

Pravni život

časopis za pravnu teoriju i praksu

TEMATSKI BROJ

PRAVO I NAČELO SAVESNOSTI I POŠTENJA



27

godina kopaoničke škole
prirodnog prava

UDRUŽENJE PRAVNIKA SRBIJE

BROJ 11 • BEOGRAD • 2014 • TOM III

27
godina



Sprovedeno od strane:



Program
za pravne i
pravosudne
reformе

www.pravnareforma.rs



Publikacija je podržana u okviru Programa za pravne i pravosudne reforme u Srbiji Nemačke organizacije za međunarodnu saradnju (Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH)

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 11/2014 / Godina LXIII / Knjiga 573

1-728

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
Dragana Beker

Kompjuterska obrada i prelom teksta
Javorina Beker

Pretplata za 2014. godinu iznosi: za fizička lica – 6.000 dinara,
za pravna lica – 10.000 dinara, za inostranstvo – 250 Eura,
Pretplata se vrši na žiro račun broj: 310-203539-17
Pretplata ne obuhvata tematske brojeve

Tiraž: 1.000 primeraka

Štampa: FUTURA, Petrovaradin

TREĆA KATEDRA

**PRAVO
NA IMOVINU**

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

ZORAN ISAILOVIĆ

FUNKCIJE NAČELA OPOREZIVANJA U IZGRADNJI SAVREMENIH PORESKIH SISTEMA

U V O D

Izgradnja modernog poreskog sistema je izuzetno složen posao. Razlog ovome je taj što savremene države putem poreza nastoje da pored prikupljanja izdašnih javnih prihoda ostvare i brojne ekonomske, političke, socijalne i druge ciljeve. Da bi se ostvarili ti ciljevi potrebno je da postoje određena rukovodna načela, odnosno principi kojih se treba držati prilikom koncipiranja poreskog sistema. Ti principi treba da budu postavljeni na naučnoj osnovi. Tako postavljeni oni bi mogli da posluže kao osnova prilikom ocenjivanja kvaliteta poreskog sistema. U kontekstu izloženog, savremena teorija i praksa pridaju poseban značaj koncipiranju optimalnog poreskog sistema u kome će u najvećoj mogućoj meri biti inkorporirano ustavno načelo vladavine prava. Imajući u vidu prirodu poreza kao jednostranog i prinudnog davanja, izuzetno je važno dosledno ostvariti princip solidarnosti. Da bi se taj princip ostvario, posebno je značajno da se dosledno insistira na uvažavanje nekih od načela kao što su: pravednost plaćanja poreza i poštovanje zakonitosti odnosa poreske vlasti i poreskih dužnika.

Načela oporezivanja se razlikuju zavisno od istorijskih, političkih, ekonomskih i drugih relevantnih uslova koji postoje u savremenom svetu. Ponekad se neki principi u određenom istorijskom periodu pojavljuju, da bi se u drugom gubili a u trećem nanovo aktuelizirali. Tako načelo neutralnosti kod poreza, koje je prihvaćeno u liberalnom kapitalizmu biva potisnuto s velikom ekonomskom krizom,

kasnije opet dobilo u značaju, da bi u najnovije vreme bili u dilemi u kolikoj ga meri treba primenjivati. Dakle, promenjeni objektivni uslovi zahtevaju da se koriguju poreska načela da bi bili upotrebljivi u novonastalim uslovima. Ipak, može se reći da svakako postoje određena opšte važeća načela, do kojih je razvojem društva došla ljudska misao. Značaj određenih načela se razlikuje u razvijenim i nerazvijenim zemljama. Tako će se u zemljama u razvoju dati veća uloga načelu jednostavnosti plaćanja poreza nego načelu pravednosti, zbog dovoljno neobučene poreske administracije i njene loše opremljenosti. U razvijenim zemljama, zbog daleko boljih uslova za rad prioritet će se dati načelu pravednosti. Raznoliki ciljevi, koji mogu biti i međusobno suprotstavljeni, dovode do problema utvrđivanja načela koja će biti do kraja koherentna. Utvrđivanje određenog poreskog oblika ili određivanje elemenata oporezivanja (stopa, osnovica, obveznika, oslobođenja i olakšice) može dovesti do sukoba primene utvrđenih načela. Tako npr., progresivno oporezivanje moglo bi da destimuliše privredne subjekte u preduzetničkim inicijativama itd., te ostvarivanja ekonomskog načela, ali u skladu s poštovanjem finansijskog načela izdašnosti poreza i socijalnog načela koje zahteva ublažavanje socijalnih razlika.

Uopštavajući prethodno izlaganje, možemo istaći da je neosporno da u savremenim državama postoje težnje ka izgradnji optimalnih poreskih sistema, sa unapred postavljenim i smišljenim ciljevima sa težnjom da on predstavlja jedinstvenu i neprotivrečnu celinu. U tom smislu, u savremenim državama postoji određeno jedinstvo i međusobna povezanost pravnih normi koje regulišu mnogobrojne poreske oblike. Međutim, istovremeno praksa pokazuje postojanje i poreskih prihoda kojima su namenjeni raznovrsni često i suprotni ciljevi. Zaključak bi na osnovu izloženog bio, da nema zemlje koja bi se mogla pohvaliti da ima idealni poreski sistem. Kod svih poreskih sistema u svetu, pored pohvala, mogu se naći i mnoge manjkavosti. Zapravo, idealni poreski sistem je nemoguće u praksi koncipirati. Složenost društvenog života uslovljava često potrebu kompromisa kod ostvarivanja finasijsko-političkih, ekonomsko-političkih i socijalno-političkih načela oporezivanja, što već onemogućava realizovanje harmoničnog poreskog sistema. Za nemogućnost koncipiranja optimalnog poreskog sistema, u velikoj meri utiču subjektivni razlozi koji dovode do odstupanja od naučno utemeljenih načela. U tom pogledu, presudnu ulogu ima odnos političkih snaga u parlamentu, i kompromis koji se u parlamentarnoj političkoj borbi postiže. Pored toga, neminovnost plaćanja poreza ne otklanja potrebu za upozorenjem da utvrđivanje i naplatu poreza sprovodi državna birokratija, koja često umesto ostvarenja javnih interesa sledi svoje interese i podleže uticaju moćnih lobija.

Na osnovu izloženog, ne može se očekivati da svaki pojedinačni poreski oblik mora biti takav da se ostvare sva utvrđena načela oporezivanja. Ta načela se mogu ostvariti samo u okviru celog poreskog sistema a ne primenom svakog pojedinačnog poreza. Kada se pojave određeni sukobi u praksi, kod ostvarivanja određenih načela, izuzetno je značajno da se optimalnim kompromisom ti sukobi premoste.

Načelima oporezivanja bavio se veliki broj finansijskih teoretičara. Međutim, do pojave radova Adama Smita ta istraživanja su bila fragmentizovana. Svoje principe (načela) Smit je izložio u svom najznačajnijem delu "Istraživanje o prirodi i uzrocima bogatstva naroda", od 1776. god. Načela, nazvana Smitovi kanoni, su bila vladajuća do kraja XIX veka i sastojala su se u sledećem: poštovanje ravnopravnosti, određenosti i ugodnosti kod plaćanja poreza. Pored toga, po njemu troškovi razreza i naplate poreza moraju da budu što manji. Pomenuta načela polaze od individualističkog pogleda na pravednost oporezivanja, odnosno prihvata se teorija cene kod opravdanja poreza što se danas ne može prihvatiti.

U teoriji poreza kao izuzetno značajna, svojom sistematičnošću i preglednošću se ističu načela oporezivanja koja je postavio nemački profesor Adolf Vagner. On je poreska načela svrstao u četiri grupe, u okviru kojih je postavio devet pravila kojih se treba pridržavati prilikom oporezivanja. Ta načela su: finansijsko-političko načelo, u koje se uključuje – izdašnost i elastičnost plaćanja poreza; ekonomsko-političko načelo, koje uključuje – izbor poreskog izvora i izbor poreskog oblika; socijalno-političko načelo, kod kojeg se uvršćuje - opštost i ravnopravnost, i finansijsko-administrativno načelo i finansijska tehnika, u koje se ubraja – određenost i ugodnost poreza te i njegova jeftinoća ubiranja. Polazeći od pomenutih Vagnerovih postavki i dostignuća savremene teorije i prakse izložiću neka od najvažnijih načela koja bitno utiču na izgradnju modernih poreskih sistema.

FINANSIJSKO-POLITIČKA NAČELA

Finansijsko-politička načela oporezivanja se pojavljuje u svim državama i u svim vremenima. Pomenuta načela u teoriji i praksi se iskazuju kroz izdašnost i elastičnost plaćanja. Izdašnost će porezi iskazati ako se prikupe u iznosima koji će omogućiti da zajedno s drugim prihodima zadovolje mnogobrojne potrebe koje ima država. Pored toga, pošto se potrebe menjaju, porezi treba da budu takvi da se prilagođavaju tim potrebama – moraju da budu elastični. Imajući u vidu da država poseže za porezima da bi prikupila neophodna sredstva ukazuje na značaj finansijsko-političkog načela oporezivanja kojeg je neophodno pažljivo analizirati.

Načelo izdašnosti

Redovno i normalno funkcionisanje države zahteva da se utvrde vitalni rashodi u budžetu. Prirodno je kada se oni jednom utvrde, neophodno je pronaći sredstva radi njihovog pokrića. Nakon obračunavanja prihoda koje država može prikupiti od taksa, nefiskalnih prihoda i dr., pokazuje se razlika neophodnih prihoda koje savremene države dobijaju od nametanja brojnih vrsta poreza. Dakle, iz izloženog proizilazi da su porezi neminovnost u praktičnom životu. Navedene nužne tendencije determinišu opredeljenje države da akceptira u poreski sistem one poreze koji se odlikuju svojom izdašnošću. Prema tome, brojni autori ističu da je najvažnije načelo oporezivanja načelo izdašnosti. Da bi se ovo načelo ostvarilo država mora da pronađe i uvede poreske oblike čiji je fiskalni efekat, odnosno

randman značajan. Pod fiskalnim efektom (randmanom) se podrazumeva stepen fiskalnosti jedne dažbine. Najbolja je ona dažbina čiji je stepen fiskalnosti najveći, tj., optimalan.¹ Postoje više faktora od čega zavisi randman poreza. Pored vrste poreza svakako je značajna visina i vrsta stopa. Ako su stope veće treba očekivati da će i prihodi biti obilniji. Posebno, primena progresivnih stopa pruža realne šanse da prihodi budu veći, ali ni u tome ne treba preterivati. Primena izuzetno visokih stopa može da ima suprotno dejstvo. Jer, visoke stope utiču na pojavu otpora kod obveznika, da bez obzira na zaprećenost sankcijama izbegnu porez. Dakle, u teoriji i praksi se ističe potreba da porezi budu umereni, bez obzira da li se plaćaju iz prihoda, dohotka ili imovine.² Na poreski randman utiče i broj obveznika koji plaćaju porez. Na primer, porezi koji se plaćaju na zarade, zbog velikog broja obveznika uslovljavaju objektivnu mogućnost pribavljanja izdašnih prihoda. Pored izloženog, na izdašnost poreza bitno utiče i zakonom definisanje poreske osnovice- Razvoj tržišnih odnosa uslovljava porast sredstava od poreza na promet itd. Pri tome, potrebno je istaći, da će poreski sistem u celini uvažavati načelo izdašnosti, ali to ne mora da bude slučaj sa svakim pojedinačnim porezom.

Načelo elastičnosti

Potrebe države se bitno ne menjaju zavisno od toga kako privreda posluje. Naime, i u kriznim uslovima potrebe države ostaju na određenom nivou (narodna odbrana, policija, rad upravnih i drugih državnih organa), pa je potrebno pronaći prihode otpornije nepovoljnim konjunkturalnim kretanjima u privredi. S tim u vezi, poreski sistem mora biti tako koncipiran da u redovnim prilikama sadrži u sebi takve poreske oblike koji su u stanju da se svojim finansijskim iznosima usklađuju s kretanjima rashoda i nadomeste manje naplaćene prihode od neelastičnih prihoda. Tako npr. u kriznim uslovima recesije porez na dohodak građana iskazuje podbačaj prihoda koje treba kompenzirati drugim vrstama prihoda koji su otporniji na recesiju. To će biti moguće ako postoje poreski oblici koji daju značajna sredstva, promenama nekih od elemenata poreza koji se na lak i bezbolan način mogu izvesti (npr., samo promenom poreskih stopa), ili čak i bez promena kod poreza ali promenama u privredi i društvu. U teoriji navedene pojave nazivamo finansijskom elastičnošću poreza. Dakle, na osnovu izloženog ne može se očekivati da svi porezi u okviru poreskog sistema budu elastični. Važno je koncipirati takav poreski sistem koji u svojoj ukupnosti ima važne poreze čija je priroda elastična. Imajući to u vidu, u elastične poreze bi mogli ubrojiti: porez na

¹ Miodrag Matejić i Miodrag Jovanović, *Finansije*, "Informator", Zagreb, 1982, str. 68.

² Potrebno je imati u vidu da se prilikom ocenjivanja visine poreskog opterećenja poreskih obveznika danas imaju u vidu ne samo standardni porezi već i opterećenja putem kvazi fiskalnih prihoda (tzv. parafiskalni nameta). Ovi prihodi u Srbiji imaju vidnu ulogu i izuzetno negativni odjek kod privrednika. Pored ostalog, pomenutim приходima se zamera da se često ne propisuju zakonom i da se određuju prema nepreciznim kriterijumima koji se mogu menjati tokom godine.

promet, akcize na određene proizvode (duvan, alkoholna pića, kafa, nafta i naftni derivati), poreze na imovinu i dr. S druge strane, vodeći porez u poreskom sistemu porez na dohodak građana je neelastičan porez, ali se zbog svojih drugih pozitivnih svojstava neminovno nalazi u poreskim sistemima savremenih država.

Analizirajući izlaganje o finansijskoj elastičnosti poreza možemo razlikovati ekonomsku i legalnu prilagodljivost (elastičnost). Kao ekonomski elastične poreze možemo nazvati poreze čiji prihodi rastu bez intervencije države u poreski sistem. Tako, primera radi, elastičan je porez na promet, kod koga prihodi sami rastu sa rastom javnih rashoda. Naime, kod ovog poreza imamo slučajeve da kako se povećava obveznikova potrošnja, automatski se povećavaju prihodi bez intervencije države. Ako je, pak, radi uvećanja poreskih prihoda neophodno u zakonodavnom postupku promeniti poresku stopu, onda je reč o legalnoj elastičnosti. Porez na imovinu se može uzeti za primer sa ovim obeležjem. Ali, neki porezi mogu biti istovremeno i ekonomski i legalno elastični. To bi naprimer, bili porez na dodatu vrednost i akcize.

NAČELO EFIKASNOSTI

U cilju poštovanja načela efikasnosti, neophodno je opredeliti se za poreze koji bi u najmanjoj meri uticali na cene i tako dejstvovali u pravcu poštovanja tržišnog načina privređivanja. Drugim rečima, u savremenim fiskalnim sistemima insistira se na alokativnu neutralnost poreske politike, tako što se u maksimalno mogućoj meri ne bi diralo u odnose cena koji su nastali delovanjem tržišta. S tim u vezi izbegava se intersektorska selektivnost fiskalne politike (diferencirani tretman pojedinih grana i grupacija privrede). Iz izloženog proizilazi da se u praksi prilikom koncipiranja poreskog sistema treba opredeliti za poreze koji minimalno remete odvijanje tržišnog načina privređivanja. Pri tome treba imati u vidu da svi porezi ostavljaju efekte na privredni i društveni život. Oni obveznicima smanjuju ostvareni dohodak i svoje efekte šire putem tržišta pokrećući promene u njihovom ponašanju.

Imajući navedeno u vidu, u savremenoj teoriji javnih finansija prevladava filozofija, da će, u uslovima potpune konkurencije, punog skupa tržišta i potpunosti informacija o tržišnim prilikama, tržišna ravnoteža obezbediti tzv., Pareto optimalnost u alokaciji ekonomskih resursa. Pod uplivom Paretovih stavova ekonomski optimum se definiše kao takva alokacija resursa pri kojoj nikakvo pomeranje činilaca ne može poboljšati položaj jedne grupe lica, a da se pri tome ne pogorša položaj druge grupe lica u toj meri da je ukupan neto efekat negativan.³ Ako u odsustvu poreza na tržištu postoji optimalna alokacija, različito oporezivanje prihoda od rada u odnosu na prihode od kapitala usmeriće ekonomske faktore ka blaže oporezovanoj vrsti prihoda, a to će dovesti do smanjenja opšteg blagostanja u društvu.

³ Dejan Popović, Principi neutralnosti u poreskoj reformi u Srbiji i fiskalni razvoj u Evropi, "Finansije", br. 1 -2, 1992, Beograd, str., 5.

Dakle, polazeći od potrebe poštovanja načela efikasnosti neophodno je napraviti poreski sistem koji bi bio nedistorzivan. Porez je nedistorzivan ako ne postoji ništa što pojedinac ili firma mogu da učine da bi promenili svoju obavezu. Međutim, realno u praksi su svi porezi sem glavarine distorzivni, tj., izazivaju smanjenje blagostanja, jer remete optimalnost u alokaciji resursa. Primera radi, svaki porez na proizvode je distorzivan: pojedinac može da promeni svoju poresku obavezu jednostavno tako što će smanjiti kupovinu određenih proizvoda. Distorzivan je i svaki porez na prihod: pojedinac može da smanji svoju poresku obavezu jednostavno tako što će manje raditi, ili manje štediti.⁴ Već je rečeno da je glavarina jedina, kao paušalni prihod nedistorzivna.⁵ Ona ne dovodi u iskušenje obveznike na određenu akciju koja bi za posledicu imala reduciranje poreske obaveze. Sve u svemu, objektivna situacija u poreskoj materiji diktira da je neophodno voditi takvu poresku politiku koja će minimizirati ekonomsku neefikasnost (pad blagostanja), a u tom pogledu jednoobrazno oporezivanje svih prihoda ima jasne prednosti nad diferenciranim poreskim tretmanom.⁶ Umesto čestih poreskih intervencija u cilju vođenja aaktivne poreske politike, države radije određenim privrednim subjektima daju subvencije iz budžeta. Ipak, u svakom slučaju mora se konstatovati da se u praksi ne može postići apsolutna poreska neutralnost. Bliži istini je stav, da se ne može govoriti o alokativnoj neutralnosti kao činjenici, već o stremljenjima koja se ne mogu potpuno ostvariti.⁷

NAČELO PRAVEDNOSTI

Formiranje klasnih društava koje je neminovno zahtevalo pojavu država i prava, započeli su procesi koncipiranja poreskih sistema, koji su po prirodi stvari odražavali nivo razvoja društveno ekonomskih i političkih odnosa. Po mom mišljenju to su bili razlozi različitog poimanja pravednosti oporezivanja u pojedini-

⁴ Videti: Joseph E. Stiglitz, *Ekonomija javnog sektora*, prvo izdanje, 2004. godine Beograd, Ekonomski fakultet u Beogradu, str., 469 i 470.

⁵ Glavarina je tzv., subjektni porez u užem smislu, koji je isključivo vezan za ličnost kao takvu, ali se kod njega ne vodi računa o ekonomskoj snazi obveznika. Konkretno, to je porez koji plaća svako lice u istom iznosu, bez obzira kakav je njegov ekonomski položaj. Zbog svoje nepravednosti glavarina se gotovo i ne pojavljuju u savremenim poreskim sistemima.

⁶ Dejan Popović, *Porez na dobit korporacija*, Ekonomski institut, Beograd, 1991, str.,33 -34.

⁷ U našem poreskom sistemu kod poreza na dobit pravnih lica prethodnim propisima, po mom mišljenju preterano je bila u primeni zakonska intervencija države kroz figuriranje brojnih poreskih oslobođenja i olakšica. Pomenuta pojava je uticala na komplikovanost poreskog sistema i neopravdanog omogućavanja neplaćanja poreza. Međutim, promenama Zakona o porezu na dobit pravnih lica ("Službeni glasnik RS", br., 25/01, 80/02 – dr. zakon, 43/03, 84/04, 18/10, 101/11, 119/12, 47/13 i 108/13). U ovoj materiji napravljene su značajne promene, koje bi u suštini značile svođenje oslobođenja i olakšica na znatno manju meru, što će dovesti do smanjenja izbegavanja plaćanja poreza i povećanja finansijskih prihoda od poreza na dobit, a neće se osetnije negativno reperkutovati na ostvarivanje utvrđenih ekonomskih ciljeva. Dakle, doslednije će se u poreskom sistemu Republike izraziti načelo efikasnosti plaćanja poreza.

nim vremenskim periodima ljudske istorije. Tako, u robovlasništvu i feudalizmu se smatralo da je pravedno ako porez plaćaju samo podređeni slojevi - pokoreni narodi i drugo neslobodno ili poluslobodno stanovništvo itd. S pobedom Francuske revolucije i nastupanja kapitalističkih društvenih odnosa probija se stav da će se pravednost kod poreza ostvariti ako se poštuju načela opštosti i ravnomernosti poreske obaveze.

Međunarodnim pravilima i ustavima savremenih država nastoji se obezbediti ravnopravnost građana tako što će imati jednaki pravni tretman. Konkretnije govoreći Evropskom konvencijom o ljudskim pravima propisuje se „zabrana diskriminacije, po osnovu pola, rase, jezika, religije, političkog i drugog uverenja, nacionalnog ili socijalnog porekla, imovinskog stanja ili drugog statusa“.⁸ Ustavom Republike Srbije od 2006, čl. (21), propisano je da su pred Ustavom i zakonom svi jednaki. Pored toga, „zabranjena je 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.“

Sušтина navedenih ustavnih odredbi pojavljuje se i u ustavima drugih zemalja. Izložene odredbe o demokratskim pravima građana važne su i za poresko pravo. Imajući to u vidu, možemo reći da u ustavima savremenih država figuriraju nejednaka rešenja kod definisanja načela jednakosti. Pojednim državama dovoljna su navedena opšta pravila i za primenu u oblasti poreza (npr., u ustavima Nemačke, Austrije, Holandije i dr.), dok je kod drugih država jednakost u oporezivanju propisana i obezbeđena posebnim ustavnim pravilima. Ovaj drugi slučaj primenjen je našim Ustavom. Naime, pored pomenutih opštih odredbi o jednakosti, pomenu tim propisom članom 91, propisano je da je obaveza plaćanja poreza i drugih dažbina opšta i zasniva se na ekonomskoj moći obveznika. Slična rešenja nalazimo i u ustavima nekih drugih država (npr. u ustavima Belgije, Italije i dr.). Međutim, relevantna istraživanja su nedvosmisleno pokazala, da sama činjenica da neki ustav sadrži specifičan princip jednakosti pred poreskim zakonom ne znači da je jednakost građana u oporezivanju u toj državi zaštićeniji nego u državi u kojoj je formulisano samo opšti princip jednakosti pred zakonom. Od suštinske važnosti je način na koji ustavni sud vrši svoju ulogu, odnosno do koje je mere ovlašćen i spreman da ide u poništavanju poreskih zakona zbog nejednakog tretmana, makar jednakost bila proklamovana samo kao princip opšteg karaktera.⁹

Dakle, saglasno pomenutim kretanjima u savremenoj teoriji i praksi se zahteva ostvarivanje tzv., horizontalne i vertikalne pravičnosti obveznika u poreskom sistemu, da bi se stvorile pretpostavke njegove pravednosti. Horizontalna pravičnost sadržala bi potrebu da svi plaćaju porez (opštost poreske obaveze) i da se obveznici jednako tretiraju u svim relevantnim aspektima. Opštost poreske obave-

⁸ Član 14, European Convention on Human Rights, Rim, 1950.

⁹ Videti: Dejan Popović, Poresko pravo Pravni fakultet, Beograd, 2008, str. 480.

ze značila bi raskid sa pređašnjim privilegijama koje su imali određeni slojevi u društvu. Međutim, razvijanjem modernog društva načelo opštosti se pretvara u formalno i u svakodnevnoj praksi se po pravilu smatra podrazumevajuće. Mnogi bi rekli zašto se onda teorijski o njemu ozbiljno raspravlja. Razlog tome je taj, što se u praksi ovo načelo u velikoj meri dosledno ne ostvaruje. Drugim rečima, veliki broj subjekata ne plaća porez iako bi po svojoj ekonomskoj snazi to morao da čini. S tim u vezi, u Srbiji prisutno je značajno nezakonito izbegavanje plaćanja poreza. Pored toga, ne treba zanemariti i određena pravno dozvoljena odstupanja od načela opštosti. Tako, primera radi, aktuelna oštra raslojenost društva na imućne i siromašne je otvorila brojne dileme vezane za odstupanje od ovog načela u cilju zaštite siromašnih slojeva, umanjivanjem njihovih obaveza ili oslobođenjem od poreza. Drugim rečima otvorilo se pitanje u praksi utvrđivanja tzv., minimuma za egzistenciju (ili egzistencijalnog minimuma).

U praksi postoje više načina koji se primenjuju u cilju realizacije egzistencijalnog minimuma. To su: odbitak određenog iznosa od osnovice; davanje poreskog kredita i/ili određivanjem tzv., nulte stope za prvu tranšu prilikom progresivnog oporezivanja obveznika. Praktično je pitanje, da li sve države bez obzira na kom stepenu razvoja se nalaze mogu dosledno ostvariti načelo neoporezivanja minimuma za egzistenciju. Bogatim državama će to svakako lakše biti, a siromašnim mnogo teže. Naime, ove druge imajući ogroman broj siromašnog stanovništva, a mali broj bogatih, imaće probleme da navedeni zahtev ostvare. Objektivno, zemlje u razvoju imaju izuzetne potrebe za sredstvima, dok je poreski kapacitet obveznika mali a uticaj bogatih na državu izuzetno veliki. Najzad, zavisno od toga da li se radi o ekonomski razvijenim državama ili siromašnim da će se različiti odgovor na to, šta se podrazumeva pod minimumom za egzistenciju. U siromašnoj državi realnije je očekivati da će se prilikom utvrđivanja egzistencijalnog minimuma imati u vidu samo rashodi obveznika za stanovanje, ishranu, odeću, obuću, a u razvijenim državama pored ovih, vodila bi se briga i o nekim obrazovnim, kulturnim, higijenskim i drugim potrebama koje savremeni čovek ima.

U savremenim uslovima pored nužnog odstupanja od poštovanja načela opštosti plaćanja poreza iz tzv., socijalno-političkih razloga pojavljuju se i drugi od kojih svakako treba istaći ekonomske razloge. Naime, često se danas formulišu poreski propisi kojim se pokušavaju ostvariti značajni ekonomski ciljevi. Da bi se navedeno ostvarilo, u sistem su se pored koncipiranja opštih normi kojima se smanjivao porez na plate putem utvrđivanja neoporezivog iznosa, snižavanjem poreske stope itd., uvedene i brojne posebne norme. Vezano s izloženim, u Srbiji se u cilju podsticanja zapošljavanja i/ili prebacivanja neprijavljenih radnika u legalne tokove, novim posebnim propisima¹⁰ omogućuje poslodavcima iz pri-

¹⁰ Primera radi videti: Uredbu o podsticanju zapošljavanja ("Službeni glasnik RS", br. 32/11 i 34/11), i Zakon o porezu na dohodak građana "Službeni glasnik RS", 24/01, 80/02, 135/04, 62/06, 65/06 - ispravka, 31/9, 44/09, 18/10, 50/11, 91/11 (odluka US), 7/12 (usklađeni din- izn.), 93/12,114/12 (odluka US), 47/13, 48/13 - ispravka i 108/13.

vatnog sektora subvencionisanje određenog dela poreza na zarade i doprinosa za penzijsko i invalidsko osiguranje. Osim ostvarivanja horizontalne pravičnosti kao što je rečeno, pravedno oporezivanje zahteva i verikalnu pravičnost. Ona će se u praksi izraziti kroz ravnomerno opterećenje obveznika. Uistoriji nauke o porezi- ma prisutno je različito poimanje ravnomernosti oporezivanja. Ključnu ulogu o ovom pitanju imaju dva koncepta koja se sreću u literaturi. Prvi koncept zagovara akceptiranje načela koristi a drugi načelo sposobnosti plaćanja.

Teorija pravičnosti plaćanja poreza primenom načela koristi pojavljuje se pod raznim imenima ("ekvivalencije", "osiguranja" i "teorija interesa") u XVII i XVIII veku. Po pomenutim teorijama suštinski će se ostvariti ravnomernost plaćanja poreza putem individualističkog pogleda na pravednost, koji su zastupali teoretičari liberalnog kapitalizma. Konkretno, oni smatraju da treba dati državi samo toliko koliko će ona dati usluga obveznicima. To se u praksi može realizovati primenom proporcionalnih stopa. Međutim, novije teorije prihvataju tezu o plaćanju poreza kao nacionalne obaveze. Po njima savremena država ima sve veće zahteve za sredstvima, a ta sredstva danas prevashodno može obezbediti opterećenjem svojih podanika. To opterećenje treba da zavisi od poreske sposobnosti obveznika a ona je u klasnom društvu vrlo nejednaka, te se stoga, po teoriji plaćanja poreza kao nacionalne obaveze, predlaže primena progresivnog oporezivanja.

Individualističko shvatanje države se napušta u drugoj polovini XIX veka. To je vreme kada monopolski kapitalizam zamenjuje liberalni. Na terenu poreza pojavljuju se shvatanja o potrebi da građani treba da podnesu žrtvu plaćanjem poreskog tereta da bi se zadovoljile neminovne javne potrebe. U okviru ove teorije neophodno je bilo dati odgovor o visini žrtve koju će na sebe prihvatiti poreski obveznici. Pošlo se od stava da se porezi trebaju rasporediti tako da se ukupna žrtva svede na najmanju meru. Dakle, težina problema se nalazila u tome kako definisati stanje jednake žrtve. U ovom pogledu teorija poznaje: apsolutno jednaku, proporcionalno jednaku i granično jednaku (ili najmanje agregatnu) žrtvu.

Po teoriji apsolutno jednake žrtve, neophodno je napraviti nedistorzivan poreski sistem tako što bi svi obveznici platili porez u jednakom iznosu. U ostvarivanju navedenog cilja može poslužiti pomenuta glavarina, zbog toga što ne doводи u iskušenje obveznika na određenu akciju koja bi za posledicu imala smanjenje poreske obaveze. Međutim, kao što je rečeno pomenuti porez je napušten u savremenim uslovima jer je nepravedan. Teorija proporcionalne žrtve zagovara potrebu da obveznici plaćaju porez u istom procentu u odnosu na poresku osnovicu. Ubrzo je realnost zahtevala suptilniju analizu opravdanja vezanu za visinu plaćanja poreza. U tom pogledu interesantna su razmišljanja jednog od nemačkih reformatora Adolfa Vagnera. Naime, raspravljajući o poreskim problemima Vagner pravi razliku između „čisto fiskalnog principa“ i principa oporezivanja „društvenog blagostanja“. Po Vagneru jedan ili drugi princip će usloviti potrebu primene različitih stopa. Tako, Vagner smatra da se čisto fiskalni princip zasniva na pretpostavci da je opšta distribucija dohotka pravilna. U ovom slučaju trebalo bi

primeniti pravilo oporezivanja koje bi jednako tretiralo obveznike i održalo postojeće stanje raspodele. To bi se po Vagneru moglo ostvariti primenom proporcionalnog oporezivanja. Međutim, kako Vagner primećuje, distribucija dohotka i bogatstva nije pravilna. Stoga on smatra da treba primeniti princip društvenog blagostanja, koji se zasniva na pretpostavci da država treba da koriguje raspodelu dohotka koju određuju tržišne snage i nasleđene institucije. Oporezivanje prema poreskoj sposobnosti, u skladu s principom društvenog blagostanja, treba da dovede do podjednakih žrtava. Dakle, najmanja agregatna žrtva se ostvaruje primenom progresivnog oporezivanja, da bi se to postiglo. Naime, ekonomska snaga strnije raste od porasta dohotka i bogatstva, te se upotrebom progresivnog oporezivanja utiče na ostvarivanje pravednog poreskog opterećenje obveznika.¹¹

Ovakvo obrazloženje najmanje žrtve prihvataju i drugi teoretičari, pristalice plaćanja poreza prema sposobnosti obveznika. Među ovim autorima postoji saglasnost u tome da dijagram granične korisnosti dohotka opada kada idemo naviše od veoma niskog do srednjeg dohotka. Manja saglasnost postoji za gornja područja dohotka. Tako je John Styart Mill mišljenja da je žrtva koju nameću porezi koji zadiru u izdatke za život nesrazmerno veća od žrtve koju nameću porezi koji smanjuju nepotrebne stvari. Kada se jednom pređe ta granica Mill smatra diskutabilnom potrebu uvođenja progresije.¹²

Prema izloženom, prihvatanjem koncepta plaćanja poreza prema sposobnosti obveznika determiniše ostvarivanje ravnomernog oporezivanja obveznika kroz ostvarivanje pravila: da onaj ko ima više više i plaća za potrebe države - odnosno da se porez plaća prema ekonomskoj snazi. Da bi se ovaj princip u praksi mogao ostvariti neophodno je rešiti nekoliko važnih dilema: Najpre, potrebno je: konkretno odrediti obveznike koji bi plaćali porez po višim stopama, drugo, neophodno je formulisanje odgovarajućih propisa i najzad treba se opredeliti koliki veći iznos sredstava je neophodno da plate obveznici sa jačom ekonomskom snagom.

Opravdana potreba plaćanja poreza prema ekonomskoj snazi u savremenoj teoriji i praksi je često osporavana činjenicom da se u redovnim prilikama odvijanja privrednog i društvenog života poreskim putem ostvaruju suprotni ciljevi. S jedne strane, neophodno je ostvariti načelo plaćanja poreza prema ekonomskoj snazi, primenom progresivnih stopa, dok s druge strane nužno je stimulisati preduzetništvo, kreativnost i ulaganje rada. Ova druga potreba zahtevala je izgradnju neutralnog poreskog sistema. Zbog toga, u redovnim (normalnim) prilikama funkcionisanja savremenih država pretezala je potreba očuvanja raspodele izvršene delovanjem tržišnog mehanizma, da bi se stimulisao privredni razvoj. Takva orijentacija uticala je na osetno svodenje primene progresije na manju meru, samo do zaštite minimuma socijalne izdržljivosti poreskih obveznika.

¹¹ Richard Musgrave: Teorija javnih finansija, Naučna knjiga, Beograd, 1973, str. 89 i 90.

¹² John Sutart Mill: Principles of Political Economy, V. V. J. Ashley Longmans Gress and Co., Ltd. London, 1921, str. 806 i 807.

Međutim, aktuelna zbivanja u savremenim državama dovela su u pitanje opravdanost pomenutog rezonovanja. Razlog ovoga je taj što se savremeni svet suočio sa pojavom nekontrolisane nabujale imovinske nejednakosti. Te tendencije postaju dominantni rizik sa kojim se suočavaju moderne države. O dimenziji pomenutog problema pokazuju relevantni podaci za SAD vodeću ekonomiju sveta. Naime, po podacima američke Federalne rezerve (centralne banke SAD), tri procenta najbogatijih Amerikanaca je 1989. godine raspolagalo sa 44,8 odsto bogatstva nacije. Ono se 2010. uvećalo u ukupnom privatnom imetku stanovništva SAD na 51,8 odsto, da bi prošle godine dostiglo iznos od 54,4 odsto. Ovakvi alarmantni rezultati uznemirili su ne samo siromašne slojeve ljudi već i najkrupnije kapitaliste. S tim u vezi, poznati američki investitor Džordž Soroš izazvao je januara 2013. na Svetskom ekonomskom forumu u Davosu buru reakcija prognozom da bi Amerika zbog rastućih društvenih nejednakosti mogla da se suoči sa “klastnim” ratom i sukobima na ulicama.¹³ Pomenuta kretanja su uslovlila nastanak brojne armije nezaposlenih, što se objektivno reperkutuje na koncept poreskog sistema koji jače učešće progresivnog oporezivanje u praksi ne sme zanemariti.

U kontekstu izloženog, pojavljuje se jedan od najvećih problema vezanih za primenu poreskih načela. To je suprostavljenost načela pravednosti i načela efikasnosti. Naime, “pravična” preraspodela podrazumeva da će se nekima (siromašnijima) popraviti položaj, a da će se nekima (bogatijim) položaj pogoršati, mora se postaviti pitanje kako će se ovakva redistributivna poreska politika odraziti na efikasnost u alokaciji resursa. Jer, efikasna (u smislu teorijskog Pareto optimuma) je ona alokacija kod koje se pomeranjem ekonomskih resursa ne može poboljšati položaj jednog lica, a da se pri tom ne pogorša položaj drugog lica. Država bi trebalo da popravlja svoju poresku strukturu sve dok može da nečiji položaj poboljšava, ne kvareći bilo čije pozicije. U slučaju redistributivnog oporezivanja, međutim, nečiji položaj se mora pogoršati, da bi se položaj drugih popravio. Izbor između različitih poreskih struktura u kojima se sprovodi preraspodela dohotka nije, dakle, izbor u kojem bi jedna struktura mogla da bude efikasna u smislu čiste ekonomske teorije. Pravo je pitanje da li su poboljšanja koja ostvaruju siromašni dovoljno velika da bi opravdala pogoršanja do kojih dolazi u položaju bogatih. Odgovor je u krajnjoj liniji (do skora – prim. Z.I.) aksiološke (vrednosne), a ne ekonomske prirode.¹⁴ Međutim, danas se sve više ističe da socijalna nejednakost predstavlja prepreku privrednom rastu. Naime, brojni autori zagovaraju potrebu umanjivanja socijalnih razlika i nejednaku raspodelu dohotka kako bi se izašlo iz recesije. S tim u vezi nobelovac Pol Krugman ističe da postoji sve više dokaza da preraspodela prihoda, odnosno veće oporezivanje bogatih i pomaganje siromaš-

¹³ Izvor podataka: “Politika” od 12. septembra 2014. god.

¹⁴ Detaljnije o tome videti: Dejan Popović, *Nauka o porezima i poresko pravo*, Colpi, Budapest i “Savremena administracija”, Beograd, 1997, str. 296–298.

nima, dovodi do porasta stope privrednog rasta, a ne do njegovog opadanja. Ako naša ekonomija postane pravičnija po njemu, biće i bogatija.

PRAVNO-ADMINISTRATIVNA (PORESKO TEHNIČKA) NAČELA

Važno pitanje u materiji oporezivanja jeste uređenje odnosa između poreske vlasti i poreskih dužnika. Imajući to u vidu u savremenim državama se pojavljuju pravno - administrativna načela oporezivanja. Za razliku od drugih načela, ova najvećim delom¹⁵ ne dolaze u sukob sa drugim načelima. Drugim rečima, ona su u interesu i države i obveznika. S jedne strane, država kojoj su za ispunjavanje njenih funkcija potrebna sredstva, u utvrđenom iznosu i predviđenom vremenu, mora imati takve poreze da njihovo utvrđivanje i njihova naplata budu određeni i ekspeditivni. S druge strane, poreski postupak ako nije prost, određen i ugodan za poreskog obveznika i ako mu ne pruža garancije da se može zaštititi od grešaka poreske administracije neće naići na onu saradnju kod poreskog obveznika bez koje se postojanje modernog poreskog sistema teško da zamisliti.¹⁶

U teoriji su opšteprihvaćena sledeća pravno - administrativna načela: zakonitost poreza, ugodnost plaćanja i jeftinoća (ekonomičnost) ubiranja.

Načelo zakonitosti

U kontekstu ustavnog principa vladavine prava u tako osetljivoj materiji kao što je poresko izdvajanje sredstava za društvene potrebe imperativ je eliminacija svake samovolje, arbitrnosti i birokratskog ponašanja. Stoga u oporezivanju su važeći principi da: nema poreza bez zakona (*nullum tributum sine lege*) i da nema oporezivanja bez predstavljanja u parlamenu (*no taxation without representation*). Nepoštovanje propisa u ovoj materiji imalo bi štetnih reperkusija na stabilnost društveno-političkog i društveno-ekonomskog sistema i na ostvarivanje demokratskih prava građana.

Dakle, imajući u vidu ukupan sistem javnih prihoda, najizdašnija sredstva za finansiranje svojih potreba savremena država pribavlja putem donošenja zakona o porezima i u njima utvrđuje opis poreskog činjeničnog stanja, koji obuhvata definisanje: poreskog poverioca, poreskog dužnika, poreskog objekta, pripisivanje (vezu između poreskog obveznika i poreskog objekta), poresku osnovicu, poresku jedinicu, poresku stopu i poresku olakšicu. U kontekstu izloženog, porez ne bi bio porez kada ne bi imao sledeće esencijalne elemente: poreski predmet (objekt), poresku osnovicu, poresku stopu i poreskog obveznika. Zbog toga zakonodavac mora prvo da izabere činjenicu koja će odrediti sposobnost za plaćanje porez. Ta mera poreske snage naziva se predmetom poreza. Drugo, treba da odredi ko će biti poreski obveznik. Treće, treba da odredi šta će služiti kao osno-

¹⁵ Sem u određenim slučajevima jeftinoće naplate poreza.

¹⁶ Jovan Lovčević, Institucije javnih finansija, Peto izdanje, "Službeni list SRJ", 1993, Beograd, str. 99.

vica prema kojoj će se odrediti visina poreza. Najzad, mora biti određena poreska stopa, tj. iznos koji će se od svake jedinice poreske osnovice plaćati na ime poreza.

Praksa potvrđuje izuzetno složenu prirodu poreskopavnog odnosa, koji se pojavljuje kao odnos javnog prava i izražava kroz prava i obaveze koje imaju poreski poverilac i poreski dužnik. Celokupnost navedenih odnosa se utvrđuju zakonom. Međutim, to ne znači da se porezi u potpunosti uređuju samo zakonima. To u praksi nije oportuno. Umesto toga, operacionalizacija naplate poreza od obveznika se ostvaruje, tako što se nakon donošenja zakona, kojim se porezi ustanovljavaju, od strane vlade i organa uprave donose podzakonski propisi (uredbe, naredbe, pravilnici i uputstva). Takvim podzakonskim aktima reguliše se materija iz zakona u skladu sa zakonom, tako da se ovim propisima uređuju pitanja tehnike i postupka, kao i druga pitanja fiskalnog značaja.¹⁷

Zakonom se unapred utvrđuje poreska obaveza koja očekuje obveznika. Unapred se zna ko će plaćati porez, na šta će se plaćati, kako će se plaćati itd. U načelu se zabranjuje retroaktivna primena poreskih propisa, kada bi takva primena bila na štetu obveznika. Načelo određenosti poreza je sa stanovišta obveznika veoma značajno. Njime se štiti njegova ekonomska i politička stabilnost, u pogledu ispunjavanja poreskih obaveza. Znajući unapred kakva ga obaveza očekuje, obveznik u skladu s tim i prilagođava svoju poslovnu aktivnost. Zabrana retroaktivnosti čini ga bezbednim, jer zna da mu poreska vlast u toku godine neće obračunati porez po nepovoljnijim stopama, osnovicama, itd.

Ipak, složena stvarnost uslovljava potrebu da se ponekad odstupi od poštovanja načela zabrane retroaktivnosti. To odstupanje se u praksi pojavljuje u odnosu na celokupan zakon po pravilu kod vanrednih poreza čiji se ratio legis može ostvariti samo njihovim uvođenjem sa povratnim dejstvom. Međutim, pomenu to odstupanje može se pojaviti i samo kod pojedinih odredaba zakona. Tako, našim Ustavom je propisano da se "samo zakonom može odrediti da pojedine njegove odredbe, ako to zahteva opšti interes utvrđen u postupku donošenja zakona, imaju povratno dejstvo". Da bi zakoni o porezima udovoljili svojoj svrsi, oni moraju biti jednostavni, jasni i dostupni obveznicama. Često, praktično oni nisu takvi i samom prirodom poreza kao složenog instrumenta kojim se ostvaruju različiti ciljevi. S tim u vezi, ilustracije radi, prema rezultatima jedne ankete, trećina Amerikanaca smatra da im teže pada popunjavanje poreske prijave nego plaćanje visokih poreza. To nije slučajno, vezano je za izuzetnu složenost američkog sistema. Tako, od 1986. godine u poreski zakonik uneto je blizu 15.000 promena. Do 2005. godine, uputstva za popunjavanje Formulara 1040 imala su čak 142 strane dok se Zakonik o javnim prihodima sastojao od preko 3.400.000 reči.¹⁸

¹⁷ Miodrag Matejić, Javne finansije, Zavod za obrazovanje administrativnih kadrova SR Srbije, Beograd, 1975, str. 28.

¹⁸ Videti: Harvey S. Rosen i Ted Gayer, Javne finansije, osmo izdanje, Centar za izdavačku delatnost, Ekonomski fakultet, Beograd, 2009., str., 432 i 433.

Načelo ugodnosti plaćanja poreza

U okviru obavljanja svojih poslova, najvažnije nastojanje poreske administracije jeste optimalno ostvarivanje dobrovoljnog plaćanja poreza. Da bi se to ostvarilo neophodno je da se zakonodavnom i drugom aktivnošću nadležnih organa stvori ambijent za ugodno plaćanje poreza od strane poreskih obveznika. Krećući se u tom smeru moderne poreske administracije nastoje da primene tzv. Customer relationship management (CRM) promovisanjem filozofije rada koja je orijentisana prema poreskim obveznicima pomažući im u poreskim postupcima dobrovoljnog ispunjavanja poreske obaveze i postupanja po žalbama.¹⁹

U cilju operacionalizacije pomenutih gledišta poreska vlast se mora odnositi prema obveznicima sa poverenjem i uvažavanjem. Ona ne sme unapred da ne veruje obvezniku, te da zbog toga pristupa utvrđivanju bitnih elemenata oporezivanja, polazeći od toga da je obveznik lažno podneo prijavu iako nisu postojale indikacije koje bi na to ukazivale itd. Pored toga, poreskim obveznicima je neophodno obezbediti relevantne informacije, savete i edukaciju neophodnu za uredno ispunjavanje poreske obaveze. U opravdanim slučajevima poreska vlast je dužna da obvezniku na njegov zahtev omogući odlaganje plaćanja obaveze ili, što je srodno tome, da mu omogući plaćanje u ratama dospelih obaveza. Takođe, potrebno je voditi računa da se obveznik poziva radi utvrđivanja i naplate poreza u vreme kada je njemu najpogodnije, a ne onda kada zbog prirode posla on ne sme da odsustvuje sa svog gazdinstva. Drugim rečima, u savremenom svetu egzistira ju zalaganja za uslužno-orijentisani koncept rada i opredeljenja poreskih administracija u odnosu sa svojim poreskim obveznicima.

Dakle, iako je teško govoriti o ugodnosti plaćanja poreza kada se ta obaveza izvršava a da se za to ne dobija individualna protivnagrada, poreska vlast je dužna da stvori sve neophodne uslove koji će obvezniku olakšati plaćanje poreske obaveze. U cilju zaštite ličnosti, dostojanstva i poslovnog interesa poreskog obveznika i članova njegovog domaćinstva, nadležni poreski organ mora čuvati kao službenu tajnu podatke do kojih dođe u poreskom postupku, odnosno u prekršajnom ili sudskom postupku u vezi sa plaćanjem poreza. Govoreći rečima srpskog zakonodavca²⁰, službenu tajnu su dužna da čuvaju sva službena lica i druga lica koja učestvuju u poreskom, poreskoprekršajnom i sudskom postupku. Njihova obaveza je da kao službenu tajnu, čuvaju: svaki dokument, informaciju, podatak ili drugu činjenicu o poreskom obvezniku, do koje su došla u poreskom, prekršajnom ili sudskom postupku; podatke o tehničkim pronalascima ili patentima, kao i sve druge podatke o tehnološkim postupcima koje primenjuje poreski obveznik, do

¹⁹ Improving Taxpayer Service Delivery: Channel Strategy Development, OECD, 2007, p. 19.

²⁰ Videti član 7, Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji (ZPPPA), Službenom glasniku RS, br. 80/02, 84/02 - ispravka, 23/03 - ispravka, 70/03, 55/04, 61/05, 85/05 - dr. 62/06 - dr. zakon, 61/07, 20/09, 72/09 - dr. Zakon, 53/10, 101/11, 2/12 (ispravka), 93/12, 47/13 i 108/13.

kojih su službena lica i sva druga lica koja učestvuju u poreskom postupku došla u poreskom, prekršajnom ili sudskom postupku.

U slučaju neovlašćenog korišćenja ili objave navedenih dokumenata, činjenica i podataka dolazi do povrede obaveza čuvanja službene tajne koja je sankcionisana Krivičnim zakonikom kojim je propisano krivično delo odavanja službene tajne:²¹ Poštovanje čuvanja službene tajne je i u javnom interesu a ne samo u interesu poreskog obveznika. Naime, intencija je zakonodavca da se u duhu savremenih poreskih tendencija što značajniji iznosi poreza utvrde metodom samooporezivanja. Ta metoda zahteva punu lojalnost poreskog obveznika poreskoj vlasti, tako što će on podneti poresku prijavu koja je snabdevena potpunim i relevantnim podacima o svom poslovanju, odnosno o svojim prihodima i imovini. Prema tome, bio bi svojevrsni cinizam, ne obezbediti obveznika od svih mogućih potencijalnih opasnosti koje bi mogle da ugroze njegov interes. Po ZPPPA povreda službene tajne ugrožava interes poreskih obveznika i javni interes Republike kada preteže nad interesom za pristup informacijama od javnog značaja koje predstavljaju službenu tajnu, a zbog čijeg bi odavanja mogle nastupiti teške pravne ili druge posledice po interese zaštićene pomenutim zakonom.

Načelo jeftinoće (ekonomičnosti) naplate poreza

Poreski sistem izgrađen sa manjim brojem poreskih vrsta iziskuje manje troškove, nego ako postoje brojni poreski oblici. Zbog toga savremene države vode računa da koncipiraju poreske sisteme sa umerenim brojem poreskih oblika. Međutim, pri tome neophodna je obazrivost, jer kao što je rečeno, neophodnost ostvarivanja pravednosti u oporezivanju i ekonomske uloge poreza zahtevaju postojanje šire lepeze poreskih oblika. Pored toga, u praksi se pokazalo diskutabilno opredeljenje zakonodavca sa primenom manjeg broja oslobođenja i olakšica kod pojedinih poreskih oblika. U ovim slučajevima moglo bi da dođe do sukoba načela jeftinoće ubiranja poreza sa socijalno-političkim i ekonomskim načelom. Stvar je praktične prirode da se oceni najoptimalnija mera potrebe ostvarivanja izloženih načela, što će verovatno zahtevati potrebu određenih kompromisnih rešenja.

