str. 92.

³⁵ Čl. 81. vidi čl. 37, 41, 42, i 43. Zakona o osnovama svojinsko pravnih odnosa.

³⁶ Presuda Vrhovnog suda Republike Srpske, Gv. 3/98 od 2. 04. 1998. godine.

³⁷ Rešenje Privrednog apelacionog suda, Pž. 2618/2010 od 28.07.2010.

stupak radi iseljenja tužioca iz poslovnog prostora. Naime, tužilac je od trenutka pravnosnažnosti presude za iseljenje postao nesavestan držalac, tako da se tuženik može pozvati u državinskoj parnici na samopomoć, odnosno na ranije pravnosnažno okončanu parnicu radi iseljenja.

Odluka u državinskom sporu je dakle, privremena i ona će biti povučena odlukom suda kojim se eventualno utvrđuje pravo svojine tužioca na spornom poslovnom prostoru po osnovu navedenih ugovora o prodaji jer, pravo svojine na stvari inkorporira i pravo na državinu i takva presuda po materijalnom pravu ima jaču pravnu snagu od odluke suda donete u državinskom sporu.³⁸ Ako takva parnica ne bude okončana pre državinske parnice, ovo načelo se ne može primeniti. Isto tako, ako sud odbije zahtev tužioca za predaju državine u petitornoj parnici, tada mora da odbije tužbeni zahtev i u posesornoj parnici, jer petitorna parnica apsorbuje posesornu parnicu. Ovaj princip se primenjivao i u rimskom pravu, što je sasvim logično, pa sud mora da ga uvažava, jer osim što se služi propisima, sud

³⁸ Prema utvrđenom činjeničnom stanju, pravnosnažnim rešenjem prvostepenog suda, utvrđeno je da je tužilac (koji je u tom sporu imao svojstvo tuženog) smetao tuženog (u toj parnici tužioca) u posedu poslovnog prostora – garaže, tako što je 9. 12. 1997. godine obio garažu, izneo iz nje stvari tuženog, promenio bravu i zaključao garažu, pa mu je naloženo da u roku od 8 dana uspostavi predašnje stanje poseda tako što će tuženom vratiti garažu sa svim stvarima i postaviti raniju bravu na vratima. Tuženi kao poverilac pokrenuo je protiv tužioca kao dužnika izvršni postupak za izvršenje rešenja o smetanju poseda. Tužilac je u izvršnom postupku ustakao prigovor da je u međuvremenu stekao pravo svojine na garaži, pa je rešenjem I. br. 94/03 od 2. 04. 2003. godine, upućen na parnicu protiv tuženog radi proglašenja nedopustivosti izvršenja u odnosu na garažu. Tužilac je na osnovu tog rešenja pokrenuo ovaj parnični postupak. Nižestepeni sudovi su zaključili da je tužilac dokazao jače pravo na garažu u odnosu na tuženog u smislu čl. 41. ZOSPO, zbog čega je izvršenje određeno rešenjem prvostepenog suda br. I. 81/99 od 16. 08. 1999. godine nedopušteno u delu kojim se traži predaja garaže tuženom, kao poveriocu. Jače pravo tužioca (u izvršnom postupku-dužnika) na spornu garažu u odnosu na tuženog (u izvršnom postupku - poverioca) razlog je, koji je i po oceni ovog suda sprečava izvršenje rešenja o smetanju poseda. Pošto je, naime, tužilac to pravo naknadno stekao, prestao je da postoji pravni osnov po kome bi bio dužan da u izvršnom postupku preda tuženom garažu u posed. Izvršenje predajom garaže, pri takvom stanju stvari više nije opravdano. Tužulac, naime, nije dužan da stvar, čiji je predpostavljeni vlasnik, preda drugom licu koje nije dokazalo nikakvo pravo na tuđu stvar, pa ni onda kad se ranije radilo o utvrđenom smetanju poseda. Neprihvatljiv je stav izražen u reviziji “da bi se potvrđivanjem rešenja drugostepenog suda ozakonilo nasilje ii bezvlašće”, odnosno da “u tom slučaju nije potrebna ni pravna legislativa, niti bilo kakvi organo, a ponajmanje sudovi.” Radnja smetanja poseda, bila je u vreme izvršenja, van svake sumnje protivpravna, pa je kao takva sankcionisana rešenjima prvostepenog i drugostepenog suda. Tužilac je u međuvremenu stekao pretpostavljeno pravo svojine na nepokretnostima na kojima je čin smetanja ranije izvršio, dok tuženi na njima nije dokazao nikakvo pravo. Jedino je radi toga, a ne zbog “ozakonjenja nasilja ili bezvlašća” tužilac je uspeo sa tužbom. Drugim rečima, ako je tužilac smetao tuženog u posedu garaže, pa je naknadno stekao jače pravo na tu garažu iu odnosu na tuženog, onda je prestao da postoji i pravni razlog da mu vrati garažu samo zbog ranije počinjenog smetanja poseda. (Vrhovni sud Republike Srpske, Rev. br. 118/07 -001 164 od 29. 05. 2009)

mora da se služi i logikom. Stoga bi bilo apsurdno davati tužiocu zaštitu u posebnoj parnici i usvojiti tužbeni zahtev, ako je tužilac izgubio petitorsnu parnicu.³⁹

Nemačko pravo (p. 864. st. 2), poljsko pravo (čl. 344), i grčko pravo (čl. 991), kao što smo napred naveli, izričito predviđaju da tuženi može da istakne prigovor *petitorium absorbet possessorium*, odnosno prigovor da je između istih stranaka već vođen petitorsni spor, koji je okončan u korist tuženog. Naši pozitivni propisi ne sadrže ovakvu odredbu, ali je pravna teorija i sudska praksa prihvatila isticanje ovog prigovora, tako da je danas njegova primena nesumnjiva.

Prigovor *petitorium absorbet possessorium* tuženi može da istakne, bez obzira da li je konačno rešenje o pravu na državinu doneto u upravnom ili parničnom postupku. Ako sud utvrdi da je prigovor osnovan neće pružiti tužiocu državinsku zaštitu. Zbog toga će sud, kada tužilac traži da se utvrdi da ga je tuženi smetao u državini korišćenja puta, a u toku te parnice se pravnosnažno okonča parnica između istih stranaka kojom je utvrđeno da tužilac nema pravo službenosti puta za prolaz kolima, pešice i poljoprivrednim mašinama, odbiti tužbeni zahtev tužioca za smetanje državine, kao neosnovan.

*Prigovor neposrednog ili posrednog držaoca da stvar ima u državini
na osnovu određenog posla*

Objektivno shvatanje državine dozvoljava da na jednoj stvari postoji državine dva lica, reč je o neposrednoj i posrednoj državini. Neposredna državina postoji na osnovu nekog pravnog posla (npr. državina plodouživaoca), dok posrednu državina ima lice, koje je na osnovu tog pravnog posla svoju stvar predalo u neposrednu državinu (npr. plodouživaocu). Za vreme trajanja pravnog posla neposredni i posredni držalac ako budu međusobno tuženi u državinskoj parnici mogu istaći petitorsni prigovor da stvar ima u državini na osnovu određenog posla, i da se zbog toga protivi oduzimanju državine ili uznemiravanju iste. Reč je o prigovoru koji se odnosi na pravno pitanje. Na primer, kod ugovora o zakupu, na osnovu koga tuženi, kao zakupac ima neposrednu državinu na stvari, dok tužilac, kao zakupodavac ima posrednu državinu, tuženi u državinskom sporu može da istakne prigovor da je pravni posao zaključen između njega i tužioca ponovazan, da rok predviđen ugovorom nije istekao, i da stoga proizvodi pravne posledice, a da on realizuje zaključen ugovor u skladu sa u njemu predviđenim pravima i obavezama, te da nije izvršio čin smetanja državine tužioca, jer je preduzeo radnje u skladu sa zaključenim ugovorom, dakle, radnje koje je imao pravo da preduzme.

³⁹ Rešenje Okružnog suda u Novom Sadu, Gž. 4184/02. od 18. 02. 2002.

Prigovor nepostojanja elementa protivpravnosti

Tuženi u državinskoj parnici može istaći prigovor nepostojanja elementa protivpravnosti u preduzetim radnjama koje predstavljaju čin smetanja. Prigovor tuženog se sastoji u tome što ističe da je preduzeo radnje ali pošto mu je prethodno tužilac izričito to dozvolio ili je pak radnje preduzeo po službenoj dužnosti.⁴⁰ Kad službeno lice postupa na osnovu zakonskog ovlašćenja ili naloga državnog organa i povredi državinu trećeg lica protivno njegovoj volji, tada ako fizičko ili pravno lice bude tuženo, može istaći prigovor da je postupalo u skladu sa zakonskim ovlašćenjem ili na osnovu naloga državnog organa. Zbog toga kada sud utvrdi da je tuženi postupao po nalogu sudskog izvršitelja tada u njegovim radnjama nema protivpravnosti, pa samim tim nema ni smetanja državine.

Prema Zakonu o poljoprivrednom zemljištu, vlasnik, odnosno korisnik poljoprivrednog zemljišta dužan je: 1) da obrađivo poljoprivredno zemljište redovno obrađuje i da primenjuje mere propisane zakonom i drugim propisima; 2) da postupa kao dobar domaćin i po pravilima kodeksa dobre poljoprivredne prakse, i 3) da zemljište koristi u skladu sa poljoprivrednom osnovom jedinice lokalne samouprave. Obradivo poljoprivredno zemljište koje nije obrađeno u prethodnom vegetacionom periodu ministarstvo može dati u zakup fizičkom, odnosno pravnom licu za period od tri godine, uz plaćanje zakupnine vlasniku zemljišta, a po odbijanju troškova postupka,⁴¹ što znači da u radnjama lica koje uzme poljoprivredno zemljište u zakup nema protivpravnosti.

Dozvoljen je i prigovor prava. Na primer, kada tuženi poseče grane na stablu koje se nalazi na parceli tužioca, a grane prelaze u vazdušni prostor tuženog koji je grane posekao po osnovu susedskog prava.⁴² Naime, prema pravnim pra-

⁴⁰ Prema odredbama čl. 75. ZOSPO, koji se ima primeniti u konkretnoj situaciji svaki držalac stvari i prava ima pravo na zaštitu od uznemiravanja ili oduzimanja državine. Oduzimanje državine ili uznemiravanje mora biti protivpravno da bi držalac imao pravo na zaštitu državine a ukoliko ne postoji privpravna povreda državine znači ako se smetanje državine zasniva na pristanku držaoca stvari, na zakonskom ovlašćenju ili odluci nadležnog državnog organa, tada protivpravnosti nema, te takav držalac ne uživa državinsku zaštitu. (Rešenje Okružnog suda u Beogradu, Gž. 11408/98)

⁴¹ Čl. 59. Zakona o poljoprivrednom zemljištu ("Službeni glasnik Srbije" br. 62/06 od 19. 07. 2006. godine).

⁴² U ovoj parnici tužilac traži posedovnu zaštitu zbog smetanja poseda koje je počinio tuženik, time što je posekao grane na stablu oraha, kruške i šljive, koja stabla se nalaze na nekretninama tužioca. Odsecanje grana na stablima voćaka na nekretninama tužioca, a kako to tužilac opisuje u svojoj tužbi, nedvosmisleno predstavlja zadiranje u njegov posed, što zahteva i odgovarajuću zaštitu. Međutim, zaštita poseda od samovlasnog smetanja, bilo da se radi o oduzimanju ili uznemiravanju, ostvaruje se neposredno u posedovnoj parnici, ali i posredno u nekim drugim parnicama. Suština posedovne zaštite je u kontinuitetu postojećeg posedovnog stanja, pa ostvarenje prava na zaštitu poseda vodi ka uspostavi posedovnog stanja kakvo je bilo pre preduzetog čina samovlasnog smetanja.

vilima građanskog prava (p. 282. SGZ), ne može se obavezati tuženi da da poseče grane svog drveta koje prelaze susedno imanje, već to može učiniti tužilac o svom trošku.

Elektroprivredna organizacija može kresati rastinje u šumi kako ono ne bi ometalo normalno korišćenje elektroenergetskog voda tako da tu nema smetanja državine, ali vlasnik šume ima pravo na naknadu štete koja je nastupila zbog kresanja rastinja. Zatečenim rastinjem smatra se i ona šuma koja je po prirodnom toku stvari rasla, pa je potrebno ispitati da li je kresanjem vlasniku šume nastala nekakva šteta.

Prigovori između naslednika ostavioca

Pored gore navedenih prigovora, koji se mogu isticati u parnicama zbog smetanja državine tuženik, kao naslednik ostavioca na osnovu Zakona,⁴³ može istaći sledeće prigovore: a) da tužilac nije naslednik, b) da sporna stvar, odnosno pravo stvarne službenosti ne ulazi u zaostavštinu i c) da ostavilac nije bio držalac stvari, odnosno prava stvarne službenosti. Tuženi mora da dokaže činjenice na kojima zasniva istaknuti prigovor. Petitorni prigovori u državinskim parnicama su redovno isključeni, međutim, postoje i izuzeci kada su petitorni prigovori dozvoljeni. Na primer, kada je pre okončanja državinskog spora, u petitornoj parnici, pravnosnažno utvrđeno pravo na državinu licu, koji je u državinskoj parnici bio tuženi. U tom slučaju primenjuje se pravilo *petitorium absorbet possessorium*, tako da otpada dalje vođenje državinske parnice, s obzirom da je pravnosnažnom presudom utvrđeno pravo tuženog na državinu.

U državiskoj parnici tužioca, kao naslednika ostavioca, protiv tuženog, dozvoljen je prigovor prava tuženog, kao vlasnika stvari, koja je bila predmet plodouživanja kod ostavioca, i to: 1) Kad nakon smrti ostavioca primenom samopomoći vlasnik oduzme stvar, koja je bila predmet plodouživanja, od tužioca (naslednika ostavioca) u zakonom predviđenom roku. Naslednik, dakle, nema prava da zadrži vlasnikovu stvar koja bila predmet plodouživanja ostavioca, već mora odmah da je vrati vlasniku, jer se pravo plodouživanja, kao strogo lično pravo smrću ostavioca ugasilo, pa bi dalje zadržavanje vlasnikove stvari od strane naslednika ostavioca bilo bez pravnog osnova, a i protivno volji vlasnika. 2) Kad umre vlasnik stvari, a naslednik istog podnese tužbu zbog oduzimanja

To znači da ako nema mogućnosti da se uspostavi posedovno stanje kakvo je bilo pre čina smetanja, tada nema ni prava na zaštitu poseda, već posednik može ostvariti odgovarajuću pravnu zaštitu u nekoj drugoj, a ne u posedovnoj parnici. U ovom slučaju kada je u pitanju odsecanje grana sa stabla voćaka, ne postoji mogućnost uspostave posedovnog stanja, pa tužilac nema pravo na posedovnu zaštitu. (Županijski sud u Bjelovaru, Gž. 464/04 od 8. 04. 2004. godine.)

⁴³ Čl. 73. Zakona o osnovama svojinsko pravnih odnosa.

državine protiv tuženog, kod koga se ostaviočeva stvar nalazi, tuženi može istaći prigovor prava da se stvar nalazi kod njega na osnovu punovažnog pravnog osnova, ugovora o plodouživanja ili zakupa. Titular prava plodouživanja koji se nalazi u državini nepokretnosti ovlašćen je iz državine isključiti nasljednika koji je stekao svojину na nepokretnosti na kojoj je ustanovljeno pravo plodouživanja. Tuženi, dakle, uspešno može istaći prigovor da stvar drži po osnovu zakona ili pravnog posla (*ius retentionis*, sudska plenidba). Ovo su dva jedina slučaja kada se u postupku radi smetanja državine raspravlja o jačem pravu. 3) Tuženi može tužiocu, kao nasledniku ostavioca istaći prigovor prava – da je postao vlasnik i držalac stvari na osnovu ugovora o doživotnom uzdržavanju i da tužilac, kao naslednik nema pravo na državinu stvari. Pravilo je da naslednik postaje držalac u trenutku smrti ostavioca, ali na naslednika prelazi samo državina koju je ostavilac imao u pogledu predmeta koje ulaze u zaostavštinu ostavioca.

DRAGOLJUB LAZAREVIĆ

POSSES OBJECTIONS

Summary

There are nine objections that could be raised in possession lawsuit: objection *petitorium absorbet possessorium*; *exceptio vitiosae possessionis ad adversio*; objection direct or indirect possessor to have thing in the possession on the basis of the particular job; objection untimely submitted action; lack of active legitimation; lack of passive legitimation; objection to the lack of awareness of the defendant; objection that between the same parties running the same action; objection the lack elements of unlawfulness.

DORĐE SARAPA

DA LI JE STRANO PRAVO ILI PRAVO ČINJENICA KAD SE PRIMENJUJE TEMELJEM KOLIZIONE NORME

KOLIZIONA NORMA

Iz državnog suvereniteta neposredno proizilazi princip teritorijalnosti, po kojem se na državnoj teritoriji primenjuju propisi te države. Oni čine pravni poredak države. Razvoj društvenih i ekonomskih odnosa doveo je do toga da činjenični odnosi često izlaze iz okvira jedne države. U tom slučaju reč je o činjeničnim stanjima sa međunarodnim obeležjem. Vežanost činjeničnog stanja za više od jednog pravnog poretka dovela je do odstupanja od stroge primene principa teritorijalnosti, poznato u nauci kao Holandska škola XVII veka, čiji su glavni predstavnici Paulus Fut, Johan Fut i Ulrik Huber. Osnovno učenje je sadržano u tri principa Ulrika Hubera. Iako sledi teritorijalni princip, Huber smatra da država može, i treba, da priznaje prava stečena na temelju zakona strane države. Da bi ostao veran principu teritorijalnosti, smatra da država nema obavezu da tako postupa, nego to čini iz međunarodne učtivosti i oportuniteta. U pravnoj teoriji ovo je poznato kao *comitas gentium*. Pod pojmom *comity* ušlo je u anglosaksonsko pravo, i primenjuje se i danas.

Kolizione norme predstavljaju volju zakonodavca da na međunarodnopravno obeležene odnose primeni pravila pravnog poretka druge države. Ne sadrže odredbe po kojima bi se ti činjenični odnosi meritorno rešili. One samo upuću-

Mr Đorđe Sarapa, advokat u Beogradu.

ju na primenu stranog prava, i time rešavaju pitanje izbora merodavnog pravnog poretka¹.

Ne samo kao doktrinarno pitanje, nego važno i za konkretnu primenu stranog prava, značajno je da li se strano pravo, kad se primenjuje temeljem kolizione norme, smatra pravom ili činjenicom.