U kontekstu izloženog, nesumnjivo je da će se u praksi pojaviti potreba ostvarivanja određenih ciljeva, socijalne, ekonomske, obrazovne, vaspitne i druge prirode i da će to zahtevati inkorporiranje u poreski sistem poreskih oblika koji su finansijski neizdašni a skupčani sa značajnim troškovima ubiranja. Takav je slučaj kod nas sa godišnjim porezom na dohodak građana, koji daje simbolične prihode a zbog tehnike ubiranja zahteva pojačano angažovanje Poreske uprave. Njegovo ostajanje u sistemu pravda se potrebom ostvarivanja pravednijeg oporezivanja. Naplata poreza vrši se preko nadležnih poreskih upravnih organa. U Srbiji donošenjem ZPPPA, objedinjena je celokupna aktivnost u postupku utvrđivanja, naplate i kontrole poreza i drugih javnih prihoda pod okriljem Poreske

²¹ Videti: čl. 369. Krivičnog zakonika ("Službeni glasnik RS", br. 85/05, 88/05, 107/05).

uprave u sastavu Ministarstva finansija. Pored funkcionisanja Poreske uprave kao jedinstvene poreske službe na nivou Republike Srbije, Zakonom o finansiranju lokalne samouprave²² jedinice lokalne samouprave su dobile mogućnost da preko svojih organa mogu svoje izvorne prihode (porez na imovinu, lokalne komunalne takse, lokalne administrativne takse, boravišnu taksu itd.) da procesuiraju. Glavni razlog za ovakvo rešenje srpski zakonodovac nalazi u potrebi jeftinije, efikasnije i izdašnije naplate pomenutih javnih prihoda, za koje se ocenjivalo da se od strane republičke Poreske uprave neopravdano nisu postizali željeni rezultati. S tim u vezi, ZPPPA u primeni je i u jedinicama lokalne samouprave prilikom utvrđivanja, kontrole i naplate poreza i sporednih poreskih davanja (i kod podnošenja zahteva za pokretanje prekršajnog postupka) koje na osnovu zakona naplaćuju pomenuti subjekti.

Dakle, nadležni organi jedinice lokalne samouprave prilikom utvrđivanja, naplate, kontrole poreza i dr., imaju prava i obaveze koje ima Poreska uprava po ZPPPA osim prava i obaveza koje se odnose na: identifikaciju i registraciju poreskih obveznika; procenu poreske osnovice metodom parifikacije i metodom unakrsne procene; otkrivanje poreskih krivična dela; rešavanje u drugom stepenu u poreskim stvarima, itd.²³

Prema izloženom, da bi naplatila porez država mora da angažuje svoju poresku administraciju i obezbedi novčana sredstva za plaćanje službenika i nabavku neophodnih materijalnih sredstva. Dakle, načelo jeftinoće (ekonomičnosti) zahteva da ta sredstva budu što manja, odnosno da neto iznos naplaćenog poreza bude što veći. Postoje više faktora od kojih zavisi jeftinoća ubiranja prihoda. Najpre, svakako da dobra organizacija i stručnost radnika koji rade na naplati prihoda, mogu značajno da smanje troškove ubiranja prihoda.²⁴

Pored troškova za naplatu poreza koje ima aktivni subjekt (država), pojavljuju se i troškovi na drugoj strani poresko pravnog odnosa - kod poreskih dužnika. Ocenjuje se da su iznosi troškova ovih drugih mnogo veći nego troškovi koje ima poreska administracija.²⁵ Pomenuti troškovi poreskih dužnika su raznoliki. Primera radi to su: naknade koje poreski dužnici isplaćuju poreskim savetnicima ili računovođama koji im vode poslovne knjige; bankarske usluge vezane za naplatu poreza, itd. U finansijskoj teoriji preovladava mišljenje da u mogućem izboru između troškova koji snose poreski organi i poreski dužnici treba se osloniti

²² Videti čl. 6 i 60, Zakona o finansiranju lokalne samouprave ("Službeni glasnik RS", br. 62/06, 47/011 i 93/012).

²³ Videti čl. 160. tač. 9), 11b) i 12), čl. 161, 164, i 167-170 ZPPPA.

²⁴ U cilju razvijanja organizacije rada poreske administracije neke države daju podsticaj administraciji izdvajanjem određenog procenta prihoda od naplaćenih zatezних kamata ili poreza na neprijavljene prihode.

²⁵ Nastojeći da ne smanji fiskalni randman poreska vlast često putem proširenja samoopozivanja svoje troškove prebacuje na poreske obveznike što je u praksi povod za njihovo nezadovoljstvo i smanjeno dobrovoljno ispunjavanje poreskih obaveza.

na troškove poreske administracije. U ovakvom opredeljenju jedini izuzetak kod kojeg se preporučuje oslanjanje na troškove poreskih dužnika u alternativni sa administrativnim troškovima jeste naplata poreza po odbitku.²⁶ Razlog ovome nije slučajan. Naime, utvrđivanje osnovice pomoću ovog metoda ne vrši se ni od strane poreske vlasti, niti je poreski obveznik dužan da podnese prijavu. Ovde je treće lice koje isplaćuje prihod obvezniku propisom obavezno da utvrdi osnovicu i da na osnovu nje odredi visinu poreza i da ga uplati poreskoj vlasti. Ovaj metod onemogućava izbegavanje poreza od strane poreskog obveznika. Ali i poreski obveznik ima koristi od tzv., plaćanja na izvoru odnosno po odbitku, jer je sav posao oko plaćanja poreza prenet na treće lice. Tako često obveznik nije svestan da je on, u stvari, obveznik. Pomenute prednosti ovog metoda uslovile su njegovu široku primenu u praksi.

ZAKLJUČAK

Savremene države karakteriše složena društveno-ekonomska stvarnost. U tim uslovima izgradnja modernog poreskog sistema zahteva visoku stručnost kraitora poreskih propisa sa zavidnim interdisciplinarnim znanjem iz više naučnih oblasti, u okviru kojih poznavanje prava i ekonomije svakako imaju najveći značaj. U kontekstu izloženog, bitna pretpostavka za uspešno koncipiranje poreskih zakona i njihova primena u praksi kpja će davati optimalne rezultate, jeste poznavanje i poštovanje opšte prihvaćenih poreskih načela u savremenoj teoriji i praksi.

Imajući izloženo u vidu, možemo istaći, da je danas nedopustivo izgraditi poreski sistem čiji je prevashodni tzv., fiskalni cilj, odnosno jednostavno namicanje neophodnih finansijskih sredstava za potrebe države, bez obzira kako se primena poreskih zakona reperkutuje na privredu i društvo. S tim u vezi, posebno je važno izboriti se za koncipiranje poreskih sistema kod kojih su optimalno uključeni načela efikasnosti i pravednosti. Pri tome, neophodno je imati u vidu da to nije lako u praksi realizovati, jer se radi o načelima koji su suprotstavljeni jedno drugom. Zbog toga, prilikom pisanja propisa neophodna je velika obazrivost i stručnost koji bi kao rezultat doveli do ostvarenja nužnog kompromisa u okviru egzistiranja više oblika poreza koji čine poreski sistem države.

²⁶ Videti: Simon James–Christopher Nobes: *The Economics of Taxation*, Philip Allan, Oxford, 1978, str. 41.

ZORAN ISAILOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, Priština

TO FUNCTION TAXATION PRINCIPLES
IN DEVELOPING CONTEMPORARY TAX SYSTEM

Summary

In this labour author analyzes general acceptions of taxation principles in the contemporary theory and practice. According to his opinion nowadays is inadmissible creating tax system where there is a superb so fiscal goal i.e abundant collecting financial assets, with no minimum care about how implementing tax policy reflecting repercussion in economy and society. In other words, it is necessary drafting such tax system where has being incorporated standards by which having been realized economical, social and other goals that the state in certain period willing to implement.

Having in mind above, the author with particular regard analyzes principles of efficiency and righteous tax pay. Whereat, he notices that is not simple to incorporate them in tax provisions and as same apply in practice, there is about juxtaposition of principles. Due to that, writing provisions required tremendous scrupulosity and key competences that resulting reaching a necessary compromise that enter the scope of existing several types of taxation systems which making up the state tax system.

NAČELO SAVESNOSTI I DELATNOST PORESKIH SAVETNIKA

LEGITIMNA, NELEGITIMNA ILI NEZAKONITA PORESKA UŠTEDA

Legitimna je, pa i krajnje prirodna, reakcija poreskog obveznika da pokuša da “uštedi” na porezu, koji treba da plati državi. Međutim, vrlo je bitno da li on to čini kršenjem poreskih propisa, čime različitim nezakonitim radnjama (npr. neuplaćivanjem poreza po odbitku, iznošenjem netačnih ili nepotpunih podataka u poreskoj prijavi i dr.) izbegava da plati dugovani porez i time sebe izlaže prekršajnoj ili krivičnoj odgovornosti, ili, pak, to čini tako što odustaje od nekog ponašanja, koje bi inače za sobom povlačilo plaćanje poreza (npr. ne želi da radi van radnog odnosa, jer smatra da značajan deo njegovog autorskog honorara odlazi na plaćanje poreza i doprinosa za socijalno osiguranje). U obe pomenute situacije poreski obveznik, po pravilu, odluku o svom ponašanju, odnosno promeni ponašanja donosi sam, bez ičije stručne ili druge pomoći.

Ali, u životu su najčešći slučajevi kada poreski obveznik, korišćenjem neke artificalne pravne konstrukcije, nastoji da umanjí svoju poresku obavezu.¹ Tada govorimo o nelegitimnoj evaziji poreza koja, ponekad, lako može da preraste u nezakonitu poresku evaziju. Kod nelegitimnog minimizovanja poreske obaveze retko koji poreski obveznik ima dovoljno stručnog znanja da bi takvu konstrukciju mogao samostalno da osmisli, već se obraća za pomoć poreskom savetniku. U

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

¹ Dejan Popović, *Poresko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, 49–50.

ispitivanju poreskog organa da li je na strani poreskog obveznika postojala namera da korišćenjem određene konstrukcije privatnog prava dovede do neplaćanja poreza ili plaćanja manjeg iznosa poreza, proverava se, pre svega, savesnost poreskog obveznika. Jasno je da je ovakav standard, koji je formulisala upravna i sudska praksa, prilično neodređen, te da se može tumačiti na različite načine. Ipak, njegovom primenom mogu se ustanoviti određeni modeli ponašanja koji poreskom organu olakšavaju da utvrdi da li je u konkretnom slučaju kod poreskog obveznika postojala namera da poresku obavezu spusti na nivo niži od onoga koji je zakonodavac imao u vidu, ili je određenu radnju preduzeo bez namere da ona za njega proizvede povoljne poreskopravne posledice. Ilustracije radi, ako lice za života pokloni nepokretnost osobi koji se u odnosu na njega nalazi u drugom naslednom redu, ne može se reći da je postojala njegova namera da time smanji poresku obavezu, ukoliko su zakonom predviđene iste poreske stope i za porez na nasleđe, i za porez na poklon. Činjenje poklona u tom slučaju nije bilo poreski motivisano. Međutim, ako stope ova dva poreska oblika ne bi bile komplementarne, pa je, na primer, stopa poreza na poklon 1%, a stopa poreza na nasleđe 2%, poreski organ bi opravdano mogao da posumnja u savesnost poklonodavca, te da dalje ispituje razloge zaključivanja takvog pravnog posla.

Odnos poreskih obveznika, poreskih savetnika i države

U slučaju "sumnjivih" transakcija, pogotovo ako se one odvijaju vezano za poslovanje kompanija, i nastojanja da se ostvari poreska ušteda, poreski obveznik najčešće konsultuje poreskog savetnika. To je specijalizovano lice koje, uz odgovarajuću naknadu, pruža usluge poreskim obveznicima u poreskim stvarima.² Delatnost poreskog savetnika nije ograničena samo na sačinjavanje tzv. poreskih planova koji će obvezniku obezbediti da plati manji iznos poreza (npr. kroz izbor načina finansiranja investicija ili, u međunarodnim okvirima, kroz izbor između većeg broja zemalja rezidentstva one sa pravnom i monetarnom stabilnošću, u kojoj je poresko opterećenje niže). Usluge koje poreski savetnici, kvalifikovano i stručno, pružaju svojim klijentima – poreskim obveznicima su znatno šire i uključuju, između ostalih: pripremu i predaju poreskih prijavi, izradu poreskih bilansa i drugih evidencija koje su od značaja za oporezivanje, stručnu pomoć u slučaju samooporezivanja, stručne ekspertize u poreskim i preduzetničkim pitanjima, rešavanje spornih poreskih pitanja i zastupanje u poreskim postupcima pred nadležnim državnim organima (sudskim i upravnim), davanje opštih saveta u pore-

² Gordana Ilić-Popov, Đorđe Pavlović, *Leksikon javnih finansija*, Zavod za unapređenje i rentabilnost poslovanja, Beograd 2003, 253.

skim i srodnim oblastima, pružanje pomoći u pitanjima koja se odnose na poresko pravo stranih država, itd.³

Stručno i savesno savetovanje u poreskim pitanjima obezbeđuje poreskom obvezniku ne samo pouzdanost u pravovremenom ispunjavanju poreskih obaveza, već i sigurnost u planiranju privrednih i investicionih poduhvata. Zadatak poreskog savetnika je da za obveznika pronađe optimalno poresko rešenje, primenjujući važeću zakonsku i podzakonsku poresku regulativu. On poreskom obvezniku treba da garantuje da neće da plati više poreza nego što treba (primenjujući poreske olakšice i vešto koristeći pravne praznine u propisima), a Poreskoj upravi da je obveznik platio sve što treba. Pošto se od poreskog savetnika očekuje da njegovo profesionalno ponašanje bude uvek u skladu sa ugledom zanimanja, kao i da je u vršenju svoje profesionalne delatnosti vezan za pravo i zakon, država ima svojevrsnu garantiju da poreski obveznici koji angažuju poreskog savetnika neće izvršiti poresku utaju, iako je, s druge strane, jasno da će, svojim znanjem i umešnošću, poreski savetnici pre otkriti neku "rupu" u poreskim propisima i iskoristiti je za smanjenje poreske obaveze svog klijenta. U svakom slučaju, interesi i klijenata, i poreskih organa, zahtevaju da poreski savetnici svoju profesiju obavljaju nezavisno i uz preuzimanje lične odgovornosti za kvalitet usluga koje pružaju. Mogli bismo zaključiti da je poreski savetnik svojevrsna "spona" između države i poreskih obveznika.

Ukoliko poreski savetnik, u uslovima konkurencije, želi sebi da obezbedi što bolji kako finansijski položaj, tako i profesionalni ugled, on mora kontinuirano da se usavršava ne samo u poreskoj, već i u srodnim oblastima (trgovinsko pravo, računovodstvo, upravno pravo i upravni spor i dr.). Jedino zahvaljujući velikom stručnom znanju, iskustvu i savesnom obavljanju delatnosti poreskog savetovanja, on može da na tržištu obezbedi značajne klijente, koji će ga dalje promovisati. Svaki pokušaj da nesavesnim i nedovoljno stručnim radom obezbedi sebi korist na kratak rok, dovešće poreskog savetnika u situaciju da snosi odgovornost za nastalu štetu, pa čak i do oduzimanja dozvole za dalji rad.

Integritet, objektivnost i kompetentnost poreskih savetnika

Osnovni principi kojih treba da se pridržava svaki poreski savetnik u obavljanju svoje delatnosti su: integritet, objektivnost, nezavisnost, profesionalna osposobljenost, poverljivost i lična odgovornost. Ovi principi, zapravo, predstavljaju osnovu kodeksa profesionalnog ponašanja poreskih savetnika ne samo prema klijentima (aktuelnim, potencijalnim ili bivšim) – poreskim obveznicima, već i

³ Gordana Ilić-Popov, "Poreski savetnici i njihova delatnost u poreskom pravu zemalja bivše SFRJ", *Strani pravni život*, 1/2013, 28–29.

prema poreskim organima, sudovima, drugim kolegama i trećim licima uopšte. Usporedna analiza⁴ pokazuje da u određenom broju zemalja u kojima je profesija poreskog savetovanja uređena zakonom, sam zakon sadrži posebne odredbe o profesionalnom ponašanju poreskih savetnika (Austrija, Belgija, Češka, Francuska, Nemačka i Grčka). U šest drugih država (Rumunija, Hrvatska, Luksemburg, Poljska, Portugalija, Slovačka) podzakonska regulativa profesionalnih udruženja sadrži takva pravila, koja važe za sve poreske savetnike koji su njegovi obavezni članovi. U devet zemalja (Irska, Italija, Letonija, Malta, Holandija, Rusija, Švajcarska, Ukrajina, Velika Britanija) profesionalna udruženja su uvela pravila o profesionalnom ponašanju i etici za svoje članove, koji su na dobrovoljnoj osnovi. U Finskoj i Španiji, međutim, ne postoje posebna pravila profesionalnog ponašanja poreskih savetnika.

Poštovanje pravila profesionalnih kodeksa se najbolje obezbeđuje ukoliko su predviđene odgovarajuće sankcije, koje mogu da budu disciplinske, ali i krivične (poput zabrane obavljanja delatnosti) ili građanskopravne (naknada štete). U Češkoj, Nemačkoj, Grčkoj, Austriji, Islandu, Portugaliji, Slovačkoj i Velikoj Britaniji predviđene su novčane kazne za kršenje ovog kodeksa, koje se kreću od EUR 3,300 u Slovačkoj⁵ do, čak, EUR 50,000 u Nemačkoj⁶. U 18 od analiziranih 22 zemalja (Austrija, Belgija, Hrvatska, Češka, Francuska, Nemačka, Grčka, Irska, Letonija, Malta, Holandija, Poljska, Portugalija, Rumunija, Slovačka, Švajcarska, Ukrajina i Velika Britanija)⁷ savetnik može da bude isključen iz profesionalne organizacije, što podrazumeva (naročito u zemljama u kojima je bavljenje ovom profesijom zakonski regulisano) zabranu pružanja poreskih usluga klijentima,⁸ odnosno upotrebu zvanja poreski savetnik.⁹

Poreski savetnik treba da bude iskren i direktan u profesionalnim i poslovnim odnosima, čime obezbeđuje svoj integritet. Integritet, takođe, pretpostavlja i pošteno postupanje, koji je shodno istini i objektivnim činjenicama. Međutim, in-

⁴ *European Professional Affairs Handbook for Tax Advisers*, ed. Rudolf Reibel, Confédération Fiscale Européenne, Brussels, 2013, 25.

⁵ *Ibid.*, 266.

⁶ *Ibid.*, 155.

⁷ Profesionalna, strukovna udruženja poreskih savetnika u Italiji, Finskoj, Rusiji i Španiji ne predviđaju sankcije za svoje članove, što je logično, jer, kako smo napred naveli, u Finskoj i Španiji uopšte i ne postoje propisana pravila profesionalnog ponašanja poreskih savetnika, dok u Italiji i Rusiji ta pravila nisu na obaveznoj osnovi.

⁸ Ta zabrana može podrazumevati privremenu zabranu obavljanja delatnosti poreskog savetovanja (npr. do 5 godina u Nemačkoj ili do jedne godine u Slovačkoj), ali i trajno isključenje iz profesionalnog udruženja. Upor.: *European Professional Affairs Handbook for Tax Advisers*, 155, 266.

⁹ *Ibid.*, 26.

tegritet poreskog savetnika može da bude ugrožen ukoliko je on tokom svog rada imao uvid u finansijske izveštaje poreskog obveznika, poreske prijave i drugu obveznikovu dokumentaciju i evidencije, gde veruje da su u njima date materijalno netačne ili lažne činjenice ili su, pak, izostavljene, odnosno prikrivene informacije koje treba da u njima budu sadržane. U tim slučajevima, u zavisnosti od daljeg postupanja poreskih savetnika, valja ustanoviti da li je on bio svestan tih neregularnosti kod poreskog obveznika koji je njegov klijent, te da li je bio (ne)savestan u vršenju svoje delatnosti, o čemu će docnije biti više reči.

Objektivnost i nezavisnost su, takođe, veoma važni u radu poreskih savetnika. Poreski savetnik ne sme da dozvoli da njegovo profesionalno prosuđivanje bude dovedeno u pitanje zbog pristrasnosti, neprimerenog uticaja drugih lica ili konflikta interesa. Sukob interesa može da bude jedan od glavnih rizika za nezavisno postupanje poreskog savetnika (npr. ako bi klijent imao akcije u kompaniji za poresko savetovanje, mogao bi da vrši pritisak na poreskog savetnika). Takođe, moguće je da interesi dva ili više klijenata istog poreskog savetnika budu suprotstavljeni, pa se postavlja pitanje da li poreski savetnik treba da prestane ubuduće da pruža svoje usluge klijentima, čiji su interesi u sukobu. U tom pogledu, mogu se uočiti različita rešenja u različitim zemljama. Primera radi, u takvim situacijama Nemačka dopušta poreskom savetniku da nastavi da radi za sve svoje klijente, pod uslovom da se oni sa tim slože.¹⁰ Slično je u Francuskoj, gde, ukoliko poreski savetnik proceni da može doći do potencijalnog sukoba interesa između više njegovih klijenata, on mora da ih o tome obavesti, te oni sami odlučuju da li žele dalju saradnju sa njim ili ne. Ali, ako poreski savetnik primeti postojeći, stvarni konflikt interesa između sebe i klijenta, ili između dva svoja klijenta, nije mu dopušteno da nadalje pruža usluge tom klijentu/klijentima.¹¹ U Češkoj, Rusiji i Španiji nije, međutim, predviđeno posebno postupanje za poreskog savetnika u takvim situacijama, već se smatra da on treba da nastavi da i dalje odgovorno radi za svakog od svojih klijenata, u njegovom najboljem interesu.¹² Ovakvim rešenjem čini nam se da je na najbolji način stavljena "na probu" savesnost poreskog savetnika u obavljanju delatnosti, jer mu priroda profesije nalaže da prema svakom klijentu treba da se ponaša na jednak način, objektivno procenjujući njegovu poresku situaciju i ne čineći mu svojim savetom štetu.

Poreski savetnik ima obavezu da održava i usavršava svoje stručno znanje, kao i da radi sa dužnom pažnjom, kako bi klijentima osigurao dobijanje kompetentne profesionalne usluge. U sopstvenom promovisanju poreski savetnik ne tre-

¹⁰ *Ibid.*, 155.

¹¹ *Ibid.*, 142.

¹² *Ibid.*, 124, 259 i 276.

ba da vrši preuveličavanja u vezi sa uslugama koje može da pruži (npr. da potencijalnom klijentu obećava da će mu sačiniti takav poreski plan koji će ga potpuno osloboditi plaćanja poreza, a da od početka zna da to po zakonu nije moguće), niti da preuveličava iskustvo i kvalifikacije koje ima (npr. da lažno navodi da je pružao usluge nekim značajnim i velikim klijentima, ili da netačno iznosi da ima neka dodatna stručna usavršavanja stečena u inostranstvu i sl.). Sem toga, on ne treba da omalovažava rad drugih kolega, niti da vrši neumesna poređenja u pogledu kvaliteta svojih usluga i usluga drugih poreskih savetnika.

Oduzimanje dozvole za rad kao sankcija za nesavestan rad

U svim zemljama u kojima je delatnost poreskog savetovanja zakonski uređena predviđeni su slučajevi u kojima poreskom savetniku može da bude oduzeta licenca, odnosno dozvola da se dalje bavi ovom delatnošću, trajno ili privremeno. Oduzimanje licence podrazumeva automatsko brisanje iz registra Komore poreskih savetnika. Nakon što prestanu razlozi koji su doveli do oduzimanja licence, to lice može Komori da podnese zahtev za ponovno sticanje licence, s tim što, po pravilu, mora ponovo da prođe kroz istu proceduru njenog sticanja kao i prvi put, u smislu polaganja ispita pred određenom Ispitnom komisijom. Tako, na primer, u Zakonu o poreskom savetovanju Republike Srpske¹³ u slučajevima kada poreski savetnik izgubi poslovnu sposobnost, odnosno ukoliko ne uplaćuje propisano obavezno osiguranje protiv opasnosti iz svoje profesionalne delatnosti, ali i ako počne da vrši delatnost koja je nespojiva sa zvanjem poreskog savetnika oduzima mu se rešenjem ministra finansija licenca kojom je svojevremeno stekao pravo na obavljanje ove delatnosti.¹⁴ Protiv tog rešenja nije dozvoljena žalba, ali lice može pokrenuti upravni spor pred nadležnim organom, ukoliko oceni da razlozi zbog kojih mu je licenca oduzeta nisu opravdani. Razlozi za oduzimanje dozvole za rad su slični i u zakonodavstvu ili nacrtu zakona drugih zemalja iz sastava nekadašnje SFRJ,¹⁵ s tim što su u nekim zakonima nešto obuhvatnije postavljeni. Tako je,

¹³ Zakon o poreskom savetovanju, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 17/2008 – Zakon Republike Srpske.

¹⁴ Vid.: čl. 13 Zakona Republike Srpske.

¹⁵ Hrvatska i Crna Gora su donele zakone o poreskom savetovanju, i to Hrvatska 2000. godine (Zakon o poreznom savjetništvu, *Narodne novine*, br. 127/2000 – hrvatski Zakon), a Crna Gora 2007. godine (Zakon o poreskim savjetnicima, *Službeni list Republike Crne Gore*, br. 26/2007, 34/2007 – crnogorski Zakon). U Makedoniji i Srbiji područje poreskog savetovanja nije još uvek zakonski uređeno, već samo postoje određeni nacrti predloga zakona. U Sloveniji, takođe, ne postoji Zakon o poreskom savetovanju, ali su lica koja pružaju usluge iz ove oblasti okupljena oko strukovnog udruženja (Društvo poreskih savetnika Slovenije) koje je članica Evropskog fiskalnog saveza (*Confédération Fiscale Européenne*), koje postavlja određene standarde vezane za vršenje ovog pozi-

na primer, nacrtom srpskog Zakona predviđeno da se dozvoljava za rad oduzima, takođe, i u slučajevima kada poreski savetnik nije ispunio svoju obavezu redovnog godišnjeg usavršavanja (najmanje 40 sati godišnje, od čega najmanje 20 sati kod Komore poreskih savetnika¹⁶), kada je dozvolu za rad stekao putem prevare, pretnje, podmićivanjem ili davanjem netačnih ili nepotpunih podataka, odnosno kada je pravosnažno osuđen za krivično delo koje ga čini nedostojnim za obavljanje delatnosti poreskog savetnika.¹⁷ Sva tri navedena razloga ukazuju na to koliki se veliki značaj pridaje savesnosti i poštenju u obavljanju ove samostalne profesije, upravo zbog toga što se time ne štiti neposredno samo interes klijenta, tj. poreskog obveznika, već i finansijski interes države. Štaviše, u crnogorskom Zakonu je eksplicitno naveden uslov da će se poreskom savetniku oduzeti licenca za rad ukoliko se ne pridržava načela zakonitosti, savesnosti, stručnosti i etičkog kodeksa poreskih savetnika.¹⁸ Takav uslov predviđen je i u slovenačkoj regulativi.¹⁹

Čuvanje poslovne tajne

Dobijanje informacija od poreskog obveznika o njegovoj finansijskoj i pravnoj situaciji je od presudnog značaja za davanje poreskog saveta. Međutim, jasno je da će klijent biti voljan da te informacije dâ poreskom savetniku samo ukoliko zna da je njihova poverljivost zaštićena zakonom. Savestan rad poreskih savetnika podrazumeva obavezu čuvanja kao poslovne tajne svih informacija koje im je klijent poverio ili koje su u svom radu saznali na drugi način.²⁰ U tome se vidi sličnost ove delatnosti sa nekim drugim profesijama, kao što su advokatska, revizorska, lekarska i dr. Poreski savetnik ne sme da koristi poverljive informacije dobijene od poreskog obveznika radi sticanja lične koristi. Tajnu su, takođe, dužna da čuvaju i druga lica koja rade ili su radila za poreskog savetnika. Obaveza čuvanja poslovne tajne postoji i kada poreskom savetniku ili njegovom saradni-

va, a koji su obavezni za sva strukovna udruženja koja su njeni članovi, pa tako i za članove samog strukovnog udruženja. U tom smislu u Sloveniji je bavljenje ovom profesijom uređeno odgovarajućim podzakonskim aktima, i to: Pravilnikom o pridobitvi sertifikata in licence za delo davčnega svetovalca Društva davčnih svetovalcev Slovenije iz 2006. godine – slovenački Pravilnik o licenci i Pravilnikom o izpitu za davčnega svetovalca iz 2000. godine – slovenački Pravilnik o ispitu, dostupno na: <http://www.davki.com/UploadsInternal>.

¹⁶ Vid.: čl. 28, st. 2 nacрта srpskog Zakona.

¹⁷ Vid.: čl. 18 nacрта srpskog Zakona.

¹⁸ Vid.: čl. 8 crnogorskog Zakona.

¹⁹ Vid.: čl. 11 i 19 slovenačkog Pravilnika o licenci.

²⁰ Vid.: čl. 20 hrvatskog Zakona; čl. 15 crnogorskog Zakona; čl. 22 Zakona Republike Srpske; čl. 36 nacрта makedonskog Zakona; čl. 28 nacрта srpskog Zakona.

ku prestane svojstvo u kojem je došao do saznanja o dokumentima, činjenicama, odnosno podacima o poreskom obvezniku.²¹ U značajnom broju zemalja (npr. Austrija, Belgija, Francuska, Nemačka, Luksemburg, Holandija, Poljska, Portugalija, itd.) povreda čuvanja poslovne tajne od strane poreskog savetnika smatra se krivičnim delom.

Međutim, ukoliko poreski savetnik posumnja u verodostojnost određene isprave koju mu je klijent dostavio ima obavezu da ga na to upozori, što ukazuje na zahtev poštenog rada poreskog savetnika. On, čak, može i da raskine ugovor o poreskom savetovanju ukoliko klijent sa njim ne saraduje na način koji osigurava ispunjenje preuzetih ugovornih obaveza poreskog savetnika.²² Poreski savetnik ima obavezu da štiti prava i opravdane zahteve poreskog obveznika, ali u okvirima zakonskih propisa i vlastitog uverenja. On nema obavezu da poreske organe obaveštava o svojim planovima za smanjivanje poreskog tereta poreskog obveznika, uz pretpostavku da oni ne izlaze iz zakonskih okvira, ali snosi krivičnu odgovornost ukoliko svojim radnjama i predloženim merama dovede do nezakonite poreske evazije, ili ukoliko na drugi način učestvuje u pomaganju ili prikrivanju utaje poreza.²³ Takođe, poreski savetnik ima obavezu da, bez odlaganja, obavesti nadležne organe ukoliko posumnja ili zaključi da njegov klijent vrši pranje novca kroz određene transakcije, odnosno finansira terorističke aktivnosti.²⁴

Osiguranje od odgovornosti u obavljanju profesionalne delatnosti

Još jedna manifestacija načela savesnosti u obavljanju delatnosti poreskih savetnika ogleda se u osiguranju od odgovornosti. Naime, da bi se smanjili rizici od štete koju bi poreski savetnik mogao eventualno da pričini klijentu obavljanjem delatnosti poreskog savetovanja (npr. davanjem pogrešnog poreskog saveta, prekoračenjem roka za podnošenje poreske prijave, propuštanjem roka za ulaganje žalbe ili preduzimanje nekog drugog pravnog sredstva i dr.), poreski savetnik u najvećem broju zemalja ima zakonsku obavezu da se kod određenog osiguravajućeg društva osigura od odgovornosti.²⁵ Da bi se zaštitili interesi klijenata

²¹ *European Professional Affairs Handbook for Tax Advisers*, 29.

²² Upor. npr.: čl. 22, st. 6 hrvatskog Zakona.

²³ *European Professional Affairs Handbook for Tax Advisers*, 31.

²⁴ *Ibid.*, 32–33. U Rusiji, Švajcarskoj i Ukrajini načelno ne postoji obaveza za poreskog savetnika da prijavi pranje novca, mada ruska Komora čvrsto nalaže svojim članovima da se uzdrže od uključivanja u bilo koje aktivnosti i transakcije, koje ukazuju na pranje novca.

²⁵ Vid.: čl. 23 hrvatskog Zakona; čl. 14 crnogorskog Zakona; čl. 24 Zakona Republike Srpske. Interesantno je napomenuti da u Finskoj, Grčkoj, Italiji, Letoniji, Malti, Rusiji, Španiji i Ukrajini ne postoji zahtev za osiguranjem od odgovornosti za poreske savetnike, ali u ovim zemljama se najveći

koje savetuju poreski savetnici, zakonima se propisuje najniža visina osiguranog iznosa, na koju mora da bude ugovoreno osiguranje od odgovornosti za štetu po svakom poreskom savetniku. Ilustracije radi, u Austriji je minimalni iznos EUR 72,673 za svaki pojedinačni slučaj,²⁶ u Nemačkoj je taj minimalni iznos EUR 250,000 po pojedinačnom slučaju,²⁷ itd. Među zemljama bivše SFRJ postoje različita rešenja u pogledu minimalne visine osigurane sume. Tako, na primer, u Republici Hrvatskoj najniža visina osigurane sume na koju mora da bude ugovoreno osiguranje po poreskom savetniku iznosi 200.000 kuna,²⁸ u Crnoj Gori 3.000 EUR-a,²⁹ u Sloveniji 33.300 EUR-a,³⁰ u Republici Srpskoj uslove osiguranja zajednički utvrđuju Komora poreskih savetnika i osiguravajuća društva,³¹ u Srbiji je nacrtom Uredbe o postupku Vlade za osiguranje od profesionalne odgovornosti poreskih savetnika i društava za poresko savetovanje svojevremeno predloženo da minimalna svota osiguranja po jednom osiguranom slučaju mora da iznosi 250 hiljada dinara, a ukoliko se ugovara maksimalna godišnja obaveza za sve štete prouzrokovane u toku jedne godine osiguranja, ona mora iznositi najmanje milion dinara, dok je u Republici Makedoniji predložena najniža osigurana suma u iznosu od, čak, 50.000 EUR-a.³²

Poreski savetnik ima zakonsku obavezu da svake godine redovno produžava osiguranje od odgovornosti, jer je, u protivnom, to jedan od razloga za oduzimanje dozvole za rad, o čemu je napred bilo više govora.

ZAKLJUČAK

Poreska oblast je karakteristična po tome što u njoj postoje brojna pravila koja ne samo da su podložna čestim izmenama, već su često nejasno formulisana, što otežava njihovu primenu u praksi. Otuda, i prilično jednostavne transakcije nekada postaju, sa poreskog aspekta, poreski zahtevne i komplikovane. Zbog

broj poreskih savetnika u isto vreme bavi poslovima računovođe ili advokata, za koje se traži osiguranje, tako da osiguranje ove vrste ipak, zapravo, postoji. Vid.: čl. 23 hrvatskog Zakona; čl. 14 crnogorskog Zakona; čl. 24 Zakona Republike Srpske. Upor.: *European Professional Affairs Handbook for Tax Advisers*, 35-36.

²⁶ *European Professional Affairs Handbook for Tax Advisers*, 96.

²⁷ *Ibid.*, 157.

²⁸ Vid.: čl. 23, st. 7 hrvatskog Zakona; Vid. više o tome: Marijan Ćurković, Osiguranje od odgovornosti poreznih savjetnika, <http://www.ritelex.hr/stalnerubrike.asp?ib=636&sr=19>, 15.05.2014.

²⁹ Vid.: čl. 14, st. 3 crnogorskog Zakona.

³⁰ Vid.: čl. 11, st. 1 slovenačkog Pravilnika o licenci.

³¹ Vid.: čl. 24, st. 2 Zakona Republike Srpske.

³² Vid.: čl. 34 nacrta makedonskog Zakona.

toga, efikasan poreski savet i planiranje poslovnih i preduzetničkih poduhvata mogu svakom obvezniku da obezbede odgovarajuću konkurentsku prednost. U tom procesu ključnu ulogu imaju poreski savetnici, od kojih se očekuje da svoju profesionalnu delatnost moraju da obavljaju nezavisno, objektivno, savesno i sa sopstvenom odgovornošću. Savetnikova profesionalna svest i savest mora uvek da bude iznad svake radnje kojom se pokušava nezakonito izbeći plaćanje poreza. Njegova posrednička uloga u odnosu između države i poreskog obveznika štiti državne finansije, smanjujući utaje poreza, ali i obezbeđuje poreske uštede obveznicima.

GORDANA ILIĆ-POPOV, Ph.D.,
Professor, Faculty of Law, Belgrade University

PRINCIPLE OF CONSCIENTIOUSNESS AND TAX ADVISERS' BUSINESS

Summary

Complexity of tax regulations and their frequent changes, as well as the possibility of different interpretations of tax rules lead to the need for taxpayers to receive a professional and qualitative assistance in the tax matters. Therefore, it has become necessary to establish a new profession of tax advisers. A tax adviser is an individual who is entitled under the law of his country to carry out, as his main activity, the broad range of tax advisory activities for his clients, both businesses and individuals. These include in particular the rendering of advice in tax matters (e.g., tax planning), the filling of tax returns and performing other taxpayer' compliance obligations, as well as the representation of the client before the tax authorities (e.g., in the course of a tax audit or in an appeal procedure). The basic principles of the tax adviser profession are: independence, integrity, objectivity, competence, conscientiousness, personal responsibility and confidentiality. These principles ensure the professional behavior of the tax adviser not only towards clients, but also to the tax authorities, courts, colleagues and, generally, third persons. Conflict of interests is a major risk to the independence of the tax adviser. Tax adviser shall be considered as an intermediary between the client (taxpayer) and the state.

PREDRAG STOJANOVIĆ
MILIVOJE LAPČEVIĆ

PRAVNA PRIRODA I ELEMENTI LEGITIMIZACIJE INSTITUTA “SOLIDARNOG POREZA”

U V O D

Višegodišnji negativni predznak domaćeg budžetskog bilansa, ukazuje na neodložnu potrebu pronalaženja i hitne primene delotvornih instrumenata tzv. fiskalne konsolidacije. Odlaganje njenog korenitog sprovođenja, umesto sporadičnih, parcijalnih, nekonzistentnih i nesistematičnih intervencija kako na strani javnih prihoda, tako i na strani javnih rashoda, u znatnoj meri se duguje visokoj frekventnosti izbornih ciklusa u poslednjoj deceniji, odnosno ranjivosti njihovih učesnika u situacijama kada biračkom telu moraju da objasne krajnje nepopularnu nužnost fiskalne konsolidacije. Na taj način, budući da su aktuelni i potencijalni kreatori fiskalne politike konstantno bili u stanju “pripravnosti” pred naredne izbore, izborni procesi su nužno podrazumevali prodaju zamagljenih “političkih proizvoda”, neopterećenih balastom fiskalne konsolidacije. Rezultati poslednjeg izbornog ciklusa, u znatnoj meri su otklonili opasnost od budućih turbulentnih političkih previranja, čime je obezbeđena unutrašnja *politička stabilnost*, kao vitalna prethodnica neizbežnih promena načina planiranja i rukovođenja u sistemu javnih finansija.

Zatečeno stanje državnih finansija, kritično opterećeno strukturnim budžetskim deficitom, netaknutim problemom hipertrofirane javne potrošnje i progre-

Dr Predrag Stojanović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.
Milivoje Lapčević, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

sivnošću javnog duga, primorao je nove kreatore fiskalne politike na traganje za kratkoročno efikasnim instrumentima stabilizacije javnih finansija. Budući da je bazični racio društveno-ekonomskog planiranja decenijski vezan za koncept puke redistribucije nacionalnog dohotka, i ovoga puta postavilo se kao pitanje kome i na koji način nametnuti obavezu davanja, a da, pri tom, takva intervencija u ekonomsku supstancu pogođenih, prođe filter poreskopavnih principa koji su proklamovani u okviru domaćeg pravnog poretka. U startu je bilo jasno da je pred nosioce fiskalne politike postavljen zadatak koji je skopčan sa različitim vrstama izazova.

Najavljen kao spasonosno rešenje na planu kratkoročnog saniranja posrnutih javnih finansija, u skupštinskoj proceduri je 2013. godine, u sklopu korpusa mera fiskalne konsolidacije, usvojen Zakon o umanjenju neto prihoda lica zaposlenih u javnom sektoru¹, sa odloženim početkom primene na sve isplate od 1. januara 2014. godine. Na taj način, u domaći pravni sistem uveden je tzv. "solidarni porez", čija zakonska deskripcija ostavlja još uvek otvorenim čitav korpus pitanja koja u vezi uvođenja ove dažbine postavlja kako stručna, tako i šira javnost. Iz argumentacije koja će biti izložena u daljem tekstu ovog rada, nedvosmisleno proizilazi zaključak da je za ciljanu kratkoročnu stabilizaciju javnih finansija primenom instrumenta "solidarnog poreza" plaćena izuzetno visoka cena, čije će razmere, posebno na dugi rok, biti izrazito vidljive. Ma koliko bile pozitivne računovodstvene posledice ovakvog poreskog inženjeringa, suspenzija bazičnih principa na kojima počiva poreski, ali i pravni sistem uopšte (jednakost građana pred zakonom odnosno opštost poreza), predstavlja presedan koji može, dugoročno gledano, legitimisati svaki oblik poreskopavnog zahvata u ekonomsku supstancu oporezovanih, bez obzira na njegovu usaglašenost sa poreskopavnim kanonima. Pri tom, posebno zabrinjavaju pokušaji zakonodavca da putem normativne terminološke "kreativnosti" izmesti analizu ovog Zakona iz poreskopavne problematike, jer, čemu odbrana poreskih principa ako, *de jure*, porez i ne postoji?!

Pravna priroda tzv. "solidarnog poreza"

Potreba za analizom pravne prirode tzv. "solidarnog poreza" proizilazi prvenstveno iz činjenice da ova dažbina, koja, sa stanovišta teorije, *per definitionem* predstavlja *porez*, kao takva nije uvedena u pravni život usvajanjem predmetnog Zakona. Dakle, da li je "solidarni porez" zapravo porez ili računovodstvena konstrukcija koja se ne može smatrati porezom, predstavlja pitanje od prvorazrednog značaja, budući da od njega zavisi opravdanost ili bespredmetnost analize poštovanja poreskopavnih načela kod usvajanja i primene predmetne regulative.

De jure, kroz terminološku aparaturu zakonodavca promovisan je institut *umanjenja neto prihoda zaposlenih u javnom sektoru*, koji, u duhu izolovanog jezičkog tumačenja, na prvi pogled ne ostavlja mogućnost predmetnog vezivanja

¹ Vid.: "Sl. glasnik RS", br. 108/2013.

za analitičku aparaturu poreskog prava. U cilju odgonetanja istinske pravne prirode ove dažbine moguće je delovati na tri ravni, odnosno sintetisanjem odgovora na tri ključna pitanja: 1) da li sporni institut umanjenja neto prihoda sadržinski kumulira sve teorijski utvrđene konstituense poreza, kao dažbine?; 2) da li je u analizi normativne deskripcije ovog instituta moguće jasno prepoznati osnovne elemente poreskog činjeničnog stanja (poreski objekat, poreski obveznik, poreska osnovica i poreska stopa)? i, konačno 3) da li je, i na osnovu čega, moguće prepoznati eksplicitnu ili implicitnu nameru zakonodavca da uvođenjem predmetnog instituta, zapravo, sprovede *oporezivanje*?

Uz uvažavanje postojanja sporadičnih razlika među autorima, poreskoppravna teorija ustanovila je nekoliko elemenata na osnovu kojih je moguće neko *davanje* jasno identifikovati kao porez, odvajajući ga od drugih poreskih oblika: prisilnost kod naplate, novčani karakter davanja, ciljna usmerenost na finansiranje javnih potreba, odnosno pružanja javnih dobara i odsustvo direktne kompenzacione protivčinidbe.² Pitanje koje je od prejudicijelnog značaja kada je reč o analizi postojanja navedenih elemenata, tiče se odgonetanja eventualnog identiteta pojmova “umanjenje” i “davanje”, budući da smeštanje “solidarnog poreza” u poreskoppravnu problematiku nužno podrazumeva da se za ovaj institut veže komponenta *davanja*, svojstvena svim poreskim oblicima. Prema našem mišljenju, primarni uslov da se umanjenje neto prihoda zaposlenih u javnom sektoru *ne shvati* kao davanje, podrazumeva apriornu inkorporaciju ovog umanjenja na *rashodnoj* strani Zakona o budžetu, odnosno utvrđivanjem smanjenih rashoda na plate zaposlenih u javnom sektoru. Dakle, ukoliko umanjenje bilo kog prihoda čija visina zavisi od volje nosilaca fiskalne politike (plate u javnom sektoru, penzije itd.) predstavlja posledicu namere zakonodavca da *zakonom o budžetu* smanji *rashode* na ove namene, onda se takvo umanjenje ne bi moglo izjednačiti sa *davanjem* onih koji su pogođeni takvom intervencijom fiskalne politike. Međutim, u pogledu “solidarnog poreza” učinjeno je upravo suprotno. Usvajanjem *Fiskalne strategije za 2014. godinu*, postalo je jasno da se najavljivano smanjenje plata zaposlenih u javnom sektoru, kao jedna od ključnih mera fiskalne konsolidacije, neće efektuirati na rashodnoj, već na prihodnoj strani Zakona o budžetu za 2014. godinu, i to u okviru kategorije “neporeski prihodi”.³ Obrazloženje potrebe za ovakvim budžetskim tehnicizmom bilo je očigledno, a sadrži ga i sama *Fiskalna strategija*: realizacija mere smanjenja plata zaposlenih u javnom sektoru koja bi bila izvršena neposrednom efektuacijom na rashodnoj strani budžeta, značila bi umanjenje bruto zarade i, posledično, smanjenje prihoda od poreza na zarade i doprinosa, čime bi efekti ciljanih ušteda nesumnjivo bili ispod planiranih. Drugi razlog ovakvog opredeljenja, leži u činjenici da deo rashoda na zarade

² Vid.: Popović, D., *Poresko pravo*, Beograd 2010, str. 6. i Brümmerhoff, D., *Javne finansije*, Zagreb 2000, str. 222.

³ Vid.: Zakon o budžetu Republike Srbije za 2014. godinu (“Sl. glasnik RS”, br. 110/2013), čl. 1.

koje se isplaćuju u javnim preduzećima i drugim entitetima ne predstavlja direktan rashod države, pa se, samim tim, uštede ne bi mogle ni efektirati na rashodnoj strani budžeta.⁴ Rezimirajući ovakva obrazloženja, kao i činjenicu da su očekivane uštede od umanjenja neto prihoda u budžetu isplanirane pod kategorijom “neporeski prihodi”, izvodimo zaključak da, u slučaju “solidarnog poreza”, postoji nedvosmislen identitet kategorije *davanja* i *umanjenja*. Time je, ujedno, demistifikovana namera zakonodavca da primenom instrumenta umanjenja neto prihoda zaposlenih u javnom sektoru, zapravo izvrši specifičan zahvat poreskoppravne prirode.

Kada je reč o detekciji drugih konstitutivnih komponenti koje neko davanje čine porezom, već na prvi pogled uočljivo je njihovo postojanje. Pored nesumnjivog odsustva neposredne kontračinidbe, za solidarni porez se vezuje i princip neafektacije, odnosno nevezivanja prihoda od ove dažbine za konkretni rashod. Na taj način, čak i ako uvažimo shvatanja dela finansijske teorije prema kojima se i neafektacija tretira kao konstitutivna karakteristika poreza⁵, i ovaj uslov će biti ispunjen u pogledu solidarnog poreza.

Uprkos nepostojanju eksplicitne identifikacije, u tekstu Zakona o umanjenju neto prihoda zaposlenih u javnom sektoru (koji broji svega sedam članova) jasno su prepoznatljivi i elementi normativne deskripcije tzv. poreskog činjeničnog stanja. Tako, neto prihode lica koja su zaposlena u javnom sektoru (poreski obveznici), označavamo kao poreski objekat, odnosno targetiranu ekonomsku supstancu, dok je poreska osnovica podeljena na tri poreske jedinice, na koje se, po metodi *rašćlanjene* (tranširane) progresije primenjuju tri poreske stope: nulta stopa na deo neto prihoda do 60.000 dinara, stopa od 20% na deo neto prihoda preko 60.000 pri čemu ukupan neto prihod ne prelazi 100.000 dinara i stopa od 25% na deo neto prihoda preko 100.000 dinara.⁶ Kada je reč o poreskim olakšicama, Zakonom je propisano “poresko oslobođenje” za lica koja su zaposlena u javnim preduzećima koja kumulativno ispunjavaju Zakonom propisane uslove. Zbog dopunskog značaja ovog “poreskog oslobođenja” na planu analize legitimiteta solidarnog poreza, o njemu će biti više reči u nastavku teksta.

Koncept “solidarnosti” u funkciji legitimizacije

Nepostojanje afektacije kod distribucije efekata solidarnog oporezivanja, ostavlja otvorenim pitanje: čemu solidarni porez duguje prefiks “solidarnog” da-

⁴ Vid.: Vlada Republike Srbije, *Fiskalna strategija za 2014. godinu sa projekcijama za 2015. i 2016. godinu*, 47. str.

⁵ Videti, recimo: Jurković, P, *Javne financije*, Zagreb 2002, str. 90.

⁶ Procentualno izražene stope dobijene su preračunavanjem koeficijentata koje propisuje zakonodavac u eksplikaciji tehnike oporezivanja. Vid.: Zakon o umanjenju neto prihoda zaposlenih u javnom sektoru (“Sl. glasnik RS”, br. 108/2013), čl. 3.

vanja? Od trenutka otpočinjanja javne rasprave o Zakonu o umanjenju neto prihoda zaposlenih u javnom sektoru, termin "solidarni porez" upotrebljavan je podjednako frekventno kako od strane medija, tako i od strane samih predlagača Zakona, čime je definitivno potvrđena intencija nosilaca fiskalne politike da putem ovog Zakona, bez obzira na terminološko-tehnička rešenja, sprovede specifično oporezivanje "dohotka". Ipak, javni apel za razumevanje ove mere fiskalne politike, nalagao je detaljniju argumentaciju u prilog tezi da novoustanovljeni porez zaista ima elemente *solidarnog* davanja.

Koncept solidarnosti, istorijski posmatrano, pronašao je svoje mesto u tematski vrlo različitim analitičkim osvrtima finansijske teorije. Reč je, zapravo, o fenomenu u pogledu kojeg postoji prilična saglasnost da svoje korene vuče iz religijskih (pre svega katoličkih) dogmi koje su se postepeno implementirale u mehanizme imovinskopravnog opštenja pojedinaca sa državom. Opredeljivanje individualne odgovornosti, kao stožerne komponente obezbeđivanja kolektivnih dobara, podrazumevalo je stavljanje u prvi plan upravo princip solidarnosti, čija je osnovna normativno-tehnička refleksija, zapravo, institut progresivnog oporezivanja. Ovde je reč o, uslovno rečeno, opštoj redistributivnoj solidarnosti, kroz koju se, prema mišljenju dela teorije, implementira stav da je jedno društvo onoliko pravično koliko pokazuje obzira prema svojim najsiromašnijim članovima. Shvaćeno u ovoj konotaciji, progresivno oporezivanje predstavlja način izražavanja posvećenosti društvu kao celini, bez žrtvovanja prava privatne svojine.⁷

Gledano iz perspektive domaćeg poreskog zakonodavstva, analiza tzv. "opšte solidarnosti", koju religijski fundirani teorijski zahvati vezuju za progresivno oporezivanje, postaje bespredmetna, budući da godinama odlagan projekat uvođenja sintetičkog (progresivnog) poreza na dohodak još uvek nije ni blizu realizacije. Iako Zakon kojim je "solidarni porez" uveden u pravni život predviđa progresivno oporezivanje (odnosno različite poreske stope za različite visine utrdjenih poreskih jedinica), na osnovu samo te činjenice nije moguće izvesti zaključak da je opšta solidarnost legitimni generator njegove uspešne primene. Opšta solidarnost izostaje iz prostog razloga što se za "solidarni porez" ne vezuje princip *opštosti oporezivanja*, budući da ne pogađa ciljanu ekonomsku supstancu svih subjekata potčinjenih fiskalnoj vlasti, već samo onih koji su zaposleni u javnom sektoru. Dakle, prisustvo ovakve selektivnosti konsekventno povlači odsustvo legitimiteta kod pozivanja na opštu solidarnost.

Nasuprot opštoj solidarnosti, koja u domaćem poreskom sistemu ne postoji zbog primene proporcionalne tehnike oporezivanja, "posebna" solidarnost, kao motivaciona baza poreskog morala oporezovanih, iziskuje preciznu konkretizaciju efekata činova solidarnosti pri plaćanju poreza. Usko teorijski posmatrano, to bi značilo da bi takav poreski oblik morao da odstupa od pravila neafektacije, od-

⁷ Vid.: Livingston, M., "The Preferential Option, Solidarity, and the Virtue of Paying Taxes: Reflections on the Catholic Vision of a just Tax System", *Working Paper Series*, dostupno na <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.958806>.

nosno da jasno bude opredeljen rashod koji će se putem njega finansirati. Primera radi, saniranje lokalizovanih šteta na infrastrukturi usled zemljotresa ili poplava, moglo bi biti finansirano oporezivanjem u čijoj će osnovi biti legitimni apel na osećaj solidarnosti, budući da su jasno opredeljeni rezultati činova solidarnosti, bez obzira na neizbežno prisustvo prisile u naplati, kao konstitutivnog elementa poreza. Budući da “solidarni porez” predstavlja nedestiniranu dažbinu, svi prihodi prikupljeni njegovom primenom služe finansiranju apriorno nespecificiranih državnih potreba.

Deklarativno objašnjenje koncepta solidarnosti koje je ponuđeno od strane kreatora spornog fiskalnog instrumenta, bazirano je na potrebi da se pomoćne državi koja je zapala u kritične teškoće u održanju stabilnosti sistema javnih finansija. Dakle, radi se o potpuno apstraktnom koncipiranju osnova, na kojem bi, prema mišljenju poreskog poverioca, trebalo bazirati koncept solidarnosti kod ovog poreskopravnog zahvata. Ipak, ukoliko se stvari postave na tu ravan, onda je prilično jasno da bi svaki porez koji plaćaju domaći poreski obveznici imao karakter “solidarnog davanja”, budući da budžetska kriza ne predstavlja iznenađni ekces domaćih finansija, već strukturni problem za kojeg se vezuje decenijska hroničnost. Takođe, dramatično loši rezultati naplate poreza u R. Srbiji, odsustvo delotvorne penalizacije prekršilaca poreskih propisa i nedelotvornost sistema sankcionisanja, predstavljaju dodatnu podršku tezi da su se u primeni i naplati mnogih poreskih oblika nedopustivo “ulogorili” elementi dobrovoljnosti. Postojanjem široke lepeze udovoljavanja nedisciplinovanim poreskim dužnicima (otpis duga, reprogrami i sl.) poreski sistem jasno legitimiše poraz na planu borbe protiv poreske evazije. U takvom ambijentu oporezivanja, postojanje spremnosti individualnog poreskog obveznika da ipak odgovori svojim poreskopravnim obavezama (iako svestan činjenice da sankcije relativno lako može izbeći), predstavljaju, nesporno, svojevrsni čin solidarnosti sa potrebama nedelotvorne društveno-političke zajednice.

Najvredniji argument, koji, prema mišljenju autora, daje presudan doprinos konstataciji da je “solidarnost” tzv. “solidarnog poreza”, zapravo, *contradictio in adjecto*, ponudio je sam zakonodavac već u prvom članu spornog Zakona. Naime, u predmetnoj odredbi, iz operativnog zahvata umanjavanja neto prihoda zaposlenih u javnom sektoru izuzeta su javna preduzeća koja kumulativno ispunjavaju sledeće uslove: 1) da od 1. januara 2010. godine nisu primila nijedan vid državne pomoći; 2) da u poslednjih pet godišnjih finansijskih izveštaja nisu iskazala gubitak i 3) da posluju u uslovima tržišne konkurencije sa privrednim društvima koja nisu u javnom sektoru Republike Srbije.⁸ Traženje odgovora na pitanje zbog čega su najlikvidniji elementi javne privrede, za koje se vezuje kumulativno ispunjenje propisanih uslova, zahvaćeni “poreskim oslobođenjem”, predstavljalo bi uzaludan posao ako bi u toj analizi ostali na terenu “solidarnosti”. Suprotno od toga, ostav-

⁸ Vid.: Zakon o umanjavanju neto prihoda zaposlenih u javnom sektoru (“Sl. glasnik RS”, br. 108/2013), čl. 1.

ljanje neokrnljenim ekonomske supstance neto primanja zaposlenih u ovim javnim preduzećima, jasno se profilise *penalizatorski* karakter ove dažbine u odnosu na elemente javne privrede koji ne ispunjavaju pomenute uslove. Dakle, kada je reč o javnim preduzećima, "solidarnost" se ne traži od onih, koji bi na podlozi stabilnih i konkurentnih tržišnih pozicija lako mogli da je pruže, već od onih javnih preduzeća, koja su, zbog objektivno loših poslovnih rezultata, "zaslužili" da budu "solidarni" sa fiskusom. Ipak, kako penalizacija i solidarnost ni u kom slučaju ne mogu biti fiskalno instrumentalizovani kao kompatibilne kategorije, njihovo istovremeno prisustvo u političkim obrazloženjima "solidarnog oporezivanja", zapravo u potpunosti ogoljuje činjenicu postojanja samo jedne od ovih komponenti – penalizacije, i to na podlozi selektivnog targetiranja.

Rezimirajući dosadašnju analizu, izvodimo zaključak da se pripisivanje epiteta "solidarnosti" umanjnjem neto prihoda zaposlenih u javnom sektoru, sa stanovišta teorije, ne može braniti nijednim iole smislenim razlogom, što opet govori u prilog tezi da je reč o produktu ciljanog verbalizma, odnosno političkom manevru u funkciji lakšeg prihvatanja obilja kontroverzi koje donosi primena ovog poreskopavnog rešenja.

Suspenzija principa ustavnosti

U okviru ekonomske teorije odavno je konstatovano da svako kreiranje mera ekonomske politike, usled različitih preferencija biračkog tela, generiše konfliktne tenzije na tri relacije: između različito opredeljenih birača, između političara i birača koji im nisu ukazali podršku i između političara međusobno.⁹ Ova nesporna činjenica, predstavlja sastavni deo ambijentalne logike pod čijim se okriljem odvijaju ekonomski tokovi kako razvijenih, tako i nerazvijenih zemalja.

Ipak, normativno uobličavanje bilo koje oblasti društvenog života, bazično podrazumeva usklađenost takvih političkih akcija sa *fundamentalnim* principima koje proklamuje jedan pravni sistem i koji predstavljaju *conditio sine qua non* "proizvodnje" i zaštite vrednosti oko kojih postoji konsenzus društveno-političke zajednice. Svako odstupanje od takvog načelnog konsenzusa, čija je zaštita oličena, pre svega, u poštovanju principa ustavnosti i zakonitosti, konsekvntno povlači i odsustvo legitimiteta protivustavnih i nezakonitih javnih intervencija, što, po logici stvari, dovodi u pitanje i opstanak koncepta pravne države i vladavine prava.

Iako je činjenica da apsolutni imunitet za propuste ovakve vrste nije u potpunosti obezbeđen ni u jednoj državi, u funkcionalno sređenim društvima, u kojima je negovanje koncepta vladavine prava istorijski dimenzionirano, svaki pokušaj kumufiranja neustavne i/ili nezakonite regulative, biva relativno brzo demaskiran posredstvom mehanizama institucionalnog društvenog aparata. Iz perspektive "solidarnog oporezivanja" u R. Srbiji, pokušalo se sa kreiranjem upravo takve kamuflažne konstrukcije, na koju, u ovom slučaju, ukazuju tri bitne indi-

⁹ Vid.: Persson, T. i Tabellini, G., *The Economic Effects of Constitution*, London 2003, str. 20.

cije: 1) u pravni život uveden je institut koji nije nazvan svojim pravim imenom (čime su zainteresovani subjekti, a pre svih – oporezovani, dovedeni u situaciju da institucionalnim putem odgonetaju mesto ovog instrumenta u pravnom sistemu); 2) insistiranje na “solidarnosti”, kao motivacionom utemeljenju ustanovljenog davanja (iako, kao što smo pokazali, ne postoji ni jedno logično niti teorijsko opravdanje za stavljanje “u pogon” ove poluge poreskog morala) i 3) deklarativno obećanje kreatora spornog instituta da će njegova primena biti *vremenski limitirana*, što, možda, predstavlja i najaču indiciju, imajući u vidu da solidarni porez nije uveden kao destinirana dažbina, u kom slučaju bi se mogle uočiti konture logičkog obrazloženja oročenosti njegove primene.¹⁰ Ono što posebno zabrinjava u pogledu svih navedenih indicija, jeste njihova prozirnost, usled koje će čak i tumaču koji deluje na površinskom nivou analize “solidarnog oporezivanja” biti jasno, da primena koncepta umanjena neto prihoda predstavlja zapravo obelodanjivanje uvođenja svojevrsnog “vanrednog stanja” u fiskalnom sistemu, koje, po prirodi stvari, prati vremenski limitirano opravdanje suspenzije ustavnih principa oporezivanja.

Pored nespornih indicijarnih pretpostavki, postoji i čitav niz formalno-pravnih i materijalno-pravnih aspekata analize koji podupiru zaključak o derogaciji principa ustavnosti kada je reč o konceptu “solidarnog oporezivanja”.

U okviru kritika brojnih anomalija spornog Zakona, kojima je domaća javnost bila intenzivno preokupirana u proteklom periodu, moguće je razlikovati tri osnovna pristupa: 1) *generalni pristup* (baziran prvenstveno na uočavanju i dokazivanju neustavnosti odredaba Zakona); *partikularni pristup* (oličen u primarnom dokazivanju nedozvoljenosti narušavanja imovinsko-pravnog položaja pripadnika pojedinih profesija koji obavljaju delatnost od vitalnog društvenog značaja) i 3) *kombinovani pristup* (generalno osporavanje ustavnosti “solidarnog poreza” uz paralelno akcentovanje njegove partikularne nelegitimnosti). Činjenica da je “solidarni porez” značajno pogodilo ekonomsku supstancu pojedinih profesija (sudija, tužilaca, lekara, univerzitetskih profesora i dr.) bez čijeg neometanog angažmana je nezamisliv koncept funkcionalne države, uprkos razumljivoj argumentaciji, ne opravdava otvaranje mnoštva partikularnih frontova kritike. Na taj način zamagljuje se značaj fundamentalnih nedostataka Zakona, čijim bi se institucionalnim uvažavanjem (odlukom Ustavnog suda) zaštitili i partikularni interesi, bez potrebe za njihovim posebnim naglašavanjem u ravni poreskoppravne analize. Osim toga, da su prilikom usvajanja Zakona o umanjenu neto prihoda u javnom sektoru, bili uvaženi partikularni motivi nosilaca pojedinih profesija, time bi bila promovisana i treća spirala selektivnosti, što bi regulativu učinilo još manje prihvatljivom u odnosu na formu u kojoj je usvojena.

¹⁰ Apriorno uviđanje imperfektnosti “solidarnog poreza” koja počiva na očiglednom odstupanju od principa ustavnosti, predstavlja jedino smisljeno objašnjenje deklarativne oročenosti njegove primene.

Stožerni oslonac ustavnopravne kritike Zakona o umanjenju neto prihoda lica zaposlenih u javnom sektoru, tiče se eksplicitnog odustajanja od *opštosti oporezivanja*, odnosno jednakosti građana pred zakonom, koja je u domaćem pravnom sistemu uzdignuta na nivo ustavnog principa. Propisujući da je “oba-veza plaćanja poreza i drugih dažbina *opšta* i da se zasniva na ekonomskoj moći obveznika”¹¹, Ustav RS *posebno* naglašava vrednost principa jednakosti građana kada su u pitanju poreski zakoni. U odsustvu detaljnije ustavne eksplikacije, praktično vrednovanje ovog principa prevashodno zavisi od načina na koji će Ustavni sud putem svojih odluka stati u njegovu zaštitu.¹² U suprotnom, nedovoljno razrađena sadržina principa opštosti, odnosno plaćanja poreza prema ekonomskoj snazi, omogućiće prolazak i drugih spornih poreskih zakona kroz ustavnopravni “filter” principa jednakosti građana pred zakonom.

Kako je analiza pravne prirode Zakona o umanjenju neto prihoda u javnom sektoru ponudila više nego dovoljno argumenata da se ova regulativa tretira kao poreski zakon, razmatranje njene usaglašenosti sa ustavnim normama postaje relativno lako, budući da se ključna diskriminatorna odrednica nalazi u samom nazivu ovog pravnog akta. U korpusu obrazloženja divergentnog tretmana “dohotka” lica koja su zaposlena u javnom i u privatnom sektoru, posebno se naglašavaju tri stava: 1) tranzicioni ekonomski tok naglašava potrebu za propulzivnijim privatnim sektorom, nad čijom supstancom fiskalna presija treba da bude blaža; 2) prosečne zarade lica koja su zaposlena u privatnom sektoru su značajno manje u odnosu na prosečnu zaradu u javnom sektoru; 3) rizik od gubitka posla u privatnom sektoru je znatno veći u odnosu na zaposlenje u javnom sektoru (za koje se vezuje stabilnost, izvesnost i netržišna uslovljenost).

Kada bi se na bazi zbirnog dejstva ovih činjenica procenjivala ekonomska snaga zaposlenih u javnom i privatnom sektoru, onda bi se na taj način shvaćen pojam “ekonomske snage” potpuno dislocirao iz značenja koje mu pripisuje poresko pravo, prvenstveno zbog sistemski neuhvatljivih premisa njenog praktičnog određivanja. Iako neki od navedenih razloga mogu biti predmet racionalnog i utemeljenog osporavanja, čak i slučaju njihove neupitnosti, kumulativno generisana socio-ekonomska težina ovih činjenica, ne bi mogla opravdati takav nomotehnički pristup, putem kojeg bi se ovi ekonomski defekti rešavali na podlozi suspenzije ustavnog principa opštosti oporezivanja. Poreskoppravna divergencija u tretmanu lica iste ekonomske snage, s obzirom na kriterijum “lociranosti” isplatioca prihoda u okviru javnog ili privatnog sektora, predstavlja ilustrativan primer načina na koji jedan poreski sistem može eksplicitno emitovati nepravdičnost u oporezivanju.

Iako je utvrđivanje derogacije principa jednakosti građana pred zakonom, sasvim dovoljan razlog urušavanja čitavog koncepta “solidarnog oporezivanja” u

¹¹ Vid.: Ustav Republike Srbije (“Sl. glasnik RS”, br. 98/2006), čl. 91. st. 2.

¹² Vid.: Popović, D., *nav. delo*, str. 32.

postupku institucionalne zaštite vladavine prava, postoji još jedan upečatljiv “garant” ovakvog epiloga. Naime, pored neusaglašenosti sa poreskim principima koje proklamuje Ustav, kao *lex superior*, nemoguće je pronaći legitimnu i legalnu formu korelacije Zakona u umanjenju neto prihoda u javnom sektoru i sa drugim zakonima, a u skladu sa ustavnim imperativom obezbeđenja *jedinstvenog pravnog poretka*.¹³ To se pre svega odnosi na nepostojanje eksplicitne formalno-pravne poveznice ovog Zakona i sistemske regulative u oblasti oporezivanja dohotka – Zakona o porezu na dohodak građana¹⁴. Implicitno prisustvo elemenata priznanja poreskopravne prirode spornog Zakona među nosiocima fiskalne politike, *de facto* predstavlja prećutnu promociju ovog pravnog akta kao specifične vrste *lex specialis* – a u sferi oporezivanja dohotka. Međutim, isključivo pod pretpostavkom da je operativni pristup “solidarnom oporezivanju” zasnovan na stavu da ciljevi fiskalne konsolidacije opravdavaju upotrebljena sredstva, moguće je objasniti usvajanje *lex specialis*-a u oblasti u kojoj je *eksplicitno* ustanovljen poreskopравни “monopol” sistemskog poreskog zakona¹⁵. Osim toga, i u situaciji kada takav “monopol” ne bi postojao, drastično odstupanje normativnog osnova “solidarnog poreza” od sistemskih pravila sadržanih u Zakonu o porezu na dohodak građana, opet bi predstavljalo neotklonjivu prepreku njegove promocije kao *lex specijalis*-a.¹⁶

Neispunjenost ovih pretpostavki profiliše, zapravo, Zakon o umanjenju neto prihoda zaposlenih u javnom sektoru u specifični *intermundus*, autofunkcionalnu pravnu konstrukciju, čiji opstanak u pravnom sistemu može biti ostvaren jedino uz žrtvovanje njegovog Ustavom zagarantovanog jedinstva.

ZAKLJUČAK

Narastajuće budžetske disproporcije koje su godinama bile sanirane inostranim zaduživanjem, odavno ukazuju na potrebu odustajanja od letargičnih, parcijalnih intervencija u fiskalnom sistemu, odnosno zahtevaju preduzimanje znatno odlučnijih koraka u pravcu fiskalne konsolidacije. Ipak, vremenski cajtnot u kojem se našao poduhvat rešavanja nagomilanih strukturnih problema domaćih javnih finansija, ponovno je uslovio konstruisanje iznuđenih i parcijalnih fiskal-

¹³ Vid.: Ustav Republike Srbije (“Sl. glasnik RS”, br. 98/2006), čl. 4. st. 1.

¹⁴ “Sl. glasnik RS”, br. 24/2001, 80/2002, 80/2002 – dr. zakon, 135/2004, 62/2006, 65/2006 – ispr., 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011 – odluka US, 7/2012 – usklađeni din. izn., 93/2012, 114/2012 – odluka US, 8/2013 – usklađeni din. izn., 47/2013, 48/2013 – ispr., 108/2013, 6/2014 – usklađeni din. izn., 57/2014 i 68/2014 – dr. zakon.

¹⁵ Vid.: Zakon o porezu na dohodak građana, čl. 1, st. 2.

¹⁶ U vezi sa tim, vid.: Društvo sudija Srbije i Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Republike Srbije, *Inicijativa za ocenu ustavnosti Zakona o umanjenju neto prihoda lica zaposlenih u javnom sektoru*, dostupno na sajtu <http://www.paragraf.rs/>.

nih rešenja, koja, pri tom, ne uspevaju da prođu test usaglašenosti sa fundamentalnim principima na kojima počiva zdrava poreska politika. Posebno ilustrativan primer ovakve fiskalne konstrukcije predstavlja koncept *umanjenja neto prihoda lica zaposlenih u javnom sektoru*, kolektivno etiketiran kao “solidarni porez”.

Dok plodovi kritike opšte i naučne janosti, uglavnom sintetišu ocene o neustavnom karakteru odredaba predmetnog Zakona, primetno je izostajanje analize koncepta “solidarnosti”, koji je iskorišćen kao instrument generisanja opštedruštvene empatije sa državom koja pokušava da prevaziđe teškoće u javnim finansijama. U odsustvu bilo kakvog teorijskog utemeljenja za ovakvu legitimizaciju, poimanje “solidarnosti” promovisano od strane kreatora Zakona, verovatno će naći opravdanja samo među subjektima tumačenja koji posredstvom mehanizma selektivnog targetiranja nisu pozvani da budu *objekti* “solidarnosti”, odnosno poreski dužnici.

Zadržavanjem na jezičkom tumačenju Zakona o umanjenju neto prihoda zaposlenih u javnom sektoru, obe jezičke komponente sintagme “solidarni porez” bile bi u potpunosti neprepoznatljive. Ipak, strukturalna analiza kako spornog Zakona, tako i celokupnog ambijentalnog okvira njegovog usvajanja, rezultirala je neupitnom identifikacijom ovog pravnog akta kao *poreskog propisa*, koji iziskuje eksplikaciju na temelju primene poreskoppravne naučne aparature. Rešavanje problema primarne identifikacije predmetnog Zakona kao poreskoppravne regultive, umnogome je olakšalo razobličavanje i analizu spirale anomalija koje proizvode njegovo prisustvo u pravnom sistemu. To se, u prvom redu, odnosi na derogaciju principa *opštosti oporezivanja*, koji zapravo predstavlja poreskoppravni korelat načela jednakosti građana pred zakonom. Mišljenja smo da, ukoliko postoji nešto štetnije od napuštanja ideala vladavine prava, onda bi to verovatno bili pokušaji opstrukcije društvene svesti u pogledu istinske sadržine ovog koncepta.

Dakle, od činjenice prostog zaobilaženja fundamentalnog principa opštosti poreza, više zabrinjava postojanje kamuflačne konstrukcije koja je trebalo da posluži neospornoj i funkcionalnoj egzistenciji ovog Zakona u domaćem pravnom sistemu. Time se provocira zaključak o postojanju apriorne svesti kreatora fiskalnog rešenja o neustavnom karakteru “solidarnog oporezivanja”, odnosno o potrebi da se kvantitativni rasio javnopravnog imperijuma uzdigne iznad nepovredivih principa. Ipak, dugoročne konsekvence izmakle su vidokrugu ovakvog modeliranja fiskalne politike – jednom derogiran pravni princip nikada ne može potpuno revitalizovati svoju izgublenu snagu.

Ukoliko je uopšte moguće govoriti o nekim korisnim aspektima činjenice da se u pravni sistem jedne zemlje uvode neustavne normativne konstrukcije, onda bismo u takve koristi mogli ubrojiti sledeće: 1) testiranje i usavršavanje kritičke svesti domaće javnosti prema zakonodavnim pokušajima odstupanja od bazičnog društveno-političkog konsenzusa oličenog u Ustavu; 2) ispitivanje stepena funkcionalnosti nezavisnih, institucionalnih stubova odbrane principa vladavine prava i, konačno 3) praćenje spremnosti donosilaca ekonomsko-političkih odluka

da pravovremenim uočavanjem i/ili priznanjem sopstvenih protivustavnih akata očuvaju povereni legitimitet. Nažalost, poražava činjenica da usvajanje i primena Zakona o umanjenju neto prihoda u javnom sektoru, skoro ni na jednom planu testiranja društvene samosvesti za sada nije produkovala pozitivne ishode.

PREDRAG STOJANOVIĆ, Ph.D.,
Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac
MILIVOJE LAPČEVIĆ
Assistant, Faculty of Law, University of Kragujevac

LEGAL NATURE AND THE ELEMENTS OF LEGITIMIZATION
OF “SOLIDARY TAX” INSTITUTE

Summary

The institute of decrease of net income of employees in the public sector, which is both from the general public and the fiscal policy makers tagged as “solidarity tax” has been promoted as a corrective tool on the plan of achieve fiscal consolidation, where will his existence in the legal system will be time-limited. This paper discusses the many aspects of the inadmissibility of the fiscal technique that is modeled by the legislature as a way to reduce wages in the public sector, which certainly represents a crucial measure towards the successful implementation of fiscal consolidation. In addition to exposing the true legal nature of the newly established institute and its deviation from the fundamental, constitutionally promoted the principle of taxation, we pointed to the groundlessness of the reference to “solidary” character of these tax, with the aim of building its basically disputed legitimacy.

SRĐA BOŽOVIĆ

SADRŽAJ I PRAVNA PRIRODA PORESKIH OLAKŠICA NA POREZ NA DOHODAK FIZIČKIH LICA I NA POREZ NA DOBIT PRAVNIH LICA

U V O D

Istorija političke borbe jednim svojim dijelom doticala je i nastojanje da se sredstva za finansiranje države obezbjeđuju od svih, a ne selektivno i privilegovano, proporcionalno ekonomskoj snazi, što će reći pravično. Tekovina Francuske revolucije iz 1789.godine o uvođenju opšte poreske obaveze ne isključuje podsjećanje na raznovrsne istorijske oblike poreskih olakšica u vidu oslobođenja od plaćanja poreza, na primjer svještenika i crkvenih posjeda, visokih državnih službenika i vojnika, bogatih građana i plemića i sl.

Iako se danas zahtjev za pravičnošću poreza, koji se ogleda u opštosti poreske obaveze i ravnomjernosti poreskog tereta, podrazumijeva, savremena poreska praksa poznaje raznovrsne poreske olakšice, kao privilegije. Ovo uprkos opredjeljenjima teorije javnih finansija, koja je posebno krajem 80-tih godina prošlog vijeka insistirala na njihovom ograničavanju, čak i na ukidanju. Poreske olakšice se ispoljavaju kao svojevrsni instrument ekonomskog intervencionizma države, kojim se obezbjeđuju određene pogodnosti poreskim obveznicima, kao fizičkim licima, privrednim granama ili kategorijama ekonomskih aktera, podstičući time željene rezultate u pojedinim djelovima privredne aktivnosti.

Dr Srđa Božović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta Mediteran u Podgorici.

Ne postoji jedinstvena definicija poreskih olakšica, što potvrđuje složenost i kompleksnost ovog fenomena. Razni finansijski autori, iz ugla svoga vremena i sopstvenog teorijskog ishodišta, različito su gledali na sadržaj pojma poreskih olakšica. U tom pogledu još je drastičniji stav zvaničnih fiskalnih autoriteta, nacionalnih ili međunarodnih. Iz našeg ugla to ukazuje na autorsku slobodu okvirnog formulisanja bitnih elemenata koncepta poreskih olakšica, u koji je moguće smjestiti sve njihove oblike i modalitete u konkretnom slučaju. Upravo, to ćemo uraditi na primjeru aktuelnih zakonskih rješenja u Crnoj Gori u odnosu na porez na dohodak fizičkih lica i porez na dobit pravnih lica.

POJAM I VRSTE PORESKIH OLAKŠICA

U najširem značenju, poreske olakšice predstavljaju posebne poreske mjere u obliku različitih povlastica kojima se smanjuje poreski teret obveznika u odnosu na onaj koji bi imao primjenom osnovnih poreskih pravila i načela poreskog zakona, s ciljem ostvarivanja ekonomskih, političkih, socijalnih i drugih ciljeva. Poreske olakšice se manifestuju kroz ustupke koje čini fiskalna vlast u pogledu bitnih elemenata oporezivanja (poreskog obveznika, poreske osnove, poreske stope i visine obračunatog poreza) u poređenju sa opštim režimom tih elemenata koji bi bio uređen zakonom u odsustvu olakšica.¹

Međutim, nije uvijek moguće jasno razgraničiti opšti od posebnog poreskog režima, riječju, napraviti razliku između uobičajene "normalne" definicije nekog od poreskih elemenata u odnosu na odstupanje kroz poreski ustupak. Na primjer, da li se poresko oslobođenje tzv. egzistencijalnog minimuma podrazumijeva kao dio opšteg poreza na dohodak građana ili predstavlja ustupak za pojedine kategorije fizičkih lica u postupku oporezivanja? Nadalje, koji metod amortizacije, linearni ili degresivni, kod oporezivanja dobiti pravnih lica ima karakter opšteg režima, odnosno poreske olakšice itd. Zbog heterogenosti poreskih sistema na međunarodnom nivou potrebno je uspostaviti odgovarajuće standarde opšte poreske strukture koji bi bili ugrađeni u nacionalna poreska zakonodavstva, čime bi se jasnije prepoznavale i konkretne poreske olakšice. Takav napor je prisutan u okviru OECD-a.²

Poreska teorija razvrstava poreske olakšice na mnogobrojne vrste, polazeći od različitih kriterijuma klasifikacije.³

¹ D. Popović, *Nauka o porezima i poresko pravo*, Beograd, 1997, str. 192–193.

² P. Bejaković, V. Bratić, J. Franić, *Modeli poreznih izdataka u odabranim zemljama*, Zbornik radova *Skrivena javna potrošnja: sadašnjost i budućnost poreskih izdataka*, Institut za javne financije, Zagreb, 2012, str. 10–18.

³ Uporedi: E. Jehle, *Uloga poreskih podsticaja i sličnih mjera u poreskom sistemu*, *Finansije*, br. 9–10/88, str. 546–551.

Po svom značaju i dometima prednjači razlikovanje poreskih olakšica zavisno od toga na koji se poreski elemenat odnose, pa postoje poreske olakšice u odnosu na poreskog obveznika, poresku osnovicu, visinu poreske stope i visinu obračunatog poreza. S obzirom na uticaj koje poreske olakšice imaju na poreske prihode, one mogu biti: poreske olakšice kojima se u potpunosti ne plaća porez (poresko oslobođenje) ili djelimično umanjuje pore (poreski kredit), kao i poreske olakšice u pogledu načina ispunjenja poreske obaveze (odlaganje plaćanja poreza).

Poreske olakšice su različite prema tome o kojem obliku poreza je riječ, pa postoje poreske olakšice koje se odnose na porez na dohodak fizičkih lica, porez na dobit pravnih lica, porez na imovinu, porez na dodatu vrijednost, itd. I neka druga mjerila diferenciranja poreskih olakšica imaju ne samo teorijsko utemeljenje već i praktičnu vrijednost. S obzirom na vrijeme kada se manifestuju, poreske olakšice se dijele na one prije oporezivanja i one poslije formalnog oporezivanja. Kada se poreske olakšice pružaju u cijeloj državi govorimo o opštim, a ukoliko se odnose na pojedine djelove države ili na određene djelove nacionalne ekonomije riječ je o parcijalnim poreskim olakšicama. Takođe, postoje trajne i povremene poreske olakšice, polazeći od toga koji je vremenski period njihovog važenja. Neke poreske olakšice daju zemlje uvoznice kapitala, a druge – zemlje izvoznice zavisno od toga da li žele da stimulišu privlačenje inostranog kapitala ili plasman svoga kapitala u inostranstvo.

PORESKE OLAKŠICE NA POREZ NA DOHODAK FIZIČKIH LICA

Poreske olakšice u odnosu na poreskog obveznika

Obveznik poreza na dohodak fizičkih lica u većini je fizičko lice – pojedinac. Pojedinac kao obveznik ovog poreza pojavljuje se u dvadeset zemalja OECD-a, dok je u deset zemalja OECD-a, ali i u SAD obveznik porodica, odnosno domaćinstvo, kao skup pojedinaca tj. članova domaćinstva koji ostvaruju prihode zahvaćene porezom na dohodak. U dvije zemlje OECD-a postoji mogućnost izbora.⁴

Princip rezidentstva je dominantan kriterijum (postoji još i princip državljanstva i princip izvora dohotka) prilikom određivanja obveznika poreza na dohodak fizičkih lica. Rezident je obuhvaćen neograničenom obavezom ovog poreza bez obzira gdje ga ostvaruje, u svojoj zemlji ili u inostranstvu, a nerezident – samo za dohodak koji ostvari na teritoriji države gdje ima taj status.⁵

Isto je i u Crnoj Gori.⁶ Poreski sistemi poznaju različite i mnogobrojne poreske olakšice u odnosu na poreskog obveznika, kada se nađu u situaciji predvi-

⁴ Les imports sur les salaires, 2002–2003, OECD, Paris, 2003, dio III.

⁵ Detaljno: Nauka o porezima i poresko pravo, op. cit., str. 515–525.

⁶ Vidjeti: Zakon o porezu na dohodak fizičkih lica, Službeni list RCG, br.65/01, 12/02, 37/04, 29/05 i 78/06 i Službeni list CG, br. 86/09, 73/10, 40/11, 14/12, 6/13, 62/13, član 2. I 3.

đenoj zakonskim opisom činjeničnog stanja. Poreske olakšice u pogledu poreskog obveznika nazivaju se ličnim olakšicama.

Crnogorski Zakon precizira određeni krug lica koja su izuzeta od oporezivanja i time oslobođena plaćanja poreza na dohodak fizičkih lica (tzv. lična oslobođenja). To su sljedeća lica: 1) članovi stranih diplomatskih misija u Crnoj Gori i članovi njihovih domaćinstava, ako nijesu državljani Crne Gore; 2) članovi konzularnih predstavništava kao i članovi njihovih domaćinstava, ako nijesu državljani Crne Gore; 3) funkcioneri i stručnjaci programa za tehničku pomoć OUN-a i njenih specijalizovanih agencija; 4) počasni konzuli stranih država, ali samo za primanja dobijena od države koja ih je imenovala za obavljanje funkcije počasnog konzula; 5) funkcioneri, stručnjaci i administrativno osoblje međunarodnih organizacija ako nijesu državljani Crne Gore ili nemaju prebivalište u Crnoj Gori.⁷

Kada je riječ o predmetnom obliku poreske olakšice, postoji potreba da se ustanovi njena pravna priroda. Dilema je da li se ovdje radi o nepostojanju poreske obaveze zbog primijenjenog izuzimanja ili je u pitanju samo izuzetak od postojeće poreske obaveze. Po našem mišljenju izuzimanje od oporezivanja određenog kruga lica isto je što i nepostojanje poreske obaveze u širem značenju. Da se ne radi o izuzetku od postojeće poreske obaveze već o nepostojanju poreske obaveze potvrđuje to što poreski organ u konkretnom slučaju ne primjenjuje niti jedno od brojnih svojih ovlašćenja (crnogorski Zakon propisuje 29 takvih ovlašćenja) u ostvarivanju zakonom utvrđenih nadležnosti u poreskom postupku. I pored toga, izuzimanje od oporezivanja može se klasifikovati u poreske olakšice prije oporezivanja. Ono ima naglašen politički karakter.

Poreske olakšice u odnosu na poresku osnovicu

Načelno posmatrano, poresku osnovicu poreza na dohodak fizičkih lica u poznatim poreskim sistemima čini oporezivi dohodak.⁸ Postoje dva oblika olakšica kod ovog poreza koje se odnose na poresku osnovicu (tzv. predmetne olakšice). To su izuzimanja, kod kojih se pojedini prihodi kao predmet oporezivanja, isključuju iz oporezivanja, i odbici, gdje se određeni iznosi dohotka oduzimaju u postupku utvrđivanja poreske osnovice.

U Crnoj Gori, slično kao i u drugim savremenim poreskim sistemima, Zakonom su ustanovljene određene predmetne poreske olakšice kod poreza na dohodak fizičkih lica koje se daju prije oporezivanja, ali i one poslije oporezivanja.

Fizička lica plaćaju porez na dohodak koji predstavlja zbir prihoda iz svih izvora (ličnih primanja, samostalne djelatnosti, imovine i imovinskih prava) ostvarenih u određenoj kalendarskoj godini.

⁷ Član 6. Zakona o porezu na dohodak fizičkih lica.

⁸ The Personal Income Tax Base, Paris, 1990, str. 10.

Zakonom su propisane pojedine kategorije poreskih olakšica u obliku izuzimanja, gdje se neki prihodi isključuju iz oporezivanja time što se ne smatraju prihodom za oporezivanje. Radi se o prihodima ostvarenih po osnovu: 1) propisa o pravima invalida; 2) dječjeg dodatka i posebne pomoći za opremu novorođene djece; 3) osnovnih prava iz oblasti socijalne zaštite; 4) pomoći zbog uništenja ili oštećenja imovine usled elementarnih nepogoda ili drugih vanrednih događaja; 5) naknade iz zdravstvenog osiguranja, osim naknade zarada; 6) nasleđa i poklona; 7) organizovane socijalne i humanitarne pomoći; 8) državnih nagrada ustanovljenih zakonom; 9) penzija, osim penzija ostarenih u skladu sa zakonom kojim se uređuju zarade državnih i javnih funkcionera i invalidnina; 10) igara na sreću i nagradnih igara, i 11) osiguranja stvari, života i imovine.⁹

Kao što se vidi, svi ovi prihodi umaju uglavnom socijalno-političku i humanitarnu prirodu.

Uz prethodne kategorije prihoda koji su izuzeti iz oporezivanja, porez na dohodak se ne plaća i na sledeća primanja: 1) dnevnice za službena putovanja u zemlji i u inostranstvo; 2) terenski dodatak i naknadu za odvojeni život od porodice; 3) solidarne pomoći u slučaju smrti zaposlenog, člana njegove porodice i penzionisanog radnika kao i u slučaju teže bolesti, nabavku lekova i liječenje zaposlenog i člana njegove uže porodice; 4) otpremnine zbog prestanka radnog odnosa usljed proglašenja za višak, kao i kod odlaska u penziju; 5) učeničke i studentske kredite, stipendije i nagrade; 6) jubilarne nagrade itd.¹⁰

Izuzimanjem određenih prihoda iz oporezivanja, kako smo precizirali, dobija se dohodak za oporezivanje.

Drugi oblik predmetnih poreskih olakšica ispoljava se kao standardni i nestandardni odbitak od dohotka za oporezivanje, kojom primjenom se dobija oporezivi dohodak, kao poreska osnovica poreza na dohodak fizičkih lica.

Standardni odbitak je takva standardna olakšica koja se obezbeđuje svakom obvezniku poreza na dohodak fizičkih lica koji ispunjava uslove propisane zakonom, bez obzira na visinu učinjenih troškova. Moderni fiskalni sistemi priznaju ove olakšice po osnovu: ličnog oslobođenja tzv. egzistencijalnog minimuma; oslobođenja ličnih primanja iz radnog odnosa; oslobođenja licima koja su u braku; oslobođenja na izdržavane članove porodice; starosno oslobođenje i oslobođenje za drugog člana porodice sa smetnjama u psihofizičkom razvoju.¹¹

Važeći crnogorski Zakon o porezu na dohodak fizičkih lica poznaje veoma ograničen krug standarsnih odbitaka a to su:

⁹ Član 5. Zakona o porezu na dohodak fizičkih lica.

¹⁰ Član 4a. Zakona o porezu na dohodak fizičkih lica.

¹¹ Uporediti: Personal Income Tax Systems under Changing Economic Conditions, Paris, 1986, str. 20.

1) prihodi koje poreski obveznik ostvaruje od drugih samostalnih djelatnosti koje nijesu njegova osnovna djelatnost, a koji ne dokumentuje rashode – u visini 30% od ostvarenih prihoda;¹²

2) rashodi po osnovu imovine i imovinskih prava, ukoliko se ne dokumentuje – u visini 30% od ostvarenih prihoda od imovine i imovinskih prava. Izuzetno kod iznajmljivanja soba, apartmana, kuća i stanova za odmor putnicima i turistima, standardni rashodi se priznaju u visini 50% ostvarenih prihoda ako je plaćena boravišna taksa, a 70% ostvarenih prihoda ako je zaključen ugovor sa turističkom agencijom ili lokalnom turističkom organizacijom i po tom osnovu ostvarena prosječna popunjenost kapaciteta od najmanje 60 dana na godišnjem nivou.¹³

Poreska olakšica koja predstavlja rashod koji je obveznik poreza na dohodak fizičkih lica stvarno imao označava se kao nestandardni odbitak. Različiti su oblici ovih olakšica, a najčešće se odnose na određene rashode za zdravstvene potrebe, ulaganja u obrazovne, naučne, umjetničke i kulturne ciljeve, plaćanje poreza i doprinosa, članarina, premija osiguranja i td. Danas u Crnoj Gori ustanovljena je malobrojna lista nesandardnih odbitaka, gdje poreska administracija odlučuje o rashodima koji imaju status nestandardnih olakšica imajući u vidu da im je zakon dao to svojstvo. Takvi su, na primjer: troškovi materijala, u skladu sa odgovarajućim zakonom; amortizacija stalnih osnovnih sredstava, u iznosu utvrđenom na način predviđen u Zakonu; izdaci za zdravstvene obrazovne, naučne, vjerske, kulturne, sportske i humanitarne svrhe, kao i za zaštitu životne sredine, najviše do 3% ukupnog prihoda; izdaci za reprezentaciju koji su dokumentovani, nastali radi unapređenja poslovanja - do 1% ukupnog prihoda; članarine komorama, savezima i udruženjima – najviše do 0,1% ukupnog prihoda; kamate i pripadajući trošovi prema povjericu sa statusom povezanog lica, do visine troškova kamata na otvorenom tržištu.¹⁴

Izuzimanje određenih prihoda iz oporezivanja, ali i standardni i nestandardni odbici od dohotka za oporezivanje, strogo posmatrano ne predstavljaju poreske olakšice u klasičnom smislu, nego pozicije koje poreski zakon priznaje u postupku utvrđivanja oporezive dobiti, kao poreske osnovice. Ali, ako se poreska olakšica doživljava kao odgovarajući podsticaj, onda prethodne kategorije koje se izuzimaju odnosno odbijaju od dohotka teško možemo zaobići iz tretmana poreskih privilegija, jer ne pripadaju svim “normalnim” obveznicima poreza na dohodak fizičkih lica, već samo određenim.

¹² Član 20. Zakona o porezu na dohodak fizičkih lica.

¹³ Član 35. Zakona o porezu na dohodak fizičkih lica.

¹⁴ Član 22, 23, 24, 25, 26, i 30. Zakona o porezu na dohodak fizičkih lica. Uporediti: Komparativna analiza nestandardnih olakšica poreza na dohodak u Evropskoj uniji i regiji Zbornik radova Skrivena javna potrošnja: sadašnjost i budućnost poreskih izdataka, op. cit., str. 64–78.

Poreske olakšice u odnosu na visinu obračunatog poreza

Visina obračunatog poreza može biti umanjena određenim poreskim olakšicama. Takve olakšice u teoriji se označavaju kao poreski kredit. Poreski kredit se ispoljava u obliku odbijanja konkretnog iznosa od obračunatog poreskog duga, što se iskazuje u procentualnom ili novčanom iznosu, ali i kao prebijanje poreskog duga obveznika sa njegovim potraživanjima prema državi.

U Crnoj Gori Zakonom o porezu na dohodak fizičkih lica definisan je poreski kredit, i to u vidu poreskog oslobođenja.¹⁵ Naime, oslobođenje od 100% obračunatog poreza na dohodak fizičkih lica uživa za prvih osam godina poreski obveznik koji otpočne obavljanje djelatnosti u privredno-nedovoljno razvijenim opštinama. Na ovaj način država je pokazala namjeru za stimulisanje investicija, radi pospješivanja privrednog rasta i ekonomskog razvoja. Zakonodavac je, međutim, generalno ograničio ovu olakšicu tako što je iz ove privilegije isključio poreske obveznike koji posluju u sektoru primarne proizvodnje poljoprivrednih proizvoda, transporta, brodogradilišta, ribarstva, čelika, trgovine i ugostiteljstva, osim primarnih ugostiteljskih objekata.

Pored toga, propisana su i druga posebna ograničenja u korišćenju datog poreskog oslobođenja, kao što su:

- ukupan iznos ovog poreskog oslobođenja za period od osam godina ne može biti veći od 200.000 eura;
- poreskim obveznikom ne smatra se lice koje je u periodu od tri godine koje prethode otpočinjanju obavljanja djelatnosti prestalo da postoji, odnosno prekinulo poslovanje u istoj ili sličnoj djelatnosti;
- ovo pravo nema poreski obveznik koji je korisnik državne pomoći dodijeljene zbog suočavanja sa poteškoćama u poslovanju.

Zakon predviđa i poreski kredit po osnovu novoupisanih radnika. Poreski obveznik koji obavlja djelatnost u privredno-nedovoljno razvijenim opštinama oslobađa se plaćanja obračunatog i obustavljenog poreza iz zarade novoupisanih na neodređeno vrijeme ili najmanje na pet godina, i to za period od četiti godine od dana zasnivanja radnog odnosa.¹⁶ Ovim podsticajem stimuliše se zapošljavanje novih zaposlenih. Međutim, da bi se spriječile eventualne zloupotrebe predmetne olakšice, Zakon predviđa dva ograničenja:

- zaposlenim se smatra lice sa evidencije Zavoda za zapošljavanje Crne Gore preko tri mjeseca, sa kojim je poslodavac zaključio ugovor o radu u skladu sa propisima, a koje ima prebivalište u nedovoljno razvijenoj opštini;

¹⁵ Član 32 i 32a. Zakona o porezu na dohodak fizičkih lica.

¹⁶ Član 32b. Zakona o porezu na dohodak fizičkih lica.

– pravo na ovo oslobođenje ostvaruje se pod uslovom da je postignut neto porast broja zaposlenih u odnosu na prosječan broj zaposlenih kod tog poslodavca za posljednjih dvanaest mjeseci.

Ako poreski obveznik raskine radni odnos sa novozaposlenim licem, prije isteka pet godina od dana zasnivanja radnog odnosa dužan je da plati porez koji bi platio da nije koristio pomenutu olakšicu, osim u slučaju njegovih prethodno dokazanih težih povreda radnog odnosa.

U mnogim fiskalnim sistemima, ali i u Crnoj Gori, primjenom posebnog oblika poreskog kredita na ime poreza plaćenog u inostranstvu eliminiše se međunarodno dvostruko oporezivanje. U tom smislu, rezidentnom poreskom obvezniku koji ostvari dohodak izvan Crne Gore i koji plaća porez na dohodak drugoj državi odobrava se kredit u visini poreza na dohodak plaćenog u toj državi.¹⁷ Taj poreski kredit ne može biti veći od iznosa koji bi se dobio primjenom crnogorskog zakona na dohodak ostvaren u drugoj državi.

Poreske olakšice u pogledu visine obračunatog poreza na dohodak fizičkih lica predstavljaju tipičan oblik poreskih privilegija, obzirom da se ispoljavaju poslije formalnog utvrđivanja poreske obaveze.

Poreske olakšice u odnosu na visinu poreske stope

Visina poreske stope kod poreza na dohodak fizičkih lica može da bude podvrgnuta posebnom sniženju određenim poreskim obveznicima koji se nađu u režimu definisanim zakonskim opisom činjeničnog stanja, na primjer primjena niže posebne stope za zajednički dohodak bračnih drugova ili određenog dijela poreske stope na prihode fizičkog lica od dividendi po kojoj se plaća porez na ostale prihode, odnosno dohodak.

Aktuelni poreski Zakon u Crnoj Gori ne poznaje ovaj oblik poreske olakšice.

PORESKE OLAKŠICE NA POREZ NA DOBIT PRAVNIH LICA

Porez na dobit pravnih lica je jedan od važnih činilaca koji utiče na status nacionalne ekonomije. Moderne države u tom smislu posebno su zainteresovane za rješenja kod ovog poreza koja će obezbijediti njegovu konkurentnost, ali i efikasnost. Tu može da bude značajan pristup fiskalnih autoriteta, kako prema visini poreske stope, tako i prema obimu i vrstama poreskih olakšica. Mehanizam poreskih olakšica u sistemu poreza na dobit pravnih lica je razuđen i kompleksan, veoma često različit od zemlje do zemlje, prije svega kada je riječ o privlačenju investicija.

¹⁷ Član 44. Zakona o porezu na dohodak fizičkih lica.

Poreske olakšice (podsticaji) na porez na dobit pravnih lica mogu biti:¹⁸ u pogledu poreskog obveznika, kao poresko oslobođenje; u pogledu poreske osnovice, kao odbitak; u pogledu visine obračunatog poreza, kao poreski kredit; kao odlaganje plaćanja poreza.

Oslobođenje od plaćanja poreza na dobit pravnih lica predstavlja potpuno neplaćanje ovog poreza u određenom vremenskom periodu. Taj period je različit i najčešće je opredijeljen namjerom države da pruži takvu olakšicu pravnom licu – investitoru, iako se time utiče na smanjenje prihoda u budžetu. Ne rijetko on predstavlja dugoročnu mjeru fiskalne politike, jer u protivnom njeni stimulatívni učinici su zanemarljivi, zbog činjenice da se profit realno može očekivati tek nakon nekoliko godina. Model poreskog oslobođenja je u praksi najviše upražnjavana stimulacija privrednih subjekata, kako zbog interesa same države, jer je njegova primjena veoma jednostavna, tako i očekivanja poreskih obveznika, obzirom da faktičkim opraštanjem poreza jača njihova opšta potencijalna akumulativna sposobnost.

Korekcija poreske osnovice pri oporezivanju dobiti ima svoje značajno mjesto u sistemu poreskih olakšica i njome se direktno utiče na njeno smanjenje. Više je takvih mogućnosti. Najčešće su to neki od sledećih oblika. Najprije, poreska osnovica poreza na dobit se umanjuje na način što se poreskom obvezniku omogućava da pojedine bilansne pozicije rashoda uveća u odnosu na njihov stvarni obim. Takođe, investicioni poreski kredit, koji je svojevrsni vid tzv. investicionog odobravanja, omogućava potpuno ili djelimično umanjeње vrijednosti ulaganja, kao poreske osnovice.¹⁹ Ili reinvestiranjem dobiti smanjuje se poreska osnovica tako što se investitoru od oporezivog profita oduzima cio ili dio reinvestiranog iznosa.²⁰

Okakšice kojim se obveznicima pružaju poreski podsticaji u formi odlaganja plaćanja poreza ogledaju se u različitim modalitetima amortizacije od kojih su najznačajniji:²¹ metoda inicijalnog odobravanja; metoda prevremene amortizacije; metoda slobodne amortizacije; metoda ubrzane amortizacije.