Odredbe relevantne za ovu problematiku sadržane su u zakonima kojima se reguliše parnični postupak. Međutim, na ovo pitanje pozitivni propisi često ne daju konkretan i nedvosmislen odgovor. Zato je nužno da se, pored analize konkretnih pravnih normi, odgovori relevantni za ovu materiju iznađu u pravnoj nauci, posebno u nauci o građanskom procesnom pravu i nauci o međunarodnom privatnom pravu.

U narednim izlaganjima ovog rada, analiziraćemo i odredbe bivših zakona koji su primenjivani na teritoriji Srbije, kojima je regulisana materija parničnog postupka, a koje posredno ili neposredno daju odgovor na postavljeno pitanje.

GRAĐANSKI PARNIČNI POSTUPAK² (iz 1929. godine)

Građanski parnični postupak od 13. jula 1929. godine, rađen je po uzoru na austrijski Građanski parnični postupak³. Preuzeo je mnoga rešenja iz austrijskog Građanskog parničnog postupka, pa tako i rešenja u vezi dokazivanja stranog prava.

U Građanskom parničnom postupku materija u vezi iznalaženja sadržaja stranog prava regulisana je u paragrafu 367. Paragraf 367. je deo Opštih propisa o dokazu i izvođenju dokaza, a nosi podnaslov "Tuđe pravo, običajno pravo, privilegije, statuti".

Paragraf 367. glasi:

"Pravo, koje vredi u tuđoj državi, običajno pravo, privilegije i statute potrebno je dokazivati samo utoliko, ukoliko nisu sudu poznati.

¹ Borislav Blagojević: *Međunarodno privatno pravo*, Beograd, 1950, str. 119. Natko Katičić: *Međunarodno privatno pravo*, Zagreb, 1976, str. 11.

² Puni službeni naziv Građanskog parničnog postupka je "Zakonik o sudskom postupku u građanskim parnicama". I u Uvodnom zakonu za Zakonik o sudskom postupku u građanskim parnicama i Zakonu o izmeni Uvodnog zakona za Zakonik o sudskom postupku u građanskim parnicama, navodi se, u zagradi, i u skraćenom nazivu kao "Građanski parnični postupak". Pod tim skraćenim nazivom navodi se i u pravnoj literaturi.

³ Austrijski Građanski parnični postupak obuhvata četiri zakona: Pravilnik sudske vlasti (Jurisdikciona norma) od 1. avgusta 1895. godine, Državni zakon 111, Zakon o sudskom postupku u građanskim parnicama (Građanski parnični red) od 1. avgusta 1895. godine i Državni zakon 113.

Pri dokazivanju ovih pravnih naređenja sud nije vezan za dokaze, koje su stranke ponudile; on može u tom cilju narediti po službenoj dužnosti potrebne izviđaje, a može se po potrebi poslužiti i posredovanjem Ministra Pravde” (naglasio Đ.S.).

Ove odredbe polaze od principa *iura novit curia*. Polazi se od presumpcije da sud poznaje strano pravo. Međutim, navedeni princip treba shvatiti uslovno, posebno kad se radi o stranom pravu. Imajući u vidu da sud uglavnom ne poznaje strano pravo, ono se, shodno odredbama paragrafa 367, u tim slučajevima dokazuje.

S obzirom da je odredbom paragrafa 367. strano pravo predmet dokazivanja, sud može od stranaka tražiti da ponude dokaze o sadržaju tog prava. Pošto se radi o dokazima, stranke su dužne da sudu ponude takav dokaz. Bez obzira što sud nije vezan tim dokazima, čak i kad su saglasni, time se ograničava i relativizuje princip *iura novit curia*.

Sud može po službenoj dužnosti da saznaje strano pravo. Formulacija iz stava 1. (“on može u tom cilju narediti po službenoj dužnosti potrebne izviđaje”) ne postavlja sudu nikakva ograničenja u iznalaženju sadržaja stranog prava. Prema tome, sud će moći da se služi svim sredstvima, uključujući i pravnu nauku⁴. Sem toga, sudu stoji na raspolaganju i mogućnost da informaciju o stranom pravu traži i od Ministarstva Pravde⁵.

Imajući u vidu formulaciju paragrafa 367, strano pravo moglo bi se smatrati činjenicom a ne pravom, jer može biti predmet dokazivanja. Ovakvo zakonodavno rešenje u suprotnosti je sa shvatanjem da je postojanje prava, bez obzira da li je reč o domaćem ili stranom pravu, pravno pitanje i ne može biti predmet dokazivanja, obzirom da se pravo utvrđuje a činjenice dokazuju.

Iako se radi o dokazivanju, treba imati u vidu da se ne radi o dokazivanju činjenica nego o dokazivanju prava. Na to jasno ukazuje formulacija paragrafa 367. Predmet dokazivanja je pravna norma stranog prava koju treba da primeni domaći sud. Ona predstavlja pravni osnov presuđenja. Očigledno je to razlog zbog čega sud nije vezan dokazima koje ponude stranke u vezi stranog prava. Iz

⁴ Franja Goršić: *Komentar građanskog parničnog postupka*, Knjiga druga, Beograd, 1933, str. 107.

⁵ S obzirom da se zakonodavno rešenje iz paragrafa 367. temelji na načelima i rešenjima iz austrijskog Građanskog parničnog postupka, interesantan je stav koji je u vezi sa obraćanjem Ministarstvu pravde zauzeo Vrhovni sud u Beču. Prema odluci tog suda od 9. oktobra 1923. godine, Ob I 665/23, B. vrh. s. V 225, sud se ne treba obraćati Ministarstvu Pravde ako je pouzdan izvor saznanja o stranom pravu našao u pravnoj literaturi. Obraćanje Ministarstvu Pravde odnosi se samo na sadržaj stranog prava, a ne na tumačenje i način primene tog prava. Izvor: Franja Goršić, navedeno delo, str. 107.

istog razloga, sud može po službenoj dužnosti da saznaje sadržaj stranog prava, i da se u vezi toga obraća Ministarstvu Pravde.

ZAKON O PARNIČNOM POSTUPKU (ZPP)⁶
(prestao da važi 23. februara 2005. godine)

Odredba koja se direktno odnosi na strano pravo je odredba člana 222. Sadržana je u Glavi osamnaestoj, u poglavlju o dokazima i izvođenju dokaza.

Član 222. glasi:

“Ako sudu nije poznato pravo koje važi u stranoj državi zatražiće obaveštenje od saveznog organa uprave nadležnog za poslove pravosuđa.

Sud *može i od stranke zatražiti* da podnese javnu ispravu izdatu od nadležnog inostranog organa kojom se potvrđuje koje pravo važi u stranoj državi” (naglasio Đ.S.).

Polazi se od principa *iura novit curia*. Međutim, navedeni princip i ovde treba shvatiti uslovno, kao što je to navedeno u vezi sa paragrafom 367. Građanskog parničnog postupka. Međutim, to ne oslobađa sud dužnosti da iznađe sadržaj stranog prava. U tu svrhu zatražiće obaveštenje od saveznog organa uprave nadležnog za poslove pravosuđa, a *može i od stranke zatražiti* da podnese javnu ispravu izdatu od nadležnog inostranog organa kojom se potvrđuje koje pravo važi u stranoj državi (naglasio Đ.S.).

Postavlja se pitanje da li su stranke obavezne da u tom slučaju postupe po traženju suda. Već se lingvističkim tumačenjem stava 2. člana 222. na to pitanje može negativno odgovoriti. Nasuprot tome što sud može “od stranke zatražiti da podnese javnu ispravu izdatu od nadležnog inostranog organa kojom se potvrđuje koje pravo važi u stranoj državi”, nije propisana obaveza stranke da tako postupi. To jasno upućuje na zaključak da stranka nije obavezna da tako postupi.

Da bi se dobio utemeljen odgovor na postavljeno pitanje, i zauzeo konačan stav o prirodi stranog prava u smislu odredaba člana 222, smatramo da je neophodno da se analizira odnos tog člana sa odredbama člana 7. (koji je deo osnovnih odredaba), člana 186. (koji određuje sadržinu tužbe), i članova 219. i 220. (koji su, kao i član 222, sadržani u poglavlju o dokazima i izvođenju dokaza).

U smislu odredbe člana 7. stav 1. “sud je dužan da potpuno i istinito utvrdi sporne činjenice od kojih zavisi osnovanost zahteva.” Po odredbi stava 2. istog

⁶ “Službeni list SFRJ” br. 4/77, 36/77, 6/80, 36/80, 43/82, 72/82, 69/82, 58/84, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90 i 35/91, i “Službeni list SRJ” br. 27/92, 31/93, 24/94, 12/98, 15/98 i 3/02. Stupio na snagu 1. jula 1977. godine. Prestao važiti 23. februara 2005. godine, stupanjem na snagu Zakona o parničnom postupku, objavljen u “Službenom glasniku Republike Srbije” br. 125, od 22. novembra 2004. godine. Odredbe relevantne za ovaj rad iste su i u tekstu Zakona o parničnom postupku, “Službeni list FNRJ” br. 4/57, 52/61, i “Službeni list SFRJ” br. 12/65, 1/71, 23/72, 6/74.

člana, “*stranke su dužne da iznesu sve činjenice na kojima osnivaju svoje zahteve i da predlože dokaze kojima se utvrđuju te činjenice*” (naglasio Đ.S.). Shodno odredbi stava 2, stranke iznose činjenice i predlažu dokaze, a nisu obavezne da navode pravni osnov postavljenog zahteva, niti da podnose dokaz o pravu koje treba primeniti u konkretnom slučaju. Ovo je odredba koja potvrđuje princip *iura novit curia*. Član 7. deo je opštih odredaba. Odredbe stava 1. i 2. utvrđuju principe postupanja suda i stranaka u postupku. Zato je odredba iz stava 2. sadržana i u članovima koji se odnose na dokaze i dokazivanje, i sadržaj tužbe.

U svrhu utvrđivanja materijalne istine, shodno odredbi člana 219. ZPP-a, “*svaka stranka dužna je da iznese činjenice i predloži dokaze na kojima zasniva svoj zahtev ili kojim pobija navode i dokaze protivnika*” (naglasio Đ.S.).

Nasuprot odredbi člana 222, koja daje sudu mogućnost da od stranke zahteva da podnese javnu ispravu izdatu od nadležnog inostranog organa kojom se potvrđuje koje pravo važi u stranoj državi, ali bez propisane obaveze za stranku da po traženju suda tako i postupi, u članu 219. eksplicitno je propisana obaveza stranaka da iznesu samo činjenice i predlože dokaze na kojima zasnivaju svoj zahtev ili kojim pobijaju navode i dokaze protivnika. Ovakvo utvrđenje u skladu je sa principom da teret dokazivanja činjenica snosi stranka koja ih iznosi⁷.

Član 220. stav 1. određuje da “*dokazivanje obuhvata sve činjenice koje su važne za donošenje odluke*” (naglasio Đ.S.). Ovom odredbom je nedvosmisleno određeno da su činjenice predmet dokazivanja u parničnom postupku.

Odredba člana 219. u vezi je sa odredbom člana 186. stavovi 1. i 3.

Član 186. stav 1. i 3:

(1) “*Tužba treba da sadrži određeni zahtev u pogledu glavne stvari i sporednih traženja, činjenice na kojima tužilac zasniva zahtev, dokaze kojima se utvrđuju ove činjenice, kao i druge podatke koje mora imati svaki podnesak (član 106)*”⁸ (naglasio Đ.S.).

(3) Sud će postupiti po tužbi i kad tužilac nije naveo pravni osnov tužbenog zahteva, a ako je tužilac naveo pravni osnov, sud nije vezan za njega”.

⁷ Odstupanje od ovog principa sadržano je u odredbi člana 7. stav 4: “*Sud je ovlašćen da utvrdi i činjenice koje stranke nisu iznele ako iz rezultata rasprave i dokazivanja proizlazi da stranke idu za tim da raspoložu zahtevima kojima ne mogu raspolagati (član 3. stav 3)*”.

⁸ Član 106: “*Tužba, odgovor na tužbu, pravni lekovi i druge izjave, predlozi i saopštenja koji se daju van rasprave podnese se pismeno (podnesci). Podnesci moraju biti razumljivi i moraju sadržavati sve ono što je potrebno da bi se po njima moglo postupiti. Oni naročito treba da sadrže: označenje suda, ime, zanimanje i prebivalište, odnosno boravište stranaka, njihovih zakonskih zastupnika i punomoćnika ako ih imaju, predmet spora, sadržanu izjavu i potpis podnosioca. Ako izjava sadrži kakav zahtev, stranka treba u podnesku da navede činjenice na kojima zasniva zahtev, kao i dokaze kad je to potrebno (naglasio Đ.S.). Izjava koja se daje podneskom može se, umešto podneskom, dati usmeno na zapisnik kod parničnog suda*”.

Tužbom se pokreće parnični postupak. Da bi sud postupao po tužbi, tužilac mora (pored ostalih, u suštini formalnih podataka) da istakne tužbeni zahtev, činjenice na kojima zasniva zahtev i dokaze kojima se utvrđuju te činjenice. Dakle, i po odredbi člana 186. stav 1. predmet dokazivanja su činjenice.

Shodno odredbi člana 186. stav 3, tužilac ne mora navesti pravni osnov tužbenog zahteva. Tužilac može navesti pravni osnov, ali će sud postupati i kad pravni osnov nije naveden (dakako, pretpostavka je da su zadovoljeni uslovi iz stava 1. člana 186) Po istoj odredbi, ako tužilac navede pravni osnov, sud nije vezan za njega. Da se ovo ne odnosi samo na tužioca, proizilazi iz odredbe člana 297. stav 4. (sadržan u delu koji se odnosi na tok glavne rasprave), a glasi: "Stranke mogu iznositi i svoja pravna shvatanja koja se odnose na predmet spora". Pošto je pravno shvatanje širi pojam od pravnog osnova, pravni osnov je sadržan u pojmu pravnog shvatanja. Prema tome, pošto je tuženi stranka u postupku, očigledno je da ovo daje i tuženom mogućnost da navodi pravni osnov. Kao i u slučaju kad tužilac navede pravni osnov, i kad to čini tuženi, sud nije vezan za njega. To proizilazi iz analogije sa odredbom člana 186. stav 3.

Sud je dužan da meritorno odluči o zahtevu stranke ako su ispunjeni formalni uslovi. Da bi to učinio, utvrđeni činjenični supstrat supsumira pod opštu pravnu normu – materijalno pravo. S obzirom da stranke ne moraju da navedu pravni osnov, a i ako ga navedu sud nije vezan za njega, znači da sud po službenoj dužnosti utvrđuje pravo po kome meritorno odlučuje.

ZAKON O PARNIČNOM POSTUPKU (ZPP)⁹

(stupio na snagu 23. februara 2005. godine,
prestao da važi 1. februara 2012. godine)

Odredbe stava 1. i stava 2. člana 7, kao dela opštih odredbi, sadržane su gotovo u identičnom tekstu kao u prethodnom ZPP-u¹⁰.

Ni u pogledu sadržine tužbe, ne razlikuje se od prethodnog ZPP-a. Stav 1. člana 187. gotovo je identičan sa stavom 1. člana 186. prethodnog ZPP-a. Određeno je da tužba treba da sadrži činjenice i dokaze kojima se utvrđuju te činjenice.

⁹ "Službeni glasnik Republike Srbije" br. 125, od 22. novembra 2004. godine. Stupio na snagu 23. februara 2005. godine. Tekst sa određenim izmenama objavljen u "Službenom glasniku Republike Srbije" br. 111/2009, od 29. decembra 2009. godine. Stupio na snagu 29. marta 2010. godine. Izmene u tekstu nisu relevantne za ovaj rad, jer se uglavnom odnose na terminološka usklađenja u vezi sa reorganizacijom sudova.

¹⁰ Član 7, stavovi 1. i 2: "Stranke su dužne da iznesu sve činjenice na kojima zasnivaju svoje zahteve i da predlože dokaze kojima se utvrđuju te činjenice. Sud utvrđuje sve činjenice od kojih zavisi odluka o osnovanosti zahteva".

Stav 4. člana 187. identičan je sa stavom 3. člana 186. prethodnog ZPP-a. Tužilac ne mora da navodi pravni osnov tužbenog zahteva, a ako ga navede, sud nije vezan tim pravnim osnovom. Odredba člana 298. stav 4. po kojoj u toku glavne rasprave “stranke mogu iznositi i svoja pravna shvatanja koja se odnose na predmet spora”, identična je odredbi člana 297. stav 4. prethodnog ZPP-a. Imajući u vidu identičnost odredbe stava 4. člana 187. sa odredbom stava 3. člana 186. prethodnog ZPP-a, i odredbe člana 298. stav 4. sa odredbom člana 297. stav 4. prethodnog ZPP-a, iz razloga iznetih u prethodnim navodima (u vezi odnosa pojmova “pravni osnov” i “pravno shvatanje”), i tuženi može da navodi pravni osnov osporavanja osnovanosti tužbenog zahteva.

U vezi sadržine odgovora na tužbu, član 284, stav 2. određuje da “ako tuženi osporava tužbeni zahtev, odgovor na tužbu mora sadržati i činjenice na kojima tuženi zasniva svoje navode i dokaze kojima se utvrđuju te činjenice” (naglasio Đ.S.).

Članovi 220.¹¹ i 221¹², sadržani u delu o dokazivanju, sadržajno su identični sa članovima 219. i 220. prethodnog ZPP-a.

Odredbe člana 223. odnose se na teret dokazivanja.

Član 223. stav 2:

“Stranka koja tvrdi da ima neko pravo, snosi teret dokazivanja činjenice koja je bitna za nastanak ili ostvarivanje prava, ako zakonom nije drukčije određeno” (naglasio Đ.S.).

Član 223. stav 3:

“Stranka koja osporava postojanje nekog prava, snosi teret dokazivanja činjenice koja je sprečila nastanak ili ostvarivanje prava ili usled koje je pravo prestalo da postoji, ako zakonom nije drukčije određeno” (naglasio Đ.S.).

Dakle, kao i kod prethodnog ZPP-a, dokazivanje se odnosi na činjenice a ne na pravo. U tom pogledu nema razlike.

Kad je reč o stranom pravu, postoji razlika. Prethodni ZPP je u poglavlju o dokazima i izvođenju dokaza sadržavao odredbu iz člana 222¹³, koja se odnosila na strano pravo. Ovaj ZPP ne sadrži nijednu odredbu koja se odnosi na strano pravo.

¹¹ Član 220: “Svaka stranka dužna je da iznese činjenice i predloži dokaze na kojima zasniva svoj zahtev ili kojim osporava navode i dokaze protivnika”.

¹² Član 221: “Dokazivanje obuhvata sve činjenice koje su važne za donošenje odluke. Sud odlučuje koji će se dokazi izvesti radi utvrđivanja bitnih činjenica”.

¹³ Član 222: “Ako sudu nije poznato pravo koje važi u stranoj državi zatražiće obaveštenje od saveznog organa uprave nadležnog za poslove pravosuđa. Sud može i od stranke zatražiti da podnese javnu ispravu izdatu od nadležnog inostranog organa kojom se potvrđuje koje pravo važi u stranoj državi”.

ZAKON O PARNIČNOM POSTUPKU (ZPP)¹⁴
(stupio na snagu 1. februara 2012. godine)

Odredbe o sadržini tužbe, iz člana 192, kao i one koje se odnose na podneske generalno (član 98.), ne razlikuju se od odredaba člana 187. i člana 100. prethodnog ZPP-a. Shodno odredbi stava 4. člana 192, "sud će da postupi po tužbi i ako tužilac nije naveo pravni osnov tužbenog zahteva, a ako je tužilac naveo pravni osnov, sud nije vezan za njega". Iz ovoga nedvosmisleno sledi da tužilac nije obavezan da navodi pravni osnov.

Odredba člana 298. stav 2, prema kojoj, ako tuženi osporava tužbeni zahtev, odgovor na tužbu mora da sadrži činjenice na kojima zasniva svoje navode i dokaze kojima se utvrđuju te činjenice, identična je odredbi člana 284. stav 2. prethodnog ZPP-a. Iz ovoga sledi da ni tuženi nije obavezan da navodi pravni osnov po kome osporava tužbeni zahtev. Međutim, da i tuženi može navoditi pravni osnov po kome osporava tužbeni zahtev proizilazi iz odredbe člana 312. stav 4, po kojoj stranke u toku glavne rasprave mogu iznositi i svoja pravna shvatanja koja se odnose na predmet spora, što je identično sa odredbom člana 298. stav 4. prethodnog ZPP-a. Sud nije vezan pravnim shvatanjima koja navode stranke.

Za ovaj rad relevantne opšte odredbe u vezi dokazivanja, iz člana 228. i 229. identične su sa članovima 220.¹⁵ i 221.¹⁶ prethodnog ZPP-a. Ni član 231. stav 2. i 3, u vezi tereta dokazivanja, ne razlikuje se od člana 223. stav 2. i 3. prethodnog ZPP-a. Sledom odredaba navedenih članova nesporno je da dokazivanje obuhvata činjenice a ne pravo.

Navedene odredbe u vezi sadržaja tužbe i odgovora na tužbu, kao i one u vezi dokazivanja, u skladu su sa opštom odredbom iz člana člana 7. stav 1, po kojoj su stranke dužne "da iznesu sve činjenice na kojima zasnivaju svoje zahteve i da predlože dokaze kojima se utvrđuju te činjenice" (naglasio Đ.S.). Član 7. stav 1. identičan je sa članom 7. stav 1. prethodnog ZPP-a.

Kao ni prethodni, tako ni sadašnji ZPP ne sadrži odredbe koje se odnose na strano pravo. Prema tome, ne postoji osnov po kojem bi sud mogao od stranaka tražiti da ga obaveste o stranom pravu koje treba da se primeni. Ne određuje ni način na koji će sud utvrditi sadržaj stranog prava. Očigledno je, dakle, da se u potpunosti i bez rezerve polazi od principa *iura novit curia*.

Princip *iura novit curia*, po kojem sud poznaje sve pravne norme, pa tako i norme iz pravnih sistema stranih država, je presumpcija. Taj princip ne znači da

¹⁴ "Službeni glasnik Republike Srbije" br. 72/2011, od 28. novembra 2011. godine.

¹⁵ Videti: fusnota 11.

¹⁶ Videti: fusnota 12.

ih stvarno poznaje, nego da ih mora poznavati po službenoj dužnosti¹⁷. Postavlja se pitanje na koji način će sud utvrđivati sadržaj stranog prava koje treba da primeni. S obzirom da ZPP ne sadrži odredbe o tome, sud nije ograničen u načinu utvrđivanja stranog prava, sem što ne može obavezati stranke da ga o tome obaveste. Najjednostavniji način da to utvrdi je da o tome zatraži obaveštenje od državnog organa nadležnog za poslove pravosuđa, kao što je bilo određeno članom 222. ZPP-a koji je prestao da važi 22. februara 2005. godine¹⁸.

Da bi se olakšalo postupanje u predmetima u kojima je potrebno da se primeni strano pravo, države zaključuju bilateralne ugovore kojima regulišu ovu materiju. To znatno olakšava dobijanje obaveštenja o sadržaju prava država ugovornica. Ovakve bilateralne ugovore zaključuju naročito države koje imaju česte trgovinske i ostale veze.

U vezi iste materije zaključuju se i multilateralne konvencije. U okviru Saveća Evrope doneta je Evropska konvencija o obaveštenjima o stranom pravu¹⁹. Iako je doneta u okviru Saveta Evrope, član 18. stav 1. Konvencije određuje da nakon stupanja Konvencije na snagu, Komitet ministara Saveta Evrope može da pozove bilo koju državu koja nije članica Saveta Evrope da pristupi Konvenciji. Član 1. Konvencije određuje da se strane ugovornice obavezuju da jedna drugoj obezbeđuju, u skladu sa odredbama Konvencije, obaveštenja o svom materijalnom i procesnom pravu u građansko - pravnoj i privredno - pravnoj oblasti, kao i organizaciji pravosuđa. Radi ostvarivanja odredaba Konvencije, članom 2. Konvencije je određeno da se svaka strana ugovornica obavezuje da osnuje ili imenuje telo koje će primati zahteve za obaveštenja od drugih strana ugovornica, i postupati po tim zahtevima. To telo mora da bude ministarski resor ili neki drugi državni organ.

ZAKLJUČAK

Analizom opštih odredaba ZPP-a iz člana člana 7, te odredaba koje se odnose na sastav tužbe, odgovora na tužbu, dokaze i dokazivanje, i tok glavne rasprave, očigledno je da su predmet dokazivanja u parničnom postupku činjenice a ne pravo. Nijedna odredba ZPP-a ne odnosi se na dokazivanje prava. U odnosu na pravo, vredi princip *iura novit curia*, pri čemu se ne pravi razlika između domaćeg i stranog prava.

¹⁷ Siniša Triva: *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb, 1980, str. 139-140.

¹⁸ Videti: fusnota 6.

¹⁹ Sačinjena u Londonu, 7. juna 1968. godine. Ratifikovana od strane SFRJ. "Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori" br. 7/91.

Ovakvo zakonodavno rešenje u skladu je sa stavom pravne nauke, prema kojem sud ne može da čini razliku između domaćeg i stranog prava kad ga primenjuje temeljem kolizionih normi međunarodnog privatnog prava. Sadržaj pravne norme ne može biti predmet dokazivanja, bez obzira da li se radi o domaćem ili stranom pravu.

Strano pravo se, kao i domaće, ne dokazuje nego utvrđuje po službenoj dužnosti²⁰. Dakle, kad se strano pravo primenjuje temeljem kolizione norme, ono je pravo a ne činjenica.

DORĐE SARAPA, LL.M.,
Lawyer, Belgrade

IS FOREIGN LAW A LAW OR A FACT WHEN APPLIED ON THE BASIS OF A CONFLICT NORM

Summary

Pursuant to the provision of the Litigation Procedure Law, the parties are obliged to provide facts upon which they base their request or derogate the request of the opposite party and suggest proofs by which the facts are determined.

None of the Litigation Procedure Law provisions relates to the obligation of the parties to provide the contents of the foreign law which is to be applied to the court. Therefore, there is no basis according to which the court could ask for information about the foreign law. It is obvious that the principle *iura novit curia*, is the starting principle and the difference is not made between the domestic and the foreign law.

Contents of the legal form on basis of which the court makes decision related to the soundness of the claim, can not be the subject of proof without taking into account whether the domestic or foreign law is in question. Facts are proved and the law is determined according to the official procedure. There is no difference whether the domestic or foreign law is in question. Therefore, the conclusion is that when the domestic court applies foreign law grounded on the collision norm, the foreign law is a law, not a fact.

²⁰ Borivoje Poznić: *Građansko procesno pravo*, Beograd, 1995, str. 206. Siniša Triva: *Navedeno delo*, str. 385. Natko Katičić: *Ogledi o međunarodnom privatnom pravu*, Zagreb, 1971, str. 397. Srećko Zuglia: *Građanski parnični postupak FNRJ*, Zagreb, 1957, str. 320.

BRANKA BABOVIĆ

KOLEKTIVIZACIJA SUDSKE ZAŠTITE PROTIV DISKRIMINACIJE

U V O D

Zakon o zabrani diskriminacije (Službeni glasnik RS, br. 22/09) i Zakon o ravnopravnosti polova (Službeni glasnik RS, br. 104/2009) regulišu postupak sudske zaštite u slučaju povrede materijalno-pravnih odredaba zakona i upućuju na shodnu primenu odredaba Zakona o parničnom postupku. U gore navedenim antiskriminatorskim zakonima predviđena je kako zaštita individualnih prava u parničnom postupku, tako i zaštita kolektivnih prava i interesa.

Kolektivizacija postupaka protiv diskriminacije je uveden pod uticajem prava Evropske unije. Sama kolektivizacija pravne zaštite je potekla iz anglosaksonkog prava u kome je nastala tzv. *class action*. Domovinom ove vrste tužbe se smatraju Sjedinjene američke države kao zemlja u kojoj je ovaj pravni institut najrazvijeniji¹, iako je prema nekim podacima nastao u Engleskoj još u XII veku. Nakon prvih najava o uvođenju *class action* u pravo Evropske unije, a samim tim i u prava država članica, javili su se veliki otpori uvođenju ovog instituta. Glavni protivnici uvođenja *class action* su bile velike kompanije koje su zazirale od tužbi za naknadu višemilionske štete tvrdeći da uvođenje *class action* suštinski ne služi svom cilju već da je jedino u interesu advokata koji radeći “na procenat” zgrću

Branka Babović, saradnik u nastavi Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

¹ Najpre kao deo equity law-a, a zatim deo common law-a.

veliku zaradu. Primera radi, još od sedamdesetih godina traje tzv. nemačko-američki pravni konflikt oko nekoliko procesnopravnih pitanja – jedno od tih pitanja je bilo i tretman *class action* u Nemačkoj. Tada još uvek nije bilo ideja za uvođenjem ovog pravnog instituta u nemački pravni sistem, ali su nesuglasice nastajale oko dostavljanja ove vrste tužbi i priznažnja i izvršežnja stranih sudskih odluka donetih u ovim postupcima. Glavno “oružje” Nemačke u ovom sukobu je bio član 13. Haške konvencije o dostavljanju u inostranstvu sudskih i vansudskih akata u građanskim i trgovačkim stvarima² na osnovu koga su tužene nemačke kompanije pokušavale da izbegnu dostavu *class action* kojim su od strane klase (*class*) tuženi najčešće za odštetu od nekoliko miliona ili milijardi dolara. Svakako da je navedeni član bilo jako teško primeniti samo iz razloga što je u pitanju *class action*, ali je osnov za primenu člana 13. Haške konvencije o dostavljanju u inostranstvu sudskih i vansudskih akata u građanskim i trgovačkim stvarima posmatran i u sklopu toga da je tužbom tražena osuda na *punitive damages* (kaznenu odštetu). Međutim, bilo je slučajeva u kojima su sudovi bili stava da upravo zbog toga što je reč o *class action* treba odbiti dostavljanje. Tako, prema tumačenju Višeg suda u Koblencu *class action* obuhvata neodređen broj lica na tužilačkoj strani, pa kao takva ne predstavlja građansku niti trgovačku stvar u smislu člana 1. Haške konvencije o dostavljanju u inostranstvu sudskih i vansudskih akata u građanskim i trgovačkim stvarima³. Kako nisu ispunjeni uslovi iz člana 1. prema navedenom stavu suda, nema mesta dostavljanju. Otpor uvođenju instituta *class action*, a nekad i kolektivizaciji pravne zaštite, kako u antidiskriminacionom zakonodavstvu tako i u drugim oblastima materijalnog prava, je prisutan ne samo u Nemačkoj, već u okviru cele Evropske unije⁴. Može se reći da je u pitanju svojevrsan sukob pravnih kultura, anglosaksonske s jedne strane i kontinentalnoevropskih s druge.

Ipak, ne treba poistovećivati prihvatanje kolektivizacije sudkse zaštite sa prihvatanjem instituta *class action*. U velikoj većini zemalja Evropske unije *class action* nije prihvaćen, već su u skladu sa osobenostima procesnog prava, javnim poretkom i drugim specifičnostima pravnih sistema razvijeni različiti insituti kolektivizacije pravne zaštite. Tako institut sličan *class action* postoji u Švedskoj, do-

² Article 14. Where a request for service complies with the terms of the present Convention, the State addressed may refuse to comply therewith only if it deems that compliance would infringe its sovereignty or security. It may not refuse to comply solely on the ground that, under its internal law, it claims exclusive jurisdiction over the subject-matter of the action or that its internal law would not permit the action upon which the application is based.

³ Peter-Andreas Brand, US-Sammelklagen und kollektiver Rechtsschutz in der EU, NJW 16/2012, str. 1117.

⁴ Georg E. Kodek, Kollektiver Rechtsschutz gegen Diskriminierung u Peter Gottwald, Europäisches Insolvenzrecht, Kollektiver Rechtsschutz, str. 252.

sta drugačija Verbandsklage (tužba udruženja) u Nemačkoj, kolektivna tužba u Portugaliji itd. Ni u naš pravni sistem nije uveden institut *class action*⁵.

U bilo kom konkretnom obliku, kolektivna zaštita zabrane diskriminacije je svakako neophodna. Naime, diskriminacija je često pojava koja je sistemskog karaktera i žrtve diskriminacije su najčešće upravo veće grupe lica. Upravo zbog toga je potrebno pružanje zaštite i kolektivitetu, ne samo individui⁶.

Primer koji jasno dokazuje potrebu za kolektivizacijom sudske zaštite u ovoj oblasti je tužba *Davis vs. Cintas* koju su pokrenule žene koje su se prijavljivale na oglase za posao preduzenja *Cintas* u Sjedinjenim američkim državama. One su tvrdile da su prilikom prijavljivanja na posao bile polno diskriminirane. Potkrepljujući ovu tvrdnju istakle su da je 90% zaposlenih na određenim pozicijama u tuženom preduzeću muškog pola. Pored toga one su priložile dokaze da je jedan on direktora izjavio da u preduzeću vlada mit da su muškarci mnogo bolji na određenim pozicijama od žena. Dakle, prednosti kolektivizacije su te da omogućava borbu protiv sistemskih nedostataka, kakav je diskriminacija po osnovu pola i roda u ovo slučaju i lakše dokazivanje u sudskom postupku. U konkretnom slučaju je tužba bila odbačena zbog toga što je sud našao da tužilje nemaju dovoljno međusobnih sličnosti da bi formirale klasu. Međutim, na konkretnom primeru se može videti najpre da veliki broj žena ne bi bile zainteresovane na pokretanje individualne tužbe protiv preduzeća u kome su se prijavljivale za posao zato što su možda našle drugi posao. Dalje, ukoliko bi predmet postupka bio samo jedan slučaj diskriminacije, onda bi svakako bilo teže dokazati da je do diskriminacije došlo. Ipak, ono što se čini ključnim za pokretanje i uspeh ovih tužbi je, pre svega, da postoji razvijena svest o mogućnosti pokretanja ovih tužbi, što u Srbiji, za sada, nije slučaj.

S druge strane, u Sjedinjenim američkim državama, najveća *class action* je podneta upravo zbog diskriminacije. Ovu tužbu je podnela grupa od 1.600.000 žena zaposlenih u 3.400 filijale Wallmart-a u periodu od 26.12.1998. do podnošenja tužbe. Pored utvrđujućeg dela, tužbeni zahtev je podrazumevao zahtev za izgublenu dobit i za plaćanje kaznene odštete.

Dana 7. avgusta 2012. godine, poverenica za zaštitu ravnopravnosti je podnela tužbu protiv restorana McDonalds u Novom Sadu zbog toga što je obezbedenje restorana 10. jula 2012. godine sprečilo ulaz u restoran romskoj deci⁷. Tužba

⁵ Nikola Bodiroga, Novi zakon o parničnom postupku, str. 196.

⁶ Kolektivno pravo je dodeljeno kolektivu, a ne predstavlja samo zbir individualnih prava. Više o tome Miodrag A. Jovanović, Opšti pogled na koncepre u Kolektivna prava u pozitivna diskriminacija u ustavnopravnom sistemu Republike Srbije, str. 15.

⁷ <http://www.ravnopravnost.gov.rs/lat/vesti.php?idVesti=110> kako tužba nije dostupna javnosti ne možemo sa sigurnošću tvrditi o kojoj vrsti tužbe se radi.

je podneta Prvom osnovnom sudu u Beogradu. Ovo nije prvi slučaj koji je pokrenut primenom reformisanog zakonodavstva, ali je svakako do sada medijski najzapaženiji što je nesumljivo značajno za afirmaciju ovih novih vrsta postupaka.

PRAKSA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Potreba za kolektivizacijom

Zabrana diskriminacije je sadržana u članu 14. EKLjP. Međutim, ovim članom nije definisana opšta zabrana diskriminacije, već je ona uvedena članom 1. XII protokola uz EKLjP⁸. Za potrebe ovog rada nećemo razmatrati pojam diskriminacije, ali ćemo skrenuti pažnju na pristup insitutu diskriminacije i tumačenje tog instituta od strane Evropskog suda za ljudska prava (ESLjP). Ukratko, glavni problem vezan za tumačenje člana 14. EKLjP je bio da li je član 14. autonoman ili ne⁹. Naime, jasno je da do diskriminacije dolazi u ostvarivanju nekog drugog prava. Ukoliko je to drugo pravo neko supstancijalno pravo zagwarantovano EKLjPom, sud će pitanje povrede člana 14. EKLjP razmatrati ukoliko ESLjP nađe da je došlo do povrede supstancijalnog prava zagwarantovanog konvencijom. Jezičkim tumačenjem člana 14. EKLjP se dolazi do zaključka da je zabrana diskriminacije vezana za povredu nekog od supstancijalnih prava iz EKLjP¹⁰. Međutim, sam ESLjP je izneo pozitivan stav o autonomnosti člana 14. EKLjP. Naime, u poznatoj presudi Belgijski jezički slučaj navedeno je da će se povreda člana 14. ispitivati i ukoliko sud nađe da nije došlo do povrede supstancijalnog člana garantovanog Konvencijom. U prilog autonomnosti člana 14. EKLjP svakako ide i činjenica da do povrede člana 14. može doći i ako je povreda učinjena aktima državnih organa tužene, odnosno zakonima te države, nezavisno od toga da li su to neka od supstancijalnih prava predviđenih EKLjP-om¹¹.