Metodom inicijalnog odobravanja pravnom licu kao poreskom obvezniku omogućava se da u poreskom bilansu odbije potpunu nabavnu vrijednost osnovnog sredstva već u prvoj godini po izvršenoj investiciji, dok se metodom prevremene amortizacije takva mogućnost pruža u bilo kojoj godini, osim u prvoj po izvršenoj nabavci. Izbor autonomne politike otpisa vrijednosti osnovnog sredstva u poreskoj kalkulaciji karakteriše metodu slobodne amortizacije, a metodom ubr-

¹⁸ D. Popović, *Nauka o porezima i poresko pravo*, op. cit., str. 593.

¹⁹ Uporediti: Dž. E. Stiglic, *Ekonomija javnog sektora*, Beograd, 2004, str. 663–664, 682–683.

²⁰ Opširnije: B. Jelčić, O. Lončarić – Horvat, J. Šimović, H. Arbutina, *Hrvatski fiskalnih sustav (Financijsko pravo – posebni dio)*, Birotehnika CDO, Zagreb, 1999, str. 49–57.

²¹ D. Popović, *Nauka o porezima i poresko pravo*, op. cit., str. 598.

zane amortizacije otpis se vrši po stopama koje su više od onih koje su snandardne i koje su precizirane za pojedine grupe sredstava. Faktički, sve ove metode u krajnjem i nemaju suštinski značaj na definitivni poreski teret pravnog lica, već se njima olakšava njihova poreska pozicija rasporedom poreske obaveze “kroz vrijeme”, ubrzava ili odlaže, ali ne i umanjuje.²²

Poreske olakšice prije oporezivanja

Jedan broj pravnih lica i određeni materijalni sadržaji poslovanja pravnih lica u svim modernim poreskim zakonodavstvima nije obuhvaćen oporezivanjem dobiti. Takav njihov status označava se u poreskim zakonima kao izuzeće od poreza na dobit pravnih lica, a u slobodnoj teorijskoj interpretaciji riječ je o svojevrsnim poreskim olakšicama prije oporezivanja, koje se ispoljavaju dok poreski organ nije preduzeo bilo koju radnju iz svoje nadležnosti u poreskom postupku.

Neke od ovih olakšica imaju karakter ličnih oslobođenja, a druge – predmetnih beneficija.

U Crnoj Gori izuzeti su od plaćanja poreza na dobit pravnih lica državni organi, organi državne uprave, organi lokalne uprave, javni fondovi, javne ustanove, turističke organizacije, sportski klubovi, sportska društva i savezi, vjerske zajednice, umjetnička udruženja, političke stranke, komore, sindikati i nevladine organizacije, pod uslovom da ne obavljaju profitnu djelatnost.²³

Tzv. predmetne olakšice vezane su za poresku osnovicu poreza na dobit pravnih lica koju čini oporeziva dobit utvrđena usklađivanjem dobiti poreskog obveznika iskazane u njegovom bilansu uspjeha saglasno zakonu. Po tom osnovu poreske olakšice se odnose na izuzimanje prihoda od dividendi i udjela u dobiti pravnih lica iz poreske osnovice primaoca.²⁴

Što se tiče poreskih privilegija na rashode pravnih lica, zakonodavac je “šire ruke”. Ovdje su po poreskom pravu Crne Gore, iz poreske osnovice izuzeti:

- troškovi materijala i nabavna vrijednost prodate trgovačke robe u iznosima obračunatim primjenom prosječne cijene ili FIFO metode;
- amortizacija stalnih osnovnih sredstava i ulaganja u nepokretnosti, u iznosu koji je utvrđen na način predviđen poreskim zakonom;
- izdaci za zdravstvene, obrazovne, naučne, vjerske, kulturne i humanitarne svrhe, kao i za zaštitu životne sredine, najviše do 3,5% ukupnog prihoda;
- dokumentovani izdaci za reprezentaciju nastali radi unapređenja poslovanja u iznosu od 1% ukupnog prihoda;

²² Ž. Ristić, Fiskalna strategija, Ekonomski fakultet, Beograd, 1995, str. 270–271.

²³ Član 7. Zakona o porezu na dobit pravnih lica, Službeni list RCG, br. 65/01, 12/02, 8/04 i Službeni list CG, br. 40/08, 86/09, 40/11, 14/12 i 63/13.

²⁴ Član 8. i 9. Zakona o porezu na dobit pravnih lica.

- članarine komorama, savezima i udruženjima, najviše do 0,1% ukupnog prihoda;
- izvršeno ispravljanje (otpis vrijednosti) sumnjivih potraživanja, pod uslovom da su ta potraživanja prethodno uključena u prihode poreskog obveznika, da je otpisano kao nenaplativo i da za neuspjelost naplate postoje potrebni dokazi;
- rezervisanja (rezerve) kod banaka, berzansko posredničkih društava i osiguravajućih društava najviše do iznosa utvrđenih u odgovarajućim propisima.²⁵

Tipične poreske olakšice

Tipične poreske olakšice su takve privilegije u domenu oporezivanja dobiti pravnih lica kojima se preferencijalnom tretmanu izlažu određeni privredni subjekti u funkciji konkretnih potreba države za privlačenje ulaganja i postizanje boljeg ekonomskog rezultata. Uživanje specijalnog poreskog režima u odnosu na opšti poreski režim u pogledu poreskog obveznika, poreske osnovice, poreskih stopa ili iznosa poreskog prihoda vrši se konkretnim formama poreskog podsticaja privrednih subjekata – pravnih lica. U fiskalnim sistemima savremenih država poreske olakšice poreza na dobit pravnih lica su različitog kvaliteta i pravne sadržine, ali i obima.

Najčešće forme tih olakšica su: 1) poreske olakšice u vezi sa osnivanjem novih preduzeća; 2) poreske olakšice u vezi sa ulaganjem u osnovna sredstva; 3) poreske olakšice u vezi sa stranim ulaganjem; 4) poreske olakšice u vezi sa “velikim” ulaganjem; 5) poreske olakšice u vezi sa ulaganjem u nedovoljno razvijena područja; 6) poreske olakšice u vezi sa razvojem malih i srednjih preduzeća; 7) olakšice u vezi sa rješavanjem problema nezaposlenosti.²⁶

U nekim državama osnivanje novih preduzeća, generalno, praćeno je odgovarajućim poreskim olakšicama čiji je cilj oživljavanje privredne aktivnosti. To se postiže potpunim oslobođenjem ili umanjnjem poreza na dobit, dodjelom poreskog kredita u određenom procentu obračunatog poreza za određeno vrijeme i sl.

Olakšice u vidu ulaganja u osnovna sredstva sastoje se u neposrednom odobravanju poreskog investicionog kredita za nabavku osnovnih sredstava. Najčešće, zavisno od vrste osnovnih sredstava (npr. stalna sredstva ili dugoročna oprema) ili od tipa djelatnosti (npr. proizvodna, uslužna), određena je procentualna visina poreske olakšice u odnosu na ulaganje u osnovna sredstva.

Stimulisanje stranih ulaganja realno je moguće putem poreskih olakšica. U tom smislu, pravnim licima sa određenim učešćem stranih investicija, u pojedini-

²⁵ Vidjeti: Član 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17 i 18. Zakona o porezu na dobit pravnih lica.

²⁶ B. Raičević, J. Nenadić, Poreski podsticaji u sistemu poreza na dobit – uporedno pravna analiza rešenja u Srbiji i Crnoj Gori, Ekonomski anali, br. 166/205, str. 88–101.

nim zemljama, umanjuje se porez u datom procentu i određuje vrijeme trajanja takve investicije.

“Veliki investitiri”, čak i uz rizik da su svi drugi diskriminirani, nailaze na svojevrsnu poresku pažnju pojedinih fiskalnih vlasti. Ona se ogleda u širokom rasponu mjera poreskih privilegija na profit pravnih lica, od primjene različitih sniženja poreske stope, preko povraćaja poreza, do potpunog poreskog oslobođenja.

Ulaganje u nedovoljno razvijena područja pravi su naslov raznih poreskih stimulacija i olakšica. Negdje se to čini kroz oslobođenje od plaćanja poreza na dobit za određeni vremenski period, ali i/ili poreski kredit za privredni subjekat koji je ostvario dobit, kao i sniženjem poreskih stopa. Isti ili slični mehanizmi stoje na raspolaganje državama i kada je riječ o poreskim podsticajima u oblasti malog i srednjeg biznisa, što je u duhu najbolje evropske prakse i politike.

Problemi nezaposlenosti jednim svojim dijelom mogu se ublažiti, ne i riješiti mjerama poreskih podsticaja. Zapošljavanje novih lica ohrabruje se umanjnjem poreza na dobit pravnih lica za iznos isplaćenih zarada novozaposlenih i/ili poreskim oslobođenjem za zapošljavanje lica sa invaliditetom i sl.

U poreskom zakonodavstvu Crne Gore utvrđena su samo dva slučaja tipičnih poreskih olakšica na porez na dobit pravnih lica.

Prvi se odnosi na novoosnovano pravno lice koje obavlja djelatnost u privredno nedovoljno razvijenim opštinama tako što mu se obračunati porez na dobit za prvih osam godina umanjuje u iznosu od 100%. Ovdje se radi u suštini o potpunom oslobođenju tih poreskih obveznika – pravnih lica. Ovo poresko obezbeđenje odnosi se i na dobit koju poreski obveznik ostvari i u novoosnovanoj poslovnoj jedinici, koja obavlja djelatnost u nedovoljno razvijenoj opštini, srazmjerno učešću dobiti ostvarene u toj poslovnoj jedinici u ukupnoj dobiti poreskog obveznika, pod uslovom da poreski obveznik vodi posebnu evidenciju poslovanja te jedinice. Od prethodne poreske olakšice izuzeti su poreski obveznici koji posluju u sektoru primarne proizvodnje poljoprivrdnih proizvoda, transporta, brodogradilišta, rudarstva, čelika, trgovine i ugostiteljstva, osim primarnih ugostiteljskih objekata. Zakonodavac je ograničio ukupan iznos ovog oslobođenja na 200.000 eura za period od osam godina.²⁷

Kako se i vidi, država selektivnim pristupom zaštitnički nastupa prema potencijalno visokoprofitnim granama i djelatnostima, poreskim oslobođenjem dobiti za duži vremenski period koja je ostvarena od novih investitora u nedovoljno razvijenim područjima. Na tu poresku olakšicu ne mogu da računaju svi novi privredni subjekti u tim područjima već samo oni u oblasti industrije, rudarstva, energetike, viših nivoa poljoprivredne proizvodnje i sl., koji imaju bitan uticaj na globalne, sektorske i strukturne učinke crnogorske ekonomije. Da bi se izbjegle moguće zloupotrebe i ugrozila očekivana efikasnost ove poreske mjere striktno je

²⁷ Član 31. Zakona o porezu na dobit pravnih lica.

predviđeno da se novoosnovanim licem ne smatra pravno lice nastalo spajanjem ili podjelom postojećeg pravnog lica ili bilo kojom statusnom promjenom, ali i ono pravno lice koje je u periodu od tri godine prije osnivanja toga lica prestalo da postoji odnosno prekinulo sa poslovanjem u istoj ili sličnoj djelatnosti. Takođe, pravo na poresko oslobođenje ne može ostvariti novoosnovano pravno lice čiji je osnivač, odnosno suosnivač povezano lice, kao ni poreski obveznik koji je korisnik državne pomoći dodijeljene zbog suočavanja sa poteškoćama u poslovanju.

Drugi slučaj tipičnih poreskih olakšica koji definiše crnogorski Zakon o porezu na dobit pravnih lica u funkciji je podsticaja zapošljavanja novih lica. Naime, novoosnovano pravno lice koje obavlja djelatnost u privredno nedovoljno razvijenim opštinama oslobađa se obaveze plaćanja obračunatog i obustavljenog poreza iz zarade za period od četiri godine za svakog zaposlenog, koji je zasnovao radni odnos na neodređeno vrijeme ili na pet godina. Pri tome, poreski obveznik ne može ovo pravo da ostvari ako je to lice bilo prije zaposleno kod njega ili je sa njim povezano.²⁸

Netipične poreske olakšice

Poreske pogodnosti koje se uspostavljaju kod “izuzetnih stanja” pravnog lica, kao poreskog obveznika na dobit, kao što su statusne promjene (pripajanje, spajanje ili podjela), zatim poreskog tretmana kapitalnih dobitaka i gubitaka, kao i poslovnih gubitaka kao i one koje se odnose na izbjegavanje dvostrukog oporezivanja dobiti, poresko konsolidovanje ili umanjeње poreske obaveze predstavljaju grupu netipičnih poreskih olakšica.

Pripajanjem, spajanjem ili podjelom, kao statusnim promjenama pravnog lica, generalno gledano došlo bi do prenosa uz naknadu imovine na pravno lice koje je nastalo takvom statusnom promjenom, čime bi ono bilo zahvaćeno poreskom obavezom po osnovu kapitalnog dobitka. Međutim, poštujući odgovarajuću direktivu EU, crnogorski zakonodavac je za ovaj slučaj definisao beneficiju u vidu mogućnosti odlaganja plaćanja poreza na dobit za kapitalne dobitke. To pravo stiče se samo ako je vlasnik pravnog lica koje je izvršilo prenos imovine prilikom pripajanja, spajanja ili podjele dobilo naknadu u obliku akcija ili udjela u pravnom licu na koje je prenos imovine izvršen, kao i eventualnu gotovinsku naknadu, čiji iznos ne prelazi 10% nominalne vrijednosti dobijenih akcija, odnosno udjela.²⁹

Pravna lica imaju određene poreske povoljnosti kada je riječ o tretmanu njihovih kapitalnih dobitaka i gubitaka. Kapitalni gubici mogu se prebijati sa kapital-

²⁸ Član 31b. Zakona o porezu na dobit pravnih lica.

²⁹ Član 26. Zakona o porezu na dobit pravnih lica.

nim dobitima ostvarenim u istoj godini, ali se mogu i prenijeti na račun budućih kapitalnih dobitaka u narednih pet godina.³⁰

Gubici pravnog lica nastali iz poslovnih odnosa, izuzev onih iz kojih proizilaze kapitalni dobiti i gubici mogu se prenositi na račun dobiti iz budućih obračunskih perioda, ali ne duže od pet godina. Ove pogodnosti primjenjuju se i u slučaju statusnih promjena.³¹

Rezidentnom pravnom licu koje ostvari dobit i izvan Crne Gore i koje plaća porez na tu dobit u drugoj državi pruža se određena poreska privilegija sa ciljem da se izbjegne dvostruko oporezivanje. U tom smislu rezidentnom pravnom licu na račun poreza na dobit utvrđenog po crnogorskom zakonu odobrava se poreski kredit u visini poreza na dobit plaćenog u drugoj državi.³²

Odnos između matičnog rezidentnog pravnog lica (kompanije, preduzeća) i njene nerezidentne filijale, kao i odnos matičnih i zavisnih rezidentnih pravnih lica obuhvaćen je poreskim beneficijama. Privilegiju u obliku poreskog kredita koristi matično preduzeće – obveznik Crne Gore, kome se može umanjiti obračunati porez na dobit za iznos koji odgovara porezu koji je njegova nerezidentna filijala platila u drugoj državi na dividende, koja se uključuju u prihode matičnog preduzeća. Ovdje se radi o tzv. običnom poreskom kreditu, jer se može koristiti za umanjenje obračunatog poreza matičnog preduzeća najviše do iznosa koji bi po odredbama domaćeg poreskog zakona bio obračunat na dobit, odnosno dividendu.³³ Pravo na ovaj poreski kredit ima samo matično preduzeće koje je neprekidno u periodu od najmanje godinu dana, koji prethodi podnošenju poreske prijave posjedovalo najmanje 10% akcija, odnosno udjela nerezidentne filijale.

Čvrste veze matičnih i zavisnih preduzeća, koja čine grupu preduzeća, implicirale su ustanovljavanje još jedne netipične poreske olakšice koje imaju članice "grupe", a to je poresko konsolidovanje. Povezana preduzeća, rezidenti Crne Gore, od kojih matično preduzeće ima neposrednu ili posrednu kontrolu nad najmanje 75% akcija ili udjela zavisnog preduzeća, dobila su pravo da budu tretirana kao jedan poreski obveznik. Prednost ove mogućnosti sastoji se u tome što poslovni gubici nastali u nekom povezanom preduzeću prebijaju se na račun dobiti drugih povezanih preduzeća u grupi, čime se ukupna poreska obaveza za cijelu

³⁰ Član 22. Zakona o porezu na dobit pravnih lica. Uporediti: Dž. E. Stiglic, *Ekonomija javnog sektora* op. cit., str. 671–673.

³¹ Član 25. Zakona o porezu na dobit pravnih lica i D. Popović, *Oporezivanje dohotka organizacija udruženog rada, Savremena administracija*, Beograd, 1986, str. 75.

³² Član 33. Zakona o porezu na dobit pravnih lica.

³³ Član 34a. Zakona o porezu na dobit pravnih lica. Vidjeti opširnije: G. Ilić–Popov, *Osnovica poreza na dobit korporacija*, Pravni fakultet, Beograd, 1995, str. 232–235, i D. Popović, *Nauka o porezima i poresko pravo*, op. cit., str. 669–675.

grupu smanjuje. Jednom odobreno poresko konsolidovanje primjenjuje se najmanje pet godina.³⁴

U funkciji stimulanja fiskalne discipline i stabilnosti i sigurnosti u finansiranju planiranog nivoa javnih potreba i poštovanja dinamike ubiranja projektovanih budžetskih prihoda zakonodavac je za uredno i blagovremeno izvršenje poreske obaveze ustanovio pravo na njeno umanjenje. Umanjenje iznosi 6% od obračunatog i uplaćenog poreza na dobit.³⁵ Na drugoj strani umanjenje poreske osnovice u visini od 4.000 eura specijalno je predviđeno za pravno lice – nevladinu organizaciju koja je registrovana za obavljanje privredne djelatnosti, pod uslovom da dobit iskoristi za ostvarivanje ciljeva zbog kojih je osnovano.³⁶

ZAKLJUČAK

Poreska praksa u savremenim državama poznaje raznovrsne poreske olakšice, kao određene privilegije i pogodnosti koje pripadaju poreskim obveznicima, konkretno fizičkim i pravnim licima po osnovu njihovog dohotka odnosno dobiti. Sadržaj i pravna priroda poreskih olakšica u neposrednoj je vezi sa kompleksnošću određivanja ovoga pojma, čemu svjedoče mnogobrojne i različite definicije nastale zbog teškoća u razgraničenju opšteg poreskog režima od onog koji je konstituisan ustanovljavanjem poreskih povlastica.

Crna Gora pripada zemljama koje su u svom fiskalnom sistemu uredile oporezivanje dohotka fizičkih lica i dobiti pravnih lica po modelu restriktivnih "pravih" poreskih olakšica (poresko oslobođenje, umanjenje visine obračunatog poreza, poreski kredit i sl.), a ujedno i mnogobrojnih poreskih privilegija prije nego je porez obračunat (izuzimanje lica od oporezivanja, izuzimanje i odbici od poreske osnovice i sl.).

Poreske olakšice na porez na dohodak fizičkih lica i na porez na dobit pravnih lica dovode do smanjenja budžetskih prihoda, bilo zbog neplaćanja obračunatog poreza ili zbog umanjenja poreske osnovice. S druge strane, privilegovanjem određenih subjekata, fizičkih lica a pogotovo kompanija i preduzeća, remete se tržišni uslovi, ali i komplikuje ubiranje i kontrola poreza, čime se slabi efektivnost i efikasnost fiskalnog sistema i politike.

Ključna dilema fiskalnih vlasti u ovom domenu jeste kako uspostaviti kvalitetan stav i mjeru između poreskih olakšica i subvencija, dotacija i drugih intervencija iz budžeta u cilju postizanja što višeg nivoa poreske konkurentnosti i djelotvornosti poreskog sistema. Zbog toga, kao i mnoge druge države, Crna Gora mora raditi egzaktno sistemске analize kojima bi se našli precizni odgovori kako

³⁴ Član 35, 36, i 37. Zakona o porezu na dobit pravnih lica.

³⁵ Član 32a. Zakona o porezu na dobit pravnih lica.

³⁶ Član 32. Zakona o porezu na dobit pravnih lica.

i koliko i koje poreske olakšice podstiču ekonomsku efikasnost i kakav je njihov uticaj na privlačenje investicija, da li se njima iskrivljuje poreski sistem i usložnjava poreska procedura, jesu li oni faktor nove nejednakosti među poreskim obveznicima i dr. I ono čime se danas raspolaže ukazuje na potrebu daljeg svodenja poreskih olakšica na što je moguće uži krug, jer samo proširenje poreske osnovice može obezbijediti niže nominalne i efektivne poreske stope, a time, pored konkurentnosti, i izdašnost poreskog sistema.

SRĐA BOŽOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, Mediteran University,
Podgorica

LEGAL NATURE OF TAX EXEMPTION ON INCOME TAX
NATURAL AND LEGAL PERSONS

Summary

The tax practice in modern countries acknowledges different tax reliefs, as certain privileges and conveniences which belong to the tax obligors, concretely meaning the physical and legal persons on the basis of their income or profit.

Montenegro belongs to a group of countries which have regulated in their fiscal system the taxation of the income of physical persons and the profit of legal persons through the model of restrictive "real" tax reliefs (the relief from tax, the increasing of the calculates tax, tax loan etc.), and withal the many tax privileges prior to the calculation of tax (exemption of persons from taxation, exemption and deduction from the tax base etc.). It is necessary for Montenegro to design accurate systemic analysis on a regular basis which would find precise answers in reference to in what manner, how many, and which tax reliefs give incentive to the efficiency of the economy and what is their impact in reference to the attracting of the investments, do they misrepresent the tax system and make the tax procedures more complex, are they the factor of new non equality among the tax obligors etc.

PORESKI STATUS PRIHODA PRAVNIH LICA – NEREZIDENTA

U V O D

Poreski status primanja pravnih lica nerezidenta je važan, ne samo u cilju privlačenja stranih direktinih investicija i njegovog upoređenja sa oporezivanjem primanja rezidenata, već i radi borbe protiv štetne poreske konkurencije, što je jedna od obaveza koju je Srbija preuzela potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju sa EU. Eliminisanje štetne poreske konkurencije bi trebalo da se vrši na osnovu principa iz EU Kodeksa ponašanja za poslovna oporezivanja. Kodeks je sačinjen radi otkrivanja i sprečavanja mera u poreskim zakonodavstvima rezervisanih samo za nerezidente na način da im se obezbeđuje povoljniji poreski tretman.

PRAVNO LICE NEREZIDENTNI OBVEZNIK

Kategorija poreskog obveznika pravnog lica rezidenta i nerezidenta koji podleže oporezivanju dobiti koju ostvari na teritoriji Republike Srbije i izvan nje, definisana je Zakonom o porezu na dobit pravnih lica.¹ Nerezidentni obveznik je pravno lice koje je osnovano i ima mesto stvarne uprave i kontrole van teritorije Republike Srbije (u daljem tekstu: Srbija), a dobit koju ostvari poslovanjem preko

Prof. dr Hasiba Hrustić, direktor Centra za pravna i finansijska istraživanja u Beogradu.

¹ Zakon o porezu na dobit pravnih lica, *Sl. glasnik RS*, br. 25/01, 80/02, 80/02, 43/03, 84/04, 18/10, 101/11, 119/12, 47/13, 108/13; čl. 2, 3 i 3a.

stalne poslovne jedinice na teritoriji Srbije podleže oporezivanju, ukoliko međunarodnim ugovorom o izbegavanju dvostrukog oporezivanja nije drukčije uređeno. Stopa poreza na dobit pravnih lica je 15%.²

Stalna poslovna jedinica nerezidentnog obveznika

Stalna poslovna jedinica je svako stalno mesto poslovanja preko kojeg nerezidentni obveznik obavlja delatnost, a naročito:³ 1. ogranak; 2. pogon; 3. predstavništvo; 4. mesto proizvodnje, fabrika ili radionica; 5. rudnik, kamenolom ili drugo mesto eksploatacije prirodnog bogatstva. Stalnu poslovnu jedinicu predstavlja i stalno ili pokretno gradilište, građevinski ili montažni radovi, ako traju duže od šest meseci, i to: a) jedna od više izgradnji ili montaža koje se uporedno obavljaju, ili b) nekoliko izgradnji ili montaža koje se obavljaju bez prekida jedna za drugom.

Međutim, ukoliko je u zaključenom međunarodnom ugovoru o izbegavanju dvostrukog oporezivanja koji se primenjuje u Srbiji, kao što je to, na primer, slučaj sa ugovorom sa Francuskom, Norveškom, Austrijom ili Kanadom, propisano da gradilište ili građevinski ili montažni radovi čine stalnu poslovnu jedinicu samo ako traju duže od dvanaest meseci, onda se primenjuju odredbe iz tog ugovora. Zato je u pogledu određivanja statusa stalne poslovne jedinice uvek neophodno proučiti ugovor o izbegavanju dvostrukog oporezivanja ukoliko je zaključen sa određenom zemljom kada se rešava konkretan slučaj. Ako lice, zastupajući nerezidentnog obveznika, ima i vrši ovlašćenje da zaključuje poslovne ugovore u ime tog obveznika, smatra se da nerezidentni obveznik ima stalnu poslovnu jedinicu u pogledu poslova koje zastupnik vrši u ime obveznika.

Kada nerezidentni obveznik obavlja delatnost preko komisionara, brokera ili bilo kog drugog lica koje, u okviru vlastite delatnosti, posluje u svoje ime, a za račun obveznika, tada se ne smatra da postoji stalna poslovna jedinica. Stalnom poslovnom jedinicom ne smatra se ni:

1. držanje zaliha robe ili materijala koji pripadaju nerezidentnom obvezniku isključivo u svrhu skladištenja, prikazivanja ili isporuke, ili u svrhu prerade u drugom preduzeću ili od strane preduzetnika, kao ni korišćenje prostorija za navedene svrhe;

2. držanje stalnog mesta poslovanja isključivo u svrhu nabavljanja robe ili prikupljanja informacija za potrebe nerezidentnog obveznika, kao ni obavljanje bilo koje druge aktivnosti pripremnog ili pomoćnog karaktera za potrebe nerezidentnog obveznika.

² *Ibidem*, član 39,

³ *Ibidem*, član 4.

Nerezidentni obveznik koji obavlja delatnost u Srbiji poslovanjem preko stalne poslovne jedinice koja vodi poslovne knjige u skladu sa propisima kojima se uređuje računovodstvo (ogranak i drugi organizacioni delovi), oporezivu dobit utvrđuje u skladu sa Zakonom o porezu na dobit pravnih lica i podnosi za stalnu poslovnu jedinicu poreski bilans i poresku prijavu kao poreski obveznik rezident.⁴ Ako stalna poslovna jedinica, preko koje nerezidentni obveznik obavlja delatnost, ne vodi poslovne knjige u skladu sa propisima kojima se uređuje računovodstvo i revizija, ipak je nerezidentni obveznik dužan da vodi u toj stalnoj poslovnoj jedinici evidenciju o svim podacima o prihodima i rashodima, kao i o drugim podacima od značaja za utvrđivanje dobiti koju ta jedinica ostvaruje poslovanjem na teritoriji Srbije. Nerezidentni dužan je da vodi napred navedenu evidenciju i da podnosi nadležnom poreskom organu poreski bilans i poresku prijavu ako delatnost na teritoriji Srbije obavlja preko stalne poslovne jedinice, i čak i onda kada se saglasno međunarodnom ugovoru o izbegavanju dvostrukog oporezivanja zaključenom sa zemljom u kojoj je taj obveznik rezident, ne smatra stalnom poslovnom jedinicom.

Kamata i pripadajući troškovi po osnovu zajma odobrenog stalnoj poslovnoj jedinici od strane njene nerezidentne centrale ne priznaju se kao rashod u poreskom bilansu stalne poslovne jedinice. Takođe, ni naknada po osnovu autorskog i srodnih prava i prava industrijske svojine, koju stalna poslovna jedinica isplaćuje svojoj nerezidentnoj centrali, ne priznaje se kao rashod u poreskom bilansu stalne poslovne jedinice.⁵

OBRAČUN POREZA PO ODBITKU NA PRIHODE NEREZIDENTA

Prema odredbi člana 40 stav 1 Zakona o porezu na dobit pravnih lica (ZPDP), ukoliko određenim međunarodnim ugovorom o izbegavanju dvostrukog oporezivanja nije drukčije uređeno, porez na dobit po odbitku po stopi od 20% obračunava se i plaća na prihode koje ostvari nerezidentni obveznik od rezidentnog pravnog lica po osnovu: 1) dividendi i udela u dobiti u pravnom licu, uključujući i imovinu koja se smatra dividendom koju ostvaruju članovi privrednog društva u likvidaciji a koja preostane posle podmirjenja poverilaca iznad vrednosti uloženog kapitala - likvidacioni ostatak (član 35 ZPDP); 2) naknada od autorskog i srodnih prava i prava industrijske svojine (u daljem tekstu: autorska naknada); 3) kamata; 4) naknada od zakupa i podzakupa nepokretnosti i pokretnih stvari na teritoriji Srbije.

⁴ Zakon o porezu na dobit pravnih lica, član 5.

⁵ *Ibidem*, član 20.

Porez po odbitku na dividende i udele u dobiti

Obaveza plaćanja poreza po odbitku nastaje danom isplate dividende, a ne danom kada je doneta odluka o isplati dividende. Porez se plaća prilikom svake isplate dividende, nezavisno, od toga da li se dividenda isplaćuje u novcu ili u drugoj imovini privrednog društva. Pri isplati međudividende takođe nastaje obaveza plaćanja poreza po odbitku na isplatu dividende. Ako se dobit privrednog društva raspodeljuje za povećanje osnovnog kapitala (dodelom novih akcija u akcionarskom društvu, odnosno povećanjem udela u drugim privrednim društvima), vlasnici kapitala, u poreskom smislu, ne ostvaruju prihode od kapitala, pa se po tom osnovu ne obračunava i ne plaća porez po odbitku.

Osnovica poreza po odbitku je bruto prihod od dividende, što znači da je u bruto prihodu od dividende sadržan i iznos poreza po odbitku. Ako se dividenda utvrdi u neto iznosu, onda se osnovica za porez po odbitku (bruto prihod) utvrđuje tako što se utvrđeni neto iznos pomnoži koeficijentom za preračun koji zavisi od visine stope poreza po odbitku na dividende koja se u konkretnom slučaju primenjuje.

Ukoliko je ugovorom o izbegavanju dvostrukog oporezivanja određena niža stopa poreza po odbitku onda se na prihode nerezidenta primenjuje ta niža stopa. Najčešći slučaj u tim ugovorima je da razrezan porez ne može biti veći od:⁶

- 1) 5 odsto bruto iznosa dividendi ako je stvarni vlasnik kompanija koja neposredno ima najmanje 25 odsto kapitala kompanije koja isplaćuje dividende;
- 2) 10 odsto bruto iznosa dividendi u svim drugim slučajevima.

Stopa poreza po odbitku na dividendu iznosi 20%, i primenjuje se prilikom isplate dividende nerezidentnim licima u sledećim slučajevima: kada je primalac prihoda rezident zemlje sa kojom Srbija nije zaključila, odnosno ne primenjuje ugovor o izbegavanju dvostrukog oporezivanja; kada je primalac prihoda rezident zemlje sa kojom je Srbija zaključila, odnosno primenjuje ugovor o izbegavanju dvostrukog oporezivanja, ali primalac prihoda nije pružio dokaz da je rezident zemlje ugovornice ili nije pružio dokaz da je stvarni vlasnik prihoda.

Na primer, skupština skcionarskog društva iz Beograda, donela je odluku da se neraspoređena dobit u iznosu od 100.000.000 dinara isplati kao dividenda akcionarima koji su na dan 15. aprila 2013. upisani u Centralni registar hartija od vrednosti. Svi akcionari pružili su dokaz o rezidentnosti na propisanom obrascu, izuzev akcionara iz Bosne i Hercegovine. Da su stvarni vlasnici prihoda od dividende, vidi se iz izvoda Centralnog registra hartija od vrednosti:

⁶ Videti: Međunarodni ugovori (MU): *Sl. list SFRJ*, br.: 28/75; 7/81; 11/81; 15/81; 7/82; 12/82; 2/83; 9/85; 14/85; 2/86; 4/86; 6/87; 8/87; 12/88, 16/89; *Sl. list SRJ*, br.: 2/97; 3/95; 5/96; 4/96; 2/98; 1/99; 1/01; 4/01; 2/98; 1/00; 10/01; *Sl. list SCG*, br. 4/03; 6/04; 3/06; *Sl. glasnik RS*, br. 102/07; 42/09; MU 1/10, MU 8/10, MU 4/11, MU 5/12, MU 6/12, MU 3-13, MU 13-13.

1. Za “Lek” a.d., rezidenta Slovenije, primenjena je stopa od 5%, jer je njegovo učešće u kapitalu veće od 25%; 2. Za “Muru” a.d., rezidenta Slovenije, primenjena je stopa od 10%, jer je njegovo učešće u kapitalu manje od 25%; 3. Za rezidenta Italije nije bitna visina učešća u kapitalu jer je propisana stopa od 10%; 4. Za rezidenta iz Bosne i Hercegovine primenjena je stopa od 20%, pošto nije dostavljen dokaz o rezidentnosti, te se ne može se primeniti stopa iz ugovora od 15%; 5. Za rezidenta iz SAD primenjena je stopa od 20% jer Srbija nije zaključila ugovor o izbegavanju dvostrukog oporezivanja sa SAD.

Porez po odbitku na autorske naknade

Na autorske naknade koje su nastale i isplaćuju se nerezidentu države ugovornice koja je zaključila ugovor o izbegavanju dvostrukog oporezivanja sa zemljom u kojoj je taj primalac autorske naknade rezident, a razrezan porez u tim ugovorima najčešće ne može biti veći od:

1) 5 odsto od bruto iznosa autorskih naknada za korišćenje ili za pravo korišćenja autorskog prava na književno, umetničko ili naučno delo, uključujući bioskopske filmove i filmove ili trake za televiziju ili radio;

2) 10 odsto od bruto iznosa autorskih naknada za korišćenje ili za pravo korišćenja patenta, zaštitnog znaka, nacрта ili modela, plana, tajne formule ili postupka ili za korišćenje ili za pravo korišćenja industrijske, komercijalne ili naučne opreme ili za obaveštenja koja se odnose na industrijska, komercijalna ili naučna iskustva.

Da li je u pitanju autorska naknada utvrđuje se prema definiciji o autorskoj naknadi iz ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja. Na primer, u ugovoru o izbegavanju dvostrukog oporezivanja zaključenim sa Nemačkom, izraz “autorske naknade” definisan je u članu 13 na sledeći način:⁷

“1. Autorske naknade koje nastaju u državi ugovornici i isplaćuju se rezidentu druge države ugovornice mogu se oporezivati u toj drugoj državi.

2. Autorske naknade mogu se oporezivati i u državi ugovornici u kojoj nastaju, u skladu sa zakonima te države, ali ako je primalac stvarni korisnik autorskih naknada, a razrezan porez ne može biti veći od 10 odsto od bruto iznosa autorskih naknada.

3. Izraz “autorske naknade” označava plaćanja bilo koje vrste koja su primljena kao naknada za korišćenje ili za pravo korišćenja autorskog prava na književno, umetničko ili naučno delo, uključujući bioskopske filmove i filmove ili

⁷ Ugovor između Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije i Savezne Republike Nemačke o izbegavanju dvostrukog oporezivanja u odnosu na poreze na dohodak i na imovinu, “*Službeni list SFRJ*” - Međunarodni ugovori, br. 12/88.

trake za televiziju ili radio, kao i za korišćenje ili za pravo korišćenja patenta, zaštitnog znaka, nacрта ili modela, plana, tajne formule ili postupka, ili za korišćenje ili pravo korišćenja industrijske, komercijalne ili naučne opreme, ili za obaveštenja koja se odnose na industrijska, komercijalna ili naučna iskustva.”

Dakle, u slučaju da se autorska naknada isplaćuje nerezidentu iz države sa kojom je je Srbija zaključila ili primenjuje ugovor o izbegavanju dvostrukog oporezivanja i ukoliko je prema ugovoru u pitanju autorska naknada, na tu naknadu plaća se porez po stopi od 10%, osim za autorske naknade rezidenata iz Egipta i Kine kada se po ugovoru sa ovim zemljama primenjuje stopa od 15%, a za autorske naknade rezidenata iz Švedske i Francuske nulta stopa.

Naknada koje rezidentno pravno lice plaća nerezidentu za pravo TV prenosa sportskog događaja koji se odigrava u inostranstvu ili na naknadu za ustupanje prava prikazivanja TV emisije i filmova ili po osnovu ustupljenog prava na objavljivanje i prodaju pisanog dela ili prava korišćenja imena nerezidenta, ima karakter prihoda od autorske naknade na koji se plaća porez po odbitku, nezavisno od toga da li se naknada plaća međunarodnim sportskim organizacijama ili nerezidentu pravnom licu.⁸ Prenos punog prava vlasništva nad imovinskom komponentom prava intelektualne svojine ne predstavlja autorsku naknadu jer se ne plaća pravo za korišćenje nečijeg prava intelektualne svojine.

Porez po odbitku na kamate

Porez po odbitku plaća se na kamatu koju ostvari nerezidentno pravno lice po osnovu: datih finansijskih i robnih kredita; zajmova; dužničkih hartija od vrednosti, uključujući i obveznice dužničkih hartija od vrednosti (zajma) čiji je izdavalac država. Na zateznu kamatu ne plaća se porez po odbitku.

Osnovica poreza po odbitku je bruto prihod od kamate, što znači da je u bruto prihodu od kamate sadržan i porez po odbitku. Stopa poreza na prihode od kamate je 20%, i primenjuje se prilikom isplate kamate nerezidentu u sledećim slučajevima:

- kada je primalac kamate rezident zemlje sa kojom Srbija nije zaključila ugovor o izbegavanju dvostrukog oporezivanja;
- kada je primalac kamate rezident zemlje sa kojom je Srbija zaključila ugovor o izbegavanju dvostrukog oporezivanja, ali primalac prihoda nije pružio dokaz da je rezident zemlje ugovornice ili dokaz da je stvarni vlasnik prihoda od kamate.

⁸ Mišljenje Ministarstva finansija Republike Srbije: br. 413-00-2497/2010-04 od 22.09.2010. godine; br. 430-07-00185/2010-04 od 27.08.2010. godine; br. 413-00-1035/2010-04 od 05.07.2010. godine; br. 413-00-2595/2009-04 od 24.12.2009. godine.

Ako se kamata isplaćuju nerezidentima koji su rezidenti država sa kojima je zaključen ugovor o izbegavanju dvostrukog oporezivanja, primenjuju se stope iz tih ugovora, ako nerezident dostavi potvrdu o rezidentnosti države sa kojom je zaključen ugovor i pruži dokaz da je stvarni vlasnik prihoda. U tom slučaju najčešće predviđene stope za oporezivanje kamate su 10%, sa izuzetkom za rezidente Belorusije kada se primenjuje stopa od 8%, zatim za rezidente Belgije, Malezije, Kine i Egipta kada se primenjuje stopa od 15%, a za rezidente Nemačke, Holandije, Norveške, Finske, Francuske i Švedske stopa je nulta. Obaveza plaćanja poreza nastaje danom isplate kamate ili danom pripisa kamate glavnici. Isplatilac kamate mora da poseduje original potvrde o rezidentnosti nerezidenta primaoca kamate koja se podnosi i u slučaju kada se primenjuje nulta stopa oporezivanja prilikom svake isplate.⁹

Na osnovu napred navedenog, u Srbiji su u povoljnijem položaju poreski obveznici nerezidenti koji su ostvarili dividendu, autorsku naknadu ili kamatu na teritoriji Srbije, a rezidenti su države sa kojom je zaključen ugovor o izbegavanju dvostrukog oporezivanja, jer se tada primenjuje povoljnija (niža) stopa oporezivanja u odnosu na opšti nivo. Na primer, rezidentu Luksemburga obračunava se porez po stopi od 20% jer sa Luksemburgom Srbija nije zaključila ugovor o izbegavanju dvostrukog oporezivanja. Za rezidenta Mađarske primenjuje se stopa iz zaključenog ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja od 10%, dok se za rezidenta Holandije ne obračunava porez, jer prema članu 11. Ugovora sa Holandijom zemlja izvora (Srbija) nema pravo na oporezivanje kamate.¹⁰

Porez po odbitku na kapitalne dobitke

Na prihode koje ostvari nerezidentni obveznik od pravnog ili fizičkog lica, bilo da je rezident ili nerezident ili od otvorenog investicionog fonda, na teritoriji Srbije, po osnovu kapitalnih dobitaka, obračunava se i plaća porez po propisanoj stopi iz ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja, a ako sa zemljom rezidentnosti nerezidenta nije zaključen taj ugovor stopa poreza od 20% (čl. 40 stava 5. ZPDP).

Kapitalnim dobitkom smatra se prihod koji obveznik ostvari prodajom, odnosno drugim prenosom uz naknadu (čl. 27. do 29. ZPDP): 1) nepokretnosti koje je koristio kao osnovno sredstvo za obavljanje delatnosti; 2) prava industrijske svojine; 3) udela u kapitalu pravnih lica i akcija i ostalih hartija od vrednosti, koje u skladu sa Međunarodnim računovodstvenim standardima (MRS), odno-

⁹ Mišljenje Ministarstva finansija Republike Srbije, br. 413-01-2169/2008-04 od 03.12.2008. g.

¹⁰ Član 11 Ugovora između Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije i Kraljevine Holandije o izbegavanju dvostrukog oporezivanja dohotka i imovine, "Službeni list SFRJ - Međunarodni ugovori", br. 12/82.

sno Međunarodnim standardima finansijskih izveštaja (MSFI) predstavljaju dugoročne finansijske plasmane, osim obveznica izdatih u skladu sa propisima kojima se uređuje izmirenje obaveze Republike po osnovu zajma za privredni razvoj, devizne štednje građana i dužničkih hartija od vrednosti čiji je izdavalac, u skladu sa zakonom, Republika, autonomna pokrajina, jedinica lokalne samouprave ili Narodna banka Srbije; 4) investicione jedinice otkupljene od strane otvorenog investicionog fonda, u skladu sa zakonom kojim se uređuju investicioni fondovi.

Kapitalnim dobitkom smatra se i prihod koji ostvari nerezidentni obveznik od prodaje nepokretnosti, udela u kapitalu pravnih lica i akcija i ostalih hartija od vrednosti, investicione jedinice otkupljene od strane otvorenog investicionog fonda imovine, kao i od prodaje nepokretnosti na teritoriji Srbije koju nije koristio za obavljanje delatnosti. Kapitalni dobitak predstavlja razliku između prodajne cene imovine i njene nabavne cene. Ako je razlika negativna, u pitanju je kapitalni gubitak. Prodajnom cenom se smatra ugovorena cena, odnosno, u slučaju prodaje povezanom licu, tržišna cena ako je ugovorena cena niža od tržišne. Kao ugovorena, odnosno tržišna cena uzima se cena bez poreza na prenos apsolutnih prava. Licem povezanim sa obveznikom smatra se i svako nerezidentno pravno lice iz jurisdikcije sa preferencijalnim poreskim sistemom (član 59. stav 7 ZPDP). Prodajnom cenom kod prenosa prava putem razmene za drugo pravo smatra se tržišna cena prava koje se dobija u naknadu, korigovana za eventualno primljenu ili plaćenu razliku u novcu.

Nabavna cena jeste cena po kojoj je obveznik stekao imovinu, umanjena po osnovu amortizacije. Nabavna cena koriguje se na procenjenu, odnosno fer vrednost, utvrđenu u skladu sa MRS, odnosno MSFI i usvojenim računovodstvenim politikama, ukoliko je promena na fer vrednost iskazivana u celini kao prihod perioda u kojem je vršena.

Nabavna cena imovine stečene konverzijom obveznikovog potraživanja u učešće u kapitalu subjekta privatizacije u postupku restrukturiranja, jeste najniža obezvređena vrednost te imovine nakon izvršene konverzije, utvrđena u skladu sa MRS, odnosno MSFI i usvojenim računovodstvenim politikama. Ako cena po kojoj je imovina nabavljena nije iskazana u poslovnim knjigama obveznika, ili nije iskazana za svrhu određivanja kapitalnog dobitka, to je tržišna cena na dan nabavke, koju utvrdi nadležni poreski organ. Kod prodaje nepokretnosti u izgradnji, nabavnu cenu čini iznos troškova izgradnje koji su do dana prodaje iskazani u skladu sa MRS, odnosno MSFI i propisima kojima se uređuje računovodstvo. Nabavna cena za nepokretnost stečenu putem osnivačkog uloga ili njegovim povećanjem, jeste tržišna cena nepokretnosti na dan unosa uloga.

Kod hartija od vrednosti kojima se trguje na organizovanom tržištu, nabavna cena je cena koju obveznik dokumentuje kao stvarno plaćenu, a ako ne poseduje odgovarajuću dokumentaciju – najniža tržišna cena ostvarena na organizovanom tržištu u periodu od godinu dana koji prethodi prodaji te hartije od

vrednosti ili u periodu trgovanja, ukoliko se trgovalo kraće od godinu dana. Kod hartija od vrednosti kojima se ne trguje na organizovanom tržištu, nabavna cena jeste cena koju obveznik dokumentuje kao stvarno plaćenu, a ako ne poseduje odgovarajuću dokumentaciju - njena nominalna vrednost. Nabavnu cenu hartija od vrednosti pribavljenih putem osnivačkog uloga ili povećanjem osnivačkog uloga, čini tržišna cena koja je važila na organizovanom tržištu na dan unosa uloga ili ukoliko takva cena nije bila formirana, to je njena nominalna vrednost na dan unosa uloga.

Nabavna cena udela u kapitalu pravnih lica i prava industrijske svojine jeste cena koju obveznik dokumentuje kao stvarno plaćenu. Nabavna cena udela u kapitalu pravnih lica i prava industrijske svojine, stečenih putem osnivačkog uloga ili povećanjem osnivačkog uloga jeste tržišna cena na dan unosa uloga. Nabavna cena investicione jedinice sastoji se od neto vrednosti imovine otvorenog fonda po investicionoj jedinici na dan uplate, uvećane za naknadu za kupovinu ukoliko je društvo za upravljanje naplaćuje. Kapitalni dobitak uključuje se u oporezivu dobit. Kapitalni gubitak ostvaren pri prodaji prava iz imovine može se prebiti sa kapitalnim dobitkom ostvarenim pri prodaji drugog prava iz imovine u istoj godini. Ako se i posle prebijanja iskaže kapitalni gubitak, dopušteno je njegovo prebijanje na račun budućih kapitalnih dobitaka u narednih pet godina (član 30 ZPDP).

Nerezidentni obveznik – primalac kapitalnih dobitaka dužan je da nadležnom poreskom organu, u opštini na čijoj teritoriji se nalazi nepokretnost, odnosno sedište privrednog društva u kojem nerezidentni obveznik ima udeo ili hartije od vrednosti koji su predmet prodaje, preko poreskog punomoćnika određenog u skladu sa propisima kojima se uređuje poreski postupak i poreska administracija, podnese poresku prijavu u roku od 30 dana od dana ostvarivanja prihoda, na osnovu koje nadležni poreski organ donosi rešenje o plaćanju poreza.

Porez po odbitku na prihode od izvođenja umetničkog, sportskog ili sličnog programa

Oporezivanjem porezom po odbitku na isplate naknade za izvođenje estradnog, zabavnog, umetničkog, sportskog ili sličnog programa stvoren je zakonski osnov da se u Srbiji mogu oporezovati naknade koje se isplaćuju po osnovu izvođenja ovih programa. Prema odredbi člana 40 stav 2 ZPDP porez po odbitku obračunava se i plaća i na prihode pravnog lica nerezidentnog obveznika po osnovu izvođenja estradnog, zabavnog, umetničkog, sportskog ili sličnog programa u Srbiji, koji nisu oporezovani kao dohodak fizičkog lica u skladu sa propisima kojima se uređuje oporezivanje dohotka građana (izvođača, muzičara, sportiste i sl.).

Osnovica poreza je bruto prihod od izvođenja programa, a stopa poreza po odbitku od 20% primenjuje se prilikom isplate naknade nerezidentnim licima, nezavisno od toga da li je primalac naknade iz zemlje sa kojom je ili nije zaključen ugovor o izbegavanju dvostrukog oporezivanja. Na primer, rezidentno pravno lice organizuje održavanje muzičkog koncerta u Srbiji, na kojem nastupaju dva muzička ansambla. Stvarni vlasnici ugovorene naknade, odnosno prihoda od nastupa u Srbiji su pravna lica nerezidenti. Muzički koncert je održan, i rezident je isplatio pravnim licima nerezidentima ugovorenu naknadu, obračunao i platio porez po odbitku, i podneo poresku prijavu u propisanom roku.

Oporezivanje prihoda po osnovu naknade od zakupa i podzakupa

Prema odredbi člana 40 stav 6 ZPDP porez po rešenju obračunava se i plaća na naknadu od zakupa i podzakupa nepokretnosti i pokretnih stvari na teritoriji Srbije koju nerezidentni obveznik ostvaruje od lica koje nije dužno da plaća porez.

Nerezidentni obveznik – primalac naknade od zakupa i podzakupa nepokretnosti i pokretnih stvari na teritoriji Srbije, dužan je da nadležnom poreskom organu, u opštini na čijoj teritoriji se nalazi nepokretnost, odnosno sedište privrednog društva u kojem nerezident ima udeo ili hartije od vrednosti koji su predmet prodaje, preko poreskog punomoćnika, podnese poresku prijavu u roku od 30 dana od dana ostvarivanja prihoda, na osnovu koje nadležni poreski organ donosi rešenje o plaćanju poreza.

Prema ugovorima o izbegavanju dvostrukog oporezivanja uobičajeni standard je da se dobit preduzeća države ugovornice od obavljanja međunarodnog saobraćaja brodom ili vazduhoplovom oporezuje samo u toj državi, odnosno samo u državi ugovornici u kojoj se nalazi sedište stvarne uprave preduzeća. Izraz “međunarodni saobraćaj brodom ili vazduhoplovom” obuhvata:

- (1) davanje u zakup brodova ili vazduhoplova bez posade i goriva; i
- (2) davanje u zakup kontejnera (uključujući prikolice i drugu opremu za prevoz kontejnera), od strane tog preduzeća, ako je to izdavanje povremeno povezano sa obavljanjem međunarodnog saobraćaja brodom ili vazduhoplovom.