⁸ Aleksandar Jakšić, *Evropska konvencija o ljudskim pravima, komentar*, Beograd, 2006, str. 339–240.

⁹ Više o tome: Živorad Rašević, *Zabrana diskriminacije i opšta zabrana diskriminacije u praksi Evropskog suda za ljudska prava*, Glasnik advokatske komore Vojvodine, Novi sad, maj 2012.

¹⁰ Član 14. EKLjP glasi: “Uživanje prava i sloboda predviđenih u ovoj konvenciji obezbeđuje se bez diskriminacije po bilo kom osnovu, kao što su pol, rasa, boja kože, jezik, veroispovest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno poreklo, veza sa nekom drugom nacionalnom manjinom, imovno stanje, rođenje ili drugi status”.

¹¹ Aleksandar Jakšić, *Evropska konvencija o ljudskim pravima, komentar*, Beograd, 2006, str. 342–343

Osnovni principi tumačenja pojma diskriminacije pred ESLJP-om su da su prema EKLJP, države članice u obavezi ne samo da ne vrše diskriminaciju, već i da obezbede da diskriminacije ne bude u odnosima među privatnim licima.¹² Dodatno, neophodno je da država obezbedi da diskriminacija ne bude protkana kroz pravni sistem države, što zahteva svakako šire angažovanje od toga da diskriminaciju ne vrši država prilikom garantovanja prava iz EKLJP¹³.

Upravo zbog sistemskih propusta države¹⁴ zbog kojih je došlo po povrede prava iz konvencije, razvijen je i pilot- postupak pred ESLJP¹⁵.

O društveno-političkoj potrebi kolektivizacije postupaka zaštite od diskriminacije govore slučajevi pred Evropskim sudom za ljudska prava. Naime, u postupku Kipar protiv Turske sud je pored ostalih povreda konvencije našao da je povređen član 14. EKLJP pošto u oblastima pod turskom vojnom upravu nije pružena mogućnost grčkoj deci da se školuju na svom jeziku¹⁶. U konkretnom slučaju država Kipar je podnela predstavku za kršenje prava iz člana 14. EKLJP prema grčkoj deci.

Dalje, u postupku Sampanis i dr. protiv Grčke predstvka je podneta od strane Sampanisa i još 10 aplikanata zbog povrede prava iz člana 14 EKLJP i prava na

¹² Ova obaveza zaži za garancije iz čl. 14 EKLJP, ali ne i za član 1 stav (2) XII Protokola koji se ograničava na akte javne vlasti.

¹³ Aleksandar Jakšić, *Evropska konvencija o ljudskim pravima, komentar*, Beograd, 2006, str. 341–343

¹⁴ Ne samo u oblasti zaštite od diskriminacije.

¹⁵ Prva presuda ESLJP u pilot postupku je bila presuda Broniovski protiv Poljske iz 2004. godine u kojoj se radilo o restituciji imovine poljskih državljana iz oblasti istočno od reke Bug. (Broniovski protiv Poljske po predstavi br. 31443/96 iz 2004 dostupna na <http://www.vk.sud.rs/broniovski-protiv-poljske.html>) U konkretnom slučaju, država je najpre donela zakon po kome se stanovnicima ove oblasti u zamenu za imanja istočno od reke Bug daje drugi odgovarajući posed u Poljskoj. Međutim, kako je bilo reč o velikom broju podnosilaca zahteva, država više nije imala dovoljno nepokretnosti na raspolaganju da sprovede zakon. Imajući to u vidu zakon je menjan i stanovnicima u okolini reke Bug je davana novčana nadoknada koja je, opet, vremenom bivala sve manja. Sam podnosilac predstavke, Boniovski, je dobio nadoknadu u visini od 2% vrednosti nepokretnosti koju je imao u okolini reke Bug. Imajući u vidu da je sud pristigao veliki broj predstavi koji su bazirane na sličnim zahtevima, ESLJP je odlučio da jedan postupak uzme kao "pilot" i da dok ne reši u tom postupku ne postupa dalje po predstavkama koje su podnete na sličnom činjeničnom i pravnom osnovu. U konkretnom slučaju je nakon presude ESLJP i njenog izvršenja od strane Poljske postignuto poravnanje između podnosioca predstavke i Poljske. U konkretnom slučaju je došlo do povrede prava zagarantovanog članom 1. Prvog protokola uz EKLJP aktima države. Međutim, realno je zamisliti da je pravom države stvoren sistemski problem zbog koga je došlo do diskriminacije u privatnopravnim odnosima.

¹⁶ Presuda Kipar protiv Turke po predstavi br. 25781/94 dostupna na [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59454#{"fulltext":\["25781/94"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59454#{).

obrazovanje iz člana 2 Protokola 1 zbog toga što su romska deca izdvojena da slušaju nastavu u posebnim prostorijama van zgrade škole¹⁷.

U slučaju *O Donoghue and others vs United Kingdom*¹⁸ sud je našao da je došlo do povrede člana 14. EKLJP od strane tužene i zbog više predstavki koje su bazirane na sličnom pravnom i činjeničnom osnovu ESLJP je ovaj slučaj uzeo kao "pilot slučaj". U konkretnom slučaju tužioci su bili par sa dvoje dece koji nisu mogli da se venčaju zbog procedure koju englesko pravo zahtevalo prema licima koja su u postupku azila. Sud je našao da je u konkretnom slučaju došlo do povrede člana 14. EKLJP usled toga što su podnosioci predstveke bili podvrgnuti otežanoj proceduri nego što bi bili da su bili pripadnici većinske religije. Presuda u ovom postupku je određena kao pilot presuda zbog velikog broja predstavki sa sličnim činjeničnim i pravnim osnovom.

Navedeni slučajevi su samo primeri koji dokazuju činjenicu da je diskriminatorskim aktima pogođen najčešće veći broj lica i da je potrebno obezbediti sudsku zaštitu ne samo u slučaju povrede individualnih, već i u slučaju povrede kolektivnih prava. Dodatno, kolektivizacijom sudske zaštite se ostvaruje i preventivna zaštita od sikriminacije imajući u vidu posebne odredbe antidiskriminacionih zakona (v. dole).

*Da li je kolektivizacija u skladu sa garancijama
iz člana 6(1) EKLJP?*

Pred ESLJPom su se javili slučajevi u kojima su se podnosioci predstavki pozivali na povrede prava iz člana 6 (1) EKLJP u postupcima u kojima je bila podneta neka vrsta tužbe za zaštitu kolektivnih prava i interesa.

Takav je postupak *Lithgow and others vs United Kingdom* je vezan za ostvarivanje prava akcionari su imali pravo na odštetu u skladu sa *Aircraft and Shipbuilding Industries Act* koje su mogli ostvariti u arbitražnom postupku pred institucionalnom arbitražom. Postupak nisu vodili sami, već je u ime akcionara, u skladu sa zakonom, postupak vodio jedan predstavnik (*Stockholders' Representative*). Predstavnik akcionara je ili biran od strane akcionara pojedinog društva, ili bi ga postavljao državni sekretar. Samo tako izabran predstavnik akcionara bi mogao da istupa u arbitražnom postupku u ime akcionara i da pregovara visi-

¹⁷ Presuda Sampanis i dr. Protiv Grčke po predstavi 32526/05 dostupna na [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59454#{"fulltext":\["32526/05"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59454#{).

¹⁸ Presuda po predstavi br. 34848/07 dostupna na <http://www.unhcr.org/refworld/country,,ECHR,,IRL,,4d5bceb02,0.html>.

nu odštete. On je ovlašćen da odustane od vođenja arbitražnog postupka i zaključiti poravnanje samo uz saglasnost akcionara. Smisao ovakve regulacije je da se izbegne parnica sa velikim brojem lica na strani tužioca, koja bi toliko otežavala rad suda, da bi ga činila nemogućim. Podnosilac predstavke je tvrdio da mu je povređeno pravo na pristup sudu. ESLJP je našao da pravo podnosioca predstavke na pristup sudu nije povređeno. ESLJP se u ovom slučaju pozvao na to da je predmetni zakon predvideo zaštitu prava grupe lica, kroz koji je pravo pojedinca samo indirektno zaštićeno. U vezi sa tim zakon je predviđao i skupštine akcionarana kojima koje su organizovane u cilju toga da akcionari daju uputstva ovlašćenom predstavniku. Sam sud je vršio nadzor nad *Stockholders' Representative*.

Ograničenje prava pojedinaca na pristup sudu je uzrokovano legitimnim ciljem da se izbegne mnoštvo parnica uzrokovanih koje će se voditi po istom osnovu i tako blokirati rad sudova. Dakle, ESLJP je u ovoj presudi potvrdio da nije uskraćeno pravo na pristup sudu lica koje je zastupano od strane zastupnika kome je zakon dao procesnu legitimaciju da učestvuje u postupku i dovoljno zaštite individualnih prava kroz uticaj na tok postupka¹⁹.

Pored navedenog, pred ESLJP su podnete u predstavke koje su se odnosile na tužbe pokrenute od strane udruženja i ovlašćenih organizacija. Tako je francuskim pravom predviđeno da su reprezentativni sindikati ovlašćeni na podnošenje tužbe u ime radnika, i bez punomoćja za zastupanje datog od strane radnika kome je otkazan ugovor o radu. Uslov za to je da postoji dokaz u vidu potpisane povratnice o prijemu pisma obaveštenja da je radnik obavešten o pokretanju parnice.

Pored toga, radnik je ovlašćen da stupi u postupak bilo kada. Pokrenut je postupak za ocenu ustavnosti ove odredbe sa obrazloženjem da je ovakvom regulacijom ograničeno pravo na pristup sudu time što je uslovljeno članstvom u sindikatu. Ipak, Ustavni savet je našao da ovakvom regulacijom nije povređeno pravo na pristup sudu, ali je istakao da zastupanje od strane sindikata mora biti uslovljeno mogućnošću radnika da stupi u postupak, kao i da ga svojevolumino obustavi. Dodatno, postupak može biti vođen samo ako je radnik dao izričitu saglasnost za to nakon što je upoznat sa svim činjenicama konkretnog slučaja²⁰.

¹⁹ Lithgow and Others v. The United Kingdom dostupna na <http://www.unhcr.org/refworld/publisher,ECHR,,GBR,3ae6b7230,0.html>, Georg E. Kodek, Kollektiver Rechtsschutz gegen Diskriminierung u Peter Gottwald, Europäisches Insolvenzrecht, Kollektiver Rechtsschutz.

²⁰ Georg E. Kodek, Kollektiver Rechtsschutz gegen Diskriminierung u Peter Gottwald, Europäisches Insolvenzrecht, Kollektiver Rechtsschutz, str. 283.

*Kolektivizacija pravne zaštite u antidiskriminacionom
zakonodavstvu Srbije*

Zakon o zabrani diskriminacije (Službeni Glasnik RS 22/2009) reguliše opštu zabranu diskriminacije, oblike i slučajeve diskriminacije, kao i postupke zaštite od diskriminacije²¹. Kao *lex generalis* u odnosu na ostale antidiskriminacione zakone, Zakon o zabrani diskriminacije predviđa kolektivizaciju sudske zaštite u ovoj oblasti i određene procesne specifičnosti.

Zakon u članovima 41–46. sadrži odredbe koje se odnose na postupak sudske zaštite u sporu za zaštitu od diskriminacije. Zakon daje procesnu legitimaciju povereniku za zaštitu ravnopravnosti i organizaciji koja se bavi zaštitom ljudskih prava, odnosno prava određene grupe lica. Ovi subjekti mogu podneti tužbu za zabranu izvršenja radnje od koje pretila diskriminacija, zabranu daljeg vršenja radnje diskriminacije, odnosno zabranu ponavljanja diskriminacije, utvrđenje da je tuženi diskriminatorno postupao prema tužiocu ili drugome, izvršenje radnje radi uklanjanja posledica diskriminatornog ponašanja, kao i objavljivanje presude povodom zahteva navedenih u tužbi. Međutim, ovi subjekti nisu ovlašćeni na pokretanje postupka za naknadu štete. Zakon o zabrani diskriminacije dalje predviđa da ako se diskriminatorno postupanje odnosi isključivo na određeno lice, poverenik i organizacija koja se bavi zaštitom ljudskih prava mogu podneti tužbu samo uz njegov pristanak.

Zakon o zabrani diskriminacije dalje sadrži i posebna pravila o teretu dokazivanja, pri čemu pravi razliku između dokazivanja akta neposredne diskriminacije i dokazivanja akta diskriminacije. Naime, Zakon o zabrani diskriminacije predviđa da ako je sud utvrdio da je izvršena radnja neposredne diskriminacije²², tuženi se ne može osloboditi od odgovornosti dokazivanjem da nije kriv. Postavlja se pitanje da li ova norma reguliše pravila o teretu dokazivanja ili zapravo ukazuje na to da postoji neoboriva pretpostavka krivice subjekta koji je izvršio radnju neposredne diskriminacije²³. Čini se da zakon ukazuje na to da će se dokazivati da li je izvršena radnja neposredne diskriminacije, dok se krivica u konkretnom slučaju neće dokazivati. Dakle, teret dokazivanja je time na strani koja tvrdi da

²¹ Član 1. Zakona o zabrani diskriminacije.

²² Prema članu 6. Zakona o zabrani diskriminacije neposredna diskriminacija postoji ako se lice ili grupa lica, zbog njegovog odnosno njihovog ličnog svojstva u istoj ili sličnoj situaciji, bilo kojim aktom, radnjom ili propuštanjem stavljaju ili su stavljani u nepovoljan položaj, ili bi mogli biti stavljani u nepovoljan položaj.

²³ Lidija Đukić, Procesno pravne odredbe u antidiskriminacionim zakonima u Komentar zakona o parničnom postupku, Pravni Instruktor, Beograd, 2012, str. 36.

je došlo do akta neposredne diskriminacije (što je tužilac) tako da u tom pogledu Zakon o zabrani diskriminacije zapravo ne predviđa razliku u odnosu na opšte odredbe Zakona o parničnom postupku. Zakon o zabrani diskriminacije propisuje da u slučaju da se utvrdi da li je došlo do zabrane neposredne diskriminacije, neće se izvoditi dokazi u pogledu postojanja krivice.

Kada je reč o dokazivanju akta diskriminacije, teret dokazivanja je obrnut u odnosu na opšte odredbe Zakona o parničnom postupku i većim delom je na tuženom. Naime, potrebno je da tužilac samo učini verovatnim da je učinjen akt diskriminacije, a onda je na tuženom teret dokazivanja da usled tog akta nije došlo do povrede načela jednakosti. Čini se da je zakonodavac ovakvom regulacijom želeo da zaštiti lice koje se smatra žrtvom diskriminacije i teret dokazivanja prebaci na diskriminatora. Ovakav trend obrnutog tereta dokazivanja već postoji u našem pravu i to u članu 31. Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu.

Zakon o ravnopravnosti polova (Sl. Glasnik RS, br. 104/2009) takođe sadrži odredbe (43–51) koje se odnose na postupak sudske zaštite u slučaju povrede propisa o zabrani diskriminacije po osnovu pola i roda. Međutim, ovaj zakon na nešto drugačiji način reguliše parnični postupak, iako takođe predviđa kolektivizaciju sudske zaštite. Tako, u članu 43. Zakona o ravnopravnosti polova regulisano je pitanje ovlašćenja na pokretanje parničnog postupka u slučaju diskriminacije kojom su povređena prava većeg broja lica.

Dakle, Zakon o ravnopravnosti polova ne govori o zaštiti kolektivnih prava i interesa, kao važeći Zakon o parničnom postupku, već Zakon ovlašćuje sindikate i udruženja čiji su ciljevi vezani za unapređenje ravnopravnosti polova na pokretanje postupka u slučaju kada su povređena prava većeg broja lica. Zakon ne govori o tome šta se pod većim brojem lica podrazumeva. Lice čije je pravo povređeno može se pridružiti u svojstvu umešača. Dodatno, Zakon o ravnopravnosti polova ovlašćuje sindikate i udruženja čiji su ciljevi vezani za unapređenje ravnopravnosti polova na pokretanje parničnog postupka u ime lica čije je pravo povređeno, uz saglasnost tog lica. Dodatno, navedeni subjekti se mogu pojedincu koji je pokrenuo postupak pridružiti kao umešači. Dalje, Zakon o ravnopravnosti polova u članu 43. sadrži i ovlašćenje sindikata i udruženja čiji su ciljevi vezani za unapređenje ravnopravnosti polova da mogu da posle stupanja u postupak, odnosno posle pokretanja postupka, preko sredstava javnog informisanja ili na drugi pogodan način obavestiti druga oštećena lica, sindikate i udruženja o pokrenutoj parnici i pozvati ih da se kao umešači ili kao suparničari pridruže tužiocu. Stiče se utisak da je zakonodavac ovom normom želeo da obuhvati što veći broj učesnika postupka. Ipak, zbunjuje ovlašćenje navedenih subjekata da pozovu druga lica da kao suparničari na strani tužioca stupe u postupak. Upravo cilj kolektivne zaštite prava i interesa, pa i tužbe podnete od strane udruženja ili organi-

zacije je da se smanji broj lica koja učestvuju u postupku kako bi postupak bio efikasniji.

Za razliku od odredaba Zakona o zabrani diskriminacije, Zakon o ravnopravnosti polova ovlašćuje sindikate i udruženja čiji su ciljevi vezani za unapređenje ravnopravnosti polova na podnošenje svih tužbi koje može da podnese i pojedinac koji smatra da je diskriminisan. Ovlašćenje postoji i za podnošenje tužbe za naknadu štete. Dakle, tužbeni zahtev u ovom postupku može biti sledeći: utvrđivanje povrede izvršene diskriminatoriskim ponašanjem, zabrana vršenja radnji od kojih pretil povreda, zabrana daljeg preduzimanja odnosno ponavljanja radnji koje su izazvale povredu, stavljanje van prometa sredstava, odnosno predmeta kojima je izvršena povreda (udžbenici koji diskriminatoriski ili stereotipno predstavljaju pol, štampana glasila, reklamni, propagandni materijal i dr.), otklanjanje povrede i uspostavljanje položaja, odnosno stanja pre izvršene povrede, naknadu materijalne i nematerijalne štete.

Zakon o ravnopravnosti polova na sličan način reguliše teret dokazivanja kao i Zakon o zabrani diskriminacije, ali terminološki preciznije i podobnije procesnom zakonu, te u članu 49. propisuje da se ne može dokazivati da je neposredna diskriminacija po osnovu pola učinjena bez krivice, ako je među strankama nesporno ili je sud utvrdio da je izvršena radnja neposredne diskriminacije. Isto kao i Zakon o zabrani diskriminacije, Zakon o ravnopravnosti polova sadrži odredbu kojom predviđa da ako je u toku postupka tužilac učinio verovatnim da je izvršen akt diskriminacije po osnovu pola, teret dokazivanja da usled tog akta nije došlo do povrede načela jednakosti, odnosno načela jednakih prava i obaveza, snosi tuženi.

ZAKLJUČAK

Kolektivizacije pravne zaštite je prisutna u našem antidiskriminacionom zakonodavstvu i zaokružena donošenjem odgovarajućih odredbi Zakona o parničnom postupku kojim je regulian postupak za zaštitu kolektivnih prava i interesa. Ono što ostaje da se uradi je upoznavanje šire javnosti sa mogućnostima podnošenja ovakvih tužbi kako bi pitanja diskriminacije bila što efikasnije rešena. Pored afirmacije ove vrste postupaka, potrebno je razmotriti i društvene uslove za vođenje ovih postupaka pre svega načine finansiranja tužbi koje bi zbog kršenja odredbi o zabrani diskriminacije podnosila ovlašćena udruženja, organizacije i sindikati. Podsećamo da je opšti režim Zakona o parničnom postupku da se raspodela troškova vrši prema principu uspeha u sporu korigovano principom krivice (jedi-no Zakon o ravnopravnosti polova predviđa poseban režim prethodnog snošenja

troškova predviđajući u članu 48. da je tužilac oslobođen od prethodnog snošenja troškova). Prva medijski praćenija tužba za zaštitu ravnopravnosti je tužba podneta od strane poverenice za zaštitu ravnopravnosti protiv društva vlasnika McDonalds restorana, pa se nadamo da će dobra medijska zastupljenost bar jednog velikog slučaja pokrenuti društvene snage na borbu protiv diskriminacije u Srbiji i na gore opisan način.

BRANKA BABOVIĆ
Teaching assistant, Faculty of Law
University of Belgrade

COLLECTIVIZATION OF LEGAL REDRESS AGAINST DISCRIMINATION

Summary

Collective redress against discrimination has become a part of Serbian legal system with the Law on the Prohibition of Discrimination and Law on gender equality. However, the new Law on civil procedure contains the necessary procedural provisions for the full “collectivization” of the legal protection. The case law of ECHR and experiences of other European countries has shown that the collective redress is much more effective than the individual one in combating discrimination. Baring in mind that the Serbian society has not developed the mechanisms in combating discrimination, it is questionable how prepared we are to take the full advantage of the modernized law. The main problem that occurs with that regard is the question who is ready to bear the costs of the proceedings. However, recent cases are good start for promotion of the new options of legal redress against discrimination.

DINKA ŠAGO

MEĐUNARODNOPRAVNO UREĐENJE DOSTAVE U PARNIČNOM POSTUPKU

OPĆENITO O DOSTAVI U INOZEMSTVO

Pravila o dostavi u inozemstvo sadržana su u odredbama čl. 136 Zakona o parničnom postupku Republike Hrvatske¹. Kad dostavu treba obaviti osobama ili ustanovama u inozemstvu ili strancima koji uživaju pravo imuniteta, dostava se obavlja diplomatskim putem², ako u međunarodnom ugovoru ili u ZPP-u (čl.

Dr.sc. Dinka Šago, znanstvena novakinja – viša asistentica Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu.

¹ Zakon o parničnom postupku, *Narodne novine*, br. 53/91, 91/92, 58/93, 112/99, 88/01, 117/03, 88/05, 02/07, 84/08, 123/08, 57/11, 148/11 (dalje: ZPP).

² Diplomatski put obuhvaća prilično dug lanac tijela uključenih u pružanje i posredovanje u pružanju pravne pomoći. Primjerice, u Njemačkoj će on početi podnošenjem zahtjeva za pružanje pravne pomoći zemaljskim tijelima pravosudne uprave koja će, ako odluče udovoljiti zahtjevu, zahtjev prosljediti njemačkom veleposlanstvu u državi moliteljici. Nakon toga zahtjev se prosljeđuje ministarstvu vanjskih poslova države moliteljice, a radnju pravne pomoći obaviti će njemački konzul ili tijelo u državi moliteljici nadležno za pružanje pravne pomoći; [http://wopedia.mobi/de/Internationales Zivilverfahrensrecht \(Deutschland\)](http://wopedia.mobi/de/Internationales_Zivilverfahrensrecht_(Deutschland)) (14. kolovoza 2010), str. 7. Diplomatski put (uz konzularni) jedan je od načina dostave pismena stranim državljanima u inozemstvo ako nema međunarodnog ugovora koji bi uređivao pitanja međunarodne pravne pomoći (u navedenom slučaju Ugovor ne isključuje komunikaciju diplomatskim putem), a dostava se obavlja posredstvom diplomatskog predstavništva države moliteljice u zemlji primitka ministarstvu inozemnih poslova, pa tek onda nadležnom sudu. Vidi Birin, V., "Međunarodna pravna pomoć u građanskim stvarima i neka druga pitanja međunarodnoga privatnog prava nakon uspostave političkog suvereniteta Republike Hrvatske", *Zakonitost*, vol. 46, br. 4, 1992, str. 607.

146) nije što drugo određeno³. Ako se dostava pismena mora obaviti državljanima Republike Hrvatske (dalje: RH) u inozemstvu, to se može učiniti preko nadležnoga konzularnoga predstavnika ili diplomatskog predstavnika RH koji obavlja konzularne poslove u toj stranoj državi.⁴

UREĐENJE DOSTAVE PREMA UREDBI EU BR. 1393/2007

Općenito

Pravosudna suradnja u građanskim predmetima obuhvaća područje međunarodnog privatnog i međunarodnog procesnog prava.^{5,6,7} U okviru kategorije suradnja u postupcima doneseno je nekoliko Uredbi⁸, među kojima su za ovaj rad najznačajnije:

³ Dakle, mjerodavnost pravila je supsidijarna, primjenjuju se samo ako multilateralnim ili bilateralnim sporazumom nije drukčije određeno.

⁴ Konzularni put obuhvaća podnošenje zahtjeva za pružanje pravne pomoći posredstvom konzularnog predstavnika države moliteljice u zamoljenoj državi nadležnom tijelu. Primjerice, ako se pismeno ima dostaviti državljanima Republike Hrvatske u inozemstvu, to se može učiniti putem nadležnog konzularnog predstavnika ili diplomatskog predstavnika Republike Hrvatske koji obavlja konzularne poslove u toj državi. Takva dostava pravovaljana je samo ako osoba kojoj se pismeno dostavlja pristane primiti ga (čl. 136. st. 2. ZPP-a).

⁵ Mjere kojima se ostvaruje suradnja i kojima se usklađuje europsko privatno i međunarodno procesno pravo mogu se svrstati u pet kategorija: nadležnost i odluke u građanskim predmetima, mjerodavno pravo za obveze, obiteljski predmeti, stečaj i suradnja u postupcima. Vidi, Sikirić, H., "Posebne odredbe o dostavi prema Uredbi EU br. 1393/2007 Europskog parlamenta i Vijeća od 13. studenoga 2007. o dostavi sudskih i izvan sudskih isprava u građanskim i trgovačkim predmetima u državama članicama ("dostava isprava") i o ukidanju Uredbe Vijeća (EZ) br. 1348/2000", *Novela Zakona o parničnom postupku iz 2008, Savjetovanje – Zagreb, 13. listopada 2008*, radni materijali, Narodne novine d.d., str. 102.

⁶ Europsko međunarodno privatno pravo obilježava proces komunitarizacije u kojem se šire nadležnosti tijela EZ i istodobno smanjuju nadležnosti nacionalnih parlamenata u donošenju odredaba kolizijskoga prava. Navedena preraspodjela nadležnosti ima integracijski učinak, a novi pravni izvori europskog mpp-a, uredbe, tvore integracijsko pravo. Tako, Bouček, V., "Europsko međunarodno privatno pravo kao integracijsko pravo", *Hrvatska pravna revija*, br. 2, god. IV, veljača 2004, str. 13.

⁷ Upravo neposredna primjenjivost u pravu države članice je ono što uredbu bitno razlikuje od direktive, koja iako je opći akt djeluje posredno, odnosno za njenu primjenu potrebna je intervencija države članice kao njenog adresata. Vidi, Misita, N., *Osnovi prava Evropske unije, drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo 2007. g., str. 459.

⁸ Uredbe imaju tri važne značajke: opću primjenjivost, obvezujući karakter, te izravnu primjenjivost. Opća primjena i obvezujući karakter njezinih pravila čini ih u cijelosti obvezujućim kako na nivou Zajednice tako i na nacionalnom nivou. Nadalje, opća primjena znači da su one ob-

– Uredba Vijeća (EZ) br. 1348/2000 od 29. svibnja 2000. o dostavi u državama članicama sudskih i izvansudskih dokumenata u građanskim i trgovačkim predmetima⁹,

– Uredba (EZ) br. 1393/2007 Europskog parlamenta i Vijeća od 13. studenoga 2007. o dostavi u državama članicama sudskih i izvansudskih isprava u građanskim i trgovačkim predmetima kojom se ukida Uredba (EZ) br. 1348/2000.¹⁰

Uredba Vijeća EZ br. 1348/2000 ukinuta je Uredbom EU br. 1393/2007¹¹. Navedena Uredba¹² je stupila na snagu 30. prosinca 2007, a počela se primjenjivati od 13. studenoga 2008, osim čl. 23. koji se počeo primjenjivati od 13. kolovoza 2008. godine. Ova Uredba sadrži određena poboljšanja modela dostave isprava u odnosu na uređenje prema Uredbi br. 1348/2000. U skladu sa čl. 1. st. 1. i 2. Uredba se primjenjuje u građanskim i trgovačkim stvarima kada je potrebno iz jedne u drugu državu članicu dostaviti sudsku ili izvansudsku ispravu. Ista se ne primjenjuje na porezne, carinske i upravne predmete kao i odgovornost država za radnje i propuste u izvršavanju javnih ovlasti – *acta iure imperii*, a također ni u slučaju ako nije poznata adresa osobe kojoj se isprava mora dostaviti. Primjenjuje se u svim državama članicama, osim u Danskoj.¹³

Navedena poboljšanja sastoje se u:¹⁴ 1) uvođenje odredbe o tomu da prijamno mjesto mora poduzeti sve potrebne mjere da se dostava obavi što je prije moguće, a u svakom slučaju unutar mjesec dana nakon primitka (čl. 7. st.2. Uredbe); 2) uvođenje standardnog obrasca kojim se adresat upoznaje sa svojim pra-

vezujuće u odnosu na sve subjekte (pravne i fizičke osobe, države članice, te sve institucije EU). Njihova najvažnija značajka je izravna primjenjivost u državama članicama. Za njihovo stupanje na snagu, odnosno za njihovu primjenu u državama članicama, nije potrebno da ih vlasti te države nekim svojim aktom (kako se to obično čini s međunarodnim ugovorima) pretoče u nacionalno zakonodavstvo te su one izravno obvezujuće ne samo za državne institucije već i za pravne i fizičke osobe. Izravna primjenjivost također znači da pojedinci imaju prava koja mogu izravno utužiti pred nacionalnim sudom. Tako, Turkalj, K., “Izvori europskog prava”, *Hrvatska pravna revija*, br. 3, god. VIII, ožujak 2008, str. 22.

⁹ Sl. I. L. 160, 26. 6. 2001, s. 1.

¹⁰ Sl. I. L. 324, 10. 12. 2007, s. 79.

¹¹ Do stupanja na snagu Ugovora o Europskoj zajednici u verziji iz Nice, 1. veljače 2003., mjere kojima se ostvaruje pravosudna suradnja u građanskim predmetima donosilo je Vijeće, a nakon toga ih zajednički donose Vijeće i Europski parlament, u skladu s postupkom suodlučivanja predviđenim u čl. 251. UEZ, osim u području obiteljskog prava, kada mjere donosi Vijeće samo.

¹² Uredba sadrži slijedeća poglavlja I. – Opće odredbe (čl. 1–3), poglavlje II. – Sudska pismena (čl. 4–15), poglavlje III. – Izvansudska pismena (čl. 16) i poglavlje IV – Završne odredbe (čl. 17–26).

¹³ Sikirić, H., *op. cit.* (bilj. 5.), str. 104.

¹⁴ O tomu, Strnad, I., “Uredba sveta (ES) o vroćanju – izkušnje in predlogi sprememb”, *European Lawyer Journal*, 2/2007., University of Cambridge, str. 19–32.

vom da u trenutku dostave odbije preuzimanje isprave koja se dostavlja ili da je u roku od tjedan dana vrati prijamnom mjestu (čl. 8. st. 1. Uredbe); 3) odredbe kojom se utvrđuje da troškovi rada sudskog službenika ili ovlaštene osobe po pravu države članice prijama moraju odgovarati jedinstvenoj naknadi u unaprijed utvrđenom iznosu od strane te države članice, a koja pri tome mora poštovati načelo proporcionalnosti i nediskriminacije; 4) ustanovljuju se jedinstveni uvjeti za dostavu putem pošte, preporučenim pismom s potvrdom primitka ili jednakovrijednom potvrdom (čl. 14. Uredbe).

Budući da hrvatsko zakonodavstvo nije usklađeno s Uredbom (EU) br. 1393/2007 Europskoga parlamenta i Vijeća od 13. studenoga 2007. o dostavi sudskih i izvansudskih isprava u građanskim i trgovačkim predmetima u državama članicama (“dostava isprava”) i o ukidanju Uredbe vijeća (EZ) Vijeća br. 1348/2000 izmjenama Zakona o parničnom postupku¹⁵ ostvaruju se uvjeti za neposrednu primjenu citirane Uredbe u hrvatski pravni sustav u trenutku prijama RH u punopravno članstvo Europske unije.¹⁶ Upravo čl. 507.a – 507.č omogućuju primjenu Uredbe EZ br. 1393/2007.¹⁷

Prijam i otprema sudskih pismena

Sukladno čl. 2. st. 1. Uredbe i čl. 507. a. t. 2. ZIDZPP 08 trebamo razlikovati pojam “prijamno mjesto” i pojam “otpremno mjesto”. *Prijamno mjesto* znači službene osobe, tijela ili druge osobe koje su nadležne za preuzimanje sudskih ili izvansudskih pismena iz neke druge države. *Otpremno mjesto* znači službene osobe, tijela ili druge osobe koje su ovlaštene i odgovorne za otpremu sudskih i izvansudskih pismena koje treba dostaviti u drugoj državi članici.

Za dostavu u Republici Hrvatskoj prijamno mjesto će biti općinski sud na čijem području se pismena trebaju dostaviti (čl. 507.č. st. 3. ZIDZPP 08).

Za dostavu u inozemstvu kao hrvatska otpremna mjesta bit će nadležni: a) za sudska pismena sud koji treba obaviti dostavu, b) za izvansudske isprave općinski sud na čijem području ima prebivalište ili uobičajeno boravište, odnosno sjedište osoba kojoj treba dostaviti pismeno, c) za pismena koja su potvrdili ili iz-

¹⁵ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku, *Narodne novine*, br. 84, od 18. srpnja 2008. godine (u daljnjem tekstu ZIDZPP 08).

¹⁶ Tako, Čuveljak, J., “Novosti u ZPP-u”, *Pravo i porezi*, br. 10., listopad 2008.g., str. 11.

¹⁷ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o parničnom postupku određuje da se “ispred Petog dijela dodaje Dio četvrti – A- i Glava trideset treća, čl. 507.a i naslov iznad njega, čl. 507.b, 507.c, 507.č, 507.č, 507.d. i naslov iznad njega, čl. 507.e, 507.f, 507.g, 507.h, 507.i i naslov iznad njega, čl. 507.j, 507.k, 507.l, 507.lj, 507.m, 507.n, 507.nj, 507.o i naslov iznad njega, čl. 507.p, 507.r, 507.s, 507.š, 507.t, 507.u, 507.v, 507.z i 507.ž.”

dali javni bilježnici općinski sud na čijem području je njihovo sjedište (čl. 507.č. st. 1. ZIDZPP 08).

Sukladno čl. 3. Uredbe svaka država članica mora odrediti i jedno središnje tijelo koje je odgovorno za: a) dostavu podataka otpremnim mjestima; b) rješavanje poteškoća koje nastupe kod otpreme pismena za dostavu; c) u iznimnim slučajevima, a na zahtjev otpremnog mjesta, za otpremu nadležnom prijamnom mjestu. Prema čl. 507.č. st. 5. ZIDZPP 08 središnje tijelo u RH bit će Ministarstvo nadležno za poslove pravosuđa.

Podnositelj zahtjeva dostavlja otpremnom mjestu pismena, odnosno isprave i on snosi sve troškove prijevoda isprave prije otpreme. Uz pismeno koje se otprema prilaže se zahtjev sastavljen na standardnom obrascu koji mora biti ispunjen na službenom jeziku države članice u koju se dostavlja.¹⁸ Prijamno mjesto mora što je prije moguće, a najkasnije u roku od 7 dana po primitku pismena, poslati otpremnom mjestu potvrdu o primitku na najbrži mogući način. Ako je očito da zahtjev za dostavu ne ulazi u područje primjene Uredbe ili ako zbog neispunjavanja formalnih pretpostavki dostavu nije moguće obaviti, zahtjev za dostavu i poslana pismena vraćaju se otpremnom mjestu, i to putem standardnog obrasca¹⁹. U slučaju da prijamno mjesto nije mjesno nadležno za dostavu, proslijedit će pismeno zajedno sa zahtjevom za dostavu mjesno nadležnom prijamnom mjestu u istoj državi članici i o tome na propisanom standardnom obrascu obavijestiti otpremno mjesto (čl. 6. Uredbe).

Dostava sudskih pismena

Prijamno mjesto pismeno će dostaviti ili samo ili će predati radi dostave, bilo prema pravu države članice prijama, bilo na poseban način koji zahtijeva otpremno mjesto, osim ako takav način nije suprotan pravu države članice prijama (čl. 7. st. 1. Uredbe). Dostava se mora obaviti što je moguće prije a najkasnije unutar roka od mjesec dana od primitka pismena. Ako to nije moguće, prijamno mjesto mora o tome obavijestiti otpremno mjesto i nastaviti s pokušajem dostave ako mu se čini da je moguća dostava u razumnom roku, osim ako otpremno mjesto ne odredi drukčije. Prijamno mjesto obavijestit će na posebnom standardnom obrascu adresata da može u vrijeme dostave odbiti preuzimanje pismena koje mu se dostavlja ili pismeno vratiti otpremnom mjestu u roku od tjedana dana, ako pismeno nije sastavljeno, ili nije priložen njegov prijevod, na jezik koji adresat razumije ili na službeni jezik države članice prijama. U skladu sa čl. 9. st. 1. i 2. Uredbe datumom dostave smatra se dan kada je pismeno dostavljeno u skladu s

¹⁸ Pismena koja se dostavljaju nije potrebno ovjeravati (čl. 4. st. 1–3 Uredbe).