Zatim, u pogledu iznajmljivanja nepokretnosti, u ugovorima o izbegavanju dvostrukog oporezivanja uobičajena je odredba kojom je propisano da se dohodak koji rezident države ugovornice ostvari od nepokretnosti ili dohodak od neposrednog korišćenja, iznajmljivanja i slično (uključujući dohodak od poljoprivrede ili šumarstva) koja se nalazi u drugoj državi ugovornici može se oporezivati u toj drugoj državi. Izraz “nepokretnost” ima značenje prema poreskom zakonu države ugovornice u kojoj se odnosna nepokretnost nalazi, ali, u svakom slučaju obuhvata pripatke nepokretnosti, stočni fond i opremu koja se koristi u poljoprivredi i šumarstvu, prava na koja se primenjuju odredbe opšteg zakona o zemljišnoj svojini, plodouživanje nepokretnosti i prava na plaćanja kao naknade za

iskorišćavanje ili za pravo na iskorišćavanje mineralnih nalazišta, izvora i drugih prirodnih bogatstava. Brodovi i vazduhoplovi ne smatraju se nepokretnostima.

*Porez po odbitku na isplate prihoda
stalnoj poslovnoj jedinici nerezidenta*

Prema odredbi člana 40 stav 9 ZPDP, porez po odbitku ne obračunava se i ne plaća na prihode koji se isplaćuju stalnoj poslovnoj jedinici nerezidentnog obveznika: na dividende i udele u dobiti, uključujući i imovinu koja se smatra dividendom koju ostvaruju članovi privrednog društva u likvidaciji a koja preostane kao likvidacioni ostatak iznad vrednosti uloženog kapitala; na autorsku naknadu; kamatu; naknadu od zakupa i podzakupa nepokretnosti i pokretnih stvari. Međutim, ako nerezidentni poreski obveznik ima stalnu poslovnu jedinicu u Srbiji, a stvarni vlasnik prihoda je nerezident pravno lice koje ostvaruje te prihode nezavisno od svoje poslovne jedinice, porez po odbitku se plaća. Porez po rešenju ne obračunava se i ne plaća na kapitalne dobitke niti na naknadu od zakupa i podzakupa nepokretnosti i pokretnih stvari ako se isplaćuju stalnoj poslovnoj jedinici nerezidentnog obveznika.

Otkup sekundarne sirovine i otpada

Obveznik rezident koji otkupljuje sekundarne sirovine i otpad od pravnog lica nerezidenta, dužan je da prilikom isplate naknade tim licima obračuna, obustavi i uplati porez po odbitku po stopi od 1% od iznosa isplaćene naknade (član 40 stav 12 ZPDP). Iznos te naknade ne sadrži porez na dodatu vrednost.

NEOPHODNI USLOVI ZA PRIMENU UGOVORA O IZBEGAVANJU
DVOSTRUKOG OPOREZIVANJA

Prilikom obračuna poreza po odbitku na prihode nerezidenta isplatilac prihoda primenjuje odredbe ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja, pod uslovom da nerezident dokaže status rezidenta države sa kojom je Srbija zaključila ugovor o izbegavanju dvostrukog oporezivanja i da je nerezident stvarni vlasnik prihoda, a u skladu sa odredbom član 40a ZPDP. Ako isplatilac prihoda primeni odredbe ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja, a nisu ispunjeni napred navedeni uslovi, isplatilac prihoda snosi razliku između plaćenog poreza i dugovanog poreza. Status rezidenta države sa kojom je zaključen ugovor o izbegavanju dvostrukog oporezivanja, nerezident dokazuje kod isplatioca prihoda potvrdom o rezidentnosti overenom od nadležnog organa države ugovornice čiji je rezident. Nadležni poreski organ, na zahtev nerezidenta, dužan je da izda potvrdu o porezu plaćenom u Srbiji.

Porez po odbitku za svakog obveznika i za svaki pojedinačno ostvareni, odnosno isplaćeni prihod isplati se obračunava, obustavlja i uplaćuje na propisane račune u momentu kada je prihod ostvaren, odnosno isplaćen (član 71 ZPD). Porez se obračunava i plaća po propisima koji važe u momentu isplate prihoda. Osnovica poreza po odbitku je ostvareni bruto prihod, a ako se prihod ugovori u neto iznos, onda se osnovica za porez po odbitku (bruto prihod) utvrđuje tako što se neto iznos pomnoži odgovarajućim koeficijentom. Za isplatu poreza po odbitku jemči isplati se prihoda (član 111 ZPD). Za neizmirene poreske obaveze pravnog lica organizovanog u obliku ortačkog društva neograničeno solidarno odgovara svaki član društva, a organizovanog u obliku komanditnog društva odgovara neograničeno solidarno komplementar. Akcionar, odnosno član društva sa ograničenom odgovornošću koji poseduje 50% i više akcija, odnosno udela odgovara neograničeno solidarno za neizmirene poreske obaveze zavisnog društva.

JURISDIKCIJE SA PREFERENCIJALNIM PORESKIM SISTEMOM

Jurisdikcijom sa preferencijalnim poreskim sistemom ili teritorijom poreškog raja smatra se teritorija sa poreskim suverenitetom na kojoj se primenjuje zakonodavstvo koje pruža mogućnosti za značajno manje poresko opterećenje dobiti pravnih lica, bilo svih pravnih lica ili onih koja ispunjavaju posebne uslove, kao i dividendi koje ona raspodeljuju svojim osnivačima a u poređenju sa predviđenim odredbama ZPD i zakona koji uređuje oporezivanje dohotka građana. Jurisdikcije sa preferencijalnim poreskim sistemom otežavaju utvrđivanje stvarnih vlasnika pravnih lica od strane poreskih organa Srbije i onemogućavaju ili otežavanje utvrđivanje poreskih činjenica od značaja za utvrđivanje poreskih obaveza prema propisima Srbije (član 3a ZPD).

Porez po odbitku se, izuzetno, obračunava i plaća po stopi od 25% na prihode koje u Srbiji ostvari nerezidentno pravno lice iz jurisdikcije sa preferencijalnim poreskim sistemom po osnovu autorskih naknada, kamata, naknada od zakupa i podzakupa nepokretnosti i pokretnih stvari ili naknada od usluga, bez obzira na mesto njihovog pružanja ili korišćenja (čl.40 st. 3 i 4). Porez po odbitku ne plaća se na prihode koje ostvari nerezidentni obveznik, odnosno nerezidentno pravno lice iz jurisdikcije sa preferencijalnim poreskim sistemom, od kamata po osnovu dužničkih hartija od vrednosti čiji je izdavalac Srbija, autonomna pokrajina, jedinica lokalne samouprave ili Narodna banka Srbije.

Nerezidentnim pravnim licem iz jurisdikcije sa preferencijalnim poreskim sistemom smatra se nerezidentno pravno lice: 1) osnovano na teritoriji te jurisdikcije, ili 2) koje ima registrovano sedište na teritoriji te jurisdikcije, ili 3) čije je mesto stvarne uprave ili sedište uprave na teritoriji iste.

Nerezidentnim pravnim licem iz jurisdikcije sa preferencijalnim poreskim sistemom smatra se nerezidentno pravno lice koje je rezident druge države ugo-

vornice za potrebe primene ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja između te države i Srbije. Ukoliko rezidentno pravno lice isplaćuje prihode stalnoj poslovnoj jedinici nerezidentnog pravnog lica iz jurisdikcije sa preferencijalnim poreskim sistemom, ono je dužno da obračuna i uplati porez po odbitku (član 40 stav 10 ZPDP). Prihodi kao i rashodi sa njima povezani ne uzimaju se u obzir za potrebe utvrđivanja poreske osnovice stalne poslovne jedinice nerezidentnog pravnog lica iz jurisdikcije sa preferencijalnim poreskim sistemom.

Pravilnikom o Listi jurisdikcija sa preferencijalnim poreskim sistemom navedene su države i poreski suverene teritorije koje se smatraju jurisdikcijama sa preferencijalnim poreskim sistemom:¹¹ Andora (Andorra), Angvila (Anguilla), Antigva i Barbuda (Antigua and Barbuda), Aruba (Aruba), Bahami (Bahamas), Bahrein (Bahrain), Barbados (Barbados), Belize (Belize), Bermuda (Bermuda), Britanska devičanska ostrva (British Virgin Islands), Kajmanska ostrva (Cayman Islands), Božično ostrvo (Christmas Island), Kukova ostrva (Cook Islands), Dominikanska Republika (Dominican Republic), Foklandska ostrva (Falkland Islands), Fidži (Fiji), Gibraltar (Gibraltar), Grenada (Grenada), Gvam (Guam), Gernzi (Guernsey), Gvajana (Guyana), Hong Kong (Hong Kong), Ostrvo Men (Isle of Man), Džersi (Jersey), Liberija (Liberia), Lihtenštajn (Liechtenstein), Makao (Macao), Maldivi (Maldives), Maršalska ostrva (Marshall Islands), Mauricijus (Mauritius), Monako (Monaco), Monserat (Montserrat), Nauru (Nauru), Holandski Antili (Netherlands Antilles), Niue (Niue), Normandska ostrva (Normand Isles), Palau (Palau), Panama (Panama), Sveti Kits i Nevis (Saint Kitts and Nevis), Sveta Lucija (Saint Lucia), Sveti Vinsent i Grenadini (Saint Vincent and the Grenadines), Samoa (Samoa), San Marino (San Marino), Sejšeli (Seychelles), Solomonska ostrva (Solomon Islands), Tonga (Tonga), Trinidad i Tobago (Trinidad and Tobago), Ostrva Turks i Kaikos (Turks and Caicos Islands), Tuvalu (Tuvalu), Devičanska ostrva SAD (US Virgin Islands), Vanuatu (Vanuatu).

Međutim, u napred pomenutom pravilniku na listi nisu navedene Švajcarska i Luksemburg i teritorije nekih zemalja u Evropi koje imaju autonoman poreski sistem, odnosno suverenitet: Kampioni, Madeira, koje jesu jurisdikcije sa preferencijalnim poreskim sistemom ili zemlje poreskog raja, ukoliko se kao kriterijum uzima povoljniji poreski tretman rezervisan samo za nerezidencate, zatim, nisu navedeni ni: u Aziji i na Pacifiku: Labuan (Malezija), Marijanska ostrva, Filipini, Singapur, Tahiti, Tajland i Zapadna Samoa; u Zapadnoj Hemisferi: Kostarika, Portoriko, St. Kits i Nevis, Vest Indis i Urugvaj; u Africi Džibuti i Tanger.¹²

¹¹ Pravilnik o Listi jurisdikcija sa preferencijalnim poreskim sistemom, *Službeni glasnik RS*, br. 122/12.

¹² Hasiba Hrustić, «Zemlje poreskog raja», u monografiji: Poreska harmonizacija u Evropskoj uniji, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, st. 40-48.

Potpisivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju sa Evropskom unijom, Srbija se obavezala da će tokom procesa pridruživanja svoj unutrašnji pravni sistem uskladiti sa pravnim tekovinama Evropske unije (*acquis communautaire*).¹³ Naročitu pažnju u tom sporazumu zaslužuju mere usmerene ka daljoj reformi fiskalnog sistema i borba protiv štetne poreske konkurencije predviđeni odredbom člana 100 stav 2. Eliminisanje štetne poreske konkurencije treba da se vrši na osnovu principa iz Kodeksa ponašanja za poslovna oporezivanja, usvojenog u Evropskoj uniji (EU) još 1997. godine.¹⁴ Smisao Kodeksa je da se smanje ili ukinu poreske mere koje čine štetnu poresku konkurenciju a rezervisane su za nerezidente kojima se obezbeđuje niži nivo oporezivanja, uključujući i nulto oporezivanje u odnosu na opšti nivo koji je na snazi. Nepovoljan efekat štetne poreske konkurencije je da države koje imaju povoljniji poreski status za nerezidente narušavaju poresku osnovicu u drugim državama putem tih poreskih beneficija i nivoom oporezivanja koji je značajno niži od opšteg nivoa oporezivanja, uključujući i nulto oporezivanje.¹⁵ Imajući to u vidu, obveznici pravna lica nerezidenti u Srbiji koji su rezidenti država sa kojima je Srbija zaključila, odnosno primenjuje ugovor o izbegavanju dvostrukog oporezivanja, su u povoljnijem položaju u odnosu na obveznike rezidente, jer se na njihove prihode primenjuju povoljnije niže stope oporezivanja. Time su narušeni principi iz Kodeksa ponašanja za poslovna oporezivanja, odnosno obaveza Srbije preuzeta iz Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju sa EU.

ZAKLJUČAK

Srbija je što se tiče oblasti poreza na putu da ispuni EU standarde. U tom smislu, u oblasti poreza, prioritet u narednom periodu je usklađivanje poreskih propisa sa EU poreskim direktivama i unapređenje rada poreske uprave. U skladu potpisanim Sporazumom o stabilizaciji i pridruživanju sa EU, Srbija se, *inter alia*, obavezala na saradnju u oblasti oporezivanja, koja obuhvata i borbu protiv štetne poreske konkurencije. EU Kodeks ponašanja za poslovna oporezivanja je osnovni dokument koji se koristi za identifikaciju i eliminisanje mera štetne poreske konkurencije. Tim kodeksom utvrđeni su kriterijumi za otkrivanje mera štetne poreske konkurencije, usmerenih samo ka nerezidentima na način da im se obezbeđuje povoljniji poreski tretman kroz niži efektivni nivo oporezivanja u odnosu na nivo koji važi za ostale poreske obveznike.

¹³ Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju, *Službeni list RS*, broj 83/2008.

¹⁴ The Code of Conduct for business taxation, *Official Journal C 2/4 of 06/01/1998*.

¹⁵ Hasiba Hrustić, Poreska harmonizacija u Evropskoj Uniji, Institut za međunarodnu politiku i privredu, Beograd, 2011, str. 149-151.

Obveznici poreza na dobit pravnih lica, pravna lica nerezidenti u Srbiji koji su rezidenti država sa kojima je Srbija zaključila ili primenjuje ugovor o izbegavanju dvostrukog oporezivanja su u povoljnijem položaju u odnosu na obveznike rezidente, jer se na njihove prihode primenjuju povoljnije niže stope poreza po odbitku. Jedna od obaveza Srbije, koja proističe iz potpisanog Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju sa EU, je kompletiranje mreže bilateralnih ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja sa državama članicama EU, u skladu sa poslednjim izmenama OECD Modela konvencije o porezima na prihode i kapital. Kompletiranje mreže bilateralnih ugovora pretpostavlja, ne samo zaključivanje ovih ugovora sa državama članicama sa kojima nisu zaključeni, već i reviziju postojećih, imajući u vidu da je sadržaj odredbi tih ugovora uveliko izmenjen brojnim revizijama OECD Modela konvencije o porezima na prihode i kapital, i da suštinski ne odražavaju savremeni pravni i ekonomski ambijent u kojem se odvija međunarodno poslovanje.

HASIBA HRUSTIĆ, LL.D.,
Professor, The Center for Law
and Financial Research, Belgrade

THE TAX STATUS OF LEGAL ENTITY REVENUE – NON-RESIDENT

Summary

The Tax status of legal entity non-resident revenues is important, not only toward to draw in foreign direct investment, or, because of compare with taxation of resident revenues, already and because of combat against harmful tax competition, which is one of the assumed obligation of Serbia from ratification Arrangement on Stabilisation and Association Agreement with the European Community. Elimination of harmful tax competition should be carried out on the basis of the principles of the Code of Conduct for business taxation agreed by the EC Council on 1997. The Code was specifically designed to detect only such measures which unduly affect the location of business activity in the Community by being targeted merely at non-residents and by providing them with a more favourable tax treatment. Harmful tax competition may exist when countries are tailored unfairly to erode the tax base of other countries and distort the location of capital and services with an effective level of taxation, which is significantly lower only for non-residents than the general level of taxation in the country concerned, and tax benefits reserved for non-residents.

MILOŠ MILOŠEVIĆ

ZAŠTITA NAČELA FISKALNE NEUTRALNOSTI POREZA NA DODATU VREDNOST KOD OPOREZIVANJA PROMETA PUTNIČKIH VOZILA

U V O D

Indirektan način utvrđivanja poreske osnovice (*invoice-credit method*), koji je svojstven vladajućem (evropskom) sistemu poreza na dodatu vrednost, može dovesti do duplog oporezivanja kada se obvezniku PDV onemogući odbitak poreza koji je plaćen u ranijoj fazi prometnog ciklusa u kombinaciji sa oporezivanjem daljeg prometa tih dobara. To je uobičajena pojava kod prometa polovnih dobara koja obveznik nabavi od lica koje nije obveznik PDV, pri čemu dalju prodaju tih dobara ne vrši u skladu sa odredbama čl. 36 Zakona o porezu na dodatu vrednost¹ (u daljem tekstu: *ZPDV*). Duplo oporezivanje praćeno je tržišnim distorzijama koje su naročito izražene kod prometa robe veće vrednosti (poput putničkih vozila) pri primeni visoke poreske stope. Jasno je da su ove pojave štetne i da ih treba eliminisati što proizlazi i iz fundamentalnog načela fiskalne neutralnosti PDV. U predstojećem radu ocenićemo da li je oporezivanje prometa putničkih vozila porezom na dodatu vrednost u Republici Srbiji kompatibilno sa ovim načelom.

Dr Miloš Milošević, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Ovaj rad je nastao u okviru projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu: "Razvoj pravnog sistema Srbije i harmonizacija s pravom Evropske unije – pravni, ekonomski, politički i sociološki aspekti".

¹ Zakon o porezu na dodatu vrednost, *Službeni glasnik RS*, br. 84/04, 86/04, 61/05, 61/07, 93/12, 108/13 i 68/14.

NAČELO FISKALNE NEUTRALNOSTI
POREZA NA DODATU VREDNOST

Zahvaljujući institutu prethodnog poreza, PDV koji je plaćen u ranijoj fazi prometnog ciklusa za obveznika ne predstavlja trošak, tj. po njega je ekonomski neutralan. Ovaj princip svojstven je komunitarnom PDV sistemu od njegovog nastanka.² Proklamovan je u čl. 1(2) važeće Direktive 2006/112/EC³ i čvrsto utemeljen u praksi Evropskog suda pravde.⁴

Međutim, Evropski sud pravde pomenuto načelo interpretira na različite načine.⁵ Za potrebe ovog rada naročito je značajna načelna zabrana duplog oporezivanja.

Oporezivanje prometa (usluga) u državi članici (primaoca usluge) koji je prvobitno, u skladu sa zakonom, podvrgnut oporezivanju u zemlji pružaoca usluge vodi duplom oporezivanju, koje je protivno principu fiskalne neutralnosti.⁶ Isto tako, ako obveznik nabavi dobro od lica koje nije poreski obveznik za poslovne svrhe, pa ga potom prenese u privatnu imovinu, neće se vršiti oporezivanje sopstvene potrošnje, budući da se prethodni porez (usled nabavke od lica koje nije poreski obveznik) nije mogao odbiti.⁷ I kada se za privatne svrhe upotrebljavaju poslovna dobra, u odnosu na koja nije izvršen odbitak prethodnog poreza, važi isto pravilo.⁸

² Vid.: čl. 2 Direktive 67/227/EEC (*First Council Directive 67/227/EEC of 11 April 1967 on the harmonisation of legislation of Member States concerning turnover taxes*, OJ 71 of 14 April 1967).

³ Prema čl. 1(2) Direktive 2006/112/EC (*Council Directive 2006/112/EC of 28 November 2006 on the common system of the value added tax*, OJ L 347 of 11 December 2006) "pri svakoj transakciji se PDV, obračunat na cenu dobara ili usluga po stopi koja se primenjuje na takva dobra ili usluge, naplaćuje po odbitku iznosa PDV koji direktno otpada na pojedine troškovne komponente".

⁴ Pravo na odbitak prethodnog poreza je integralni deo sistema PDV koje, u principu, ne sme biti ograničeno, vid.: ECJ, Case C-62/93 (*BP Soupergaz Anonimos Etairia Geniki Emporiki-Viomichaniki kai Antiprossopeion v Greek State*) [1995] ECR I-1883, par. 18; ECJ, Joined Cases C-110/98 – C-147/98 (*Gabalfriša S.L. and others v Administración Estatal de la Agencia Tributaria*) [2000] ECR I-1577, par. 43; ECJ, Case C-465/03 (*Kretztechnik AG v Finanzamt Linz*) [2005] ECR I-4357, par. 33.

⁵ Vid.: Ben Terra, Julie Kajus, *A Guide to the European VAT Directives, Introduction to European VAT 2013*, Volume 1, IBFD, Amsterdam 2013, str. 80-87.

⁶ Vid.: ECJ, Case C-155/01 (*Cookies World Vertriebsgesellschaft mbh iL v Finanzlandesdirektion für Tirol*) [2003] ECR I-8785, par. 60.

⁷ Vid.: ECJ, Joined Cases C-322/99 – C-323/99 (*Hans-Georg Fischer v Finanzamt Burgdorf and Klaus Brandenstein v Finanzamt Düsseldorf-Mettmann*) [2001] ECR I-4049, par. 76.

⁸ Vid.: ECJ, Case C-50/88 (*Dr. Heinz Kühne v Finanzamt München III*) [1989] ECR 1925, par. 11 i 17; ECJ, Case C-193/91 (*Gerhard Mohsche v Finanzamt München III*) [1993] ECR I-2615, par. 9.

Još jedan aspekt načela fiskalne neutralnosti PDV zaslužuje pažnju u ovom radu. Reč je o potrebi da se obezbedi jednak poreski tretman, tj. porez ne sme uzrokovati distorzije. Promet sličnih dobara (koja su konkurentna jedna drugima) za potrebe oporezivanja porezom na dodatu vrednost tretira se na jednak način.⁹

U svakoj državi članici slična dobra treba da nose jednak poreski teret, nezavisno od dužine proizvodnog i distributivnog lanca.¹⁰ Mehanizam poreskog odbitka namenjen je potpunom poreskom rasterećenju obveznika od poreza koji je plaćen ili treba da bude plaćen u okviru vršenja svih njegovih ekonomskih aktivnosti.¹¹

Zajednički sistem poreza na dodatu vrednost otuda osigurava da se sve ekonomske aktivnosti, nezavisno od njihove svrhe ili rezultata, pod uslovom da su i same izložene oporezivanju, oporezuju na potpuno neutralan način.¹² Učesnici prometa koji vrše iste transakcije ne smeju imati različit tretman sa aspekta ubiranja poreza na dodatu vrednost.¹³

⁹ Vid.: ECJ, Case C-384/01 (*Commission v. France*) [2003] ECR I-4395, par. 25; ECJ, Case C-481/98 (*Commission v. France*) [2001] ECR I-3369, par. 21-22. Isto važi i za promet sličnih usluga, vid.: ECJ, Case C-363/05 (*JP Morgan Fleming Claverhouse Investment Trust plc and The Association of Investment Trust Companies v The Commissioners of HM Revenue and Customs*) [2007] ECR I-5517, par. 46-47. Na istom mestu Sud navodi i da princip fiskalne neutralnosti obuhvata takođe i princip eliminacije distorzivnog uticaja različitog poreskog tretmana na konkurenciju. Distorzije nastaju kada se promet konkurentnih usluga oporezuje na nejednak način porezom na dodatu vrednost.

¹⁰ Vid.: ECJ, Case C-317/94 (*Elida Gibbs Ltd v Commissioners of Customs and Excise*) [1996] ECR I-5339, par. 20. To znači i da dobra domaćeg i inostranog porekla ne smeju biti različito tretirana.

¹¹ Potpuno suprotan efekat stvara se u uslovima višefaznog kumulativnog poreza na promet. Kumulativan (kaskadni) efekat je rezultat obračuna i naplate poreza na ukupnu cenu dobra (a ne samo na dodatu vrednost) pri svakoj isporuci u prometnom lancu. Pri tome, poreski obveznik ne može povratiti porez plaćen kroz prodajnu cenu prethodnika u prometnom ciklusu, te njegov iznos uključuje u svoju prodajnu cenu (kako bi izbegao trošak). Obračun poreza na cenu uvećanu za iznos prethodno plaćenog poreza vodi plaćanju "poreza na porez". Kumulativni efekat je izraženiji što je veći broj faza prometnog ciklusa, zatim ukoliko je viša poreska stopa i ako je u ranijim fazama prometnog ciklusa dodata veća vrednost. Na taj način, porez direktno utiče na ekonomske odluke privrednih subjekata (favorizovana su ona dobra čiji je put do krajnjeg potrošača kraći) i deluje distorzivno, vid.: Dejan Popović, *Nauka o porezima i poresko pravo*, COLPI, Budimpešta i Savremena administracija, Beograd 1997, str. 782-784.

¹² Vid.: ECJ, Case C-268/83 (*D.A. Rompelman and E.A. Rompelman-Van Deelen v Minister van Financiën*) [1985] ECR 655, par. 19; ECJ, Case C-465/03 (*Kretztechnik AG v Finanzamt Linz*) [2005] ECR I-4357, par. 34.

¹³ Vid.: ECJ, Case C-382/02 (*Cimber Air A/S v Skatteministeriet*) [2004] ECR I-8379, par. 24; ECJ, Case C-141/00 (*Ambulanter Pflegedienst Kügler*) [2002] ECR I-6833, par. 30.

OPOREZIVANJE PROMETA PUTNIČKIH VOZILA
POREZOM NA DODATU VREDNOST U SRBIJI

Predstojeće izlaganje ograničeno je na poreski tretman isporuke putničkog vozila¹⁴, koju obveznik PDV vrši u Srbiji uz novčanu naknadu, kao deo svoje imovine. Slučajevi poput razmene putničkih vozila po sistemu „staro za novo“, prometa putničkog vozila bez naknade, prometa polovnih motornih vozila koji se oporezuje u skladu sa čl. 36 ZPDV itd. nisu uzeti u obzir uprkos implikacijama na terenu poreza na dodatu vrednost.¹⁵ Posebno ćemo prikazati poreski režim koji se primenjivao do 1. januara 2013. godine i onaj koji važi od tog datuma. Naime, Zakonom o izmenama i dopunama ZPDV¹⁶ poreski tretman prometa putničkih vozila bitno je promenjen. Stoga je opis poreskog tretmana koji je prethodio sadašnjem neophodan za potpun sud (koji obuhvata i njihovo poređenje) o stepenu usklađenosti sa načelom fiskalne neutralnosti PDV.

Poreski tretman koji se primenjivao do 1. januara 2013. godine

Na koji će se način vršiti oporezivanje prometa putničkih vozila prevashodno zavisi utvrđivanja da li je obveznik imao pravo na odbitak prethodnog poreza po osnovu nabavke tog putničkog vozila, kao i da li je u prethodnoj fazi prometnog ciklusa (pri nabavci) PDV uopšte obračunat.

U čl. 29, st. 1, tač. 1) ZPDV propisano je, *inter alia*, da obveznik nema pravo na odbitak prethodnog poreza po osnovu nabavke, proizvodnje i uvoza putničkih automobila. Radi se o zakonom propisanom uskraćivanju prava na odbitak prethodnog poreza koje se primenjuje nezavisno od ispunjenosti uslova predvi-

¹⁴ Za određivanje pojma putničkog vozila za potrebe ZPDV treba konsultovati odredbe Zakona o bezbednosti saobraćaja na putevima, *Službeni glasnik RS*, br. 41/09, 53/10, 101/11, 32/13 i 55/14, Pravilnika o podeli motornih i priključnih vozila i tehničkim uslovima za vozila u saobraćaju na putevima, *Službeni glasnik RS*, br. 40/12, 102/12, 19/13 i 41/13 i klasifikaciju i definicije vozila Ekonomske komisije Ujedinjenih nacija za Evropu, vid.: mišljenje Ministarstva finansija br. 413-00-03546/2010-04 od 15. decembra 2010. godine.

¹⁵ Ovaj rad ne pretenduje da bude okvalifikovan kao iscrpan prikaz poreskog tretmana prometa putničkih vozila iz ugla poreza na dodatu vrednost. U tom smislu, vid.: PDV, 10/2013, Cekosin, str. 23-50; Gordana Ilić-Popov, Svetislav Kostić, "Promet putničkih automobila u poreskom sistemu Republike Srbije", rad prihvaćen za objavljivanje u: *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom Evropske unije* (ur. Vuk Radović), Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2014. Ukažaćemo u čemu se sastoji kolizija sa načelom fiskalne neutralnosti PDV, koji su njeni uzroci i koje mogućnosti ZPDV ostavlja da se ta kolizija eliminiše. Ova saznanja analogno su primenjiva i na druge oblike prenosa putničkih vozila koje vrši obveznik PDV, a koji ostaju van obuhvata rada.

¹⁶ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o porezu na dodatu vrednost, *Službeni glasnik RS*, br. 93/12.

đenih u čl. 28 ZPDV.¹⁷ Izuzetno, obveznik ima pravo na odbitak prethodnog poreza obračunatog pri nabavci putničkog vozila ako to vozilo isključivo koristi za obavljanje delatnosti prometa,¹⁸ iznajmljivanja (*rent a car*),¹⁹ prevoza lica (taksi)²⁰ i dobara ili za obuku vozača za upravljanje putničkim vozilom.²¹ U slučaju da obveznik nije imao pravo na odbitak prethodnog poreza, njegova dalja isporuka nije bila predmet oporezivanja PDV saglasno čl. 6, st. 1, tač. 2) ZPDV.²² Ako je obveznik, izuzetno, ostvario pravo na odbitak prethodnog poreza, njegova dalja isporuka bila je predmet redovnog režima oporezivanja u skladu sa čl. 3, st. 1, tač. 1) i čl. 4 ZPDV.

Za razliku od situacije u kojoj je obvezniku *ex lege* uskraćeno pravo na odbitak prethodnog poreza (čime se implicira njegovo vršenje u odsustvu posebnog pravila), moguće je da nevršenje odbitka počiva na prostoj činjenici da u prethodnoj fazi prometnog ciklusa PDV uopšte nije obračunat, čime i pravo na odbitak *per se* postaje izlišno. Do toga bi dolazilo kada obveznik putničko vozilo kupi od lica koje nije obveznik (npr. mali obveznik ili krajnji potrošač), ukoliko je vozilo nabavljeno pre 1. januara 2005. godine, kao i kada vozilo kupi od obveznika, ali pod okriljem odredbe čl. 6, st. 1, tač. 2) ZPDV. U sva tri slučaja dalja isporuka vozila bila je oporeziva u skladu sa čl. 3, st. 1, tač. 1) i čl. 4 ZPDV.²³

¹⁷ PDV je porez na potrošnju. Svrha odredbe čl. 29, st. 1 ZPDV je da onemogući odbitak prethodnog poreza pri nabavci "osetljivih" dobara, čiju je stvarnu upotrebu teško nadzirati, i na taj način obezbedi oporezivanje krajnje potrošnje, upored.: Liam Ebrill, Michael Keen, Jean-Paul Bodin, Victoria Summers, *The modern VAT*, International Monetary Fund, Washington, D.C. 2001, str. 17. S određenim izuzecima (najčešće analogim onima iz čl. 29, st. 2 ZPDV), prethodni porez se, u potpunosti ili delimično, ne može odbiti pri nabavci putničkih vozila u sledećim državama članicama Evropske unije: Austriji, Belgiji, Bugarskoj, Hrvatskoj, Kipru, Danskoj, Finskoj, Francuskoj, Nemačkoj, Grčkoj, Mađarskoj, Irskoj, Italiji, Letoniji, Litvaniji, Malti, Poljskoj, Portugaliji, Rumuniji, Sloveniji, Švedskoj i Ujedinjenom Kraljevstvu, vid.: *EU VAT Compass 2012/2013*, ed. by Walter van der Corput and Fabiola Annacondia, IBFD, Amsterdam 2012, str. 596-602 i čl. 61 Zakona o porezu na dodanu vrijednost, *Narodne novine*, br. 73/13 i 148/13; Rešenje USRH 99/13 i 153/13.

¹⁸ Vid.: mišljenje Ministarstva finansija, br. 413-00-1274/2007-04 od 19. septembra 2007. god

¹⁹ Vid.: mišljenje Ministarstva finansija, br. 413-00-0715/2006-04 od 4. septembra 2006. god.

²⁰ Vid.: mišljenje Ministarstva finansija, br. 413-00-02135/2005-04 od 28. septembra 2005. god.

²¹ Vid.: čl. 29, st. 2 ZPDV.

²² Zakon o porezu na dodatu vrednost, *Službeni glasnik RS*, br. 84/04, 86/04, 61/05 i 61/07. Upravo je cilj ove odredbe bio da se eliminiše duplo oporezivanje koje bi nastalo kao posledica uskraćivanja prava na odbitak prethodnog poreza pri nabavci putničkog vozila u kombinaciji sa oporezivanjem pri daljoj isporuci tog dobra, vid.: Dejan Popović, Stevan Aleksić, *Primena Zakona o porezu na dodatu vrednost*, Cegos in, Beograd 2006, str. 50- 51. Vid. i: mišljenje Ministarstva finansija br. 413-00-1248/2008-04 od 9. septembra 2008. godine.

²³ Vid.: mišljenja Ministarstva finansija br. 413-00-31/4-05-04 od 22. januara 2005. godine i br. 413-00-921/2008-04 od 16. aprila 2008. godine, kada je reč o poreskom tretmanu pro-

Kolizija sa načelom fiskalne neutralnosti PDV

Opisani poreski tretman na različite načine odstupanja od načela fiskalne neutralnosti PDV. Najpre, zahvaljujući čl. 29, st. 1 ZPDV obveznik, po pravilu, neće biti u mogućnosti da odbije PDV koji mu je obračunat pri nabavci putničkog vozila i snosiće trošak poreza čak i ukoliko vozilo upotrebljava isključivo za potrebe vršenja prometa iz čl. 28, st. 1 ZPDV.²⁴ Jedino kada se vozilo koristi u smislu čl. 29, st. 2 ZPDV očuvane se ekonomska neutralnost PDV. Međutim, iz razloga koje smo ranije naveli (činjenice da je reč o dobrima čija je stvarnu upotrebu teško kontrolisati i osnovane bojazni od poreske evazije), ovakvo odstupanje smatramo opravdanim. Takva praksa uobičajena je i u većini država članica Evropske unije.

Ne može se, međutim, opravdati neizbežna pojava duplog oporezivanja i kumuliranja poreskog opterećenja kada se prvi put prekine lanac isporuka koje se vrše pod okriljem odredbe čl. 29, st. 2 ZPDV. Ovde, pre svega, imamo u vidu slučajeve u kojima se upotrebljavano putničko vozilo nabavlja bez obračunatog poreza, a koje je bilo predmet oporezivanja porezom na dodatu vrednost u ranijoj fazi prometnog ciklusa. Kada obveznik PDV proda takvo vozilo dolazi do duplog oporezivanja, budući da nije u mogućnosti da povрати PDV koji je prethodno plaćen.²⁵ Očigledno da on ne može biti konkurentan prodavcu vozila koje je prethodno jedanput bilo podvrgnuto oporezivanju porezom na dodatu vrednost i čiji se dalji promet oporezuje porezom na prenos apsolutnih prava.²⁶ Zbog toga on mora voditi računa i od koga nabavlja vozilo.

Poreski tretman koji se primenjuje od 1. januara 2013. godine

Izmenama i dopunama ZPDV s kraja 2012. godine poreski tretman prodaje putničkog vozila na koje je pri nabavci obračunat PDV nije se suštinski promenio.

meta putničkog vozila koje je obveznik nabavio pre 1. januara 2005. godine. Za slučaj u kojem je obveznik vozilo nabavio od lica koje nije obveznik, vid.: mišljenje Ministarstva finansija, br. 413-00-1388/2007-04 od 4. oktobra 2007. godine. U istom mišljenju navodi se da se pri daljoj isporuci vozila ne primenjuje odredba čl. 6, st. 1, tač. 2) ZPDV.

²⁴ Primera radi, obveznik PDV koji se bavi građevinskom delatnošću nabavi kombi sa devet mesta za sedenje uključujući i mesto za sedenje vozača radi prevoza zaposlenih do gradilišta. Reč je o putničkom vozilu u odnosu na koje nije dopušten odbitak ulaznog PDV, vid.: mišljenje Ministarstva finansija br. 413-00-03546/2010-04 od 15. decembra 2010. godine.

²⁵ Upored.: ECJ, Case 17/84 (*Commission of the European Communities v Ireland*) [1985] ECR 2375, par. 12-14 i ECJ, Case 16/84 (*Commission of the European Communities v Kingdom of the Netherlands*) [1985] ECR 2355, par. 16-18.

²⁶ Distorzivni efekat je izraženiji što je viša poreska stopa. Izuzetno, isporučilac može vozilo prodati po tržišnoj ceni, ukoliko je kupac obveznik iz čl. 29, st. 2 ZPDV (te može odbiti obračunati PDV), a u ranijim fazama prometnog ciklusa nije došlo do kumuliranja poreskog opterećenja.

On i dalje zavisi od primene čl. 29 ZPDV.²⁷ Ukoliko obveznik nema pravo na odbitak prethodnog poreza u skladu sa čl. 29, st. 1, tač. 1) ZPDV, dalja prodaja vozila oslobođena je PDV bez prava na odbitak prethodnog poreza u skladu sa čl. 25, st. 2, tač. 3a) ZPDV, koji predstavlja novinu u odnosu na prethodno zakonsko rešenje.²⁸ Ranija odredba čl. 6, st. 1, tač. 2) ZPDV prestala je da važi. Ako je obveznik imao pravo na odbitak prethodnog poreza na osnovu čl. 29, st. 2 ZPDV, dalja isporuka vozila oporeziva je s pozivom na čl. 3, st. 1, tač. 1) i čl. 4 ZPDV.

S druge strane, zahvaljujući novom čl. 25, st. 2, tač. 3b) ZPDV, poreski tretman prodaje putničkog vozila na koje pri nabavci nije obračunat PDV, suštinski jeste izmenjen. Navedenom odredbom je isporuka dobara, za koja je u prethodnoj fazi prometa postojala obaveza plaćanja poreza u skladu sa zakonom kojim se uređuju porezi na imovinu, postala oslobođena bez prava na odbitak prethodnog poreza. S obzirom da prenos prava svojine na putničkom vozilu uz naknadu, po pravilu, podleže porezu na prenos apsolutnih prava kada se ne naplaćuje PDV,²⁹ ukoliko obveznik kupi putničko vozilo od lica koje nije obveznik (npr. mali obveznik ili krajnji potrošač), kao i kada vozilo nabavi od obveznika bez obračuna PDV shodno čl. 25, st. 2, tač. 3a) i 3b) ZPDV, dalja isporuka će biti oslobođena bez prava na odbitak prethodnog poreza. Isto važi i za vozilo koje je nabavljeno pre 1. januara 2005. godine, ako je navedeni uslov ispunjen. U retkim slučajevima, kada pri nabavci putničkog vozila nije postojala obaveza plaćanja poreza u skladu sa ZPI (npr. oporezivanje vozila kupljenog pre 1. januara 2005. godine vršeno u skladu sa Zakonom o porezu na promet³⁰), dalja isporuka oporeziva je u skladu sa čl. 3, st. 1, tač. 1) i čl. 4 ZPDV.

Na ovaj način zakonodavac je raniji poreski tretman s uspehom preokrenuo u korist fiskalne neutralnosti PDV. Duplo oporezivanje najčešće će biti elimi-

²⁷ Napominjemo da su izmene koje je čl. 29 ZPDV pretrpeo u st. 1, tač. 1) irelevantne za potrebe ovog rada.

²⁸ Mišljenja smo da oslobođenje iz čl. 25, st. 2, tač. 3a) ZPDV ne treba ograničiti na slučaj iz čl. 29, st. 1 ZPDV, već da ga treba primeniti i u slučaju kada obveznik kupljeno dobro koristi ili će koristiti za potrebe oslobođenog prometa bez prava na odbitak prethodnog poreza. Takav obveznik nema pravo na odbitak ulaznog PDV, jer ne ispunjava uslove iz čl. 28 ZPDV. Ako bi dalja prodaja istih dobara bila oporeziva došlo bi do duplog oporezivanja. Čl. 25, st. 2, tač. 3a) ZPDV efikasno eliminiše ovu pojavu. Pomenimo još i da ZPDV nije omogućavao ovakvo postupanje pre usvajanja ove odredbe. Štaviše, ni nekadašnji čl. 6, st. 1, tač. 2) ZPDV nije obuhvatao sve slučajeve iz čl. 29, st. 1 ZPDV, u kojima je duplo oporezivanje na opisan način bilo zamislivo.

²⁹ Vid.: čl. 23, u vezi sa čl. 24a, st. 1, tač. 1) Zakona o porezima na imovinu, *Službeni glasnik RS*, br. 26/01, *Službeni list SRJ*, br. 42/02 i *Službeni glasnik RS*, br. 80/02, 135/04, 61/07, 5/09, 101/10, 24/11, 78/11, 57/12, 47/13 i 68/14.

³⁰ Zakon o porezu na promet, *Službeni glasnik RS*, br. 22/01, 73/01, 80/02 i 70/03.

nisano i pri prodaji vozila na koje u prethodnoj fazi prometnog ciklusa PDV nije obračunat.³¹ Istovremeno, otklanjaju se distorzije koje prate ovu pojavu.

OSVRT NA PRAKSU EVROPSKOG SUDA PRAVDE

Evropski sud pravde se u slučaju C-415/98³² bavio poreskim tretmanom prometa putničkog vozila, koje je obveznik nabavio od fizičkog lica bez mogućnosti odbitka prethodnog poreza, i koje je koristio za poslovne, ali i privatne potrebe.

Sud je najpre razmotrio pitanje da li se sporno vozilo, i pored prevashodne upotrebe u poslovne svrhe (do 70%), može u potpunosti pripisati privatnoj imovini obveznika. Naime, obveznik je zastupao stanovište da je vozilo deo njegove privatne imovine, te da se stoga izopštava iz sfere njegove delatnosti, usled čega i dalja prodaja tog vozila ne podleže oporezivanju.³³ S druge strane, nemačka i grčka vlada zauzele su stav da je vozilo bilo deo poslovne imovine. Stav je baziran na činjenici da je obveznik odbio prethodni porez u odnosu na troškove koji su nastali u vezi sa upotrebom i održavanjem vozila.³⁴ Komisija je, pak, smatrala da dualna upotreba vozila *a priori* isključuje potpuno zadržavanje vozila u privatnoj imovini.³⁵ Prodaja vozila koje je deo poslovne imovine podleže oporezivanju, nezavisno od toga što pri nabavci nije ostvaren odbitak prethodnog poreza.

Prema viđenju Suda, obveznik može osnovno dobro tretirati kao deo privatne imovine i pored toga što ga delimično koristi za poslovne svrhe.³⁶ Činjenica da je pri nabavci dobara i usluga u vezi sa upotrebom vozila odbio ulazni PDV takođe ne predstavlja dokaz da je vozilo deo poslovne imovine. Da li je konkretno dobro deo poslovne i/ili privatne imovine relevantno je isključivo za poreski tretman samog dobra, a ne i za poreski tretman sporednih troškova. Odbitak pret-

³¹ Napominjemo da je upravo eliminacija kumulacije fiskalnog opterećenja navedena u obrazloženju predloga Zakona o izmenama i dopunama ZPDV, *Službeni glasnik RS*, br. 93/12 kao razlog za implementaciju čl. 25, st. 2, tač. 3a) i 3b) u ZPDV.

³² ECJ, Case C-415/98 (*Laszlo Bakcsi v Finanzamt Fürstenfeldbruck*) [2001] ECR I-1831.

³³ Vid.: *ibid.*, par. 18.

³⁴ Vid.: *ibid.*, par. 21 i 22. Na isti način argumentovao je i nemački finansijski sud pred kojim je slučaj razmatran pre iznošenja pred Evropski sud pravde i opšti pravobranilac A. Saggio, vid.: *ibid.*, par. 12 i par. 28-29 mišljenja opšteg pravobranioca A. Saggio od 13. aprila 2000. godine.

³⁵ Vid.: ECJ, Case C-415/98, par. 23. Prema shvatanju Komisije, kriterijum stvarne upotrebe dobra odlučujući je za zaključak o njegovoj pripadnosti poslovnoj i/ili privatnoj imovini.

³⁶ Vid.: *ibid.*, par. 34. Poreski obveznik je slobodan da odredi da li će osnovna dobra koja koristi u poslovne i privatne svrhe u potpunosti pripisati poslovnoj imovini, u celini zadržati u privatnoj imovini i na taj način ih isključiti iz sistema PDV, ili će ih integrisati u svoje poslovanje u onoj meri u kojoj se stvarno koriste za poslovne potrebe, vid.: ECJ, Case C-434/03 (*P. Charles, T. S. Charles-Tijmens v Staatssecretaris van Financiën*) [2005] ECR I-7037, par. 23.

hodnog poreza u potonjem slučaju je zasebna stvar, koja zavisi od ispunjenosti propisanih uslova, a naročito od korišćenja kupljenih dobara i usluga za potrebe oporezivih transakcija. Da je, pak, odbitak prethodnog poreza izvršen u odnosu na samo vozilo, ne bi bilo dileme da se radi o poslovnoj imovini.³⁷

Sud je potom pažnju posvetio pitanju da li je opravdano oporezovati promet vozila, koje je deo poslovne imovine obveznika,³⁸ ali u odnosu na koje obveznik prilikom nabavke nije mogao odbiti prethodni porez, budući da je vozilo kupljeno od fizičkog lica koje nije obveznik. Nije sporno da se ovakav promet apsolutno uklapa u jezički smisao odredbe čl. 2(1) Direktive 77/388/EEC³⁹. Međutim, oporezivanje u ovakvoj situaciji vodi duplom oporezivanju, koje je suprotno načelu fiskalne neutralnosti, a koje je svojstveno zajedničkom sistemu PDV.⁴⁰ Sud se, stoga, veoma vešto zalaže za zaštitu ovog načela u zakonskim okvirima i kaže da obveznik može pre prodaje izvršiti transfer vozila u privatnu imovinu i na taj način izbeći oporezivanje transakcije, koju sada vrši u privatnom kapacitetu.⁴¹ Sud, dakle, ne spori važeći poreski tretman u opisanom slučaju, ali nudi rešenje kako da se izbegne duplo oporezivanje, a da se, pri tome, ne postupa na uštrb postojećih pravnih normi. Obveznik ima dve opcije: da dobro odmah pripíše privatnoj imovini, ili da ga unese u poslovnu imovinu, pa potom prenese u privatnu imovinu, u okviru koje će vršiti isporuku trećem licu. Mišljenja smo da je

³⁷ Vid.: ECJ, Case C-415/98, par. 24-34.

³⁸ Ukoliko je dobro delimično deo poslovne imovine, oporezivanje se vrši samo u tom delu, vid.: *ibid.*, par. 39 i 47.

³⁹ Reč je o isporuci dobara uz naknadu, koju poreski obveznik izvrši na teritoriji države članice, u okviru obavljanja delatnosti u smislu čl. 2(1) Direktive 77/388/EEC (*Council Directive 77/388/EEC of 17 May 1977 on the harmonisation of the laws of the Member States relating to turnover taxes – Common system of value added tax: uniform basis of assessment*, OJ L 145 of 13 June 1977), čl. 2(1)(a) Direktive 2006/112/EC, odnosno čl. 3, st. 1, tač. 1) ZPDV. Poresku osnovicu čini naknada koju obveznik prima ili treba da primi za isporučena dobra od kupca ili trećeg lica, uključujući subvencije koje su nepoređno povezane sa cenom tih dobara, u koju nije uključen PDV, vid.: čl. 11(A)(1)(a) Direktive 77/388/EEC, čl. 73 Direktive 2006/112/EC i čl. 17, st. 1 ZPDV. Irelevantno je to što se na isporučena dobra nije mogao odbiti prethodni porez u trenutku njihove nabavke, vid.: ECJ, Case C-415/98, par. 40 i mišljenje opšteg pravobranioca A. Saggio, par. 31 i 35.

⁴⁰ Vid.: ECJ, Case C-415/98, par. 46. Ipak, u opisanom slučaju nije se moglo primeniti oslobođenje iz čl. 13(B)(c) Direktive 77/388/EEC, vid.: par. 33 mišljenja opšteg pravobranioca A. Saggio. Reč je o oslobođenju koje je analogno onom iz čl. 25, st. 2, tač. 3a) ZPDV. Podsećamo i da u srpskoj praksi nije bila dopuštena primena ranijeg čl. 6, st. 1, tač. 2) ZPDV u ovom slučaju, vid.: gore, fusnota 24.

⁴¹ Reč je o prometu dobara bez naknade u smislu čl. 5(6) Direktive 77/388/EEC, čl. 16 Direktive 2006/112/EC, odnosno čl. 4, st. 4 i 5 ZPDV. Budući da obveznik nije mogao odbiti prethodni porez, promet dobara bez naknade neće se poistovetiti sa prometom dobara uz naknadu u smislu navedenih odredaba. Vid.: ECJ, Case C-415/98, par. 41-45 i 47.

Sud svojim pristupom nedvosmisleno pokazao privrženost zaštiti principa fiskalne neutralnosti PDV.

U slučaju C-165/88⁴² postavljeno je pitanje da li su odredbe nacionalnog zakonodavstva, koje pri oporezivanju prometa polovnih dobara nabavljenih od fizičkog lica ne uzimaju u obzir činjenicu da obveznik nije mogao odbiti prethodni porez, u skladu sa komunitarnim zakonodavstvom.⁴³

Iznesimo, najpre, razloge zbog kojih se ovo pitanje našlo pred Evropskim sudom pravde. Otklanjanje duplog oporezivanja je fundamentalni princip zajedničkog sistema PDV i jedan od ciljeva harmonizacije PDV zakonodavstva. Kod trgovine polovnim dobrima, kao u predstavljenom slučaju, dolazi do duplog oporezivanja. U čl. 32 Direktive 77/388/EEC predviđeno je da će Savet, na predlog Komisije, jednoglasno usvojiti poseban postupak oporezivanja polovnih dobara, umetničkih dela, antikviteta i kolekcionarskih dobara do 31. decembra 1977. godine. Međutim, u vreme razmatranja slučaja pred Sudom, 12 godina kasnije, ovaj postupak još uvek nije postao deo komunitarnog zakonodavstva.⁴⁴ Ovakvo stanje iniciralo je diskusiju o obavezi država članica da, u odsustvu odgovarajuće komunitarne regulative, unilateralno regulišu poreski tretman prometa polovnih dobara u cilju eliminacije duplog oporezivanja.