¹⁹ O tomu više kod Sikirić, H., *op. cit.* (bilj. 5), str. 102.

pravom države članice prijama. Izuzetno, ako se pismeno treba dostaviti u određenom roku, u odnosu prema podnosiocu zahtjeva mjerodavan je datum dostave određen po pravu države članice otpreme pismena. Nakon što je dostava obavljena, sastavlja se potvrda da su formalnosti koje su bile potrebne za dostavu ispunjene. Temeljem čl. 10. Uredbe potvrda se sastavlja na službenom jeziku države članice otpreme i dostavlja otpremnom mjestu.

Otprema i dostava putem diplomatskih ili konzularnih organa

Svaka država može, u iznimnim okolnostima, prijamnom mjestu države članice prijama prosljediti isprave putem svojih diplomatskih ili konzularnih organa (čl. 12. Uredbe).

Nadalje, može izravno putem svojih diplomatskih ili konzularnih organa obaviti dostavu sudskih pismena osobama s prebivalištem u drugoj državi članici bez primjene bilo kakve prisile.²⁰ Sukladno tomu čl. 507.b ZIDZPP 08 predviđa da je dostava pismena prema čl. 13. st.2. Uredbe koju treba obaviti u RH dopuštena samo ako je adresat kojemu se dostava treba obaviti državljanin države članice otpreme pismena.

Dostava poštom i izravna dostava

Temeljem čl. 14. Uredbe svaka država članica može dostavu sudskih pismena osobama s prebivalištem u drugoj državi članici obaviti izravno putem pošte preporučenom pošiljkom uz potvrdu primitka ili jednakovrijednu potvrdu.

U skladu sa čl. 507.č ZIDZPP 08 izravna dostava u RH nije moguća. Temeljem čl. 15. Uredbe svaka osoba koja je zainteresirana za ishod nekog sudskog postupka može obaviti dostavu sudskih pismena izravno putem sudskog službenika, državnih službenika ili drugih nadležnih osoba države članice prijama u kojoj je po njenom pravu takva izravna dostava dopuštena.

Otprema i dostava podneska kojim se pokreće postupak

Ako je isprava koja se dostavlja u skladu s ovom Uredbom podnesak kojim se pokreće postupak ili ekvivalentni podnesak, a tuženik se nije upustio u postupak, sud će prekinuti postupak dok ne utvrdi da je: a) podnesak u postupku dostavljen na način kako to pravo države članice određuje za dostavu osobama koje

²⁰ Svaka država članica može objaviti da se protivi takvoj dostavi na svojem području, osim ako se pismena dostavljaju državljanima države članice otpreme (čl. 13. st. 1. i 2. Uredbe). Tako kod Čuveljak, J., *op. cit.* (bilj. 16) , str. 12.

se nalaze na njenom području, ili b) da je podnesak tuženiku ili dostavljen osobno ili je dostavljen u njegovom prebivalištu na neki drugi način predviđen ovom Uredbom, te da je u oba slučaja dostava obavljena tako da je tuženik imao dovoljno vremena da pripremi svoju obranu čl. 19. Uredbe).

Svaka država članica može objaviti da njeni sudovi mogu donijeti odluku, neovisno o tome jesu li ispunjene pretpostavke predviđene u odnosu na tuženika koji se nije upustio u postupak, ako je isprava otpremljena na jedan od načina predviđen Uredbom, ako je proteklo više od šest mjeseci a sud proteklo vremensko razdoblje smatra razumnim te ako se nije, unatoč svim pokušajima, od prijašnjeg mjesta uspjelo dobiti nikakvu potvrdu o dostavi. Međutim, ZIDZPP 08 ne sadrži odredbu o mogućnosti donošenja ovakve odluke.

Ako je podnesak kojim se pokreće postupak ili ekvivalentni podnesak otpremljen na dostavu u drugu državu članicu u skladu s odredbama Uredbe i ako je donesena odluka protiv tuženika koji se nije upustio u postupak, sud može tuženiku kao pravni lijek dozvoliti povrat u prijašnje stanje, ako: a) tuženik bez svoje krivnje nije pravovremeno saznao za postojanje podneska da bi mogao pripremiti svoju obranu ili da nije pravovremeno saznao za odluku da bi mogao uložiti pravni lijek, i b) da se obrana tuženika unaprijed ne čini bez izgleda.²¹

UREĐENJE DOSTAVE U KONVENCIJI O GRAĐANSKOM POSTUPKU

Općenito

Kod međunarodne pravne pomoći u građanskim stvarima nezaobilazne su multilateralne Haške konvencije kojima je uređeno pružanje pravne pomoći u građanskom sudskom postupku. Prije svega, Haška konvencija o građanskom postupku iz 1954. godine, zatim novija Haška Konvencija o olakšanju međunarodnog pristupa sudovima iz 1980 godine, a nije van snage ni stara Haška konvencija o građanskom sudskom postupku iz 1905. godine²². Konvencija o građan-

²¹ Svaka država članica može izjaviti da takav prijedlog za povrat u prijašnje stanje neće biti moguć nakon isteka određenog roka, ali taj rok ne smije biti kraći od godine dana od donošenja odluke. ZIDZPP 08 ne sadrži odredbe o kraćem roku za podnošenje prijedloga za povrat u prijašnje stanje. Međutim, ako se radi o odlukama koje se odnose na osobno stanje nije moguće podnijeti prijedlog za povrat u prijašnje stanje.

²² Haška konvencija o građanskom sudskom postupku iz 1954. godine u usporedbi sa starijom Haškom konvencijom iz 1905. godine, u odnosu na dostavljanje sudskih i izvansudskih akata ne sadrži značajnije izmjene. Unesene izmjene su formalnog značenja. Odnose se na: a) preciziranje pitanja po pravilima koje zemlje se vrši dostavljanje u zamoljenoj državi, b) broj primjeraka akta koji treba dostaviti, c) način na koji se regulira potvrda o izvršenom dostavljanju. O tomu više kod, Triva, S., "Nova Haška konvencija o građanskom postupku", *Nasha zakonitost*, godina XVII, 1963. g., str. 114–132.

skom postupku²³ sklopljena je 1. ožujka 1954. Godine (dalje: HK 54).²⁴ Republika Hrvatska postala je stranka 8. listopada 1991. godine na temelju notifikacija o sukcesiji^{25,26}. Primjenom stranih konvencija odvija se međunarodna pravna pomoć sa nizom zemalja sa kojima nisu zaključeni bilateralni ugovori o pravnoj pomoći u građanskim stvarima.²⁷ Sve države sa kojima su zaključeni bilateralni ugovori o pravnoj pomoći članice su navedenih Haških konvencija. Pravilo je, u tom slučaju i uopće, kad je, pored postojanja bilateralnog ugovora neko pitanje između dvije zemlje istovremeno uređeno i multilateralnim ugovorom da se u skladu sa pravilom "*Lex specialis de rogat legi generalis*" ima primijeniti bilateralni ugovor, s tim što može doći do primjene i multilateralnih ugovora ako bilateralni na njega upućuje ili ako je za obje strane ugovornice povoljnija primjena multilateralnog međunarodnog ugovora.

Dostavljanje sudskih i izvansudskih pismena

Dostavljanje sudskih i izvansudskih akata reguliraju čl. 1. do 7. Konvencije. U građanskim ili trgovačkim stvarima, dostavljanje pismena namijenjenih osobama koje se nalaze u inozemstvu, vršit će se u državama ugovornicama na zahtjev konzula države moliteljice koji se upućuje vlasti koju će naznačiti zamoljena država.²⁸ Svaka država ugovornica može zahtijevati saopćenjem upućenim drugim državama ugovornicama da očekuje da joj se zahtjev o dostavljanju, što se treba

²³ Konvencija o građanskom postupku iz 1954. g. sadrži odredbe o: a) dostavljanju sudskih i izvansudskih akata, b) zamolnicama, c) osiguranju parničnih troškova, d) besplatnoj sudskoj pomoći, e) besplatnom davanju izvoda iz akata o građanskom stanju, f) izvršenju pritvaranjem, te g) izvršne odredbe.

²⁴ Ratificirana je Uredbom koju je 31. listopada 1961. godine donijelo Savezno izvršno vijeće FNR Jugoslavije, a objavljena je u "Službenom listu FNRJ Međunarodni ugovori i drugi sporazumi, broj 6/1962". Konvencija je stupila na snagu 12. travnja 1960. godine, šezdeset dana od deponiranja četvrtog ratifikacijskog instrumenta. U FNR Jugoslaviji je bila na snazi od 1. srpnja 1962. godine. Vidi, Triva, S., *op. cit.* (bilj. 22.), str. 114–132.

²⁵ "Narodne Novine – Međunarodni ugovori", br. 4/1994.

²⁶ Prema podacima od 27. lipnja 2000., Konvenciju su ratificirale slijedeće države: Austrija, Belgija, Danska, Finska, Francuska, Italija, Japan, Kina (samo Macao), Luksemburg, Nizozemska, Norveška, Njemačka, Portugal, Španjolska, Švedska i Švicarska. Prema podacima od 27. lipnja 2000., konvenciji su pristupile slijedeće države: Argentina, Armenija, Bjelarus, Bosna i Hercegovina, Češka, Egipat, Hrvatska, Izrael, Kirgistan, Latvija, Libanon, Mađarska, Makedonija, Maroko, Moldova, Poljska, Rumunjska, Rusija, Slovačka, Slovenija, Surinam, Sveta Stolica, Turska, Ukrajina i Uzbekistan.

²⁷ Primjerice sa Egiptom, Finskom, Izraelom, Japanom i dr.

²⁸ Zahtjev mora sadržavati naziv vlasti od koje potječe dostavljeni akt, ime i svojstvo strana-ka, adresu primatelja, prirodu akta o kome se radi, te mora biti sastavljen na jeziku zamoljene vlasti.

izvršiti na njenom području i sadrži sve naprijed navedene podatke, upućuje diplomatskim putem. Međutim, navedeno ne sprječava da se dvije države ugovornice sporazume o dozvoljavanju neposrednog prometa između njihovih tijela²⁹.

Dostava obavlja nadležno tijelo koje je nadležno po propisima zamoljene države³⁰. Zahtjevu se u dva primjerka prilažu dokumenti koji se dostavljaju (čl. 3. st. 1)³¹. Ako je dokument koji se dostavlja sastavljen na jeziku zamoljenog tijela ili na jeziku dogovorenom između dvije zainteresirane države, ili ako je popraćen prijevodom na jedan od tih jezika, zamoljeno tijelo dostavlja dokument onako kako je u njenom unutrašnjem pravu propisano slično dostavljanje, ili u posebnom obliku ako to nije protivno njezinom pravu.³²

Dostavljanje se dokazuje potvrdom o prijemu koju datira i ovjerava prima-telj ili uvjerenjem tijela zamoljene države iz koje se utvrđuje činjenica, način i datum dostavljanja.³³

Navedene odredbe ne protive se (čl. 6. st. 1): 1) mogućnosti upućivanja dokumenata poštom neposredno interesiranima koji se nalaze u inozemstvu; 2) mogućnosti da interesirani mogu ostvariti neposredno dostavljanje putem sudskog službenika ili drugog nadležnog službenika zemlje u koju treba dostaviti; 3) mogućnosti da svaka država može ostvariti dostavljanje osobi što se nalazi u inozemstvu neposredno putem svojih diplomatskih ili konzularnih predstavnika. U svakom od tih slučajeva predviđena mogućnost postoji *samo ako je dozvoljavaju konvencije zaključene između zainteresiranih država*, a ako nema takvih konvencija, *samo ako se država na čijem području treba izvršiti dostavljanje tome ne protivi*.³⁴

²⁹ Dostavljanje posredovanjem konzularnih posrednika predviđa se, dakle, kao pravilo; dostavljanje diplomatskim posredovanjem odnosno neposrednim saobraćajem između odnosnih vlasti – kao izuzetak koji se temelji na izričitim jednostranim odnosno dvostranim aktima zainteresiranih država. Čuveljak, J. *op. cit.*, (bilj. 16), str. 117.

³⁰ Konvencija iz 1905. godine nije imala odredbe o tome po čijim će se propisima dostavljanje vršiti, ali se iz duha tadašnjih odredaba moglo izvesti pravilo koje je u Konvenciji iz 1954. godine izričito propisano.

³¹ Odredba o broju primjeraka je nova, a u tekst Konvencije iz 1954. godine unesena je na prijedlog delegacije Velike Britanije. Vidi, Triva, S., *op. cit.* (bilj. 22), str. 114–132.

³² Ako ne postoji drugačiji sporazum, navedeni prijevod, ovjerava zakleti diplomatski ili konzularni predstavnik države moliteljice ili zakleti prevoditelj zamoljene države. Navedeno dostavljanje se može odbiti samo ako država na čijem području se ono treba izvršiti ocijeni da je takve prirode da ugrožava njezin suverenitet ili sigurnost.

³³ Za dostavljanje se ne mogu nametnuti nikakve naknade pristojbi ni troškovi. Međutim zamoljena država, ako nije drugačije ugovoreno, ima pravo tražiti naknadu troškova koji su nastali dostavljanjem posredstvom sudskog službenika ili, u slučajevima iz čl. 3, primjenom posebnog oblika.

³⁴ Ta država se ne može protiviti dostavljanju osobi koja se nalazi u inozemstvu neposredno putem svojih diplomatskih ili konzularnih predstavnika države koja vrši dostavljanje, ako se dokument treba dostaviti bez pripadniku države moliteljice (čl. 6. st. 2).

Zamolnice

U građanskim ili trgovačkim stvarima sudbena vlast države ugovornice može se, suglasno svom zakonodavstvu, obratiti zamolnicom nadležnoj vlasti druge države ugovornice i od nje zatražiti da u svom djelokrugu izvrši procesnu radnju ili drugu sudsku radnju. Zamolnice dostavlja konzul države moliteljice onoj vlasti koju naznači zamoljena država. Sve teškoće koje se mogu javiti pri takvom dostavljanju rješavaju se diplomatskim putem³⁵. Svaka država ugovornica može izjavom upućenom drugim državama ugovornicama tražiti da joj se zamolnice što ih treba izvršiti na njenom području, dostavljaju diplomatskim putem.³⁶ Sudska vlast kojoj je upućena zamolnica dužna joj je udovoljiti i pri tome upotrijebiti ista prinudna sredstva kao pri izvršenju zahtjeva za pravnu pomoć zamoljene države ili zahtjeva interesirane strane postavljenim u tu svrhu.

Izvršenje zamolnice može se odbiti samo³⁷: 1) ako nije utvrđena autentičnost isprave; 2) ako izvršenje zamolnice u zamoljenoj državi ne ulazi u djelokrug sudske vlasti; 3) ako država u kojoj bi se trebalo izvršiti, smatra da je ono takve vrste da šteti njenom suverenosti ili sigurnosti.

U slučaju nenadležnosti zamoljene vlasti, zamolnice se dostavlja po službenoj dužnosti nadležnoj sudskoj vlasti iste države prema propisima što ih utvrđuje njeno pravo. U svim slučajevima u kojima zamoljena vlast nije udovoljila izvršenju zamolnice, ona o tome treba bez odlaganja obavijestiti vlast moliteljice navođenjem, u slučaju iz čl. 11, razloge zbog kojih je odbijeno izvršenje zamolnice, te u slučaju iz čl. 12, navođenjem vlasti kojoj je ta zamolnica ustupljena.

Sudska vlast, što se tiče oblika postupanja, primjenjuje pri izvršavanju zamolnice pravo svoje zemlje. Međutim dopušta se, na traženje vlasti moliteljice, postupanje na posebni način, ako takav oblik nije protivan zakonodavstvu zamoljene države. Navedeno ne isključuje mogućnost da svaka država neposredno izvršava zamolnice putem svojih diplomatskih ili konzularnih predstavnika, ako to dozvoljavaju konvencije zaključene između interesiranih država ili ako se tome ne protivi država na čijem području treba izvršiti zamolnicu.³⁸

³⁵ Tako kod Dika, M., *Gradansko parnično pravo – parnične radnje*, V. knjiga, Narodne novine d.d., Zagreb, listopad 2008, (dalje: Dika, *GPP*, V.), str. 270–276.

³⁶ Navedeno ne isključuju sporazum dviju država ugovornica o dozvoljavanju dostavljanja zamolnica neposredno između njihovih vlasti. Ako protivno nije ugovoreno, zamolnica treba biti sastavljena na jeziku zamoljene vlasti ili na jeziku koji je sporazumno određen između dvije zainteresirane države, ili u prijevodu na jedan od tih jezika, s tim da prijevod treba ovjeriti diplomatski ili konzularni predstavnik države moliteljice ili zakleti tumač zamoljene države.

³⁷ Razlozi za odbijanje izvršenja dostavljanja taksativno su navedeni, pa ne postoji mogućnost da zamoljena država odbije izvršenje dostavljanja pozivajući se na neki drugi razlog.

³⁸ Pri izvršenju zamolnice ne naplaćuju se takse ili troškovi bilo koje vrste. Ipak, ako drugačije nije ugovoreno, zamoljena država može od države moliteljice tražiti naknadu isplaćenu svjedocima

Uređenje dostave u okviru međunarodne
pravne pomoći

Međunarodna pravna pomoć načelno obuhvaća³⁹: dostavljanje isprava iz jedne države adresatima u drugoj državi; izvođenje i pribavljanje dokaza i drugih podataka u jednoj državi za potrebe sudskog postupka koji se vodi u drugoj državi; pribavljanje podataka o stranom pravu. Dostavljanje isprava iz jedne države adresatima u drugoj državi obuhvaća dostavljanje sudskih i izvansudskih akata; kao što su sudski pozivi, podnesci stranaka, sudske odluke, te općenito svi akti vezani za postupak pred sudom. Navedeni akti se dostavljaju strankama u postupku, te svjedocima i drugim osobama koje su povezane s određenim postupkom.⁴⁰

Dostavljanje u okviru međunarodne pravne pomoći reguliraju *Haške konvencije o građanskom postupku iz 1907. i 1954. godine*, te *Haška konvencija o dostavljanju u inozemstvo sudskih i izvansudskih akata*. Temeljem *Haške konvencije o građanskom postupku iz 1954. g.* akti namijenjeni osobama koje se nalaze u inozemstvu dostavljaju se, na zahtjev konzula države moliteljice, vlasti koju naznači zamoljena država, s tim da se zahtjev za dostavu može uputiti i diplomatskim putem.

Tako, prema navedenoj Konvenciji svaka država može vršiti dostavljanje akata u inozemstvo putem svojih diplomatskih ili konzularnih predstavnika, ako to dopuštaju konvencije sklopljene između zainteresiranih država ili ako se tome ne protivi država na čijem području treba izvršiti dostavljanje⁴¹.

Haška konvencija o dostavljanju u inozemstvo sudskih i izvansudskih akata u građanskim i trgovačkim stvarima (dalje: Konvencija) predviđa da se dostavljanje vrši putem konzularnih kanala vlastima druge države koje su u tu svrhu odre-

i vještacima kao i izdatke nastale djelatnošću izvršnog službenika koji su bili potrebni zbog toga što svjedoci nisu dobrovoljno pristupili, ili troškova nastalih eventualnom primjenom čl. 14. st. 2.

³⁹ Tako Vuković, Đ., Kunštek, E., *Međunarodno građansko postupovno pravo*, Zgombić i partneri, Zagreb, 2005. g., (dalje: Vuković - Kunštek, *MGPP*) str. 221.

⁴⁰ Što se tiče drugih akata vezanih za postupak pred sudom, isti se prije svega odnose na isprave o osobnim stanjima: rođenje, sklapanje braka, pozakonjenje, razvod braka, i slično, dakle isprave koje izdaju matičari. Navedeni podaci se upisuju u matične knjige. Ovdje institut dostave dolazi do izražaja na način da se isprave o ovim stanjima koje izdaje jedna država, a odnose se na državljane druge države, dostavljaju u drugu državu gdje se mogu koristiti u razne svrhe. Tako: Konvencija između Jugoslavije i Francuske o izdavanju isprava o osobnom statusu o oslobođenju od legalizacije, Službeni list SFRJ MU 3/71, Ugovor je na snazi u odnosu na Hrvatsku na temelju sukcesije "Narodne novine - MU" 4/96, članak 1. i 2. pod ispravama o osobnom stanju podrazumijevaju isprave o rođenju, upisu presuda i odluka o razvodu braka, o upisu odluka u stvarima usvojenja i drugih odluka koje se odnose na osobna stanja.

⁴¹ Vidi čl. 6. Haške konvencije o građanskom postupku iz 1954.g., koji predviđa da se država neće moći protiviti kada treba bez prinude priopćiti akt državljaninu države moliteljice.

đene⁴². Diplomatski put predviđaju i bilateralni ugovori⁴³. Najveći broj ugovora koje je sklopila RH ili je obvezuju na temelju sukcesije, predviđaju da se zahtjev za dostavu upućuje ministarstvu pravosuđa, a ono ga izravno upućuje ministarstvu pravosuđa druge države koje ga prosljeđuje sudu. Hrvatsko zakonodavstvo predviđa da se dostavljanje osobama u inozemstvo u pravilu vrši diplomatskim putem uz određene specifičnosti ako se dostava vrši hrvatskim državljanima⁴⁴.

Konvencija predviđa da svaka država odredi "središnju vlast"⁴⁵ koja će primati zahtjeve iz druge države i ove dalje prosljeđivati. Nadležno tijelo države iz koje potječe akt, upućuje središnjem tijelu zamoljene države zahtjev u pisanom obliku, uz kojeg prilaže ispravu koju treba dostaviti ili njen prijepis. Ako središnja vlast zamoljene države smatra da zahtjev ne odgovara zahtjevima koje propisuje Konvencija, o tome odmah obavještava podnositelja i navodi svoje prigovore⁴⁶.

Temeljem HK 54 dostavljanje se dokazuje potvrdom prijama – *dostavnicom*, datiranom i ovjerenom od strane primatelja ili potvrđenom od strane vlasti zamoljene države kojom se konstatira način i datum priopćenja. U skladu sa čl. 5. Konvencije potvrde moraju biti priložene uz akt ili se moraju nalaziti na jednom od primjeraka akta⁴⁷.

Konvencija predviđa da središnje tijelo izdaje potvrdu prijama na obrascu iz aneksa Konvencije⁴⁸. Takvom potvrdom se dokazuje da je izvršena dostava, te se

⁴² Tako, Europska konvencija o imunitetu države određuje dostavljanje diplomatskim putem preko ministarstva vanjskih poslova radi daljnje dostave nadležnoj vlasti.

⁴³ Tako predviđa Ugovor o pravnoj pomoći u građanskim i trgovačkim stvarima između Republike Hrvatske i Republike Turske, "*Narodne novine – Međunarodni ugovori*" br. 15/2000.

⁴⁴ Vidi čl. 136. ZPP-a, st. 1. "Kada dostavu treba obaviti osobama ili ustanovama u inozemstvu ili strancima koji uživaju pravo imuniteta, dostava će se obaviti diplomatskim putem, ako u međunarodnom ugovoru ili u ovom zakonu nije što drugo određeno. st. 2. Ako se dostava pismena ima obaviti državljanima Republike Hrvatske u inozemstvu, to se može učiniti preko nadležnoga konzularnoga predstavnika ili diplomatskog predstavnika Republike Hrvatske koji obavlja konzularne poslove u toj stranoj državi. Takva dostava pravovaljana je samo ako osoba kojoj se pismeno dostavlja pristane da ga primi."

⁴⁵ Tako čl. 18. Konvencije predviđa da pojedina država može, osim središnje vlasti odrediti i druge vlasti te propisati i njihovu nadležnost. Međutim, podnositelj zahtjeva je ovlašten da ga izravno uputi središnjoj vlasti. Federalne države mogu odrediti i više središnjih vlasti.

⁴⁶ Vidi čl. 4. Haške konvencija o dostavljanju u inozemstvo sudskih i izvansudskih akata u građanskim i trgovačkim stvarima.

⁴⁷ Odredba o mjestu na koje se stavlja potvrda o prijemu odnosno o izvršenom dostavljanju nije postojala u Konvenciji iz 1905. godine. Rezultat je amandmana na čl. 1. st. 3. konvencije, po kome se pismeno koje treba dostaviti prilaže uz zamolnicu uvijek u dva primjerka: jedan za adresu, a drugi je namijenjen za stavljanje bilješke o izvršenju dostavljanja radi vraćanja državi moliteljici. Tako, Triva, S., *op. cit.* (bilj. 22.), str. 114–132.

⁴⁸ Tako, Alley, E. R., "New Federal Rules on the Hague Service and Evidence Conventions"; *International Litigation News* (Jan. 1991), str. 30–31.

navodi način, mjesto, vrijeme i osoba kojoj je akt uručen⁴⁹. Ako dostava nije izvršena u potvrdi se navodi razlog zbog kojeg dostava nije izvršena. Može se desiti da potvrda nije izdana od strane središnje ili sudske vlasti, u kojem slučaju molitelj može tražiti da jedno od navedenih tijela potvrdi taj akt⁵⁰.

Pravne posljedice izvršenog, odnosno neizvršenog dostavljanja uređuju u pravilu interna prava država, ali su u posljednje vrijeme donesena i neka međunarodna pravila. Pa tako navedena Konvencija predviđa da, ako se tuženik ne upusti u raspravljanje nije dopušteno donijeti presudu, dakle ako nema dostavnice, da je poziv odnosno druga odgovarajuća isprava pravodobno dostavljena na način propisan internim pravom države ili Konvencijom, kako bi tuženik imao mogućnost da pripremi svoju obranu, dakle radi ostvarenja načela *audiatur et altera pars*. Međutim, svaka država ugovornica može izjaviti da će njen sud donijeti presudu i bez da mu je priložen dokaz o izvršenoj dostavi, ali samo ako su ispunjene slijedeće pretpostavke: 1) da je akt upućen na jedan od načina koje predviđa Konvencija; 2) da od dana otpreme akta nije prošlo manje od šest mjeseci; 3) da je na sve moguće načine pokušano pribaviti potvrdu putem nadležnog tijela zamoljene države.

Ako se ove pretpostavke nisu ostvarile sud može u hitnim slučajevima odrediti privremene mjere ili mjere osiguranja. Sud je ovlašten dopustiti i povrat u prijašnje stanje ako je poziv bio upućen u inozemstvo, a presuda je donesena iako tuženik nije pristupio sudu. Sud će dopustiti povrat u prijašnje stanje ako se kumulativno ispune slijedeće pretpostavke: 1) da tuženik bez svoje krivnje nije bio upoznat s time kako bi se pravodobno mogao braniti ili uložiti žalbu i 2) da obrana tuženika nije od početka bezizgledna⁵¹. Zahtjev za povrat u prijašnje stanje podnosi se unutar "razumnog roka"⁵² otkada je tuženik saznao za presudu.⁵³

⁴⁹ O tomu više, Alley, E. R., "New Developments under the Hague Evidence and Service Conventions", The 1989. Special Commission; *International Business Lawyer*, 1989, str. 380.

⁵⁰ Tako, Vuković-Kunštek, *MGPP*, str. 240.

⁵¹ *Ibid.*, str. 241.

⁵² U zakonodavstvo Republike Hrvatske pravni standard "razumni rok" uvodi se po prvi puta ZIDZPP-om 2003. g. Tako Novela 2003. g. izričito propisuje obvezu suda da parnični postupak provede u razumnom roku. Ta obveza proizlazi i iz čl. 6. toč. 1. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda ("Narodne novine – Međunarodni ugovori", br. 6/99 i 9/99), koji glasi: "Radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi i u slučaju podizanja optužnice za kazneno djelo protiv njega svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj."

⁵³ U skladu sa čl. 16. Konvencije svaka država ugovornica može izjaviti da je zahtjev nedopušten po proteku vremena koje je u toj izjavi predviđeno, a koje ne može biti kraće od jedne godine računajući od donošenja presude.

Nadalje, HK 54 predviđa da se dostava može vršiti i u “posebnoj formi”, uz uvjet da je tako tražila država moliteljica i da se to ne protivi zakonodavstvu zamoljene države. Slično tomu, Konvencija predviđa da se dostavljanje može izvršiti “na poseban način” pod istim uvjetima kao i HK 54, ali daje i mogućnost da se dostavljanje na poseban način može uvijek može vršiti adresatu koji dragovoljno primi akt^{54,55}. Međutim, bilateralne konvencije koje je sklopila RH, odnosno koje je obvezuju na temelju sukcesije dopuštaju odstupanje od domaćeg prava, ali uz uvjet da to nije protivno “domaćim zakonima” i “osnovnim načelima domaćeg zakonodavstva”.

DOSTAVA IZMEĐU DRŽAVA NASTALIH RASPADOM SFRJ
– BILATERALNI UGOVORI SKLOPLJENI S DRŽAVAMA
S PODRUČJA EX SFRJ

Ugovori o pravnoj pomoći između država koje su nastale raspadom *ex* SFRJ praktički na identičan način reguliraju pitanje dostave u sudskim postupcima koji se vode na području tih država. Ovdje ćemo razmotriti i usporedno prikazati slijedeće ugovore: Ugovor između Republike Hrvatske i Republike Slovenije o pravnoj pomoći u građanskim i kaznenim stvarima⁵⁶; Ugovor između Republike Hrvatske i Republike Makedonije o pravnoj pomoći u građanskim i kaznenim stvarima⁵⁷ ⁵⁸; Ugovor između Republike Hrvatske i Savezne Republike Jugoslavije o pravnoj pomoći u građanskim i kaznenim stvarima⁵⁹ i Sporazum između Re-

⁵⁴ Tako predviđa i čl. 10. Inter-američke konvencije o zamolnici koja je sklopljena u Panami 31. siječnja 1975. g. O tomu više Kim, A. M., “The Inter – American Convention and Additional Protocol on Letters Rogatory, The Hague Service Conventions “Country Cousins”?”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 1998. Vol. 36, p. 687.

⁵⁵ Više o tomu kod, Boyd, J. A., “Comtemporary practice of the United States relating to international law, The Hague Service Convention”, *American Journal of International Law*, 1978, p. 130.

⁵⁶ Ugovor između Republike Hrvatske i Republike Slovenije o pravnoj pomoći u građanskim i kaznenim stvarima, “*Narodne novine – Međunarodni ugovori*” br. 3/94, potpisan je u Zagrebu, dana 7. veljače 1994. godine (dalje: UPPSL).

⁵⁷ Ugovor između Republike Hrvatske i Republike Makedonije o pravnoj pomoći u građanskim i kaznenim stvarima, “*Narodne novine – Međunarodni ugovori*” br. 3/1995.g. (dalje: UPPM).

⁵⁸ Vidi Maganić, A., “Pravna pomoć u građanskim stvarima između Republike Hrvatske i Republike Makedonije”, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 61. No. 2, str. 243–274.

⁵⁹ Ugovor između Republike Hrvatske i Savezne Republike Jugoslavije o pravnoj pomoći u građanskim i kaznenim stvarima, sklopljen u Beogradu 15. rujna 1997, objavljen u “*Narodnim novinama – Međunarodni ugovori*” br. 6/98, stupio na snagu 28. svibnja 1998. g. (u daljnjem tekstu UPPJ).

publike Hrvatske, Vlade Bosne i Hercegovine i Federacije Bosne i Hercegovine o pravnoj pomoći u građanskim i kaznenim stvarima⁶⁰. Svi navedeni ugovori reguliraju pravnu pomoć u građanskim stvarima, podvođeci pod pojam građanskih stvari, i trgovačke i obiteljske stvari.⁶¹ Temeljem čl. 3. navedenih ugovora Države ugovornice uzajamno će pružati pravnu pomoć tako da će dostavljati i uručivati pismena, razmjenjivati obavijesti o pitanjima iz zakonodavstva i kaznene evidencije te obavljati pojedine procesne radnje⁶². Nadležni organi država ugovornica se suobraćaju, postupajući po navedenim ugovorima, sa strane Republike Hrvatske putem Ministarstva pravosuđa Republike Hrvatske, a sa strane druge Države putem odgovarajućeg ministarstva te države. Navedeno ne isključuje suobraćanje diplomatskim, odnosno konzularnim putem.

Zamolnica za pravnu pomoć (dalje: *zamolnica*)⁶³ i sva ostala pismena, koja je potrebno priložiti sukladno odredbama ovoga ugovora dostavljaju se na jeziku države koja moli za pravnu pomoć (dalje: *država moliteljica*). Prijevod na jezik države ugovornice koju se moli za pravnu pomoć (dalje: *zamoljena država*) nije potrebno prilagati. Odgovori na zamolnice dostavljaju se na jeziku zamoljene države. Međutim, prema ugovorima sa Slovenijom UPPSL i Makedonijom UPPM, pismena koja se uručuju osobama u zamoljenoj državi, dostavljaju se na jeziku države moliteljice, a mora biti priložen i prijevod pismena na jezik zamoljene države.⁶⁴ Ako taj prijevod nije priložen, uručenje će se izvršiti samo ako primatelj pismeno dobrovoljno primi. Međutim, Ugovor s Jugoslavijom u čl. 5. UPPJ izričito predviđa da sudovi i druga nadležna tijela država stranaka međusobno komuniciraju na svom jeziku, bilo da je riječ o pisanom ili usmenom saobraćaju, da

⁶⁰ Sporazum između Republike Hrvatske, Vlade Bosne i Hercegovine i Federacije Bosne i Hercegovine o pravnoj pomoći u građanskim i kaznenim stvarima iz 1996.g., "Narodne novine - Međunarodni ugovori" 12/96 (dalje: UPPBH).

⁶¹ Navedeni ugovori su sklopljeni u želji, da unaprijede pravne odnose među državama, da unaprijede svoju suradnju na području pravosuđa i da olakšaju međusobni pravni promet.

⁶² Primjerice pojedine istražne radnje, dostava materijalnih dokaza, saslušavanje okrivljenih, svjedoka, stranaka, vještaka i drugih osoba, sudski uviđaj, vještačenje i drugo.

⁶³ Zamolnica za pravnu pomoć mora sadržavati (u skladu s čl. 6. UPPSL; čl. 6. UPPBH; čl. 6. UPPM): 1. naziv organa koji moli za pravnu pomoć, i organa od kojeg se moli pomoć, 2. opis predmeta u kojem se moli za pomoć, u kaznenim stvarima i zakonski opis kaznenog djela, 3. oznaku podataka koji su važni za provedbu postupka davanja pravne pomoći, 4. ime i prezime te podatke o rođenju stranaka u postupku, mjesto njihovog stalnog prebivališta, državljanstvo, a za pravne osobe tvrtka, odnosno ime i sjedište, 5. ime i prezime mogućih pravnih zastupnika u pojedinim predmetima. Pored navedenog čl. 10. UPPBH, čl. 10. st. 1. UPPSL i UPPM, te čl. 3. st. 1. UPPJ propisuju da zamolnica treba sadržavati i adresu osobe kojoj se pismeno uručuje. Zamolnica i priložena pismena moraju biti potpisana i imati pečat organa koji moli za pravnu pomoć.

⁶⁴ Tako, DIKA, *GPP*, V., str. 276–278.

zamolnica ne mora biti ovjerena, te da zamoljena strana može tražiti druge obavijesti i akte koji su joj potrebni za izvršenje zamolnice (čl. 3. st. 3. UPPJ).

Pravna pomoć se pruža sukladno zakonodavstvu zamoljene države. Nadležni organ koji pruža zamoljenu pravnu pomoć može pritom postupati, i na način i u obliku koji želi država moliteljica, ako to nije u suprotnosti s propisima zamoljene države (tako UPPBH, UPPSL, UPPM), odnosno ako nije u protivnosti s javnim poretком te države (tako čl. 6. st. 2. UPPJ). Ako zamolnici nije udovoljeno, potrebno je o tome odmah izvijestiti državu moliteljicu i navesti razloge zašto zamolnici nije udovoljeno, te ako su zajedno sa zamolnicom bila poslana i druga pismena i njih vratiti. Nadležni organ izvršava uručenje sukladno propisima zamoljene države.⁶⁵ Uručenje pismena dokazuje se sukladno propisima o uručanju koji važe na teritoriju zamoljene države. Ako uručenje nije moguće, potrebno je državu moliteljicu odmah izvijestiti o razlozima.⁶⁶

ZAKLJUČAK

Uredba br. 1393/2007 donijela je izvjesne novine u europski sustav dostave, čija je svrha bila ubrzanje dostave i jača harmonizacija dotadašnjih rješenja.⁶⁷

⁶⁵ Države ugovornice će, na molbu, jedna drugu izvijestiti o propisima koji važe ili su važili na njezinom teritoriju, te će po potrebi slati i tekstove tih propisa. Nadalje, države ugovornice dostavljaju jedna drugoj i izvode iz državnih matica, te pravomoćne sudske odluke koje se odnose na osobna stanja državljana druge države ugovornice. Ove isprave i sudske odluke dostavljaju se besplatno svakih šest mjeseci diplomatskim putem. Također, kada je riječ o troškovima potrebno je naglasiti da države ugovornice ne mogu zahtijevati vraćanje troškova koji su nastali radi dostave u okviru pružanja pravne pomoći. Međutim, zamoljeno tijelo ovlašteno je tražiti jamčevinu za troškove nastale na taj način (čl. 13. st. 2. UPPBH, UPPSL, UPPM).