Sud smatra da ovakva obaveza ne postoji, te i da su odredbe nacionalnog zakonodavstva, koje ne izbegavaju duplo oporezivanje u trgovini polovnim dobrima, kompatibilne sa komunitarnim zakonodavstvom. Sud, međutim, pozivajući se na raniju praksu, dodaje da se u osnovi ne može prigovoriti državi članici koja, u skladu sa čl. 5 Ugovora o osnivanju Evropske ekonomske zajednice (*Treaty*

⁴² ECJ, Case C-165/88 (*ORO Amsterdam Beheer BV and Concerto BV v Inspecteur der omzetbelasting*) [1989] ECR 4081.

⁴³ Kompanije ORO Amsterdam Beheer BV and Concerto BV trgovale su novim i polovnim gramofonskim pločama, muzičkim kasetama i kompakt diskovima. U odnosu na polovna dobra, koja su kupovale od fizičkih lica koja nisu obveznici PDV, kompanije su zatražile povraćaj poreza koji je sadržan u nabavnoj ceni, što je holandska poreska administracija odbila.

⁴⁴ Komisija je u Predlogu Direktive 77/388/EEC (*Proposal for a sixth Council Directive on the harmonization of Member States concerning turnover taxes, Common system of value added tax: Uniform basis of assessment*, COM(73) 950 of 20 June 1973) predvidela poseban postupak oporezivanja polovnih dobara koji nije prihvaćen. Umesto toga, Savet je kao prelaznu meru usvojio navedeni čl. 32 kojim je, takođe, predviđeno da države članice, koje su u trenutku stupanja na snagu Direktive 77/388/EEC primenjivale poseban postupak oporezivanja polovnih dobara, isti mogu i dalje primenjivati, do donošenja odgovarajuće komunitarne regulative. Do toga je došlo tek 1994. godine, usvajanjem Direktive 94/5/EC (*Council Directive 94/5/EC of 14 February 1994 supplementing the common system of value added tax and amending Directive 77/388/EEC – Special arrangements applicable to second-hand goods, works of art, collectors' items and antiques*, OJ L 60 of 3 March 1994).

establishing the European Economic Community),⁴⁵ u određenim slučajevima zadržati ili uvede unilateralne mere zarad ostvarivanja ciljeva Zajednice, ukoliko Savet propusti da usvoji mere koje se nalaze u isključivoj nadležnosti Evropskih zajednica.⁴⁶

Direktivom 94/5/EC konačno je implementiran poseban postupak oporezivanja polovnih dobara u komunitarno zakonodavstvo. Međutim, odredbe ove direktive odnose se isključivo na obveznike čija se delatnost u osnovi sastoji u preprodaji polovnih dobara. Situacija iz gore opisanog slučaja C-415/98 nije pokrivena njenim normama. Stoga je osnovano zapitati se da li je unilateralna implementacija pravila, poput čl. 25, st. 2, tač. 3b) ZPDV, koje i u ovakvim slučajevima eliminišu duplo oporezivanje, dopuštena iz ugla komunitarnog zakonodavstva ili je, čak, poželjna? Mišljenja smo da na postavljeno pitanje treba dati potvrdan odgovor.⁴⁷

Iz predočene prakse Evropskog suda pravde možemo zaključiti da je neophodno zaštititi načelo fiskalne neutralnosti PDV, ukoliko je to moguće, u granicama postojećeg zakonodavnog rešenja. Štaviše, u odsustvu komunitarnog zakonodavstva koje eliminiše duplo porezivanje, legitimno je usvajati unilateralna pravila koja to čine.

ZAKLJUČAK

Oporezivanje prometa putničkih vozila porezom na dodatu vrednost u Srbiji je do kraja 2012. godine umnogome odstupalo od fundamentalnog načela fiskalne neutralnosti PDV. Duplo oporezivanje bilo je neizbežna nuspojava prodaje upotrebljavanog putničkog vozila na koje u prethodnoj fazi prometnog ciklusa PDV nije obračunat. Poreski tretman nužno se odražavao na ekonomske odluke privrednih subjekata i stvarao distorzije. Međutim, ovakva praksa bila je u skladu sa odredbama ZPDV. Štaviše, na osnovu prikaza slučaja C-415/98 zaključujemo da je ona primerena pravilima važećeg komunitarnog zakonodavstva i da nije neuobičajena u državama članicama Evropske unije. Ipak, iz rezonovanja Evropskog suda pravde nedvosmisleno proizlazi da je reč o nekom obliku anomalije važećeg sistema poreza na dodatu vrednost. Implementacijom čl. 25, st. 2, tač. 3b) ZPDV ista se otklanja, a poreski tretman prometa putničkih vozila upodobljava načelu fiskalne neutralnosti PDV. Ovakav pristup smatramo ispravnim. U svetlu stavova koje je Evropski sud pravde izneo u slučaju C-165/88, mišljenja smo da je

⁴⁵ Čl. 4(3) Ugovora o Evropskoj uniji (*Treaty on European Union – consolidated version 2012*, OJ C 326 of 26 October 2012).

⁴⁶ Vid.: ECJ, Case C-165/88, par. 15 i 24-25.

⁴⁷ Vid. i: par. 39 i 40 mišljenja opšteg pravobranioca A. Saggio u slučaju C-415/98.

i iz ugla komunitarnog zakonodavstva intervencija srpskog zakonodavca legitima i dopuštena.

MILOŠ MILOŠEVIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law,
University of Belgrade

THE PROTECTION OF THE PRINCIPLE OF FISCAL NEUTRALITY
OF VAT IN THE TAXATION OF SUPPLIES OF PASSENGER VEHICLES

Summary

By the end of 2012, in practice in Serbia, the taxation of supplies of passenger vehicles with VAT largely deviated from the fundamental principle of fiscal neutrality of VAT. Still, such practice was in line with relevant legal provisions, but at the same time it led to double taxation and proved to be distortional. That is why it was wrong and had to be eliminated from the VAT system. This was done by means of implementation of Art. 25, par. 2, point 3b into the positive VAT legislation, and the taxation of supplies of passenger vehicles was harmonized with the principle of fiscal neutrality of VAT. We believe such approach was valid. In light of the analyzed opinions of the European Court of Justice, we find that the Serbian legislators' intervention was legitimate and admissible from the aspect of *Acquis Communautaire*.

MARINA DIMITRIJEVIĆ

ODREDNICE LOJALNOSTI PORESKIH OBVEZNIKA

U V O D

Lojalnost poreskih obveznika, koja se ogleda u prihvatanju, poštovanju i doslednom ispunjavanju zakonom propisanih poreskih obaveza, oduvek je bila važna za državu. Poreska lojalnost je fundamentalna pretpostavka efikasne realizacije poreskog sistema a time i obezbeđenja potrebnog iznosa finansijskih sredstava za pravovremeno, efikasno i kvalitetno ostvarivanje postavljenih ciljeva u okviru državnih funkcija. Očuvati i povećati postojeći nivo lojalnosti poreskih obveznika u jednom društvu konstantni je izazov u radu poreskih organa.

Brojni činioci utiču na povinovanje obveznika porezima i, u suštini, predstavljaju odrednice lojalnosti poreskih obveznika. Osnovna svrha identifikovanja i boljeg razumevanja dejstva ovih odrednica je u mogućnosti osmišljavanja kvalitetnijeg uticaja poreske vlasti na ponašanje poreskih obveznika. Standardni prilaz ovoj problematici, koji bi primenile sve države, se ne predlaže iz nekoliko razloga. Naime, nacionalne poreske vlasti se suočavaju sa različitim okruženjem unutar koga primenjuju poreski sistem. Imajući u vidu, nejednak društveno-ekonomski razvoj država, logično je očekivati da njihovo važeće poresko zakonodavstvo, poreske politike i planirani efekti oporezivanja ne budu istovetni. Pored toga, razlike su prisutne i u poreskoj kulturi obveznika, kao i dostignutom stepenu osa-

Dr Marina Dimitrijević, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Rad je rezultat istraživanja na projektu "Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru" (br. 179046), koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

vremenjivanja i kapacitetu poreskih organa da ostvare potreban uticaj na ponašanje poreskih obveznika.

IDENTITET PORESKIH OBVEZNIKA, ODGOVARAJUĆA PORESKA REGULATIVA I POVINOVANJE POREZIMA

Primarni cilj poreskih organa je naplata poreza u skladu sa zakonom i to na način koji predstavlja podršku očuvanju poverenja poreskih obveznika u sistem oporezivanja, poreske organe i njihovo postupanje u poreskom postupku. Svi poreski obveznici ne doživljavaju povinovanje porezima¹ na isti način pa, prema tome, ni svoju dužnost da, shodno vlastitoj ekonomskoj snazi, podnesu teret finansiranja javne potrošnje. Izazov i odgovornost poreske vlasti je da kreira strategije uticaja na ponašanje poreskih obveznika koje će rezultirati činjenicom da se nepovinovanje porezima drži na što nižem nivou.²

Ponašanje poreskih obveznika je rezultat njihovih ličnih stavova prema oporezivanju i iskustva u vezi poreza, stečenog kroz vreme. Iskustvo se formira u posebnom kontekstu sastavljenom od društvenog i ekonomskog ambijenta, koji obuhvata i aktivnosti poreskih organa i njihove odnose sa poreskim obveznicima. Promene koje mogu da utiču na modifikovanje ponašanja poreskih obveznika u vezi poštovanja poreskih zakona isto tako mogu da izmene i njihove poreske stavove i/ili iskustvo. Pravilno razumevanje problematike lojalnosti (povinovanja) poreskih obveznika poreskim zakonima, primena znanja o ovoj problematici, kao i poboljšanje postojećeg postupanja i aktivnosti poreskih organa, vode pozitivnoj promeni ponašanja poreskih obveznika i povećanju savesnosti u ispunjavanju poreskih obaveza.³

Poreski obveznici nisu homogena celina i međusobno su vrlo različiti. Razlike proističu iz porekla, demografskih osobina (pol, starost, obrazovanje), ali i karakteristika društvene grupe kojoj obveznici pripadaju. Očigledno je da obveznici poreza pripadaju različitim grupama i društvenim kategorijama što ostav-

¹ Povinovanje porezima se može posmatrati preko ispunjavanja sledećih obaveza: registracija poreskih obveznika u sistemu ; blagovremeno podnošenje tačno popunjenih poreskih prijava; uredno vođenje poslovne evidencije (poslovnih knjiga); ažurno plaćanje poreza i dr. Videti u tom smislu: Nguyễn Tiển Thúc, *A Review of Factors impacting Tax Compliance*, Australian Journal of Basic and Applied Sciences, 7(7), 2013, p. 478.

² *Compliance Risk Management: Managing and Improving Tax Compliance*, Guidance Note, Prepared by Forum on Tax Administration Compliance Sub-group, Approved by Committee on Fiscal Affairs, Centre for Tax Policy and Administration, OECD, October 2004, p. 7.

³ Uporedi: *Understanding and Influencing Taxpayers' Compliance Behaviour*, Information Note, Forum on Tax Administration: Small/Medium Enterprise (SME) Compliance Subgroup, Centre for Tax Policy and Administration, November 2010, p. 10.

lja “odraz” na njihovu lojalnost prema savremenoj poreskoj državi. Pozicioniranje obveznika u okviru različitih društvenih grupa (pozicija obveznika se može menjati tokom vremena) određuje njihov identitet. Identitet poreskih obveznika utiče na poresko ponašanje obveznika, osećaj solidarnosti, vrednosni sistem i ciljeve, prihvatanje postojećih društvenih normi, osećanja (emocije), motive i sl. Shodno tome, manifestuju se i ponašanja poreskih obveznika u vidu potpunog i delimičnog povinovnja porezima, tj. nepovinovnja poreskim obavezama.

Imajući upravo u vidu činjenicu da je identitet poreskih obveznika određen načinom na koji oni vide svoj položaj u društvu, u odnosu prema drugim poreskim obveznicima i poreskoj vlasti, u teoriji se ističe postojanje tri nivoa ovog identiteta: lični identitet, identitet grupe (podgrupe) kojoj obveznici pripadaju i nacionalni identitet. Lični identitet poreskih obveznika određen je tzv. ličnim normama obveznika kao standardima njihovog ponašanja. One su povezane sa pitanjima morala, etike, sistema vrednosti, egoizma i dr. Razvijeniji poreski moral i etika pozitivno utiču na lojalnost poreskih obveznika. Identitet grupe (podgrupe) kojoj poreski obveznici pripadaju (porodica, prijatelji, poznanici, grupe prema profesiji i dr.) determinišu društvene norme grupe a te norme mogu da odobravaju poresku lojalnost ili poresku neloyalnost. Ukoliko poreski obveznici veruju da je poreska lojalnost rasprostranjena i prihvaćena u grupi kojoj pripadaju oni će se, shodno tome, i ponašati. Navedeno znači da se poreski obveznici identifikuju sa grupom kojoj pripadaju i uvažavaju njene norme ponašanja. Nacionalni identitet poreskih obveznika oblikuju nacionalne norme ponašanja koje postaju standardi kulture u jednoj zemlji i svojevrsno su “ogledalo” važećeg prava. Poverenje u aktuelnu vlast i državnu administraciju, koja sprovodi politiku te vlasti, doprinosi povinovnju obveznika porezima. Nacionalne norme se tiču i vlasti (nadležnosti države u poreskoj oblasti) i poverenja u aktuelnu vlast. Drugim rečima, nacionalne norme svoj odraz ostvaruju u nacionalnom poreskom pravu i nadležnosti poreskih organa. Uz to, nacionalne norme koje promovišu pošteno poresko ponašanje obveznika doprinose većem poverenju u državnu (poresku) vlast.⁴

Sva tri nivoa identiteta poreskih obveznika (lični identitet, identitet grupe, nacionalni identitet) imaju određene implikacije na etičke stavove obveznika. Identitet poreskih obveznika ima ključnu važnost za koncipiranje odgovarajućih pravnih (poreskih) propisa.⁵ Koncept odgovarajuće poreske regulative karakterišu tri elementa: 1) upotreba pluraliteta regulativnih tehnika i stilova koji su tak-

⁴ Nicoleta Barbutamisu, *A Review of Factors for Tax Compliance*, Annals of “Dunarea de Jos” University of Galati Fascicle I. Economics and Applied Informatics, Years XVII – no 1/2011, p. 73–74.

⁵ Michael Wenzel, *The Multiplicity of Taxpayer Identities and Their Implications for Tax Ethics*, Law and Policy, Vol. 29, No. 1, January 2007, p. 31.

tički odabrani da najbolje odgovore postojećim okolnostima i regulisanju motivacije (motiva) obveznika;⁶ 2) zahtev za strategijom koja ohrabruje dobrovoljnu poresku saglasnost; 3) primena demokratskih principa i vrednosti u regulisanom (poreskom) području.⁷

Zadovoljavajući rezultati u povinovanju porezima mogu se očekivati ukoliko je usvojena kvalitetna poreska regulativa. Zakoni koji su razumljivi i nedvosmisleni u pogledu ciljeva koje treba ostvariti u području oporezivanja, obezbeđuju solidnu osnovu za osmišljavanje adekvatnih programa uticaja na poresku saglasnost i upravljanje rizicima u ovom domenu. Nasuprot tome, složena i nejasna poreska legislativa stvara prostor za ponašanja obveznika koja nisu u saglasnosti sa namerom zakonodavca. Na mnogo načina, kvalitetni poreski zakoni obezbeđuju pretpostavke za pravilno proceduralno postupanje poreskih organa. Ako poreski zakoni "reflektuju" nepravičnost ili se u javnom mnjenju doživljavaju kao zakoni koji, u dovoljnoj meri, ne uvažavaju realan život, neminovno je pojavljivanje raznih oblika poreske nesaglasnosti.⁸ Takođe, nestabilnost poreskih propisa unosi pravnu nesigurnost i dovodi do stvaranja nepoverenja poreskih obveznika prema poreskoj vlasti. Javne rasprave o poreskopравnim rešenjima, čijim se usvajanjem i kasnijom primenom direktno utiče na poreski status određenih kategorija poreskih obveznika, uobičajena su pojava u demokratskim društvima. Konsultacije i usaglašavanje svih zainteresovanih subjekata sa sadržinom određenih poreskih rešenja, ekonomska analiza njihove primene i procena rizika utemeljena na stručnoj podlozi, garant su kvalitetnih zakona o porezima i njihovog poštovanja od strane poreskih obveznika. Drugim rečima, pokretanjem poreskog postupka počinje primena poreskih zakona. Poreski zakoni predstavljaju komponentu okruženja unutar koga poreski organi realizuju svoje nadležnosti i u kome se ispoljavaju rizici povezani sa doslednom primenom poreza. U cilju ostvarivanja dobrih rezultata, poželjno je da porezi budu prihvatljivi prema standardima zajednice (društva). Troškovi povinovanja porezima (novčani, vremenski, psihološki), kojima su obveznici izloženi, treba da budu minimalni. Kao subjekt u društvu, poreski organi moraju postupati unutar društvenih vrednosti.⁹ Stručni i odgovorni poreski službenici jesu važ-

⁶ Regulativa koja uvažava identitet poreskih obveznika adekvatno utiče na motive obveznika i njihove poreske stavove, spremnost da se dobrovoljno povinuju porezima i budu kooperativni u poreskom postupku. U cilju kreiranja bolje regulative potrebno je poznavanje efekata ovih identiteta na poresko ponašanje.

⁷ Michael Wenzel, *The Multiplicity of Taxpayer Identities and Their Implications for Tax Ethics*, p. 32.

⁸ Videti u tom smislu: *Compliance Risk Management: Managing and Improving Tax Compliance*, p. 43.

⁹ *Ibid*, p. 44.

na pretpostavka potpunijeg ostavarivanja "poreskog potencijala (kapaciteta)" jedne zemlje i adekvatnog iznosa ubranih poreza.¹⁰

LOJALNOST PORESKIH OBVEZNIKA – POGLED IZ UGLA ODREDNICA KOJE JE DETERMINIŠU

Lojalnost poreskih obveznika je oduvek bila glavna briga poreske vlasti. Razumevanje odrednica poreske lojalnosti ima krucijalnu važnost za uspešnost procesa oporezivanja. Više je odrednica koje ostvaruju uticaj na ponašanje poreskih obveznika: poreska kontrola (kontrola poreskih obveznika); otkrivanje i sankcionisanje poreskih obveznika u slučajevima nepoštovanja poreskih propisa (koncept zastrašivanja obveznika poreza); pravila (norme) ponašanja i vrednosna orijencija poreskih obveznika; pravičnost oporezivanja; mogućnosti (prilike) za poresku nelojalnost; ekonomski činioci. Takođe, uticaj ostvaruju i međusobni odnosi navedenih odrednica poreske lojalnosti.

Poreska kontrola

Bez dobro organizovane i sprovedene poreske kontrole nijedan poreski sistem ne može efikasno da funkcioniše. Neadekvatna i nekvalitetna poreska kontrola često predstavlja najslabiju kariku u lancu preduzetih mera pri primeni poreskog prava i stvara prostor za ispoljavanje raznih vidova poreske nelojalnosti.

Predmet poreske kontrole jesu radnje poreskog obveznika iz poreskoprog odnosa u pogledu kojih se ispituje njegovo poštovanje poreskih zakona i drugih propisa. Drugim rečima, u poreskoj kontroli se proverava i utvrđuje zakonitost i pravilnost ispunjavanja poreskih obaveza. Poreska kontrola ostvaruje trostruku funkciju: preventivnu, korektivnu i represivnu. Preventivna funkci-

¹⁰ Poreski kapacitet predstavlja maksimalni iznos poreza koji se u jednoj zemlji može ubrati u odnosu na njena ekonomska, institucionalna i demografska ograničenja. Na taj način se dobija vrlo koristan parametar za vođenje poreske, ali i opšte makroekonomske politike. U procenu poreskog kapaciteta uključene su sledeće varijable za koje se smatra da određuju iznos poreza: BDP *per capita* (veći BDP *per capita* znači i veću poresku osnovicu i veći iznos poreza); stopa udela starijeg stanovništva (ima negativan uticaj na učinak ubranih poreza, jer podrazumeva niži udeo produktivnog stanovništva u ukupnom stanovništvu i, kao posledicu toga, ubiranje nižih poreza); otvorenost prema spoljnoj trgovini (ima pozitivan učinak na poreze, jer se otvorene ekonomije brže razvijaju, pa se time širi poreska osnovica i može se ubrati više poreza); udeo poljoprivrednog sektora (viši udeo poljoprivrede znači užu poresku osnovicu); kvalitet administracije i indeks korupcije (odlučujući činioci koji određuju veličinu ubranih poreza). Videti: Le, T.M., Moreno-Dodson, B. I Bayraktar, N., 2012. *Tax Capacity and Tax Effort – Extended Cross-Country Analysis from 1994 to 2009*. Policy Research Working Paper, WPS6252. Washington: The World Bank.; <http://elibrary.worldbank.org/doi/pdf/10.1596/1813-9450-62-52>

ja poreske kontrole se, pre svega, pokazuje kroz podsticanje poreskih obveznika da se pridržavaju poreskih zakona i drugih propisa da bi izbegli posledice verovatnog otkrivanja počinjenih propusta. Korektivna funkcija poreske kontrole sadržana je u nalaganju poreskom obvezniku da otkloni utvrđene nepravilnosti ili propuste u izvršavanju obaveza iz poreskopravnog odnosa. Represivna funkcija poreske kontrole vezana je za iniciranje i preduzimanje zakonom predviđenih sankcija za utvrđene povrede poreskih propisa.

Poreska kontrola ne ostvaruje isti uticaj na sve poreske obveznike. Način na koji poreski obveznici shvataju poresku kontrolu bitno je određen njihovom spremnošću da plaćaju poreze i budu lojalni svojoj državi.

Poreski organi većine zemalja su, u priličnoj meri, korišćenjem informacione tehnologije poboljšali funkciju poreske kontrole. Tok poreske kontrole, kao i način odabira poreskih obveznika za kontrolu, prilično utiču na poresku lojalnost. U celini posmatrano, poresku kontrolu odlikuju sledeće grupe aktivnosti: pripremanje planova i programa kontrole, kao i uputstva za kontrolu koja se odnose na različite oblike poreza, vrste poreskih obveznika, rizike i upotrebu resursa; realizacija planova i programa kontrole preko povezanih provera i ispitivanja sistema poslovanja, procedura, izveštaja i transakcija poreskih obveznika; pripremanje zapisnika sa zaključcima poreske kontrole i eventualnim preporukama za otklanjanje nepravilnosti uočenih u kontroli, dodatno oporezivanje i primena sankcija prema poreskom obvezniku.¹¹

U novije vreme, poreski organi u većoj meri primenjuju sistemski pristup u odabiru poreskih obveznika za kontrolu, kako bi se adekvatno uticalo na njihovu poresku lojalnost. Naime, ovaj pristup je baziran na informacijama o rizicima sa kojima se poreski organi susreću u naplati poreza od pojedinih kategorija obveznika.¹² U tom smislu su važne sledeće mere: promena uslova koji omogućavaju pojavu rizika; preduzimanje mera koje umanjuju rizike ili posledice rizika, prenošenje rizika u naredni period i zadržavanje pojedinih vrsta rizika (u slučaju da se ne mogu izbeći ili ako su troškovi otklanjanja tih rizika kod pojedinih kategorija poreskih obveznika veći od potencijalnih poreskih prihoda).¹³ Istovremeno, na

¹¹ Carlos Silvani, Katherine Baer, *Designing a Tax Administration Reform Strategy: Experiences and Guidelines*, IMF Working Paper, WP/97/30, March 1997, p. 22-24.

¹² Videti opširnije o ovom pristupu: *Risk Management*, Practice Note, Tax guidance series, Prepared by the OECD Committee of Fiscal Affairs Forum on Strategic Management, Centre for Tax Policy and Administration, OECD, 10 May 2001, p. 4; *Compliance Risk Management: Audit Case Selection Systems*, Information Note, Prepared by Forum on Tax Administration Compliance Sub-group, Approved by Committee on Fiscal Affairs, Centre for Tax Policy and Administration, OECD, October 2004, p. 14-44.

¹³ *Managing Compliance Risk*, Second Meeting on the Forum on Tax Administration, Dublin, Ireland, Conference Note, 1-2 June 2005, p. 2.

važnosti dobijaju i slučajne kontrole poreskih obveznika. Slučajan odabir znači da postoje jednaki izgledi da svaki poreski obveznik bude kontrolisan bez obzira na to kako poreski službenici gledaju na individualni status poreskih obveznika i njihovoj lojalnost u ispunjavanju poreskih obaveza. Neki od razloga iniciranja slučajnih kontrola (*random audits*) su: slučajne kontrole znače jednaku šansu da svi poreski obveznici budu kontrolisani čime se postiže pravičnost u kontroli; slučajne kontrole su u funkciji osavremenjivanja postojećih metoda kontrole koji se baziraju na neophodnoj selekciji, boljoj alokaciji resursa poreskih organa i realizaciji identifikovanja, u ranim fazama, problema u vezi sa naplatom poreza (identifikovanje trendova poreske neloyalnosti – poreskih delikata).

Uobičajeno poreska kontrola obuhvata period za koji je podneta poreska prijava, ali se može proširiti i na prethodni period, kao i tekući period, ukoliko postoje činjenice koje ukazuju da bi se proširenom poreskom kontrolom mogao bitnije izmeniti iznos utvrđenog poreza. Nesporno je da značajno dejstvo, u smanjivanju neloyalnosti poreskih obveznika, poreska kontrola može ostvariti ukoliko je nezavisna i profesionalno obavljena. Izuzetno je važno da se prate aktivnosti poreske kontrole, činjenica da li isti poreski službenici (inspektori) kontrolišu stalno iste poreske obveznike, efekti poreske kontrole. Radi sprečavanja neobjektivnosti i raznih vidova zloupotreba u poreskoj kontroli (uključujući i pojavu korupcije) potrebno je pratiti rezultate kontrole upoređivanjem rezultata kontrole istog poreskog obveznika od strane različitih poreskih inspektora, praviti učestalost, trajanje i vrste kontrole, zaključke kontrole i preporuke za buduće obavljanje kontrole. Pri tome, ne treba izgubiti iz vida da poreska kontrola, po prirodi stvari, izaziva reakcije poreskih obveznika koje mogu biti pozitivne i negativne. Preširoko postavljeni programi poreske kontrole mogu biti, od strane poreskih obveznika, shvaćeni kao agresivan nastup poreskih organa i izazvati njihovo nezadovoljstvo i veću poresku neloyalnost.

Otkrivanje i sankcionisanje poreskih obveznika u slučajevima nepoštovanja poreskih propisa (koncept zastrašivanja obveznika poreza)

Manja verovatnoća otkrivanja nepoštovanja poreskih propisa i ne toliko stroge poreske sankcije negativno deluju na lojalnost poreskih obveznika. Shodno tome, koncept zastrašivanja poreskih obveznika, koji je zasnovan na visokom nivou otkrivanja poreske nesaglasnosti i njenom adekvatnom sankcionisanju, može poboljšati počinovanje obveznika porezima. Naime, poreski obveznici će poštovati poreske zakone ukoliko će troškovi otkrivanja poreske evazije za njih biti prilično veći od koristi koju evazijom ostvaruju. Sankcionisanje poreskih obveznika koji krše poreske propise treba da obeshrabri buduću poresku evaziju, tj. da ojača moralnu obavezu da se plaćaju porezi. Izuzetno je važno istaći da vrsta i visina

poreskih sankcija ne treba da budu takve da izazovu kod poreskih obveznika osećaj ugnjetavanja (potlačenosti). Budući da koncept zastrašivanja može da ostvari dve vrste uticaja na lojalnost poreskih obveznika (pozitivan i negativan uticaj) neophodna je određena doza opreznosti zakonodavca prilikom propisivanja vrste i visine sankcije za poreske delikte. Treba ukazati da slabe poreske sankcije (uključujući tu i niske novčane kazne i kazne zatvora u slučaju poreske utaje) mogu biti shvaćene kao pokazatelj da državna vlast nije dovoljno spremna a ni sposobna da kontroliše i sankcioniše obveznike koji krše poreske propise. Navedeno potkopava poverenje čestitih poreskih obveznika u državnu vlast.¹⁴

Na jake i iskusne utajivače poreza koncept zastrašivanja, tj. poreske kontrole i sankcionisanje imaće efekat samo ako se primenjuju dosledno i u dužem vremenskom periodu. Potrebne su, dakle, konstantne poreske kontrole koje onemogućavaju poresku evaziju, kao i izricanje novčanih kazni, kazni zatvora i mera zabrane obavljanja delatnosti ukoliko obveznici kontinuirano krše poreske zakone. Izostankom navedenog u javnosti se može steći utisak da utajivači poreza uživaju zaštitu državnih organa a to je neprihvatljivo.

Koncept zastrašivanja poreskih obveznika treba posmatrati u konkretnom društvenom kontekstu. Lični stavovi pojedinaca (npr. moral, poštenje, savesnost, solidarnost i sl.) su glavni pokretači poreske lojalnosti u jednom društvu. Kada su ti stavovi opšteprihvaćeni i cenjeni u društvu, poreski obveznici će se masovno povinovati porezima. Razlog za to je što obveznici takvo ponašanje smatraju ispravnim a ne zato što se plaše kažnjavanja. Suprotno tome, kada su lični stavovi pojedinaca slabi (bazirani su na nepoštenju, nesavesnosti, nesolidarnosti, niskom moralu i dr.) i ne dobijaju adekvatnu osudu u društvu, zastrašivanje strogim sankcijama, a radi obezbeđenja poreske lojalnosti, postaje vrlo važno.¹⁵

Pravila ponašanja (norme) i vrednosna orijentacija poreskih obveznika

Pravila ponašanja poreskih obveznika (lične i društvene norme) predstavljaju bitnu odrednicu poreske lojalnosti. Lična pravila (stavovi) su duboko ukorenjena ubeđenja (uverenja) o tome kako se (ne)treba ponašati. U kontekstu poreza, lične norme mogu biti definisane kao moralni imperativ da je neophodno povinovati se poreskim obavezama. Stavovi u pogledu poreza odražavaju vrednosti pojedinačnog poreskog obveznika i njegovu poresku etiku (moral, mentalitet). Lične norme u pogledu poštovanja poreskih pravila se ne razvijaju preko noći.

¹⁴ Nicoleta Barbutamisu, *A Review of Factors for Tax Compliance*, p. 72.

¹⁵ *Understanding and Influencing Taxpayers' Compliance Behaviour*, p. 15.

One predstavljaju srž (jezgro) prihvaćenih vrednosti i nastaju kao rezultat dugotrajnih procesa socijalizacije. Društvena pravila (norme) se definišu kao ponašanje, ideje, uverenja oblikovana unutar i između društvenih grupa.¹⁶ Pravila ponašanja pojedinih društvenih grupa utiču na ponašanje njihovih članova kada oni identifikuju sebe sa grupom kojoj pripadaju.¹⁷

Poreski obveznici obično žele da se ponašaju kao drugi poreski obveznici u društvu jer izuzimanje iz ponašanja društva nije prijatna situacija. Zapravo, oni ne žele da se odvajaju od većine čak i onda kada se ne slažu u potpunosti sa njenim ponašanjem.

Sa ličnim stavovima (etikom) obveznika i društvenim normama neraskidivo su povezane emocije stida i krivice. Stid označava negativnu evaluaciju samog sebe i bojazan od negativne ocene drugih ljudi. Nasuprot tome, krivica označava negativnu procenu vlastitog postupanja i brigu o dejstvu tog postupanja na druge ljude. Iskustvo potvrđuje da stid i krivica mogu, mnogo puta, da budu efektivnija sredstva zastrašivanja u slučajevima povrede poreskih zakona, nego što su to same zakonske sankcije.¹⁸

Moguća je situacija u kojoj neke grupe poreskih obveznika prihvataju vrlo visoke moralne standarde u pogledu plaćanja poreza, ali se u stvarnosti suočavaju sa suprotnim pravilima ponašanja ili shvatanjima drugih grupa. Primera radi, te grupe uviđaju da je poreska evazija široko rasprostranjena, da su poreski organi nepravični u postupanju ili da se ubrani poreski prihodi neracionalno troše. Takva zapažanja mogu biti povod opravdanja poreske neloyalnosti. Čak štaviše, poreski obveznici vremenom mogu sebe da ubede da iza evazije poreza, u takvom kontekstu, nema mnogo toga lošeg.

Ovakav splet okolnosti nalaže poreskim organima ozbiljnu analizu ispoljenih trendova u poreskom ponašanju budući da oni mogu značajno da ugroze poresku lojalnost u jednom društvu. U situaciji kada je percepcija poreskih obveznika o stvarnom stanju u oblasti oporezivanja nerealna i netačna, poreski organi treba da javnosti učine dostupnim tačne i potpune informacije o realizaciji poreskog sistema i preduzmu aktivnosti u pravcu dalje modernizacije poreskih organa i jačanja poreskog morala.¹⁹

¹⁶ Poreski obveznici se mogu svrstati u različite društvene grupe obveznika: poreski obveznici uobičajene ekonomske snage; bogati poreski obveznici; poreski obveznici u radnom odnosu, poreski obveznici pripadnici neke profesije, poreski obveznici pravna lica, poreski obveznici građani i dr.

¹⁷ *Understanding and Influencing Taxpayers' Compliance Behaviour*, p. 20.

¹⁸ Michael Wenzel, *The Multiplicity of Taxpayer Identities and Their Implications for Tax Ethics*, p. 33.

¹⁹ *Understanding and Influencing Taxpayers' Compliance Behaviour*, p. 23.

Kada se promoviše poreska lojalnost posredstvom društvenih normi, poreski organi treba pretežno da komuniciraju sa poštenim poreskim obveznicima. Preko njih čestito poresko ponašanje treba da prenesu kao glavnu poruku javnom mnjenju. Ne retko poreski organi šalju suprotnu poruku izjavom sledeće sadržine: „Poreske prevare su rasprostranjene i poreski prevaranti su uspešno otkriveni od strane poreskih organa“. Takva poruka može da izazove pretpostavku (doduše oborivu) da veći deo poreskih obveznika ne ispunjava svoje poreske obaveze a ona potkopava poresku lojalnost obveznika.

U zdravoj državi i zdravom društvu poreski prestupnici predstavljaju manjinu a poreska nesaglasnost je predmet osporavanja. Poreski organi imaju kontakt sa velikom većinom poreskih obveznika koji se povinuju porezima i poseduju visok nivo poreskog morala. Sama ta činjenica predstavlja efektivno sredstvo propagiranja prihvatanja poreza.

Vrednosna orijentacija poreskih obveznika, takođe, utiče na poresku lojalnost. Poreski obveznici teže različitim ciljevima, donose odluke koje utiču na druge obveznike, njihovo sopstveno blagostanje se menja u odnosu na blagostanje drugih poreskih obveznika. Obveznici poreza sa višim nivoom vrednosne orijentacije fokusiraju se više na blagostanje drugih poreskih obveznika. Povezano sa vrednosnom orijentacijom uočljiv je čitav spektar ponašanja poreskih obveznika: ponašanje ekstremnih altruista koji žele najbolje drugima; agresivno ponašanje koje ima za cilj loše drugima; kooperativno ponašanje gde obveznici teže najboljem za sebe i druge; takmičarsko ponašanje, gde se teži da ono što je bolje bude nedostupno drugima; ponašanje individualca, koji žele najbolje za sebe bez obzira da li je to dostupno drugima.²⁰ Postepeno povećanje poreske lojalnosti se može očekivati ukoliko se vrednosna orijentacija menja od takmičarske ka orijentaciji individualca, odnosno od kooperativne ka orijentaciji altruiste.²¹

Pravičnost oporezivanja

Pravičnost u sistemu oporezivanja najčešće jeste krucijalna odrednica prihvatanja poreza u jednoj državi. Pravično oporezivanje, samo po sebi, obuhvata brojne aspekte: pravično poresko opterećenje (vertikalna i horizontalna pravičnost), pravičan poreski postupak (pravičan tretman poreskih obveznika), pravične poreske sankcije. Percepcija pravičnosti direktno utiče na stavove obveznika o porezima i njihovo poresko ponašanje.

²⁰ Viswanath Umashanker Trivedi, Mohamed Shehata, Bernadette Lynn, *Impact of Personal and Situational Factors on Taxpayer Compliance: An Experimental Analysis*, Journal of Business Ethics 47, 2003, p. 178.

²¹ *Ibid*, p. 187.

Ne retko, u savremenim uslovima, poreski obveznici izbegavanjem plaćanja poreza teže da izvrše svojevrsnu kompenzaciju poreske nepravičnosti i da se bolje prilagode činjenici egzistiranja nepravičnih poreskih tereta. Uočavanje nepravičnosti poreza od strane obveznika najčešće vodi ozlojeđenosti, otporu i smanjenju osećaja obaveze povinovanja poreskim zakonima.²² To je posebno izraženo u uslovima neadekvatnog i neracionalnog trošenja poreskih prihoda u državi. Poreska lojalnost je oduvek svoj „izvor“ nalazila u odnosu podržavanja i brige države (poreske vlasti) za građane kao poreske obveznike, adekvatnom zadovoljavanju njihovih životnih interesa i prioriternih potreba.

Moguće je razlikovati tri vida pravičnosti: distributivna, proceduralna i retributivna pravičnost.²³ Njihovo sumarno ostvarivanje je u praksi neophodno radi dostizanja potrebnog nivoa lojalnosti poreskih obveznika, kao i efikasne realizacije sistema oporezivanja.

Distributivna pravičnost se odnosi na razmatranja povezana sa naplatom poreskih prihoda i njihovim mudrim trošenjem. Zapravo, važno je koja se javna dobra i u kom opsegu obezbeđuju u jednoj zemlji zahvaljujući naplaćenim poreskim prihodima. Saglasnost poreskih obveznika u vezi javnih dobara koja će se finansirati i njihovo korišćenje od strane obveznika pozitivno se odražavaju na poresku lojalnost. Pored toga, svaki poreski obveznik treba da podnese pravičan teret finansiranja javne potrošnje, tj. ne sme biti privilegovanih poreskih obveznika.

Proceduralna pravičnost se tiče procedure, odnosno kvaliteta primene poreza od strane poreskih organa u poreskom postupku. Ovaj vid pravičnosti utiče na prihvatanje odluka poreskih organa i doprinosi jačanju poverenja na relaciji poreski organi – poreski obveznici. Poreski postupak će biti pravičan ukoliko se uvažavaju sledeći kriterijumi: konzistentnost, profesionalnost, neutralnost, tačnost, brzina, korektnost (učtivost) prema obveznicima, poštovanje i zaštita prava poreskih obveznika, razumni troškovi (administrativni troškovi i troškovi plaćanja poreza).

Retributivna pravičnost podrazumeva otkrivanje prestupnika u poreskoj oblasti i određivanje odgovarajućih sankcija u slučajevima nepoštovanja poreskih propisa. Ukoliko su poreske sankcije preoštne ili preblage može se govoriti od retributivnoj nepravičnosti. Nepravične sankcije i brojne i preterane poreske kontrole pogoduju stvaranju negativnih stavova prema poreskoj vlasti i plaćanju poreza.

²² Michael Wenzel, *The Multiplicity of Taxpayer Identities and Their Implications for Tax Ethics*, p. 33.

²³ *Understanding and Influencing Taxpayers' Compliance Behaviour*, p. 29-30; Nicoleta Barbutamisu, *A Review of Factors for Tax Compliance*, p. 74-75.

Mogućnosti (prilike) za poresku neloyalnost

Standardni zahtev upućen poreskim organima je da ograniče prilike za nepovinoavanje obveznika porezima. U ovom smislu, u savremenim poreskim sistemima, se i primenjuju brojni načini prikupljanja podataka o poreskopravnoj sposobnosti obveznika, kako bi se izvršilo njihovo adekvatno oporezivanje. Pored podataka i informacija koje poreskim organima dostavljaju sami poreski obveznici, treba napomenuti i dostavljanje poreskih podataka i informacija od strane trećih lica, primenu režima naplate poreza po odbitku, kao i česte promene poreskih zakona²⁴ koje imaju za cilj što potpunije pravno regulisanje realnog života i sužavanje prostora za poresku neloyalnost. Jednostavnost poreskih propisa, poreskih prijava, potrebne poreske dokumentacije, pružanje poreskih usluga obveznicima (npr. usluga informisanja o porezima (call centri, web sajtovi, poreske publikacije), usluga elektronskog podnošenja poreskih prijava i usluga elektronskog plaćanja poreza) doprinose potpunijem prihvatanju aktuelnog oporezivanja. Zapravo, reduciranje mogućnosti za izbegavanje poreskih obaveza je podjednako važno kao i obezbeđenje prilika (preduslova) za poresku saglasnost.²⁵

Ekonomski činioci

Iako su istraživanja uticaja ekonomskih činioaca na lojalnost poreskih obveznika ne toliko česta, opšteprihvaćen je stav da činioci, koji doprinose ekonomskom rastu, ostvaruju i pozitivan uticaj na ispunjenje poreskih obaveza. Značajna korelacija postoji između nivoa poreske evazije i stanja u ekonomiji. Niža siva ekonomija, a time i niža poreska neloyalnost, postoje u vreme značajnog rasta BDP-a. Ekonomski rast stvara ambijent za smanjenje poreske evazije dok, u isto vreme, nizak nivo izbegavanja plaćanja poreza pozitivno utiče na ekonomski rast. Od važnosti je i postojanje korelacije između izbegavanja plaćanja poreza i korupcije. Povećanje BDP *per capita* i dobro stanje ekonomije vode dugotrajnom smanjenju korupcije.²⁶ U kontekstu ekonomskog rasta, poreske reforme, koje sprovode mnoge zemlje, ne treba da budu usmerene samo na povećanje poreskih stopa i/ili uvođenje novih poreza. Naprotiv, prvenstveni cilj reformi bi trebalo da bude povećanje uspešnosti ubiranja poreza, smanjivanje distorzija koje porezi mogu da izazovu na tržištu, poboljšanje klime za preduzetničku aktivnost i investiranje. Istovremeno treba težiti osiguranju stabilnosti poreskog sistema, pojed-

²⁴ Poreske zakone, u mnogim pravnim sistemima, odlikuje izrazita nestabilnost.

²⁵ *Understanding and Influencing Taxpayers' Compliance Behaviour*, p. 26.

²⁶ *Ibid*, p. 33.

nostavljenju poreskih propisa i poreskih postupaka, kao i preispitivanju poreske strukture radi obezbeđenja prevage onih poreza koji najmanje sputavaju ekonomski rast. Dobro stanje u ekonomiji stvara pretpostavke za veću poresku lojalnost obveznika.

MEĐUSOBNI ODNOS ODREDNICA LOJALNOSTI PORESKIH OBVEZNIKA

Odrednice lojalnosti poreskih obveznika deluju samostalno ali i u sadejstvu. Njihov međusobni odnos može biti kompleksan o čemu naročito treba voditi računa prilikom koncipiranja programa uticaja na poresku lojalnost obveznika. Primera radi, poreske kontrole i koncept zastrašivanja poreskih obveznika treba da se dosledno primenjuju u cilju potvrđivanja činjenice da država propagira savešno i pošteno ponašanje obveznika u poreskoj oblasti. Učestale poreske kontrole i stroge poreske sankcije, shodno navedenom, ne bi trebalo pogrešno tumačiti u javnosti, tj. kao pokazatelj da je poreska nesaglasnost pretežna pojava u jednom društvu. Važan preduslov za prihvatanje svih državnih mera, preduzetih u cilju obezbeđenja poštovanja poreskih propisa jeste i njihova pravičnost, kao i pravičnost postupka primene tih mera. Značajno je i postojanje visokog nivoa uzajamnog uvažavanja subjekata poreskopravnog odnosa (poreskih organa i poreskih obveznika).

Izuzetnu važnost za poresku lojalnost imaju i lični stavovi (norme) poreskih obveznika i društveni stavovi (norme) o važećem oporezivanju, tako da se oni pokazuju, mnogo puta, uticajnijim u odnosu na poreske kontrole i koncept zastrašivanja poreskih obveznika sankcijama. Uz to, treba istaći, da društvene norme o prihvatanju aktuelnog poreskog sistema mogu da izvrše snažan uticaj na lične norme pojedinaca. One mogu biti snažan podsticaj njihovom savesnom i poštenom poreskom ponašanju.

Pristup smanjivanja mogućnosti za poresku nelojalnost i postojanja pretpostavki za poresku lojalnost deluje adekvatno sa konceptom zastrašivanja, ličnim i društvenim pravilima ponašanja i vrednosnom orijentacijom obveznika, ukoliko se percipira kao legitiman i ako je blisko povezan sa visokim nivoom proceduralne pravičnosti. Efekti će svakako biti još bolji ukoliko se ovaj pristup primenjuje u vreme povoljnih ekonomskih kretanja u jednoj zemlji.

ZAKLJUČAK

Svako društvo je posebno imamo li u vidu njegove geografske, demografske, ekonomske, političke i druge karakteristike, stepen razvoja kulture. Shod-

no tome, brojne su i raznovrsne odrednice koje utiču na lojalnost poreskih obveznika prema poreskoj vlasti. Pravilno identifikovanje i razumevanje dejstva ovih odrednica, koje utiču na obveznike i njihovo ispunjavanje zakonom propisanih poreskih obaveza, je naročito važno za koncipiranje, implementaciju i razvoj strategija usmerenih na podsticanje savesnog i poštenog poreskog ponašanja, kao i dostizanje planiranih ciljeva oporezivanja.

Ostvarivanje uticaja na ponašanje poreskih obveznika, sistemskim pristupom, posredstvom raznih strategija uticaja, nije nepoznat koncept u radu poreskih organa. Evidentno je postojanje raznovrsnih programa aktivnosti i mera za poboljšanje poreske lojalnosti obveznika, tj. povinovanje obveznika porezima. Odrednice koje suštinski određuju da li će poreski obveznici biti lojalni ili ne poreskoj vlasti zahtevaju kontinuirano praćenje i analizu, kako bi se na njih adekvatno delovalo. Uvek je dobro podsticati i podržavati stavove (pojedinaца, društvenih grupa, celog društva) koji zagovaraju plaćanje poreza državi. Zauzvrat, neophodno je da oporezivanje bude pravično i da poreski organi zakonito postupaju u poreskom postupku. Učtiv i korektan odnos poreskih organa prema poreskim obveznicima, ali i sankcionisanje onih obveznika koji ne poštuju poreske propise, odlikuje demokratske i pravne države. Te države, po pravilu, obeležava i zavidan nivo poreske lojalnosti i poverenja obveznika u državnu vlast.

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

PARAMETERS OF TAXPAYERS' LOYALTY

Summary

Taxpayers' loyalty, which is reflected in compliance with tax regulations and conscientious fulfillment of tax obligations, is of crucial importance for every country and for preservation of its tax system integrity. The 'source' of taxpayers' loyalty has always been found in the relationship between the state and its citizens as taxpayers, in which the state (tax authorities) support and take care of the citizens, helping them to adequately meet their basic interests and priority needs. In this paper, the author discusses the parameters that achieve the greatest impact on taxpayers' devotion in modern states. The parameters are numerous: social norms and tax morale; the state of the economy and taxpayers' economic power; fairness and simplicity of the tax laws; demographic characteristics (gender, age, education of taxpayers); respect and protection of the taxpayers' rights; taxpayers under a threat of tax controls; detection of tax noncompliance; types and severity of tax penalties.

IVANA B. LJUTIĆ,
ALEKSANDAR MILANOVIĆ

PRIMENA NAČELA POSTUPANJA U DOBROJ VERI U OPOREZIVANJU DOBITI POVEZANIH LICA

U V O D

Usled sve veće integracije privrednih subjekata kako na nacionalnom, tako posebno na međunarodnom nivou – ekspanzijom multinacionalnih kompanija (u daljem tekstu: MNK), pitanje oporezivanja dobiti povezanih lica postaje sve značajnije. U našem pravnom sistemu pitanje oporezivanja dobiti povezanih lica, odnosno pitanje poreskog tretmana transakcija između povezanih lica (pitanje transfernih cena) postaje aktuelno tek poslednjih godina kada su izmenama i dopunama Zakona o porezu na dobit pravnih lica¹ odredbe o transfernim cenama prilagođene pravilima koje se već dugo primenjuju u zemljama Organizacije za ekonomsku saradnju i razvoj (OECD).

Imajući navedeno u vidu, pitanje transfernih cena je sasvim novo pitanje i novi izazov, kako za poreske obveznike, tako i za samu Poresku upravu, tj. poreske inspektore. U našoj zemlji gotovo da ne postoji sudska praksa kada su u pitanju transferne cene, a broj mišljenja Ministarstva finansija je vrlo skroman u ovoj oblasti. Zbog specifične prirode pravila o transfernim cenama, a imajući u

Dr Ivana B. Ljutić, docent Beogradske bankarske akademije - Fakultet za bankarstvo, osiguranje i finansije Univerziteta Union u Beogradu.

Aleksandar Milanović, Urednik za fiskalni sistem, Paragraf Co. d.o.o., Beograd.

¹ Zakon o porezu na dobit pravnih lica (*“Sl. glasnik RS”*, br. 25/2001, 80/2002, 80/2002 - dr. zakon, 43/2003, 84/2004, 18/2010, 101/2011, 119/2012 i 47/2013).

vidu nedostatak iskustva i poreskih obveznika i poreskih inspektora, ovakvo stanje može dovesti do pravne nesigurnosti.² Upravo postojanje pravne nesigurnosti u oblasti transfernih cena u našoj zemlji, zbog navedenih okolnosti, navelo je autore ovog rada da ukažu na važnost osnovnih principa poreskog prava i poreskog postupka koji naročito dolaze do izražaja u primeni pravila o transfernim cenama. Pravilnom primenom tih načela u postupku poreske kontrole mogao bi se, u određenoj meri, nadomestiti nedostatak iskustva i prakse u ovoj oblasti.

Transferna cena se u teoriji definiše kao cena za transakcije dobara, usluga i prava intelektualne svojine, odnosno kao cena nastala u vezi sa transakcijama sredstvima ili stvaranjem obaveza među povezanim licima.³ S obzirom da se transferne cene mogu, u manjoj ili većoj meri, razlikovati od cena koje bi se postigle na slobodnom tržištu (cena po principu “van dohvata ruke”)⁴, to može dalje da umanji oporezivu dobit povezanih društava i samim tim negativno da se odrazi na javne prihode. Zato se suština pravila o transfernim cenama sastoji se u obavezi poreskih obveznika – povezanih društava da transferne cene uporede sa cenom koja bi se postigla u skladu sa principom “van dohvata ruke”, i da ukoliko postoje razlike u ovim cenama povećaju oporezivu dobit u poreskom bilansu.

Transakcije između povezanih lica mogu biti raznolike i specifične, tako da je ponekad veoma teško, ako ne i nemoguće, pronaći cenu u skladu sa “principom van dohvata ruke”.⁵ Upravo zbog ovog, oblast transfernih cena nije egzaktna oblast, te se u praksi može desiti da poreski obveznik i pored savesnog postupanja i preduzimanja svih aktivnosti koje su u njegovoj moći u cilju pronalaženja uporedivih društava i cena “van dohvata ruke” bude kažnjen od strane Poreske uprave, čiji inspektor smatra da cena “van dohvata ruke” nije valjano utvrđena. Imajući u vidu prethodno navedeno, načelo postupanja u dobroj veri stranaka u poreskoppravnom odnosu trebalo bi da dobije svoj pun značaj u oblasti transfernih cena. Iz tih razloga, odnos načela dobre vere i specifičnih pravila o transfernim cenama jeste tema ovog rada.

² Christopher Capuzzi, *Transfer Pricing and FIN 48: Removing Uncertainty through the Advanced Pricing Agreement Process*, 30 *Northwestern Journal of International Law & Business*, Volume 30, 2010, p. 721.

³ Dejan Popović, *Nauka o porezima i poresko pravo*, COLPI, Budimpešta i *Savremena administracija*, Beograd, 1997, str. 599; Popović, *takođe*, ističe da se transferne cene posebno vezuju za poslovanje MNK, u situaciji kada domaća filijala realocira dobit u zemlju sedišta matične kompanije ili neku drugu zemlju koja ima status poreskog raja, u kojoj se nalazi druga povezana kompanija (posrednička kompanija). Vid. o tome: Dejan Popović, *Porez na dobit korporacija*, *Ekonomski institut*, Beograd, 1991, p. 197-199.

⁴ Gordana Ilić-Popov: *Poresko pravo Evropske unije*, *Službeni glasnik*, Beograd, 2004, str. 167.

⁵ Dejan Popović, 1997, *op. cit.*, str. 561.

NAČELA PORESKOG POSTUPKA I TRANSFERNE CENE

Usvajanjem Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji (u daljem tekstu: ZPPPA)⁶ zakonski (normativno) su uređena osnovna načela poreskog postupka. Načela propisana ZPPPA su: načelo zakonitosti, načelo vremenskog važenja poreskih propisa, načelo omogućavanja uvida u činjenice, načelo čuvanja službene tajne u poreskom postupku, načelo postupanja u dobroj veri i načelo fakticiteta.

Pojedina načela poreskog postupka predstavljaju branu diskrecionim ovlašćenjima poreskog organa. To je posebno važno kod primene pravila o transfernim cenama. Konstatovali smo da je načelo postupanja u dobroj veri u poreskom postupku, prema našem mišljenju, ključno načelo koje može da zaštiti poreske obveznike u poreskoj kontroli. Međutim, da bi se sprovelo načelo dobre vere, neophodno je ostvarivanje i drugih poreskih načela, a posebno načela zakonitosti.⁷ Suština načela zakonitosti ogleda se u obavezi Poreske uprave da sva prava iz poreskopavnog odnosa ostvaruje u skladu sa zakonom. Naime, iako je poreskopravni odnos odnos javnog prava, u kome Poreska uprava nastupa sa pozicije državne sile kao organ uprave, Poreska uprava donosi poreskoupravne akte isključivo na osnovu zakona, odnosno na osnovu valjanog tumačenja poreskih propisa.

U teoriji preovlađujuće stanovište je da se poreski zakoni tumače na osnovu opštih pravila tumačenja koja važe za sve zakone, a koje je formulisala opšta pravna teorija⁸. Međutim, u praksi poreski organ tumačeći poreske propise čije značenje nije evidentno primenjuje princip *in dubio pro fisco*. Ovako tumačeći poreske propise poreski organi zapravo direktno postupaju protivno načelu zakonitosti.

Pravilo da je Poreska uprava dužna da utvrđuje sve činjenice koje su bitne za donošenje zakonite i pravilne odluke, posvećujući jednaku pažnju činjenicama koje idu u prilog i na štetu poreskom obvezniku, predstavlja još jedan zahtev načela zakonitosti, koji je našao svoje mesto i u ZPPPA.⁹ Iz ovog pravila proizlazi da Poreska uprava nije organ čiji je jedini cilj da prikuplja javne prihode, već da je dužna da utvrđujući činjenice dođe do materijalne istine na osnovu koje donosi upravni akt zasnovan na zakonu.

Materija transfernih cena je, zbog svoje specifične prirode, naročito osetljiva na načelo zakonitosti. Zbog toga je važno da poreski obveznici u poreskoj kon-

⁶ Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji ("Sl. glasnik RS", br. 80/2002, 84/2002 - ispr., 23/2003 - ispr., 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 - dr. zakon, 62/2006 - dr. zakon, 63/2006 - ispr. dr. zakona, 61/2007, 20/2009, 72/2009 - dr. zakon, 53/2010, 101/2011, 2/2012 - ispr., 93/2012, 47/2013, 108/2013 i 68/2014).

⁷ Jens Wittendorf, *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle in International Tax Law*, Kluwer Law International, 2010, p. 124.

⁸ Dejan Popović, 1997, *op. cit.*, str. 303.

⁹ ZPPPA, član 4. stav 3.

trolu imaju punu svest o važnosti i značenju ovog načela kako bi valjano mogli da štite svoja prava i interese pred poreskim organima.

Važno načelo koje je propisano domaćim pravom, a koje štiti obveznike od samovolje poreskih organa je načelo omogućavanja uvida u činjenice. Ovo načelo ogleda se u dužnosti poreskih organa da pre donošenja akta kojim se utvrđuju prava i obaveze poreskog obveznika, na zahtev poreskog obveznika omogućće obvezniku uvid u pravnu i činjeničnu osnovu za donošenje akta.¹⁰ Ovo načelo može doći do izražaja u slučaju kada poreski organ utvrdi da dokumentacija o transfernim cenama koju je dostavio poreski obveznik nije pripremljena na način koji pruža adekvatnu osnovu za utvrđivanje usklađenosti transfernih cena obveznika sa cenama utvrđenim po principu "van dohvata ruke". U tim slučajevima poreski organ može, i bez upućivanja zahteva za dopunu dokumentacije, da pristupi samostalnoj izradi, odnosno dopuni dokumentacije o transfernim cenama.¹¹ U ovakvim situacijama poreski obveznik ima pravo, a u skladu sa načelom omogućavanja uvida u pravnu i činjeničnu podlogu za donošenje poresko-upravnog akta, da zahteva od poreskog organa da obrazloži iz kojih razloga nije uvažio dokumentaciju o transfernim cenama koju mu je dostavio poreski obveznik, kao i da obrazloži činjenice koje je uzeo u obzir prilikom sastavljanja samostalne izrade, odnosno dopune dokumentacije. Ukoliko poreski organ ne postupi po ovakvom zahtevu obveznika, time čini bitnu povredu pravila poreskog postupka, koju obveznik obavezno treba da istakne u žalbi na poresko-upravni akt.

Sledeće načelo koje je usko povezano sa načelom dobre vere je načelo čuvanja službene tajne u poreskom postupku. Naime, budući da poreski obveznici dostavljaju poreskom organu poreske prijave, kao i druge dokumente o svom poslovanju, odnosno o svojim prihodima i imovini, neovlašćeno korišćenje takvih podataka može da ugrozi poslovne interese poreskih obveznika.¹² Imajući u vidu da su obveznici poreza na dobit pravnih lica dužni da uz poreski bilans prilože dokumentaciju o poslovanju sa povezanim licima, u kojoj na detaljan način navode informacije o povezanim licima i transakcijama koje vrše sa povezanim licima, načelo čuvanja službene tajne u poreskom postupku dolazi do posebnog izražaja u ovim situacijama.

Načelo postupanja u dobroj veri u poreskom postupku, kao ključno načelo, po mišljenju autora ovog teksta, u primeni pravila o transfernim cenama uređeno je članom 8. ZPPPA. Prema odredbama ovog člana ZPPPA, strane u poreskom

¹⁰ Vid. Član 6. ZPPPA.

¹¹ Član 9. Pravilnika o transfernim cenama i metodama koje se po principu "van dohvata ruke" primenjuju kod utvrđivanja cene transakcija među povezanim licima ("Sl. glasnik RS", br. 61/2013 i 8/2014, u daljem tekstu: Pravilnik o transfernim cenama).

¹² Dejan Popović, Poresko pravo, opšti deo, Cekos IN, Beograd, 2006, str. 78-80.

postupku dužne su da postupaju u dobroj veri. Učestalost i trajanje poreske kontrole ograničavaju se na nužnu meru.

Kao što se može primetiti, ZPPPA sadrži vrlo oskudne norme kada je u pitanju načelo postupanja u dobroj veri i ne daje definiciju ovog načela. Za razliku od domaćeg prava, pojedina uporedna zakonodavstva određuju da postupanje u dobroj veri znači savesno i pošteno postupanje u skladu zakonom.¹³ Iz ovakve definicije može se jasno videti spoj načela zakonitosti i načela postupanja u dobroj veri, jer su strane u poreskom postupku, pre svega, dužne da postupaju u skladu sa zakonom, a da u okviru zakona svoje aktivnosti preduzimaju savesno i pošteno. Drugim rečima, strane ne samo da su dužne da postupaju u skladu sa pravnim pravilima, već su u obavezi da postupaju i u skladu sa moralnim dužnostima.

PRAVA I OBAVEZE PORESKE UPRAVE I PORESKOG OBVEZNIKA U PRIMENI PRAVILA O TRANSFERNIM CENAMA

Kao što smo već pomenuli, izmenama i dopunama Zakona o porezu na dobit pravnih lica (u daljem tekstu: ZPDPL) koje se primenjuju počev od 2013. godine, izvršene su značajne izmene normi kojima se uređuju transferne cene. Prva ključna novina ogleda se u tome da je proširen broj lica koja se smatraju povezanim sa obveznikom. Podsećamo da se transfernim cenama smatraju samo one transakcije koje obveznik obavlja sa licima koja se, u smislu ZPDPL, smatraju povezanim sa obveznikom. Prema tome, kada god obveznik poreza na dobit vrši promet dobara i/ili usluga ili prenos intelektualne svojine, cena koja nastaje iz takvih transakcija smatra se transfernom cenom, u smislu ZPDPL, i za obveznika nastaju obaveze koje proizlaze iz te činjenice. Osnovna obaveza obveznika koji posluje sa povezanim licima sastoji se u dužnosti obveznika da te transakcije posebno prikaže u poreskom bilansu.

Druga ključna novina u ZPDPL je obaveza za poreskog obveznika da uz poreski bilans priloži dokumentaciju u okviru koje i na način koji propiše ministar finansija, zajedno sa transakcijama sa povezanim licima, posebno prikazuje vrednost istih transakcija po cenama koje bi se ostvarile na tržištu takvih ili sličnih transakcija da se nije radilo o povezanim licima (princip "van dohvata ruke"). Dakle, na poreskom obvezniku je teret dokazivanja da su transferne cene u skladu sa cenama koje bi se postigle na tržištu, tj. po principu "van dohvata ruke", što dokumentuje u izveštaju o transfernim cenama čija je sadržina uređena Pravilnikom o transfernim cenama. Napominjemo da je ovo izuzetak od opšteg pravila propisanog ZPPPA, prema kome, u poreskom postupku teret dokaza snosi Poreska upra-

¹³ Vid. član 9. Općeg poreskog zakona Republike Hrvatske ('Narodne novine', br. 147/08, 18/11, 78/12, 136/12, 73/13).

va – za činjenice na kojima se zasniva postojanje poreske obaveze, odnosno poreski obveznik – za činjenice od uticaja na smanjenje ili ukidanje poreza.¹⁴

Treća značajna novina sastoji se u pravu obveznika da izabere veći broj metoda za utvrđivanje cene koja je u skladu sa principom “van dohvata ruke” u odnosu na poreske periode pre 2013. godine. Naime, sve do 2013. godine obveznik je cenu “van dohvata ruke” utvrđivao primenom tri tradicionalne metode, a to su: metoda uporedive cene na tržištu, metoda cene koštanja uvećana za uobičajenu zaradu i metoda preprodajne cene, s tim što je prvopomenuta metoda (metoda uporedive cene na tržištu) imala prioritet u odnosu na ostale metode. U skladu sa važećim odredbama ZPDPL, koje su u primeni počev od utvrđivanja poreza na dobit za 2013. godinu, propisan je veći broj metoda za utvrđivanje cene “van dohvata ruke”. Pored navedene tri tradicionalne metode, obveznik može da koristi i sledeće metode: metodu transakcione neto marže, metodu podele dobiti, kao i bilo koju drugu metodu kojom je moguće utvrditi cenu transakcije po principu “van dohvata ruke”, pod uslovom da primena pet izričito navedenih metoda nije moguća ili da je ta druga metoda primerenija okolnostima slučaja od metoda prethodno navedenih u ovom stavu.¹⁵ Ono što predstavlja još jednu bitnu novinu to je da nijedna metoda nema prioritet u odnosu na druge, već da se prilikom utvrđivanja cene transakcije po principu “van dohvata ruke” koristi ona metoda koja najviše odgovara okolnostima slučaja, pri čemu je moguće koristiti i kombinaciju više metoda kada je to potrebno. Svih pet navedenih metoda detaljnije su regulisane Pravilnikom o transfernim cenama, što doprinosi većoj pravnoj sigurnosti i lakšem odabiru adekvatne metode u svakom konkretnom slučaju.

Imajući u vidu da sastavljanje izveštaja o transfernim cenama i pronalaženje uporedivih društava i cena “van dohvata ruke” često za obveznike predstavlja obavezu povezanu sa brojnim teškoćama i neprimereno visokim troškovima, Pravilnikom o transfernim cenama propisani su slučajevi u kojima obveznici umesto kompletnog izveštaja o transfernim cenama imaju pravo da dostave izveštaj u skraćenom obliku. U izveštaju u skraćenom obliku, poreski obveznici ne iskazuju cene “van dohvata ruke”, već samo informativno navode podatke o povezanim licima i transakcijama koje su u toku poreskog perioda vršili sa tim licima.

Prekršajne sankcije za ne ispunjavanje obaveza po osnovu transfernih cena su dosta oštre. Tako na primer, ukoliko obveznik ne dostavi izveštaj o transfernim cenama, odnosno ne dostavi ga ili ne dopuni u naknadnom roku, koji je odredila Poreska uprava, novčana kazna kreće se u rasponu od 100.000 do 2.000.000 dinara.¹⁶

¹⁴ Vid.: član 51. ZPPPA.

¹⁵ Član 61. ZPDPL.

¹⁶ Član 178a ZPPPA.

Na kraju ovog dela važno je napomenuti da u slučajevima kada su povezana lica rezidentni obveznici često ne postoji evazioni motiv prilikom utvrđivanja transfernih cena. Oba obveznika (povezana lica) plaćaju porez na dobit po istoj poreskoj stopi i postupaju u dobroj veri. Evazioni motiv u ovim slučajevima može postojati samo u slučajevima, kada na primer jedan od obveznika ima pravo na korišćenje poreskog kredita ili neke druge slične privilegije (na primer ima neiskorišćeni poslovni gubitak prenet iz prethodnih godina). Međutim, naši propisi ne propisuju beneficije za ovakve obveznike i ne oslobađaju ih obaveze dostavljanja izveštaja o transfernim cenama.¹⁷

*Načelo postupanja u dobroj veri u dokumentovanju transfernih cena
– Preporuke organizacije za ekonomsku saradnju i razvoj*

Nakon teorijske i pozitivnopravne analize načela postupanja u dobroj veri u oblasti transfernih cena srpskog poreskog prava, važno je sagledati ovo načelo na međunarodnom planu. Jedan od najznačajnijih dokumenata u oblasti transfernih cena, predstavljaju OECD Smernice o transfernim cenama za multinacionalne kompanije i poreske uprave (u daljem tekstu: Smernice OECD)¹⁸, kao osnov i izvor za bliže uređivanje oporezivanja transakcija između povezanih lica, posebno za Srbiju.¹⁹

Prema navodima Popovića “pošteni građanin neće dolaziti u kontakt sa državom posredstvom policije ili javnog tužioca, nego preko Poreske uprave”.²⁰ Isto važi i za MNK, posebno zbog koncepta “dobrog korporativnog državljanstva”.²¹ Zato oporezivanje transakcija po transfernim cenama podrazumeva “najbolji mogući svet”, gde poreska uprava i MNK rade zajedno u dobroj veri.²² Iako, u

¹⁷ Dobro rešenje za ovu situaciju pronalazimo u hrvatskom poreskom pravu, gde je propisano da u slučaju transfernih transakcija između rezidentnih obveznika poreza na dobit obaveza dostavljanja izveštaja o transfernim cenama postoji samo u slučaju da jedan od tih obveznika ima povlašćeni poreski status ili ima pravo u poreskom periodu na preneti poslovni gubitak iz prethodnih godina. Vid.: član 13. stav 5. hrvatskog Zakona o porezu na dobit (*Narodne novine* br. 177/04, 90/05, 57/06, 146/08, 80/10, 22/12, 148/13).

¹⁸ Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations (Smernice o transfernim cenama za multinacionalne kompanije i poreske uprave OECD) July 1995, OECD Publications, Paris, Revised 2010.

¹⁹ Član 61.a ZPDPL.

²⁰ Dejan Popović, 2006, *op. cit.*, str. 31.

²¹ Zanimarivanje standarda i načela ponašanja u cilju dobijanja prednosti, šteti ugledu MNK, kao i njenom “dobrom korporativnom državljanstvu”. 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. 1098.

²² John Neighbour, *Transfer pricing: Keeping it at arm's length*, OECD Centre for Tax Policy and Administration, OECD Observer 230, January 2002 (Corrected 2008), www.oecdobserver.org/

određenoj meri, važi maksima da su “stari porezi dobri porezi”²³, nova regulativa transfernih cena bila je neophodna Srbiji. Jedno od najvažnijih načela u oblasti oporezivanja dobiti povezanih lica je načelo postupanja u dobroj veri u dokumentovanju transfernih cena, odnosno primeni standarda “van dohvata ruke”. Primena načela postupanja u dobroj veri u ispunjenju obaveza poreskih obveznika za transferne cene, doprinosi njihovoj pravnoj sigurnosti.

Odgovaranje zahtevima različitih poreskih jurisdikcija je složen proces za povezana lica (kompanije). Nacionalne poreske jurisdikcije primenjuju detaljna pravila vezano za potrebnu dokumentaciju transfernih cena, transparentnost transakcija, kontrolu poslovne aktivnosti grupe društava i stroge kazne. No, bez obzira na regulativu dokumentacije o transfernim cenama, povrede pravila su česte, a samim tim sukob sa poreskim vlastima neminovan. U tom smislu, uvodno bi mogli pokušati odrediti kako načelo postupanja u dobroj veri može pomoći i poreskoj upravi, a posebno poreskom obvezniku.

Poreski obveznik dužan je da prikaže transakcije sa povezanim licima u poreskom bilansu po cenama “van dohvata ruke” (tržišnim cenama), odnosno sprovede korekcije u poreskom bilansu na osnovu poreskih zakona. U kontekstu izlaganja poreske regulative transfernih cena u Srbiji, jedna od značajnih novina su pravila vezana za njihovu dokumentaciju. Tako srpsko poresko pravo predviđa da je poreski obveznik dužan da, uz poreski bilans, podnese dokumentaciju o transfernim cenama (Izveštaj o transfernim cenama), ukoliko je imao transakcije sa povezanim licima u smislu čl. 59. ZPDPL. Primena principa “van dohvata ruke” bazirana je na poređenju uslova kontrolisane transakcije sa uslovima nekontrolisane transakcije.²⁴ Upravo, u postupku pronalaženja uporedivih, odnosno nezavisnih, nekontrolisanih kompanija u cilju primene standarda “van dohvata ruke”, načelo postupanja u dobroj veri, može mnogo pomoći poreskim obveznicima.

Regulativa transfernih cena vezano za dokumentaciju, odnosno ispunjenje zahteva za dokumentacijom od poreskog obveznika, svake države predstavlja meru protiv “seljenja kapitala”, odnosno “prebacivanja profita”, čemu su MNK

news/full_story.php/aid/670/Transfer_pricing:Keeping_it_at_arm%92s_lenght, 10. jun 2014.

²³ Geoffrey Brennan - James M. Buchanan, *The power to tax analytical foundations of a fiscal constitution*, Cambridge University Press, Cambridge, 1980, p. 187-190.

²⁴ Kontrolisana transakcija je transakcija između dve povezane kompanije, dva povezana lica u sistemu MNK, koja nije postavljena u skladu sa standardom “van dohvata ruke”. Nekontrolisana transakcija je transakcija između nezavisnih kompanija koje nisu ni na jedan način povezane jedna sa drugom u kontekstu grupe MNK, odnosno to može biti i transakcija između neintegrisane, nezavisne kompanije i povezane kompanije-članice grupe. Vid. više: Seung Steve Choi, *Comparative Analysis of Transfer Pricing Systems in the United States and South Korea*, *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.* 803, 1998, p. 805.

sklone.²⁵ Ukoliko MNK ne dokumentuju svaku transakciju u skladu sa standardom “van dohvata ruke”, poreski organi u većini zemalja pokreću postupak kontrole, odnosno revizije transfernih cena, kako bi korigovali cene i regulisale procese koje MNK nisu. Prema Smernicama OECD, poreski obveznik koji podnese propisanu i urednu dokumentaciju izbegava sukob sa poreskim vlastima, kao i njihova dodatna pitanja i kontrole vezano za transferne cene.²⁶ No, za urednu dokumentaciju poreskog obveznika, neophodna je regulativa transfernih cena koju čine jasna i precizna pravila - načelo pravne sigurnosti, kao i da poreska uprava i poreski obveznik teže saradnji u dobroj veri pri utvrđivanju usklađenosti transfernih cena sa standardom “van dohvata ruke”.

Za našu dalju analizu značajne su tri tačke gledišta primene načela dobre vere u ispunjavanju osnovne obaveze poreskog obveznika u oblasti transfernih cena – usklađenost sa navedenim standardom “van dohvata ruke”. Prva je pozicija poreske odbrane kompanije, koju bismo mogli da definišemo kao “odbranjiva poreska pozicija”. Ukoliko kompanija koristi tradicionalne metode u svom poslovanju za transakcije između povezanih lica kako bi utvrdila cene “van dohvata ruke”, ona postiže efikasnu *a priori* odbranu pred poreskim vlastima. Takvim pristupom rešava brojne poreske kontraverze.

Efikasnost politika transfernih cena uključuje razvoj dobrog ekonomskog modela, pravne i ekonomske analize i argumentacije. Sa aspekta usaglašenosti,²⁷ kao druge tačke gledišta, standard “van dohvata ruke” inkorporiran u metode, odgovarajući je i konzistentan element dokumentacije poreskih obveznika, koju od njih zahtevaju poreske vlasti. Ovde se misli na usklađenost transferne cene sa načelom “van dohvata ruke” - usaglašenost dokumentacije sa zahtevom poreskih vlasti. Treća tačka gledišta je sama poslovna politika kompanije i, u okviru nje, politika transfernih cena. U poslovnoj politici važno je ispitati i dati pregled svih mogućih metoda za utvrđivanje cena “van dohvata ruke”, kako bi se saznalo na koji način metode najbolje mogu odgovoriti potrebama upravljanja poslovanjem. Pregled metoda kreira osnovu za *a priori* odbranjivu poresku poziciju.

²⁵ Uvođenjem pravila koja se vezuju za dokumentaciju transfernih cena, autori Beer i Loeprick, smatraju da se procenat “prebacivanja profita” između filijala MNK, smanjuje u značajnoj meri. Vid. o tome: Sebastian Beer-Jan Loeprick, Profit Shifting: Drivers and Potential Countermeasures, WU International Taxation Research paper Series, No. 2013 - 03, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2271539, 11. jul 2014.

²⁶ Smernice OECD, 5.1., p. 181.

²⁷ Usaglašenost (eng. *compliance*) podrazumeva poštovanje zakonskih propisa, podzakonskih akata i poslovnih običaja. Regulatorna usaglašenost podrazumeva, ne samo poštovanje zakonskih propisa i podzakonskih akata, već i regulativa. Primarni cilj kompanije jeste regulatorna usaglašenost sa vladinom regulativom, zatim na međunarodnom planu, vodeći svoje politike regulatorne usaglašenosti, koje postaju jedan od ključnih potpornih stubova integralne poslovne politike firme. Vidi: Joel G. Siegel - Jae K. Shim, Financial Management, Barron's Business Library, New York, 1991, p. 82.

Zato se u literaturi naglašavaju dva osnovna razloga za usaglašenost, odnosno za ispunjenjem zahteva za urednom dokumentacijom poreskog obveznika (poreski obveznik spreman, da u dobroj veri, uskladi transferne cene sa standardom "van dohvata ruke").²⁸ Prvi razlog ogleda se u činjenici smanjenja rizika od poreske revizije, ali i izbegavanja potencijalnog spora sa poreskim vlastima. Drugi razlog odnosi na održavanje transparentnosti poslovanja prema potencijalnim investitorima/akcionarima, kao i prema poreskim organima, što sve zajedno povećava poverenje potrošača i potencijalno može dodati vrednost samoj kompaniji.

Sagledajmo sada preporuke OECD i načelo postupanja u dobroj veri u dokumentaciji transfernih cena. Kao prethodno pitanje, nameće nam se analiza pravila tereta dokazivanja. Pravila tereta dokazivanja u slučajevima oporezivanja transakcija po transfernim cenama razlikuju se između država. U najvećem broju država članica OECD, poreska uprava snosi teret dokazivanja i u internim poslovima sa poreskim obveznikom (npr. procene, molbe), i u sudskim sporovima.²⁹ Ukoliko, pak, poreska uprava daje procenu oporezive dobiti, teret dokazivanja je obrnut.³⁰ Tada se utvrđuje da li je poreski obveznik postupao u dobroj veri, odnosno da li je saradivao, prilagođavao se zahtevima vezano za dokumentaciju transfernih cena koji su razumni i dr. Predavanje pogrešnih poreskih prijava ili prijava koje navode na pogrešan zaključak, ukazuje na izostavljanje savesnog i poštenog postupanja poreskog obveznika. Prema preporuci OECD, u jurisdikcijama gde poreski obveznik snosi teret dokazivanja, poreske uprave mogu slobodno davati procene protiv poreskog obveznika, samo ukoliko su razumno zasnovane u zakonu.³¹ Na ovaj način, u oblasti oporezivanja transakcija između povezanih lica, poreska uprava primenjuje načelo "van dohvata ruke", propisano zakonom, oporezuje sa pravnom osnovom, te pravilno i pravedno naplaćuje porez - načelo zakonitosti.

Govorili smo već da je teret dokazivanja u većini poreskih sistema na strani poreske uprave, ali je poreski obveznik dužan da pruži dokaz da je uložio dodatni napor da u dobroj veri primeni standard "van dohvata ruke". Napor podrazumeva da je poreski obveznik tražio uporedive transakcije nezavisnih kompanija, da ih analizira, kao i druge elemente za koje smatra da će smanjiti poreske kontraver-

²⁸ Molly Dean - Frederick J. Feucht - Murphy Smith, , International Transfer Pricing Issues and Strategies for the Global Firm, Internal Auditing, 23(1): 12-19, 2008, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1123706, 11. jul. 2014.

²⁹ Smernice OECD, 4.11, p. 134.

³⁰ Teret dokazivanja u Srbiji je na poreskom obvezniku. Obveznik je dužan da transakcije iz člana 59. stav 1. ZPDPL posebno prikaže u svom poreskom bilansu, kao i da uz poreski bilans priloži dokumentaciju posebno prikazuje vrednost istih transakcija po cenama koje bi se ostvarile na tržištu takvih ili sličnih transakcija da se nije radilo o povezanim licima - princip "van dohvata ruke" (član 60. stav 1. i 3. ZPDPL).

³¹ Smernice OECD, 4.13., p. 135.

ze u skladu sa rokom predaje dokumentacije. Pravilo tereta dokazivanja određuje nivo složenosti i važnosti potrebne dokumentacije poreskog obveznika, što ujedno predstavlja prvu liniju odbrane od poreske kontrole. Kada je teret dokazivanja na strani poreske uprave, poreski obveznik nije dužan da dokazuje ispravnost transfernih cena, sem u slučaju kada poreska uprava iznese osnovanu sumnju da transferne cene konkretnog poreskog obveznika nisu usklađene sa standardom "van dohvata ruke".³² U slučaju, kada poreski obveznik ne dostavi potrebnu dokumentaciju, postupak poreske uprave, odnosno zatražena korekcija transferne cene bazira se na pretpostavci verovatnoće. Pod time podrazumevamo da je zatražena korekcija transfernih cena opravdana, zbog same činjenice neispunjenja obaveze, odnosno nepodnošenja potrebne dokumentacije od strane poreskog obveznika.

Posmatrano sa aspekta poreska uprave, načelo postupanja u dobroj veri u oblasti transfernih cena ogleda se u sledećem. Poreska uprava postupa u dobroj veri, kada saraduje sa drugom poreskom upravom, odnosno kada se pravila o teretu dokazivanja razlikuju između jurisdikcija, kako ne bi došlo do dvostrukog oporezivanja kompanija.³³ Takođe, poreski obveznik ne sme biti opterećen neprimerenim troškovima, koji bi se mogli povezati sa obavezom podnošenja dokumentacije.³⁴ Troškovi treba da odgovaraju vrednosti transakcije i ne smeju biti nerazumno viši. Poreska uprava od poreskog obveznika može da traži dokumentaciju koja mu je dostupna, koju on kontroliše, podatke koje može da pribavi u kontekstu zakonskih ograničenja poslovne tajne, i podatke koje poreski obveznik realno može da poseduje. Ukoliko je predao dokumentaciju u skladu sa predviđenim rokovima propisanim nacionalnim zakonodavstvom, time dodatno dokazuje napor koji je uložio u cilju postizanja saglasnosti sa zahtevima regulativa.³⁵

Neispunjenje zahteva za pružanje odgovarajuće dokumentacije, sa jedne strane, izaziva sumnju kod nacionalnih poreskih vlasti da je prijavljeni prihod niži od realno ostvarenog. No, sa druge strane, poreska uprava treba da pruži pomoć poreskom obvezniku, kada treba doći do podataka koji se odnose na inostranu kompaniju, kada je poreski obveznik mali akcionar te kompanije ili njegovala stalna poslovna jedinica,³⁶ pa mu je dostupnost informacijama ograničena. Po-

³² Smernice OECD, 5.2, p. 181.

³³ Smernice OECD, 4.15, p. 135-136.

³⁴ *Ibid.*, 5.6, p. 183.

³⁵ Preporuka je da se dokumentacija priprema što je pre moguće, pre realizovanja same transakcije i pre podnošenja poreske prijave. Prema kanadskoj regulativi transfernih cena dokumentacija se priprema i inovira u roku od 6 meseci od kraja godine (kalendarske), a poreski obveznik ima obavezu da pruži neophodnu dokumentaciju poreskoj upravi u roku od tri meseca od podnetog pismenog zahteva poreske uprave. Vid.: Odeljak 247(3) Zakona o oporezivanju prihoda Kanade (CRA's Information Circular 87-2R-International Transfer Pricing, Revenue Canada Taxation, <http://www.cra-arc.gc.ca/E/pub/tp/ic87-2r/ic87-2r-e.pdf>, 19.07.2014.

³⁶ Guidelines OECD, 5.6-5.15, p.

daci stečeni u postupku podnošenja dokumentacije poreskoj upravi su poverljivi, zaštićeni i ne mogu biti dostupni trećoj strani. Koriste se samo u svrhe odgovarajućih korekcija transfernih cena. Ovo pravilo, odnosno načelo čuvanja službene tajne, trpi ograničenje kada se utvrdi da oni mogu biti od značaja kao dokazno sredstvo u sudskom postupku i osnov donošenja sudske odluke, u slučaju spora između poreskog obveznika i poreskih vlasti.

Na kraju izlaganja o pravilima tereta dokazivanja u Smernicama OECD, zaključuje se da i poreska uprava i poreski obveznik treba da budu spremni, te da postupaju u dobroj veri u primeni standarda "van dohvata ruke", nezavisno gde leži teret dokazivanja.³⁷ To znači da i jedna i druga strana u poreskom postupku određivanja cena transakcija između povezanih lica treba da postupaju savesno i pošteno, u skladu sa zakonom (poreskopравnim normama).

Sprečavanje zluopotreba načela dobre vere u međunarodnom poreskom zakonodavstvu transfernih cena

Formiranje transfernih cena, a posebno prihvatljivih transfernih cena koje ne iziskuju korekcije je složen proces donošenja važne poslovne odluke. Kreiranje dokumentacija kao prateći element poslovne politike i strategije MNK u formiranju cena predstavlja značajan dokaz o koracima koje je kompanija preuzela pri izboru određene metode za utvrđivanje cena "van dohvata ruke", elementima uporedivosti sa nezavisnom transakcijom, činiocima koje su uticale na izbor i, na kraju, dokaz na kome temelje najvažniju tvrdnju – usklađenost sa načelom "van dohvata ruke". U funkciji podnošenja poreske prijave poreskog obveznika, dokumentacija o transfernim cenama može biti od velikog značaja. Kompletna dokumentacija pruža čvrst dokaz vezan za okolnosti određivanja transfernih cena i omogućava poreskom obvezniku da se u slučaju neslaganja sa poreskom vlašću na nju pozove, kao i dokaz da je poreski obveznik postupao u dobroj veri.

Takođe, načelo postupanja u dobroj veri važno je sagledati i u delu kaznene politike u oporezivanju dobiti povezanih lica, kada poreski obveznici ne ispunе zahteve poreskih vlasti vezano za dokumentaciju transfernih cena i primenu standarda "van dohvata ruke". U praksi se pokazalo da poreske kazne obeshrabruju manipulacije transfernim cenama.³⁸ Međutim, u kaznenom delu poreskog sistema u oblasti transfernih cena moguće su različite zluopotrebe. Prema Smernicama OECD, kazne mogu biti pravedne, samo ukoliko se uvaži načelo postupanja

³⁷ Pietro Mastellone, *The Shift in the Burden of Proof in regard to Transfer Pricing*, European Taxation, IBFD, 2011. p. 212.

³⁸ Lorraine Eden - Luis F. Juarez Valdez - Dan Li, *Talk softly but carry a big stick: transfer pricing penalties and the market valuation of japanese multinationals in the United States*, *Journal of International Business Studies*, Vol. 36, Issue 4, 2005, p. 399-401.

u dobroj veri.³⁹ Kada poreski obveznik i učini grešku, nastalu u dobroj veri, dakle “bez krivice”, u nemaru i bez stvarne namere da izbegne porez, kazne prilagodavanja transfernih cena, ne bi trebalo da budu znatne. Pravila ne treba shvatiti strogo i kruto, jer je u određenim situacijama ponašanje poreskog obveznika opravdano. Mislimo, pre svega, na slučaj kada poreski obveznik ne raspolaže sa dovoljno podataka o uporedivim entitetima; kada su podaci nepotpuni, netačni, te ne dozvoljavaju pouzdanu kvantifikaciju razlika između kontrolisane - testirane kompanije i nekontrolisane - uporedive kompanije. Tada je poreski obveznik uložio razuman napor, a poreska uprava je dužna da uzme u obzir prethodno navedeno, prilikom primene kaznenih propisa. Takođe, u dokumentu Zajedničkog foruma za transferne cene Komisije Evropske unije (eng. *EU Joint Forum on Transfer Pricing*) ističe se da države-članice ne bi trebalo da primene kazne vezano za neispunjenje zahteva dokumentacije transfernih cena, kada je poreski obveznik postupao u dobroj veri.⁴⁰

Pored Smernica OECD, i druge međunarodne organizacije i institucije naglašavaju načelo postupanja u dobroj veri vezano za oblasti oporezivanja dobiti povezanih lica. Tako Uputstvo o transfernim cenama za zemlje u razvoju Ujedinjenih nacija (u daljem tekstu: Uputstvo UN)⁴¹ ističe značaj ovog načela u uzajamnim ugovornim postupcima poreskih uprava u cilju eliminacije dvostrukog oporezivanja koje može da nastane zbog usklađivanja transfernih cena.⁴² Pored toga, naglašava se primena načela postupanja u dobroj veri i za poresku upravu i za poreske obveznike za usklađivanje transfernih cena sa standardom “van dohvata ruke”, podnošenje dokumentacije transfernih cena, teret dokazivanja i kaznenu politiku.⁴³

Kako bi se načelo postupanja u dobroj veri u oblasti transfernih cena detaljnije razradilo u Srbiji, poreske propise treba pojednostaviti, otkloniti pravne praznine i stručno obučiti kadrove poreske uprave.⁴⁴ Posebno treba razmotriti pravila koje se odnose na strukturu i zahteve za dokumentovanje transfernih cena, kao

³⁹ Smernice OECD, 4.28., p. 139.

⁴⁰ Code of Conduct on Transfer Pricing Documentation for Associated Enterprises in the European Union, *Official Journal of the European Union* c 176 of 28.7.2006.

⁴¹ Practical Manual on Transfer Pricing for Developing Countries, United Nations (Uputstvo o transfernim cenama za zemlje u razvoju Ujedinjenih nacija, u daljem tekstu: Uputstvo UN), Department of Economic & Social Affairs, New York, 2013.

⁴² Uputstvo UN, *op.cit.*, p. 29.

⁴³ Uputstvo UN, *op.cit.*, p. 71, 194, 270, 272, 274.

⁴⁴ Olivera Lončarić-Horvat, Primjena načela postupanja bona fide u poreznom postupku, “*Porezni vjesnik*”, br.7, Zagreb, 2004, str. 37-41.

i kvalitet i kvantitet informacija koje se traže od poreskog obveznika.⁴⁵ Takva pravila mogu biti od pomoći i poreskim upravama u postupku poreske revizije.

Dalje, u poslednjim revizijama Smernica OECD, iskazana je veća podrška za primenu instituta "sigurne luke". Koncept "sigurne luke" obuhvata pravila koja poreski obveznici mogu da primene, a da poreske uprave automatski prihvate oformljene transferne cene između povezanih kompanija.⁴⁶ Poreski obveznik se tako oslobađa određenih obaveza, koje su propisane poreskim zakonima. U tom modelu su upravo šanse i za Srbiju da poboljša pravila u oblasti transfernih cena i primene načela dobre vere, uz upozorenje da ta pravila ne treba da uvedu arbitrarnost i samovolju u određivanju transfernih cena od strane poreskog obveznika i da treba u potpunosti da afirmišu primenu principa "van dohvata ruke". Zato je u cilju postizanja veće sigurnosti, moguće i korišćenje ugovora o utvrđivanju cena unapred. Kao dopuna procedura nacionalnih poreskih vlasti, odnose se na zaključivanje sporazuma o utvrđivanju cena unapred, u kojima poreski obveznik pregovara i dogovara sa poreskim vlastima koju će metodologiju primeniti za transferne cene.⁴⁷ Takođe, neophodno je pravno urediti i sporazume o raspodeli troškova kao "poslovne sporazume dve ili više kompanija, koji se odnose na raspodele troškova između njih, raspodele rizika razvoja, proizvodnje ili nabavke dobara, usluga ili prava u dobroj veri."⁴⁸

U cilju efikasnog upravljanja transfernim cenama OECD je usvojio dokument, gde su razmatrani mogući pristupi za rešavanje nedostatka uporedivih podataka o nezavisnim kompanijama u zemljama u razvoju, poput proširenja pristupa izvorima podataka za uporedive transakcije; pristupa za identifikaciju cena "van dohvata ruke" bez oslanjanja na direktne uporedive, uključujući smernice za korišćenje metode podele dobiti; koncepta "sigurne luke", sporazuma o utvrđivanju cena unapred, uzajamnih ugovornih postupaka kao načina konsultacija poreskih uprava za razrešenje sporova vezanih za primenu ugovora o izbegavanju dvostrukog oporezivanja, itd.⁴⁹ Prethodno navedeni pristupi su upravo smernice

⁴⁵ White Paper on Transfer Pricing Documentation, Public Consultation, OECD, <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/white-paper-transfer-pricing-documentation.pdf>, 20. jul 2014, p. 19-68.

⁴⁶ Smernice OECD, 4.94-4, p. 159-161.

⁴⁷ Ivana B. Ljutić, Sporazumi o utvrđivanju cena unapred između povezanih društava i poreskih uprava, *Pravo i privreda*, Beograd, godina XLVIII, str. 671-673.

⁴⁸ Smernice OECD, p. 220, 225, 8.3; 8.20; Ivana B. Ljutić, Poreske regulative o sporazumima raspodele troškova multinacionalnih kompanija na filijale - uporedno pravni pregled, *Strani pravni život*, 2/2014, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2014, str. 264-267.

⁴⁹ Transfer pricing Comparability Data and Developing Countries, OECD, 2014, <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/transfer-pricing-comparability-data-developing-countries.pdf>, 20. jun, p. 1-4.

za primenu načela dobre vere u rešavanju problematike transfernih cena, posebno vezano za njihovo dokumentovanje.

ZAKLJUČAK

Na osnovu svega iznetog, nova pravila o transfernim cenama u domaćem zakonodavstvu mogu stvoriti pravnu nesigurnost kod poreskih obveznika, ukoliko Poreska uprava spremno i na adekvatan način ne pristupi novim izazovima. U slučajevima kada regulativa nije dovoljno precizna ili kada ne postoji relevantna praksa, načela poreskog postupka dolaze do punog izražaja. Smatramo da upravo u oblasti transfernih cena načela poreskog postupka mogu zaštititi obveznike od samovolje poreskih vlasti.

Načelo postupanja u dobroj veri nije dovoljno primenjivano u poreskopravnoj praksi. Nailazimo na mnoge slučajeve kada Poreska uprava kažnjava obveznike, jer su formalno prekršili određeni poreski propis, iako ne postoje negativne posledice po interes fiskusa, kao i pored činjenice da je obveznik savesno postupao u konkretnoj situaciji. Zato je zadatak Poreske uprave, ne samo da prikuplja javne prihode, već da postupajući u dobroj veri, u okviru zakona, utvrđuje materijalnu istinu iz koje proizlaze određene dužnosti za poreske obveznike.

U cilju poboljšanja pravne sigurnosti u oblasti transfernih cena neophodne su i normativne mere nadležnih organa. S obzirom da se nova pravila koja propisuje ZPDPL već duži niz godina primenjuju u drugim zemljama, posebno u zemljama-članicama OECD, naš zakonodavac svakako treba da usvoji norme i praksu koje se primenjuju u tim zemljama. U tom smislu, smatramo da bi dobra rešenja bila rasterećenje od obaveze dostavljanja izveštaja o transfernim cenama za povezana lica – rezidentne obveznike, osim u tačno navedenim slučajevima, kako to već propisuje druga zakonodavstva. Takođe, pravila o unapred dogovorenim cenama između obveznika i Poreske uprave značajno bi poboljšala pravnu sigurnost i u značajnoj meri "olakšala poreski život" obveznicima. Poreska uprava i poreski obveznici treba uvek da teže boljoj saradnji, a pre svega da zajedno primenjuju načelo dobre vere u oblasti transfernih cena.

IVANA B. LJUTIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Belgrade Banking Academy,
Faculty for Banking, Insurance and Finance, Union University, Belgrade
ALEKSANDAR MILANOVIĆ, LL.B.,
Editor of Fiscal System, Paragraf Co., Belgrade

APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF ACTING IN A “GOOD FAITH”
IN TAXATION OF INCOME OF RELATED PARTIES

Summary

In the paper it has being analysed a principle of acting in a good faith e.g. *Bona Fide* concept, in taxation of related party transactions. As one of the fundamental principles of the tax procedure, alongside with the principle of legality, principle of full disclosure of the facts, etc., this principle is especially significant in the area of preparing the documents of transfer pricing transaction between the related parties of any modern tax administration. Although in contemporary literature, especially after the changes of the Republic of Serbia Law on Taxation of Income of Legal Entities, to the area of transfer pricing has being paid a special attention, the purpose of this paper is an introductory consideration of this new aspect related to the term of “transfer pricing taxation”. Participants in the tax procedure are obliged to act in a good faith, e.g. diligently, fairly and in accordance with the legal norms and regulation. The mere existence of the legal insecurity in the field of transfer pricing, due to the modest judicial practice in Serbia the legal opinions of the Finance Ministry, Republic of Serbia, has led the authors of this paper to point out to the importance of acting in a good faith in the area of transfer pricing taxation, also to overview the possible ways for solutions related to a preparation of the tax return documentation of transfer pricing transaction between the related parties is in accordance with the “arm’s length principle”. Tax legality approach is not possible in each and every aspects to be embraced with the legal norm, and based on that reason it is necessary to apply the principle of a “good faith”.

MARKO DIMITRIJEVIĆ

PORESKA POLITIKA I INVESTICIJE

U V O D

U uslovima globalne ekonomske i finansijske krize mere i instrumenti poreske politike usmereni na privlačenje inostranog kapitala dobijaju na posebnom značaju. Poresko pravni tretman investicija u velikoj meri determiniše efekte korišćenja inostranog kapitala u cilju postizanja željenog privrednog razvoja i sveukupne privredne stabilnosti. Upravo iz tog razloga zakonodavac mora posebnu pažnju posvetiti odredbama o poreskom investicionom kreditu, poreskim oslobođenjima i ostalim poreskim podsticajima kojima se posredno želi stimulisati ulaganje inostranog kapitala što je posebno značajno kako za privredu razvijenih zemalja, tako i ekonomski oporavak zemalja u razvoju. U međusobnom nadmetanju država za privlačenjem inostranog kapitala poreska rešenja u domenu oporezivanja investicija neretko postaju oruđe poreske konkurencije, koja ukoliko je neloyalna može imati negativne reperkusije na ostvarivanje željenih maroekonomskih ciljeva ali i poreske pravičnosti ukoliko dovodi u nejednaki položaj domaće i inostrane rezidente. Dok su klasične teorije privrednog razvoja negirale uticaj poreskih mera i instrumenata za ostvarivanje dugoročnih ciljeva ekonomske politike (prevažadno investicione) ili naglašavale da je on minoran, globalna finansijska kriza zahteva, *prema našem mišljenju*, preispitivanje tog stava, jer odredbe o poreskom stimulanju investicija sve više zauzimaju centralno mesto u planovima

Marko Dimitrijević, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Rad predstavlja rezultat istraživanja na projektu "Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru", br. 179046, koje finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

ekonomskog oporavka zemalja u krizi. Predmet analize u ovom radu jesu upravo efekti poreskopравnih rešenja u oporezivanju investicija (kako planirani tako i neplanirani) i ciljevi koje zakonodavac na taj način želi postići sagledavanjem dilema koje se tom prilikom javljaju u teoriji u praksi i ukazivanje na najveće pravne izazove na tom putu. Poseban akcenat u radu će biti na oceni efikasnosti postojećih zakonskih rešenja i izmena u domaćem pravu, regulisanih Zakonom o porezu na dobit pravnih lica, zbog njihovog značaja u uslovima ekonomske krize.

Osvrt na odnos poreske politike i privrednog razvoja

Predstavnici teorije tzv. "uravnoteženog privrednog rasta" insistirale su na činjenici da rešenja u poreskoj politici određuju nivo investicija u jednoj zemlji. Ipak, nameće se pitanje postojanja validnih dokaza koji bi potvrdili međusobni uticaj poreskih stopa i obima investicija. Svakako, administrativna struktura poreskog sistema i širina poreske osnovice određuju iznos ukupno ubranih poreskih prihoda. Praksa je pokazala da zemlje koje su se oslanjale na visoke poreske stope nasuprot uže definisanim poreskim osnovicama (karakteristično za nerazvijene zemlje) nisu poreskim prihodima značajnije uticale na privredni rast, za razliku od zemalja sa relativno visokim poreskim opterećenjem, ali uniformnom osnovicom (zbog anuliranja distorzivnih efekata na ponašanje poreskih obveznika, koji nemaju način da "teritorijalnim seljenjem" u manje oporezovanu jedinicu umanje svoju poresku obavezu). Takođe, u analizi se mora napraviti distinkcija između nivoa ukupnog poreskog opterećenja i efektivne poreske stope korporativnog poreza, kao najznačajnijeg faktora determinisanja investicionih odluka. Dosadašnje studije su pokazale da nivo ukupnog poreskog opterećenja u jednoj zemlji iako visok (npr. u Švedskoj) ne utiče negativno na smanjenje obima investicija, jer je stopa domaćeg korporativnog poreza relativno niska.¹

U cilju razumevanja uticaja poreza na investicije u obzir se moraju uzeti osnovni postulati klasične teorije investicija po kojoj porezi determinišu troškove ulaganja investicija i određuju vreme povraćaja uloženog kapitala.² Predstavnici klasične teorije privrednog rasta smatrali su da jedino porez na imovinu i porez na dohodak građana mogu imati uticaja na privredni rast dok su zakonskim rešenjima u oblasti oporezivanja korporacija (preduzeća) utiče na smanjenje obima i broja investicija iz razloga što se njima povećavaju troškovi ulaganja kapitala.³

¹ Summers Lawrence, Vergara Rodrigo, Jonaton Gruber, *Taxation and the Structure of Labor Markets: The Case of Corporatism*, Mimeo, 1992. Uporedi sa: Eric M. Engen, *Fiscal Policy and Economic Growth*, NBER Working Paper no. 4223, 1992., pp.10-30.

² Laura Vartia, *How do Taxes Affect Investment and Productivity, An Industry level Analysis of OECD Countries*, OECD Economic Department Working Papers No.656, 2008.

³ Hassett, K. and R. Hubbard (2002), "Tax Policy and Business Investment", in Auerbach, A.J. and M. Feldstein (eds.), *Handbook of Public Economics*, Vol. 3, Elsevier, North-Holland.