⁶⁶ Nadležni organ navodi u potvrdi o uručanju vrijeme i mjesto uručjenja, te osobu kojoj je pismeno bilo uručeno (tako UPPBH, UPPSL, UPPM), odnosno mjesto i datum primitka i potpis primatelja ili drugi način dostavljanja (čl. 8. st. 2. UPPJ).

⁶⁷ Uredba ima prednost u odnosu na ostale bilateralne i multilateralne ugovore koje su zemlje članice Europske unije zaključile, osobito u odnosu na čl. 4. Protokola Bruxelleske konvencije iz 1968. i Hašku konvenciju o dostavi iz 1965. (čl. 20. st. 1. Uredbe br. 1393/2007). Međutim, ona ne sprečava pojedine države članice da zadrže ili zaključe sporazume o daljnjem ubrzanju ili pojednostavnjenju ako su u skladu s Uredbom (čl. 20. st. 2. Uredbe br. 1393/2007). Iz njemačke perspektive daljnje pojednostavnjenje predviđa čl. 7. Njemačko-britanskog ugovora o pravnom prometu, koji dopušta neposrednu dostavu između stranaka. Kao daljnje pojednostavnjenje mogle bi se prihvatiti i odredbe bilateralnih ugovora prema kojima bi troškovi dostave putem službene osobe ili posebnog oblika dostave (čl. 11. st. 2. Uredbe br. 1393/2007) bili u potpunosti isključeni. Heiderhoff, Bettina, u: Rauscher Thomas (ur.), *Europäisches Zivilprozessrecht*, Kommentar, Sellier, European Law Publishers, München, 2006., str. 1261–1262.

Nesumnjive prednosti europskih uredbi kojima je uređeno područje dostave i izvođenja dokaza izazivale su potrebu preispitivanja rješenja iz Ugovora. Postavlja se pitanje treba li RH i države nastale raspadom SFRJ zaključiti nove Ugovore o pravnoj pomoći u građanskim (i kaznenim) stvarima. Odgovor na to pitanje ne može biti potpuno jednoznačan, a njegova složenost uzrokovana je nejednakim razvojem zemalja u regiji. Naime, Slovenija je članica Europske unije, a Hrvatska će to postati 2013. To znači da će između RH i Slovenije primjenjivati europske uredbе. Ipak, time se ne rješava problem pravnog prometa s ostalim zemljama u regiji. S obzirom na to da Ugovori u završenim odredbama propisuju da su sklopljeni na neodređeno vrijeme te da ih svaka stranka može pismeno otkazati diplomatskim putem s otkaznim rokom od šest mjeseci, ne bi trebalo biti nikakve smetnje da Hrvatska i neka od država nekadašnje SFRJ zaključe novi ugovor. Brže i djelotvornije rješenje na području bivše SFRJ moglo bi se izvesti na nekoliko načina. Tako bi zemlje nekadašnje SFRJ izvan okvira EU svaka pojedinačno s RH mogle zaključiti novi ugovor o pravnoj pomoći u građanskim (i kaznenim) stvarima koji bi preuzeo europska rješenja o dostavi. Ovdje je upitno bi li se moralo otkazati prethodni ugovor ili bi se u novom ugovoru mogao propisati režim važenja prethodno zaključenog ugovora o pravnoj pomoći. Drugo moguće rješenje bilo bi zaključenje multilateralnog ugovora RH i ostalih zemalja SFRJ koje nisu u EU, kojim bi se preuzela europska rješenja iz domene dostave koja bi vrijedila u regionalnom pravnom prometu. Područje koje bi se tim ugovorom ili ugovorima moglo obuhvatiti može biti pravna pomoć i nove odredbe o dostavi. U slučaju da se njime uređuje pravna pomoć, te u sklopu pravne pomoći dostava to bi moglo utjecati na prije zaključene ugovore.

Međutim, ako bi se dvostrani ugovori ili višestrani ugovor ograničili samo na dostavu i izvođenje dokaza, međunarodna pravna pomoć između tih zemalja ne bi bila pokrivena u cijelosti, pa bi postojeći bilateralni ugovori mogli i dalje ostati na snazi. Ali bi se u odnosu na dostavu i izvođenje dokaza primjenjivala pravila kasnijeg i specijalnijeg ugovora. Tako bi, izaberemo li multilateralni ugovor o dostavi bilateralni ugovori imali prednost jer dvostrani ugovor ima prednost pred višestranim. Izaberemo li dvostrani ugovor o dostavi mogao bi se primjenjivati noviji i specijalniji jer je riječ o dvostranom ugovoru. Dakle, u međunarodnom pravnom prometu trebala bi vrijediti pravila specijalnosti i općeg cilja koji se u pravnom prometu želi postići.

DINKA ŠAGO, LL.D.,
Assistant, Faculty of Law,
University in Split

INTERNATIONAL LEGAL REGULATION OF DELIVERY
IN CIVIL PROCEEDINGS

Summary

When service is to be made on persons or institutions in a foreign country or on foreigners enjoying the right to immunity, it shall be made through diplomatic channels, except as otherwise provided in an international agreement. The purpose of this article is to present and analyse the solutions adopted in the Hague and bilateral conventions in force between the countries of the region which concern essentially two aspects of international legal assistance and service of documents. Particularly discussed are the 1954 Hague Convention on Civil Proceedings and the 1965 Hague Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters in addition to bilateral treaties the Republic of Croatia concluded with countries in region. Some changes to the area of international legal aid between the countries of former Yugoslavia *de lege ferenda* are also presented.

SADRŽAJ – TABLE OF CONTENTS

Pravda i pravo

Justice and Law

La Justice et le Droit

PRAVO I MORAL – III tom

LAW AND MORALITY – Vol. III

Treća katedra

Third Department

PRAVO NA IMOVINU

RIGHT TO PROPERTY

4. Privredna društva

Commercial Companies

Miroslav Vrhovšek

Načela sporazumnog finansijskog restrukturiranja The prohibition of causing the demages and other principles of the consensual financial restructuring	5
--	---

Zoran Arsić

Vršenje prava glasa akcionara na štetu akcionarskog društva ili drugih akcionara Exercise of shareholders' voting rights at the expense of joint stock company	17
---	----

Miodrag Mićović

Načelo lojalnosti i poslovna tajna Principle of loyalty and trade secret	23
---	----

*Goran Koevski,
Darko Spasevski*

Mogućnost korišćenja izveštaja kreditnih rejting agencija u procesu donošenja poslovnih odluka od strane makedonskih trgovačkih subjekata Possibility of using credit rating reports into the decision making process of macedonian companies	35
---	----

Nada Todorović

Društveno odgovorno poslovanje kompanija Corporate social responsibilita	51
---	----

Vuk Radović

Povratak poslovnog udruženja The return of the business association	63
--	----

Jasmina Labudović-Stanković

Neki problemi zaštite investitora u EU The problems of investor protection in EU	83
---	----

Mijat Jocić

Nužnost reforme kompanijskog zakonodavstva kao pretpostavka unapređenja konkurentnosti privrede Crne Gore The reform of company law as a prerequisite to improve the competitiveness of the Montenegrin economy	99
--	----

Jelena Lepetić

O ravnopravnosti države kao akcionara u nekim formama kapital učešća About the equal treatment of state as a shareholder in some forms of capital investment	111
--	-----

Marko Marjanović

Povreda prava na imovinu kao posledica primene stečajnih propisa Violation of the right to property as a result of the application of bankruptcy regulations	127
--	-----

Dijana Marković-Bajalović

Vremenski sukob zakona u pravu konkurencije Temporal conflict of competition laws	141
--	-----

Milja Marić

Transparentnost odnosa kontrole kao sredstvo zaštite podređenog društva Transparency of controlling relations as a means of protection of a subsidiary	157
---	-----

Borislav Grahovac

- Javno-privatno partnerstvo - Kanadski prilaz
Public-private partnerships: Canadian approach 167

Ivana Ljutić

- Primena instituta “probijanja pravne ličnosti” kod transnacionalnih kompanija
Application of the doctrine “lifting the corporate veil” at transnational corporations 181

5. Međunarodni privredni ugovori, Arbitraža

International Commercial Contracts, Arbitration

Jelena Perović

- Formulisanje klauzule o arbitraži u međunarodnim privrednim ugovorima
Drafting of an arbitration clause in international commercial contracts 199

Thomas Meyer

- The common European sales law and the CISG
Zajedničko evropsko pravo prodaje i Bečka konvencija o međunarodnoj prodaji robe 211

Vitomir Popović

- Neki aspekti sporazuma o sukcesiji imovine bivše SFRJ
Some aspects of the Agreement of succession of the former Yugoslavia 219

Aleksandar Ćirić

- Međunarodno-pravni režim i pravo STO kao elementi nacionalnog spoljno-trgovinskog zakonodavstva
International legal regime and law of the WTO as elements of national foreign trade legislation 233

Predrag Cvetković

Srđan Golubović

- Sporazum STO o javnim nabvkama
The agreement on public procurement as the legal framework 247

Marija Krvavac

- Rešenje problema kvalifikacije
Qualification issue in international private law 261

<i>Maja Kostić-Mandić</i>	
O odnosu normativnog i stvarnog u jednom institutu međunarodnog privatnog prava Crne Gore i zemalja regiona The closest connection principle in private international law of Montenegro	277
<i>Sanja Danković-Stepanović</i>	
Prijava restriktivnog sporazumevanja Restrictive application of agreement.	289
<i>Dejan Jančićević</i> <i>Aleksandar Mojašević</i>	
Višestranačke arbitraže u SAD Multiparty arbitration in the U.S.	305
<i>Milena Đorđević</i> <i>Marko Jovanović</i>	
Unifikacija prava međunarodne trgovine pod okriljem STO Unification of international trade law under the auspices of WTO	319
<i>Aleksandar Popović</i>	
Faze u rješavanju sporova u okviru STO Phase in resolving disputes in the WTO	339
<i>Katarina Jovičić</i>	
Zahtev za sniženje cene kod ugovora o međunarodnoj prodaji robe Claim for the price reduction in the contract for the international sale of goods	353
<i>Jelena Vukadinović</i>	
Neke karakteristike ugovora o franšizingu u uporednom pravu i u Prednacrtnu Srpskog građanskog zakonika Some characteristics of the franchise contract in the draft Civil Code of Serbia and comparative law	369
6. Osiguranje	
<i>Insurance</i>	
 <i>Predrag Šulejić</i>	
Metod regulisanja zakonskih normi koje se odnose na ugovor o osiguranju The method of regulating the legal requirements relating to insurance contracts	387

Šime Ivanjko

- Pravni odnos između posrednika u osiguranju i društva za osiguranje
Legal relationship between broker and insurance company 401

Zoran Radović

- Načelo dobre vere i načelo obeštećenja u osiguranju
Principles of good faith and indemnity in insurance 417

Nataša Petrović-Tomić

- Odnos osiguranja od odgovornosti direktora i pravila poslovne procene
Relationship between directors and officers liability insurance
and business judgment rule 429

Slobodan Ilijić

- Uvođenje prava osiguranja u stečajni postupak Republike Srbije
Introduction insurance law in bankruptcy procedure of the
Republic of Serbia 449

Nebojša Stevanović

- Osiguranje života za slučaj smrti korisnika kredita
Life insurance in the case of credit beneficiary death 461

7. Radni odnosi

Labour Relations

Branko Lubarda

- Savet zaposlenih - domaće, uporedno i evropsko pravo
Works council - domestic, comparative and european labour law 469

Predrag Trifunović

- Pravično suđenje u radnim sporovima
Fair trial in labor disputes 489

Todor Kalamatiev

Aleksandar Ristovski

- Participacija radnika u savremenim industrijskim odnosima
Worker participation in the modern industrial relations 503

Borisav Čolić

- Pravo zaposlenih na rad, nadzor i zaštita u slučaju povrede prava iz radnog odnosa
The right of employees to work, supervision and protection in the event of breach of employment rights 521

Filip Bojić

- Koncept socijalnih davanja preživelih (van)bračnih partnera
The concept of social benefits of surviving spouses 533

Mirjana Popović

- Mobing kao oblik diskriminacije
Mobbing as a form of discrimination 547

Vesna Nikolić

- Specifičnosti privremenog udaljenja sa rada policijskih službenika
Specifics of temporary suspension of police officials 559

Lazar Jovevski

- Međunarodno pravni sistem zaštite zdravlja i bezbednosti na radu lica sa invaliditetom
Internationa legal system of health and safety at work of persons with disabilities 571

Tatjana Prijić

- Procena radne sposobnosti i mogućnosti zaposlenja ili održavanja zaposlenja osoba sa invaliditetom
Estimation of workability and possibilities of employment or preservation of employment for people with disabilities 587

Gordan Stefanović

- Pravo na život kroz prizmu radnih i socijalnih prava
The right to life through the prism of labor and social right 601

8. Banke i bankarski poslovi

Banks and Banking Transactions

Stojan Dabić

- Uloga poslovnih banaka u razvoju privrede
The role of commercial banks in economic development 615

Marijana Dukić-Mijatović

Centralna banka i razvoj finansijskog tržišta Central bank and development of financial market	627
---	-----

Nikola Cicmil

Ugovor o okvirnom - overdraft kreditu kao finansijska usluga banke Credit line - overdraft agreement as bank's financial services	641
--	-----

Zoran Vasiljević

Odgovornost iz ugovora o kreditu Liability under the loan agreement	653
--	-----

Tamara Milenković-Kerković

Vladimir Dinić

Pravni aspekti zabrane kamate u poslovima islamskih banaka The legal aspects on prohibition of interest in islamic banking	663
---	-----

Četvrta katedra

Fourth Department

PRAVO NA INTELEKTUALNU TVOREVINU

RIGHT TO INTELLECTUAL CREATION

Industrijska svojina i Autorsko pravo

Right to Industrial Property and Copyright

Dimitrije Milić

Građanskopravna zaštita patentnog prava Civil protection of patent law	683
---	-----

Milenko Manigodić,

Đuro Manigodić

Quid član 6 bis Pariske konvencije za zaštitu industrijske svojine The article 6bis of the paris Convention for protection of industrial property	695
---	-----

Pavle Tijanić

Konvencija o evropskom patentu (KEP) Convention on issuing European patents (KEP)	701
--	-----

Božin Vlašković

- Pojam sličnih proizvoda u odlukama Evropskog suda pravde
i u praksi nemačkih saveznih sudova
Der begriff der ähnlichen waren in den entscheidungen des
Europäischen gerichtshofes und in der praxis der deutschen
bundesgerichte 719

Zoran Miladinović

Siniša Varga

- Sadržina patentne prijave
The contents of patent application 733

Dijana Janković

- Zaštita prava intelektualne svojine na Internetu
Protection of intellectual property rights on the Internet 747

Katerina Ancevska-Netkoska

Aleksandra Grozdanova

- The role of intellectual property rights in advertising
of pharmaceuticals
Uloga intelektualne svojine u marketingu lekova 763

Gordana Damjanović

- Harmonizacija patentnih pravila
The harmonization of national patent rules 775

Dušan Popović

- Povrede autorskog prava i srodnih prava na sajtovima za razmenu
audio i video zapisa putem korišćenja onlajn video igara i na blogovima
Copyright and related rights infringements on file-sharing sites,
online video games and blogs 789

Janko Veselinović

- Posebna naknada kao osporavana kategorija u kolektivnoj zaštiti
autorskih prava
Special fee as a contested category in collective copyright
protection 805

Ksenija Vlašković

- Ovlašćenje autora na naknadu od prodaje uređaja i sredstava podobnih
za umnožavanje autorskih dela
The right of the author to compensation from the sale of equipment
and tools for reproduction works of authorship 817

*Peta katedra
Fifth Department*

PRAVO NA PRAVDU
RIGHT TO JUSTICE

1. Sud u koneksitetu pravde
Court in Connexity of Justice

Gordana Stanković

Postupak za mirno rešavanje spora obaveznim pregovaranjem potencijalnih stranaka pre parnice The procedure for a peaceful settlement of a dispute by means of mandatory negotiations between potential parties before the lawsuit	833
---	-----

Ranka Račić

Pravo umješača na pravni lijek u tuđoj parnici Intervenor's right to remedies related to a suit on-going between other persons	851
--	-----

Dušica Palačković

Konvencija o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice dece The application of the convention on the civil aspects of international child abduction	863
---	-----

Vladimir Kozar

Zastupanje pravnih lica u parničnom postupku Representation of legal entity in civil procedure	877
---	-----

Vukašin Ristić

Posebna revizija Special revision in the civil proceedings	891
---	-----

Nevena Petrušić

Procesni položaj poverenika za zaštitu ravnopravnosti u antidiskriminacionim parnicama Procedural position of the commissioner for the protection of equality in antidiscrimination proceedings	905
--	-----

Olja Mandić

Pravna priroda i dejstvo sporazuma o mirnom rešavanju spora Legal nature and the effect of the agreement on peaceful settlement of disputes	923
---	-----

Nikola Bodiroga

Izlučna tužba - nedelotvorno pravno sredstvo u Zakonu o izvršenju i obezbeđenju Third party action in enforcement procedure - ineffective legal remedy	935
---	-----

Vladimir Boranijašević

Specifičnosti postupka za dobijanje izjave o imovini izvršnog dužnika Specificities of the procedure for receiving a statement on property of the debtor	951
---	-----

Milka Rakočević

Princip kontradiktornosti u parničnom postupku The adversarial principle in civil litigation	965
---	-----

Dragoljub Lazarević

Državinski prigovori Posses objections	981
---	-----

Đorđe Sarapa

Da li je strano pravo ili pravo činjenica kad se primenjuje temeljem kolizivne norme Is foreign law a law or a fact when applied on the basis of a conflict norm	1001
---	------

Branka Babović

Kolektivizacija sudske zaštite protiv diskriminacije Collectivization of legal redress against discrimination	1011
--	------

Dinka Šago

Međunarodnopravno uređenje dostave u parničnom postupku International legal regulation of delivery in civil proceedings	1023
--	------