U tom smislu se kao daleko značajnija mera za privlačenje investicija, po mišljenju nekih teoretičara, poput Vilera (*Wheeler*) i Modija (*Mody*) javljaju javni rashodi usmereni na izgradnju poželjne infrastrukture i drugih institucionalnih faktora koji ulaganje čine sigurnim, gde posebno mesto pripada zakonskim merama za suzbijanje korupcije.⁴ Kada govorimo o uticaju poreza na ciljeve investicione politike moramo poći od pojedinačne analize svih njegovih elemenata. To znači da se u obzir moraju uzeti ne samo pravila u pogledu određivanja poreskog dužnika, poreskog predmeta, poreske osnovice i poreske stope, već i poreskih podsticaja (oslobođenja i olakšica) koji u periodu finansijske krize i globalnih ekonomskih tokova od fakultativnog poreskog elementa sve više dobijaju karakteristike obligatornog. Ukoliko smatramo da je donošenje investicione odluke determinisano troškom realizacije investicije, sa jedne strane i stopom investicione efikasnosti (što je utvrđeno vremenom povraćaja investicija), sa druge strane, izgleda da je uticaj korporativnog poreza negativan ukoliko se njime period investicionog povraćaja produžava.⁵

Otvorenost domaće privrede u velikoj meri utiče na efekte privlačenja inostranih investicija, kao i faktor stepena razvijenosti privrede jedne zemlje, jer ti efekti nisu identični u razvijenim i slabo razvijenim zemljama, niti su njihove pravno-ekonomske posledice istog intezitet. Prema *našem mišljenju*, teza o tzv. "negativnom uticaju" poreza na privlačenje investicija se ne može bezrezervno prihvatiti. U tom smislu smatramo da bi trebalo ukazati na studiju OECD-a koja je obuhvatila 14 zemalja članica kroz 21 granu industrije i pokazala značajne korelacije: *prvo-* da povećanje troškova investicija smanjuje njihov broj, ali je to svojstveno zemljama sa visoko profitabilnim industrijskim granama (po našem mišljenju, ta teza se ne može primeniti u manje razvijenim zemljama); *druugo-* da troškovi investiranja kapitala imaju različite reperkusije, zavisno od veličine kompanije. Smatra se da su "mlađe" firme manje profitabilne od "starijih", već brendiranih firmi (smatramo da je u pitanju relativna pretpostavka!) ili da imaju više koristi od poreskih podsticaja ili reduciranih poreskih stopa (što je, po našem mišljenju, prihvatljivije objašnjenje); *treće-* stopa amortizacije je takođe uslovljena poreskom stopom.⁶ Naravno, u zemlji bez efikasnog pravosuđa, transparentnih poreskih zakona, slabe infrastrukture opterećene korupcijom i političkom nesta-

⁴ Timothy Goodspeed, Jorge Martinez-Vasquez, Li Zhang, *Attracting FDI: Are Government Policies More Important Than Taxation in Attracting FDI*, 2006, Andrew Young School of Policy Studies Research Paper No. 06-28.

⁵ Asa Johansson, Christopher Heady, Jens Arnold, Bert Brys, Laura Vartia, *Taxation and Economic Growth*, OECD Economic Department Working papers no. 620, 2008., p. 31. Uporedi sa: Alesina A., S. Ardagna, G. Niccoletti, F. Schiantarelli, *Regulation and Investments*, Journal of European Economic Association, no. 3, 2005., pp. 791-825.

⁶ Fundamental Reform of Corporate Income Tax, OECD Tax Policy Studies No. 16, 2007 b.

bilnošću, poreski podsticaju nemaju značajnu ulogu. Evidentno je da zemlje “u razvoju” ne bi nosile taj epitet da imaju izgrađenu infrastrukturu, visoko obučenu radnu snagu, nultu inflaciju i progresivno oporezivanje u funkciji vertikalne pravičnosti koji doprinosi tome da poreski obveznik bude oporezovan u skladu sa svojom ekonomskom snagom (u smislu da oni sa ekonomski jačom moći podnesu veći deo poreskog tereta na svojim plećima). Moramo biti realistični u oceni njihovog ekonomskog sistema i potrebe za privrednim razvojem, pa samim tim i značaja poreskog podsticanja investicija.

Pored investicija u funkciji proizvodnje, veoma su značajne i investicije u razvoj proizvodnih faktora prevashodno ulaganje u ljudski kapital, znanje i naučnoistraživački rad. Iako ove investicije nemaju direktan uticaj na proizvodnju, one su neophodan uslov korišćenja tih faktora, pa su zbog toga takođe komponenta investicione (razvojne politike). Samim tim i poreske olakšice u oblasti istraživanja i razvoja dobijaju na posebnom značaja u praksi. Kako je inovacija, *po našem mišljenju*, noseći stub privrednog razvoja i prosperiteta, ovi podsticaji mogu uticati na stvaranje proizvodne, produktne i organizacione inovacije, koja svaka na svoj način podiže životni standard i utiče na privredni rast. Njen uticaj se ogleda u tome što se tako stvaraju kvalitetnije proizvode i obezbeđuju bolje usluge (*produktna inovacija*); unapređuju proizvodne tehnologije (postupke) ili načine isporuke dobara i usluga (*proizvodna inovacija*); ili omogućavaju nove načine upravljanja, organizovanja i poslovanja firme (*organizaciona inovacija*).⁷ U globalizovanom svetu, inovacija je sredstvo privredne konkurentnosti i zbog toga je bitna i razvijenim i manje razvijenim zemljama. Globalna finansijska kriza je značaj inovacija samo još više istakla, jer poreska politika mora težiti da pruži efikasne podsticaje za razvoj. Kreatori ekonomske politike moraju raditi na programu kojim se podstiče diseminacija znanja (baš poreskim podsticajima), jer naučna i tehnološka dostignuća upravo trebaju da omoguće podizanje životnog standarda, zaštitu prirodnih dobara i zdravlja, kao i uopšte posmatrano, javnog poretka.

Savremene teorije privrednog rasta smatraju da u privrednom sistemu postoji poseban *tehnološki sektor* koji sve ostale sektore snabdeva novim tehnologijama, a korisnici tom sektoru plaćaju pravo da iste koriste. Kako ovaj sektor raspolaže informacijama koje nemaju svoj oportunitetni trošak u stanju je da ostvari monopolski profit (što više odgovara slici u objektivnoj društvenoj stvarnosti od pomalo, udaljenih neoklasičnih modela). Jedan od najefikasnijih načina širenja tehnologije u svetu jesu upravo strane direktne investicije multinacionalnih kompanija. Ove investicije proizvode pozitivne eksternalije (za razliku od neoklasičnog modela privrednog rasta koji insistira na štednji, sada se insistira na obrazovanju). Upravo ti pozitivni spoljašnji efekti u vidu ulaganja u humani kapital

⁷ Pamela Palazzi, *Taxation and Innovation*, OECD Taxation Working Papers No. 9, 2011.

doprinosu višoj stopi privrednog rasta.⁸ Jedini poreski oblik koji, prema našem mišljenju, može da doprinese optimalnom privlačenju inostranog kapitala, što podrazumeva i ulaganje u znanje, proizvodne tehnologije i inovaciju, jeste porez na dobit korporacija. Svakako da on nije lišen određenih slabosti u svojoj strukturi (naročito u zemljama u razvoju) ali to samo nameće potrebu njegovog reformisanja radi konstituisanja optimalne poreske strukture (svrsishodne i za efikasno “ovaplođenje” domaćeg kapitala). Problemi koje njegova primena nosi u unutrašnjem pravu (kompleksnost, netransparentnost, mnoštvo razuđenih podsticaja koji se dupliraju sa podsticajim drugih poreskih instrumenata) i međunarodnom pravu (problem neloyalne poreske konkurencije i zakonita nelegitimna poreska evazija) jesu složeni, ali ne i nerešivi. *Mišljenja smo* da se adekvatnim poreskim reformama i usvajanjem određenih konvencija (sporazuma) pomenuti nedostaci mogu svesti na društveno prihvatljivi nivo, a sve u cilju iskorišćavanja punog potencijala ovog poreskog oblika (po našem mišljenju, neopravdano zapostavljenog), koji u sadejstvu sa ostalim poreskim oblicima doprinosi željenom privrednom rastu.

Bez obzira na evoluciju naučnih misli o vezi instrumenta i mera poreske politike i ciljeva i zadataka investicione politike smatramo da nema razloga za zauzimanje međusobno suprotstavljenih stavova o tome da li se za ostvarivanje tih ciljeva kao optimalno rešenje javljaju poreski instrumenti ili infrastrukturni javni rashodi, jer i jedni i drugi pokazuju prednosti i nedostatke u primeni. Stoga se u finansijskoj literaturi sve više zauzima stanoviše o uspostavljanju jedinstvene investicione politike koja podrazumeva istovremeno korišćenje poreskih instrumenata i drugih vladinih mera usmerenih na uspostavljanje pravne, ekonomske i političke stabilnosti, jer se tako na optimalan način mogu ostvariti dugoročni privredni ciljevi usmereni na postizanje sveukupne makroekonomske stabilnosti i održivih javnih finansija.

Poresko stimulisanje investicija u Srbiji

Poreski podsticaji za privlačenje inostranog kapitala tradicionalno se utvrđuju Zakonom o porezu na dobit pravnih lica. *Ratio legis* ovih zakonskih rešenja jeste da se njime doprinese ostvarivanju osnovnih ciljeva razvojne ekonomske politike u smislu stimulisanja privrednog rasta. Implementacijom ovih poreskih podsticaja neposredno se ostvaruju osnovni zadaci investicione politike koji se ogledaju u povećanju obima investicija, njihovog adekvatnog struktuiranja i povećanja nivoa efikasnosti. Da bi poreski podsticaji bili efikasni, smatramo da je

⁸ Eric Engnen, Jonathan Skinner, *Taxation and Economic Growth*, National Tax Journal, vol. 49 no. 4, 1996, pp.617-642. Uporedi sa: Karl Aiginger, Martin Falk, *Explaining the Differences in Economic Growth Among OECD Countries*, WIFO and University of Linz, 2004, pp. 3-42.

neophodno da se njihovo inkorporiranje u pravne norme izvrši tako da oni deluju poput automatskih stabilizatora, jer se tako umanjuje investiciona nesigurnost, administrativni troškovi i favorizovanje manje profitabilnih investicija. Zakonskim odredbama kojima se regulišu poreski podsticaji u ovoj oblasti tradicionalno se uočava namera zakonodavca da podstakne ulaganje kapitala u određena područja i da podstakne zapošljavanje. Prilikom regulisanja poreskog tretmana investicija neophodno je obazrivo postupati iz razloga da bi se izbeglo urušavanje osnovice i ulaganje kratkoročnih investicija koje ne doprinose privrednom razvoju.⁹ Izmenama Zakona o porezu na dobit pravnih lica u Srbiji poreska stopa povećana je sa 10 na 15 procenata. Posmatrano u odnosu na poreske stope u okruženju ona je i dalje najniža, što bi na prvi pogled trebalo da znači i veći priliv stranog kapitala u zemlju, jer posmatrano u širem smislu niska poreska stopa može predstavljati značajan stimulans za investiranje u određeno područje. Bez obzira na privlačnu strukturu domaćeg korporativnog poreza, ona sama po sebi nije dovoljna za privlačenje inostranog kapitala iz razloga što značajan uticaj na ulaganje inostranog kapitala ima i faktor političke (ne)stabilnost u zemlji.

Odluku o ulaganju inostranog kapitala u određenu zemlju determiniše i stepen efikasnosti pravnog poretka, posmatran u smislu zaštite njihovih prava i interesa na domaćoj teritoriji.¹⁰ U tom smislu se itekako mora voditi računa o tran-

⁹ “Urušavanje” osnovice obuhvata ne samo prihode koje je fiskus izgubio odobravanjem samog podsticaja, već treba uzeti u obzir činjenicu da je izuzeti obveznik (preduzeće), često, deo veće skupine preduzeća koja skupno nisu oslobođena poreske obaveze (dešava se da se dohodaka seli iz člana holdinga, tj. uspešnog oporezovanog preduzeća u neoporezivu delatnost putem sistema transfernih cena). Marina Kessner-Škreb, *Porezni poticaji, Pojmovnik javnih financija*, Finansijska teorija i praksa, vol 25(4), 2001, str. 636-665. *Transferne cene* predstavljaju instrument za vršenje evazije u međunarodnim okvirima, i kao takve veliki izazov za poresku administraciju. *Transferna cena* je cena koju privredni društvo naplaćuje uo dobra i usluge društvu kćeri ili drugom sa njim povezanim pravnim licem, ali je reč o cenama koje nisu ugovorene na slobodnom tržištu, one mogu u velikoj meri odstupati od cena koje bi se formirale da nije reč o transakcijama između povezanih lica. Katarina Ott, *Porezni leksikon s višejezičnim rječnikom*, Institut za javne financije, Zagreb, 1999.

¹⁰ Steven Clark, Ana Cabeiro, Alexander Bohmer, *Tax Incentives for Investment-A Global Perspective: Experience in MENA and non MENA Countries*, OECD, 2007, p. 18. Takođe, neki teoretičari ističu da niska poreska stopa, shvaćena u širem smislu, predstavlja nasigurniji najdelotvorniji poreski podsticaj od svih ostalih. U mnogim studijama se ističe kako za razliku od zemalja članica OECD-a koje inostrane investicije privlače i efikasan finansijskim podsticajima, koji nude veću administrativnu fleksibilnost od poreskih podsticaja, zemlje koje nisu članice podsticaje masovno koriste, iako je najbolji načina za privlačenje kapitala siguran i efikasan pravni poredak. Ne treba zaboraviti da ovi podsticaji imaju svoje oportunitetne troškove koji se mogu generisati u tri osnovne grupe: *troškove izgubljenih prihoda* (zbog odluke države o umanjenju poreske obaveze), *troškove alokacije resursa* (jer podsticaji stvaraju distorzije u pogledu izbora investitora između sektora i aktivnosti, umesto da ispravljaju nedostatke, troškovi implementacije samih izdataka, koji se povećavaju sa složnošću poreskog sistema u zemlji i shvatanjem poreskih obveznika o njihovoj nepravičnosti, jer su dostupni samo nekim poreskim obveznicima i *troškovi* koji nastaju zbog nedovoljne transparentnosti,

sparentnosti, sigurnosti i određenosti poreskih zakona, jer danas postoji realna i logična potreba za zaštitom prava poreskih obveznika i kodifikacijom poreskih zakona, kao bi oni u svakom trenutku mogli da predvide posledice svojih odluka. U Srbiji prava poreskih obveznika nisu zaštićena na adekvatnom nivou, što dokazuje i nepostojanje udruženja poreskih obveznika, ombudsmana koji bi se bavio njihovom zaštitom, kao i odsustvo povelja kojim bi se štitili njihovi interesi po ugledu na one koji postoje u razvijenim zemljama. Ipak, kada govorimo o transparentnosti poreskih propisa, moramo uzeti u obzir da su poreski zakoni jako složeni, i da zahtev za određenošću i jasnoćom pravnih propisa (*lex certa*), na terenu poreskog prava relativizira. Za većinu građana poreski propisi su nedovoljno jasni, pa je za upoznavanje pravno-poreskih normi neophodno angažovati stručnjake (*poreske savetnike*). Generalno, najbolji način da se prevaziđu nedostaci poreskih podsticaja kojim bi se privlačine inostrane investicije, jeste da se snizi stopa korporativnog poreza, uz istovremeno širenje poreske osnovice, što bi koristilo i postojećem i novom kapitalu, čime bi se izbeglo štetno poresko planiranje.¹¹ Ipak, kreatori poreske politike moraju voditi računa o tome da se ovi podsticaji mogu zloupotrebiti u svrhe koje zakonodavac nije imao na umu.

Sistem poreskih podsticaja za ulaganje inostranog kapitala u domaćem pravu je često noveliran. Tako se novim izmenama Zakona o porezu na dobit pravnih lica ukidaju prethodno utvrđene odredbe o poreskom investicionom kreditu, poreskim kreditima, ubrzanoj amortizaciji, koncesionim ulaganjima. Objašnjenje za novi pravac vladine politike treba potražiti u (ne) efikasnosti ranijih podsticaja, njihovim administrativnim troškovima, zloupotrebama i uslovima stvarnog korišćenja, zbog čega je zakonodavac stao na stanovište da treba derogirati sva ona rešenja koja su se u praksi slabo primenjivala. Izmenama Zakona o porezu na dobit pravnih lica, utvrđeno je da oslobođenje od plaćanja poreske obaveze na period od deset godina ima poreski obveznik koji lično ili preko drugog lica uloži u osnovna sredstva, u registrovanoj delatnosti više od milijardu dinara, pod uslovom da zaposli najmanje 100 lica na neodređeno vreme.¹² U ovim zakonskim odredbama

jer su podsticaji najčešće rezultat diskrecionih mera vlade, a ne delovanja automatskih stabilizatora na jedinstvenu stopu od 25%, uz istovremeno proširivanje poreske osnovice i pooštavanje kriterijuma za ubranu amortizaciju, čime je poreski sistem postao transparentniji. *OECD, Revenue Statistic, 1965-1999, 2000, p. 5-6.* Diskrecione mere podstiču i fenomen rasipanja resursa "rent seeking behavior", i zato je za ekonomije u razvoju od izuzetnog značaja da reformom pravnog sistema, adekvatnom infrastrukturom i jačanjem standarda u oblasti radnog zakonodavstva i ekološkog prava, privuku inostrane investicije, jer pomenute reforme koštaju manje nego sistem poreskih podsticaja. Više o tome: *Steven Clark, Ana Cabeiro, Alexander Bohmer, op. cit., pp. 6-7.*

¹¹ Saša Randelović, *Unapređenje performansi poreskog sistema Srbije kroz reformu poreza na dobit*, Poreska politika u Srbiji, Pogled unapred, USAID, Fond za razvoj ekonomske nauke, Beograd, mart 2010, str. 82-90.

¹² *Zakon o porezu na dobit pravnih lica*, Službeni glasnik RS, br. 25/01, 80/02, 43/03, 80/04, 18/10, 101/11, 119/12, 47/13 i 108/13. U vreme kada srpski zakon to područje nije definisao, hr-

možemo primetiti očiglednu nameru zakonodavca da podstakne ulaganje kapitala u određena područja i da podstakne zapošljavanje.

Novim izmenama Zakona ukinut je podsticaj u vidu tzv. malog oslobođenja u trajanju od *pet godina*, za obveznika koji obavlja delatnost na nedovoljno razvijenom području, pod uslovom da poreski obveznik lično ili preko drugog u osnovna sredstva uloži više od 8.000.000. dinara uz zapošljavanje najmanje pet lica na neodređeno, koja na tom području imaju prebivalište. Ipak, tadašnjim zakonom područje od naročitog državnog interesa nije bilo definisano, čime se otežavala faktička primena ovog oslobođenja, dok se novim zakonskim izmenama ovaj podsticaj u potpunosti anulira čime se, *po našem mišljenju*, dovode u pitanje ostvarivanje ciljeva regionalne politike koji se ogledaju u smanjenju razlike u pogledu stepena privredene razvijenosti unutar zemlje. U javnosti se mogu čuti kritike da je stvarni domašaj ovih podsticaja veoma ograničen s obzirom na iskustva u prošlosti kada je dolazilo do njihovih zloupotreba i selektivnog korišćenja, zbog čega se dovodi u pitanje njihova opravdanost. Stručnjaci ističu da se ovim poreskim oslobođenjima zapravo nije pomagalo novosnovanim firmama, jer u prvim godinama poslovanja one ne mogu ostvaruju značajnu dobit (*po našem mišljenju*, ovo je relativno oboriva pretpostavka) čime se dovodi u pitanje opravdanje intencija zakonodavca za takvim poreskim izdacima. Jedan od razloga za ukidanje ovih olakšica može biti i sam odnos poreskih obveznika prema pogodnostima kojima je ona donosila. Tako deluje da su poreski obveznici u Srbiji previše slobodno shvatali ovu olakšicu, smatrajući da jednom kada je dobiju više nemaju bilo kakvih formalnih obaveza za vreme njenog važenja, što može biti vrlo štetno po interese fiskusa.

Radi sprečavanja zloupotreba Zakonom je utvrđeno da će obveznik izgubiti pravo na oslobođenje ukoliko smanji broj dodatno zaposlenih radnika ispod 100 ili ukoliko pre isteka perioda oslobođenja prestane sa poslovanjem, odnosno ukoliko prestane da koristi ili otuđi osnovna sredstva u koje je uzvršeno ulaganje, a u nova osnovna sredstva ne uloži barem jednak iznos tržišnoj ceni otuđenih sredstava.¹³ Naime, dužnost podnošenja informacija poreskoj administraciji o ostvarenom profitu svakako mora postojati. Administrativni troškovi za ostvarivanje

vatski zakon o porezu na promet ovu olakšicu predviđa za brdsko-planinska područja, područja od posebnog državnog interesa i grad Vukovar. Vidi: G. Kordić, *Porezni sustav Republike Hrvatske*, Ekonomski fakultet, Rijeka, 2011, str. 47-50. Takođe, od plaćanja poreza, u Srbiji su oslobođene i nedobitne organizacije, ako ostvare višak prihoda na rashodima do 400.000 dinara uz ispunjenje uslova: da ne raspodeljuju višak dobiti osnivačima, direktorima, zaposlenima ili sa njima povezanim licima, da lična primanja koja isplaćuju zaposlenima i pomenutim subjektima ne prelaze dvostruki iznos proseka za delatnost u kojoj je organizacija svrstana, kao i da ne raspodeljuju svoju imovinu. *Zakon o porezu na dobit pravnih lica*, čl. 44v.

¹³ *Zakon o porezu na dobit pravnih lica*, Službeni glasnik RS, čl. 50.v i čl. 50. g.

ove pogodnosti u vidu povraćaja već plaćenog poreza nisu visoki, ali poreski obveznici i dalje moraju sami podneti zahtev za povraćaj sredstava (*ex privato*), jer se povraćaj ne odobrava po automatizmu (*ex officio*).¹⁴ Takođe, u cilju sprečavanja eventualnih zloupotreba novi Zakon predviđa i da ukoliko obveznik prekine sa poslovanjem, prestane da koristi ili otuđi sredstva (a u nova osnovna sredstva ne uloži u istom poreskom periodu iznos jednak tržišnoj ceni otuđenih sredstava u vrednosti koja obezbeđuje da ukupan iznos ulaganja ne padne ispod prethodno utvrđenog iznosa) može izgubiti pravo na poresko oslobođenje. Samim tim sledi i da je poreski obveznik dužan da danom podnošenja poreske prijave za naredni poreski period, obračuna i plati porez koji bi platio da nije koristio ovaj podsticaj. Takođe, u cilju povraćaja iste vrednosti novčanog iznosa datim podsticajem zakon reguliše da se iznos poreskog duga mora valorizovati (od dana podnošenja poreske prijave za poreski period u kome je ostvario pravo na poresko oslobođenje do dana podnošenja poreske prijave za naredni poreski period) indeksom potrošačkih cena prema podacima republičkog organa nadležnog za poslove statistike.

Ovi mehanizmi zaštite trebalo bi da umanje mogućnost zloupotrebe poreskih podsticaja kod ulaganja koji su se u prošlosti često dešavale i da istovremeno zaštite interese fiskusa u ovoj oblasti, jer ne treba zaboraviti da priznavanjem ovih podsticaja države odriče dela svojih prihoda što u slučaju izostanka njihove svrshodnosti (tj. privlačenja investicija u ovom slučaju) podrazumeva alikvotni gubitak dela društvenog blagostanja. Istovremeno ovim mehanizmima se doprinosi smanjenju pravne nesigurnosti koja je preko potrebna u ovoj oblasti. U cilju zaštite već stečenih prava svi oni poreski obveznici koji su stekli pravo na korišćenje poreskog kredita do stupanja novog zakona na snagu, svoje pravne interese mogu legitimno ostvariti, ali se postavlja pitanje pravnih posledica ukidanja odredba o poreskom investicionom kreditu na eventualna buduća ulaganja u zemlji. Zanimljivo je da je ukidanjem ovih poreskih olakšica učinjen svojevrсни presedan u domaćem poreskom pravu, pa su se u javnosti mogle čuti brojne kritike da je do primene novih poreskih rešenja došlo svega dvadeset i dva dana od usvajanja Fiskalne strategije sa projekcijama za 2015. i 2016. godinu, kojom je bilo predviđeno da će ukidanju poreskog investicionog kredita slediti javna rasprava koju bi zbog značaja koju je ova olakšica imala za strane investitore, trebalo prolongirati za 2015. godinu.¹⁵ Brojni predstavnici inostranih udruženja poslodavaca ukazali su na činjenicu da ukidanje ovog poreskog podsticaja može imati ozbiljne posledice na ulaganje inostranog kapitala, jer po pravilu kod dugoročnih investicija,

¹⁴ A. Easson, E. M. Zolt, op. cit., p. 20.

¹⁵ Fiskalna strategija sa projekcijama za 2015. i 2016. godinu, Službeni glasnik RS, br. 97/2013.

odluka o ulaganju je uvek bazirana na srednjeročnom planu kod kojeg nema mesta primeni klauzule rebuc sic stantibus.¹⁶

Poreskopравни tretman investicija i privredni rast

Mišljenja smo da je porez na dobit pravnih lica kao instrument investicione politike najveći uticaj na ostvarivanje njenih zadataka i funkcija imao upravo kroz zakonske norme o poreskim podsticajima (u vidu odredaba o poreskim oslobođenjima, poreskom investicionom kreditu, oslobođenjima za istraživanje i razvoj i ubrzanoj amortizaciji). Takođe, smatramo da se teza o tzv. "nesvrshodnosti" poreskih podsticaja u savremenom poreskom pravu mora ozbiljno preispitati, jer u uslovima globalizacije, finansijskih kriza (koje neretko završavaju moratorijumom ili bankrotstvom države) i naraslih javnih dugova, poreski podsticaji mogu predstavljati efikasan instrument ekonomske politike razvijenih zemalja, a naročito zemalja u razvoju (gde spada i Srbija) za generisanje željenog privrednog rasta. Struktura pomenutih podsticaja bila je detreminisana tako da se nalazi u funkciji ostvarivanja dugoročnih ciljeva ekonomske politike, i to stimulisanja privrednog rasta, razvoja malih preduzeća, koncesionih ulaganja, zapošljavanje radnika i poboljšanje ekološke situacije. Smatramo da kvalitetnoj reformu (i eventualnom ukidanju) odredba o stimulisanja investicija mora prethoditi precizna i detaljna statistika za utvrđivanje izdataka u domaćem zakonodavstvu. Pravna nesigurnost koja je prouzrokovana nepreciznim normiranjem poreskih podsticaja za ulaganje i odsustvo koordinirane komunikacije između izvršne i zakonodavne vlasti, dovodi u pitanje njihovu svrshodnost.¹⁷ Stoga pri uvođenju poreskih podsticaja (u sistemu oporezivanja dobiti korporacija), moramo napraviti preciznu analizu troškova i koristi (*cost-benefit modelom*), jer svi podsticaji moraju imati tačno određenu svrhu i moraju biti temeljeni na realnim potrebama i u skladu sa proklamovanim državnim ekonomskim i socijalnim ciljevima.¹⁸

Na ovom mestu moramo napomenuti i da poreski podsticaji neretko mogu postati oruđe neloyalne poreske konkurencije koju države u cilju privlačenja in-

¹⁶ Izvor:<http://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/210214/210214-stampa3.html>.13.04.2014.

¹⁷ Ovaj problem je naročito prisutan u federativnim državama, zbog postojanja različitih nivoa zakonodavstva kojima se reguliše poreskoppravna materija. Više o tome: Lejla Lazović-Pita, Sanjin Pita, *Porezni izdaci u sustavu poreza na dobit: Primjer Bosne i Hercegovine*, Zbornik radova sa konferencije: Skrivena javna potrošnja: sadašnjost i budućnost poreznih izdataka, Institut za javne financije, Zagreb, 2011, str. 105-116. Uporedi: Dušan Antić, *Makroekonomska stabilnost i fiskalni federalizam u Bosni i Hercegovini*, Fircon, Mostar, 2009, str. 102. i Lejla Lazović, Sanjin Pita, *Porezni izdaci u sistemu poreza na dobit-Primjer Bosne i Hercegovine*, 2009, str. 6-7.

¹⁸ Vjekoslav Bratić, *(Ne)efikasnost poreznih izdataka u oporezivanju dobiti u Hrvatskoj*, Zbornik radova sa konferencije: Skrivena javna potrošnja: sadašnjost i budućnost poreskih izdataka, Institut za javne financije, Zagreb, 2011, str. 81-82.

vesticija.¹⁹ Iako ne postoji univerzalna definicija, poresku konkurenciju možemo posmatrati kao vid takmičenja među državama (jurisdikcijama) u privlačenju kapitala (investitora) poreskim instrumentima, posebno poreskim podsticajima.²⁰ Pozitivni efekti ovog procesa su kontrola moći, inovacije i podsticaji. Negativni efekti oličeni u nefer poreskoj konkurenciji, dovode do značajnih distorzija, zbog želja i zahteva poreskih obveznika da izbegnu svoje obaveze sa jedne strane i težnje država da privuku što više kapitala. Kao posledica toga, dolazi do pojave efekta preliivanja (*spill-over effects*) koji se ogleda u podrivanju integriteta i pravednosti poreskih struktura i prebacivanju poreskog tereta na manje mobilne poreske osnovice (imovina, rad i drugo).²¹ *Mišljenja smo* da se proces poreske konkurencije se ne može isključivo okarakterisati kao loš ili kao dobar trend u međunarodnim poreskim odnosima, nezavisno od pravnih, ekonomskih i političkih okolnosti u kojima se konkurencija odvija. Takođe, smatramo da su pozitivni efekti ovog procesa značajniji od loših, jer omogućavaju priliv inostranog kapitala u zemlje u razvoju u vidu stranih direktnih investicija (tj. ulaganja u proizvodne tehnologije, znanja i inovaciju). Loše posledice poreske konkurencije (u vidu vršenja zakonite nelegitimne poreske evazije) mogu se ograničiti usvajanjem određenih sporazuma i adekvatnim poreskim reformama, kojima se državama nemeće obaveza razmene poreskih informacija, u cilju dostizanja optimalnog nivoa priverednog razvoja.²²

Takođe, u finansijskoj literaturi je sve veći broj studija koji preispituju tzv. "negativnu" vezu između poreskog investicionog kredita i privrednog rasta.. Teza po kojoj poreski podsticaji ovog korporativnog poreza proizvode distorzivne efekte se ne može prihvatiti, jer je njihov *ratio legis* upravo ta ista distorzija koja se ogleda u vidu privlačenja inostranog kapitala na teritoriju određene zemlje. U odsustvu podsticaja do toga ne bi ni došlo, pa čak i ukoliko konkretnog ulaganja

¹⁹ James Morisset, *Tax Incentives: Using Tax Incentives to Attract Foreign Direct Investment*, Public Policy for Private Sector, February, 2003. <http://www.Rru.worldbank.org>. Taxation Trends in the European Union, *European Commission, Luxembourg*, 2007. Kad je u pitanju argument *nelojalne poreske konkurencije*, moramo se još jednom vratiti na visinu poreske stope u Srbiji. U mnogim zemljama u poreskim sistemima poreza na dobit preduzeća, postoje dve ili više poreski stopa. Tako npr. u Irskoj, na preduzeća iz pojedinih delatnosti primenjuju se stope od 20%, 25% ili 40%, dok se proizvodna preduzeća primenjuje proporcionalna stopa od 15%. *Mišljenja smo*, da bi sličnu polarizaciju trebalo primenjivati u Srbiji, jer se na ovaj način ublažavaju efekti štetnih signalnih dejstva poreza, a istovremeno se omogućava razvoj određenih privrednih delatnosti.

²⁰ Goodspeed J.Timothy, *Tax Competition, Benefit Taxes and Fiscal Federalism*, National tax Journal, 1998, Vol. 51(3), pp. 579-582.

²¹ Božidar Raičević, Jelena Nenadić, *Porez na dobit u zemljama zapadnog Balkana-uporednopravni prikaz rešenja*, Ekonomist, Vol. 39, Beograd, 2003, str. 207.

²² Marko Dimitrijević, *Poreska konkurencija: teorijski osvrt*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. LXIV, 2013, str. 287-308.

kapitala u određenom trenutku nema, ne možemo reći da je podsticaj neefikasan (razlog neulaganja je češće asimetrija informacija između potencijalnih investitora i domaćih kompanija). Alternativni način posmatranja efikasnosti korporativnih poreskih podsticaja bi mogao biti i sledeći: “*oporezivanje kapitala iskrivljuje ponašanja investitora, a poreski podsticaji umanjuju ekonomske distorzije (jer predstavljaju bolju alternativu nego negativene(nulte) poreske stope)*”.²³ Shvatanje da su poreski podsticaji opasni i društveno štetni, u smislu da njihovi troškovi premašuju koristi, ne odgovara slici koja danas postoji u privrednoj sferi društvenog života. Ako tvrdimo da nisu efikasni to bi značilo da bar nemaju “lažnu vrednost u poreskom pravu”, pa sami tim ne mogu ni biti štetni. Ako investitor nije privučen, ni njegovo ponašanje ne može biti “iskrivljeno” i poreski prihodi onda nisu izgubljeni. Navedena primedba bi se mogla prihvatiti jedino ukoliko bi poreski obveznik na neki način mogao da iskoristi prednosti olakšice, a da pri tome ne investira ili ukoliko bi investitor uložio kapital i bez poreskog podsticaja, a opet stekao kakvu korist od njega.²⁴ Svakako, da bi ovaj argument mogao da se odnosi na sve vidove državne intervencije u privredi, pa obuhvata i poreske i neporeske regulative. Radi se o pravno-tehničkom pitanju izrade i implementacije zakonskih rešenja i problema pravnih praznina, odnosno izigravanja smisla (cilja) pravnih normi (i njihovog korišćenja za postizanje ličnog interesa, nasuprot opštem koji je zakonodavac imao na umu prilikom reglementiranja pravila).

ZAKLJUČAK

U cilju donošenja optimalnih instrumenata poreske politke za privlačenje investicija realno se moraju sagledati efekti već korišćenih zakonskih rešenja u vidu poreskih olakšica i oslobođenja. U tom smislu, jasno je da poreski podsticaji za ulaganje kapitala mogu iskriviti donošenje finansijskih odluka i biti nepravični prema investitorima, ukoliko favorizuju one obveznike koji se oslanjaju na pozajmljivanje kapitala, nasuprot onima sa sopstvenim sredstvima. Razlog za ukidanje poreskih kredita po tom osnovu u domaćem pravu se delimično može objasniti upravo tim nedostacima koje je zakonodavac nastojao da poreskim reformama izbegne. Ali moramo postaviti pitanje da li se ukidanjem ovih podsticaja utiče

²³ Yoram Margalioth, *Tax Competition, Foreign Direct Investments and Growth: Using the Tax System to Promote Developing Countries*, Chicago Law School Work-in-progress Workshop and IDC Law Faculty Seminar, 2010, pp. 23-24.

²⁴ Boris Bittker, *Equity, Efficiency and Income Tax Theory: “Do Misallocations Drive Out Inequities?”*, San Diego Law Review No. 735, 1979. Uporedi sa: Richard Bird, *Tax Incentives for Investments in Developing Countries*, Fiscal Reform and Structural Change in Developing Countries, vol I, 2000, p. 201. i David Holland, Richard Vann, *Income Tax Incentives for Investments*, Tax Law Design & Drafting, vol. 2, 1998, p. 986.

na ukupan nivo investiranja u zemlji i sprečava podiranje već preduzetih investicionih projekata? Takođe, ostaje nejasno kako će ove promene uticati na lokaciju poreske osnovice i na statusnopravne promene firmi (spajanja, podele i joint-ventures ugovore). Vreme će pokazati kakve će biti pravno-ekonomske posledice ukidanja ranije predviđenih poreskih podsticaja na realizaciju ciljeva investicione politike i da li je potpuno ukidanje istih bilo pravno opravdano iz razloga što se ovi podsticaji i dalje koriste u mnogo razvijenijim poreskim sistemima. Svakako, diskutabilan je i način po kome su ovi podsticaji ukinuti po ubrzanom proceduri bez prethodnih najava. Nove studije pokazuju da mere direktne državne podrške u vidu subvencija ne mogu predstavljati supstitut poreskom investicionom kreditu u uslovima postojanja budžetske neravnoteže. Teorije privrednog rasta koje su se zasnivale na štednji kao izvoru akumulacije kapitala nisu se dobro pokazale u praksi, jer se sve zemlje u manjoj ili većoj meri suočavaju sa problemom održivosti javnih finansija i ne mogu se neograničeno zaduživati. Efekti ukidanja pomenutih olakšica kod investiranja će se tek procenjivati u budućnosti i samim tim pokazaće se da li je njihovo potuuno ukidanje iz pravnog sistema bilo neophodno za ostvarivanje ciljeva ekonomske politike ili su se oni mogli postići njihovim adekvatnim reformisanjem po ugledu na rešenja koja postoje u poreskim sistemima razvijenih zemalja.

MARKO DIMITRIJEVIĆ
Assistant, Faculty of Law, Niš

TAX POLICY AND INVESTMENT

Summary

In terms of the global economic and financial crisis, measures and instruments of tax policy focused on attracting foreign capital acquire special significance. The tax law treatment of investments largely determine the effects of using foreign capital in order to achieve the desired economic development and overall economic stability. In the area of corporate taxation, tax incentives are usually seen as intention of the legislator to encourage capital investment in certain areas and to encourage employment. In legal regulation of tax treatment of investment it is necessary to proceed with caution for reasons to avoid the collapse of the tax base and occurrence of the short-term investments that do not contribute to economic development. Legislator must pay special attention to the provisions of the investment tax credits, tax exemptions and other tax incentives which indirectly wants to stimulate the investment of foreign capital needed for economic recovery in developing countries.

ZORAN ARSIĆ

**PRINUDNI OTKUP AKCIJA
– PRIMENA I PRAVNA PRIRODA**

U V O D

Zakonom o privrednim društvima iz 2011. god. predviđen je prinudni otkup akcija (čl. 515–523). Na predlog akcionara koji ima akcije koje predstavljaju najmanje 90% osnovnog kapitala društva i koji ima najmanje 90% glasova svih akcionara koji poseduju obične akcije (otkupilac) skupština donosi odluku o prinudnom otkupu svih akcija preostalih akcionara društva uz isplatu cene koja se određuje shodnom primenom odredaba pravila o isplati nesaglasnih akcionara. Ovo pravo se može isključiti statutom (čl. 515 st. 3).

Prinudnim otkupom akcija omogućava se većinskom akcionara (otkupio-cu) ciljano isključenje preostalih manjinskih akcionara, kojim se jasno prevazilaze dosadašnji načini isključenja (na pr. isključenje zbog neizvršenja činidbe uloga) i u pogledu kojeg se predviđaju samo neke pretpostavke. Na planu dogmatike, ovakvim rešenjem se ukazuje da članstvo nije akcijsko pravo koje se ne može oduzeti.¹ S tim u vezi, treba ukazati da je regulativa prinudnog otkupa akcija uzrokovala dva pristupa. Prema jednom, kada su u pitanju manjinski akcionari, članstvo ima umanjeni značaj, dok se prema drugom akcionari vide u dvostrukoj ulozi, kao ulagači kapitala i kao članovi društva.²

Dr Zoran Arsić, profesor Pravnog fakulteta, Univerziteta u Novom Sadu.

¹ Fleischer Holger u Hopt J. Klaus et al. Aktiengesetz §§ 327a – 328; 396–398, Berlin 2007, str. 20.

² Fleischer H., op. cit., str. 18.

Cilj regulative ogleda se u omogućavanju preduzetničke slobode otkuopica akcija. Skupština postaje univerzalna skupštine (čl. 335 st.13), nema potrebe za procedurom sazivanja skupštine i izmena dnevnog reda. Nema, takođe, potrebe za poštovanjem pravila o pravu na postavljanje pitanja, pravila jednakog tretmana akcionara, kao i mogućnosti pobijanja skupštinske odluke. U tom smislu se u literature govori o skupu motiva za donošenje ovakve regulative.³ Prinudnim otkupom akcija manjine akcionara izbegavaju se troškovi vezani za spomenute procedure u pogledu skupštine. S druge strane izbegava se mogućnost opstrukcije od strane manjine akcionara, koja se, najčešće odvijala putem zloupotrebe tužbe za pobijanje skupštinskih odluka.

Primena

Primena čl.515 pretpostavlja postojanje akcionarskog društva.⁴ U domaćem pravu radi se o društvu registrovanom u Agenciji za privredne registre. To znači da primeni norme nema mesta pre registracije društva, odnosno u fazi preddruštva (od trenutka utvrđivanja osnivačkog akta i statuta do registracije).⁵ U literaturi se iznosi stav, koji smatramo ispravnim, da bi takvo ponašanje (prinudni otkup koji znači isključenje manjine) bilo protivno principu savesnosti i poštenja (*venire contra factum proprium*), budući da bi većinski akcionar neposredno pre registracije isključio manjinu sa kojom je malo ranije utvrdio ugovor o osnivanju i statut.⁶

Norma je formulisana na opšti način i odnosi se na javna društva, kao i društva koja nisu javna. U literaturi postoji spor oko toga da li je normu trebalo formulisati tako da se ona primenjuje samo na berzanski kotirana društva. Kada je domaće pravo u pitanju treba imati u vidu da primena prinudnog otkupa akcija može da dovede do prestanka statusa javnog društva. Izdavaocu hartija od vrednosti može prestati status javnog društva ako u toku bilo koje kalendarske godine sve hartije od vrednosti izdate javnom ponudom budu ``otkupljene u postupku prinudne prodaje`` (ili ostvarivanja prava na prodaju akcija) u skladu sa zakonom kojim se uređuju privredna društva (čl. 70 st. 2 Zakona o tržištu kapitala). Nezavisno od toga što formulacija ukazuje samo na prinudnu prodaju, u praksi nije sporno da se ista posledica vezuje i za prinudni otkup. Treba ukazati da u domaćem pravu ova posledica nastupa samo u slučaju da manjinski akcionari ne pruže otpor prinudniom otkupu. Oni, nime, imaju efikasnu odbranu od ovakvog

³ Fleischer H., op. cit., str. 14.

⁴ Schnorbus York u Schmidt Karsten, Lutter Marcus, Aktiengesetz, Köln 2008, str. 3036.

⁵ Fleischer H., op. cit., str. 40; Moritz Hans, Squeze Out: Der Ausschluss von Minderheitsaktionären nach §§ 327a ff Aktg, Lausanne2004, str. 90.

⁶ Fleischer H., op. cit., str. 40.

isključivanja iz društva, koja se ogleda u tome da mogu da izvrše zalaganja svojih akcija kada nije moguće sprovesti postupak prinudnog otkupa.⁷

U pogledu mogućnosti sprovođenja prinudnog otkupa u fazi likvidacije društva postoje različiti stavovi. Prema manjinskom stavu cilj propisa koji se ogleda u stimulisanju preduzetničke slobode većinskog akcionara se ne više ne može ostvariti i, zbog toga, mora doći do teleološke redukcije.⁸ S druge strane, prema vladajućem mišljenju, otvaranje postupka likvidacije se ne vidi kao smetnja u pogledu prinudnog otkupa akcija, zato što tada dolazi samo do izmene statutom utvrđenog cilja društva i ne utiče na prestanak društva. Ukazuje se, takođe, da se prinudnim otkupom, odnosno isključenjem manjinskih akcionara, ubrzava postupak likvidacije.⁹ Dovršenjem postupka likvidacije, i na osnovu toga brisanjem iz registra privrednih subjekata (čl. 468), društvo gubi subjektivitet i od tada isključenje manjine akcionara prinudnim otkupom akcija nije moguće.¹⁰

Kada je stečaj u pitanju treba imati u vidu se naknada isplaćuje ne teret otkupioaca, a ne društva, zbog čega nisu ugroženi interesi poverilaca društva.¹¹ Osim toga, akcije društava u stečaju (i likvidaciji) se isključuju sa organizovanog tržišta (čl. 122 Zakona o tržištu kapitala), a vlasničkim hartijama od vrednosti koje su isključene sa organizovanog tržišta trguje se slobodno (čl. 46 st. 4 Zakona o tržištu kapitala). Smatramo da je i u stečaju moguća primena obaveznog otkupa akcija. S obzirom da skupština ne postoji, odluku donosi stečajni upravnik, s obzirom da, na osnovu ne baš najbolje formulacije norme čl. 74 Zakona o stečaju, danom otvaranja stečajnog postupka prava organa prelaze na stečajnog upravnika. Kada je reorganizacija u pitanju, smatramo da nema smetnje za primenu pravila o prinudnom otkupu akcija. Pravosnažnost rešenja o potvrđivanju plana reorganizacije ima za posledicu obustavu stečajnog postupka i prestanak svih posledica otvaranja stečajnog postupka (čl. 166–167 Zakona o stečaju). Radi se o aktivnom društvu i skupština bi mogla da donese odluku o prinudnom otkupu akcija.

U literaturi se ukazuje¹² da je primena prinudnog otkupa akcija moguća i u situaciji kada između akcionara otkupioaca i društva postoji ugovor o kontroli i upravljanju (čl. 554). Ovim ugovorom se, između ostalog, obavezno predviđa i primerena naknada po akciji koju je društvo dužno da plaća spoljnim akcionarima na godišnjem nivou (čl. 562). Dodatni interes većinskog akcionara za

⁷ Čl. 99a Izmena i dopuna pravila poslovanja centralnog registra, depoa i kliringa hartija od vrednosti od 26.12. 2012.

⁸ Fleischer H., op. cit., str. 40.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Moritz H., op. cit., str. 91.

¹¹ Suprotno u pogledu namačkog prava Fleischer H., str.41; Schnorbus Y., op. cit., str. 3036.

¹² Fleischer H., op. cit., str. 41.

otkupom postoji, s obzirom da se ova naknada ne plaća u slučaju da je kontrolno društvo jedini akcionar podređenog društva (čl. 562 st. 4). Ukazuje se, takođe, da je moguće na istoj sednici skupštine doneti odluku o zaključivanju ugovora o kontroli i upravljanju i odluku o prinudnom otkupu akcija. Na osnovu isključivanja manjine akcionara otkupilac ne stiče pravo davanja obavezujućih uputstava, zbog čega ima smisla da stekne to pravo zaključenjem ugovora o kontroli i upravljanju.¹³

U pogledu vršenja prava na otkup akcija nije predviđeno vremensko ograničenje, što je situacija poznata u uporednom pravu.

U čl. 515 nije predviđena obaveza otkupioca da izvrši obaveštavanje o dostizanju predviđenog cenzusa, koji obuhvata kapitalsku i upravljačku komponentu. Prema Zakonu o tržištu kapitala obaveza obaveštavanja o sticanju značajnog učešća se završava sa učešćem od 75% prava glasa. Svako dalje sticanje ne povlači obavezu obaveštavanja. Tako, akcionar koji je stekao na pr. 75% prava glasa i izvršio obaveštavanje u skladu sa čl. 57 Zakona o tržištu kapitala nema takvu obavezu u slučaju da daljim sticanjem stekne 90% prava glasa. Obaveza bi, ipak, postojala u situaciji kada je akcionar imao učešće od na pr. 74% i posle toga realizovao transakciju kojom bi stekao 90%, s obzirom da bi time prešao prag od 75%. Slična situacija u drugim nacionalnim pravima prouzrokovala je stav prema kojem bi de lege ferenda trebalo izvršiti usklađivanje između prava privrednih društava i prava tržišta kapitala.¹⁴ Ovo je važno zbog toga što je javno društvo izdavalac akcija dužno da primljeno obaveštenje objavi javnosti najkasnije u roku od tri dana od prijema obaveštenja (čl. 57 st. 5 Zakona o tržištu kapitala). Na taj način bi manjina akcionara bila obaveštena da je, zbog odsustva vremenskog ograničenja, u svakom trenutku moguće pokretanje postupaka za prinudni otkup akcija.

U pogledu primene pravila Zakona o tržištu kapitala na prinudni otkup akcija treba ukazati i na to da činjenica da će se sprovesti postupak prinudnog otkupa akcija, odnosno da će biti podnet predlog od strane otkupioca, predstavlja insajdersku informaciju (čl. 75 Zakona o tržištu kapitala).

Prinudni otkup akcija i jednak tretman akcionara. – Nejednako tretiranje pojedinih akcionara je potrebno, ali ne i dovoljno, da bi došlo do primene pravila o jednakom tretmanu akcionara (čl. 269) –neophodno je da postoje jednake okolnosti. S tim u vezi treba imati u vidu postojanje različitih situacija u kojima zbog odsustva jednakih okolnosti nema obaveze jednakog tretmana i, zato, nema potrebe za stvarnim pravnim opravdanjem nejednakog tretmana. To se posebno od-

¹³ Ibidem.

¹⁴ U pogledu namačkog prava tako Fleischer H., op. cit., str. 48.

nosi na situacije kada na osnovu posebnih pravila statuta ili zakona nejednak tretman dopušten i društvo oslobođeno od primene jednakog tretmana.¹⁵

Kada se radi o odredbama zakona kojima se predviđa postojanje odluka koje su inherentno zasnovane na nejednakom tretmanu akcionara treba, pre svega, imati u vidu odluku skupštine o prinudnim otkupu akcija iz čl. 515. Ta odluka ima nejednak tretman akcionara za svoj predmet, s obzirom da na osnovu nje samo većinski akcionar ostaje u društvu, dok svi ostali akcionari, uz naknadu, gube status članova društva.¹⁶ S obzirom da se ne radi o pravu većinskog akcionara na preobražaj i da je za isključenje potrebna odluka skupštine kao organa društva, u pitanju je nejednak tretman akcionara od strane društva. S obzirom da zakonodavac predviđa postojanje ovakve odluke znači da prihvata, sa prinudnim otkupom akcija, povezano nejednako postupanje. Pri tome se uzimaju u obzir posebne okolnosti u pogledu predmeta takve odluke – cenzus, posebni izveštaji (čl. 517). Pored tih posebnih okolnosti dokaz o postojanju stvarnog pravnog opravdanja nije neophodan.¹⁷

Prinudni otkup akcija i ustavna garancija prava svojine. – Isključenje akcionara iz društva na osnovu prinudnog otkupa akcija ima i svoje ustavnopravne aspekte.

Ustavni sud Nemačke je stao na stanovište da je prinudni otkup akcija u skladu sa ustavnom garancijom svojine. Sud je, pre svega, utvrdio da svojina obuhvata imovinska prava i članstvo u društvu.¹⁸ Sud je našao da postoje svi preduslovi za utvrđivanje usklađenosti sa ustavom – odgovarajuća naknada manjinskom akcionarima, efikasna pravna zaštita i legitimni interes za isključenje manjine akcionara.

Kada je domaće pravo u pitanja treba imati u vidu da Ustavni sud konstatuje da se odredbom člana 58. Ustava i odredbom člana 1. Protokola 1 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, osim prava svojine, jemče i ostala stečena prava koja imaju kakvu imovinsku vrednost, što je slučaj sa akcijom koja obuhvata i imovinska prava. Prema stavu Ustavnog suda, pravo na imovinu, za razliku od nekih drugih ljudskih prava (npr. prava na život) nije apsolutno rezervisano pravo. Član 58. Ustava, kao i član 1. Protokola 1 uz Evropsku konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, dopuštaju, pod izvesnim uslovima, lišenje ili ograničenje prava svojine i ostalih imovinskih prava. Preduzimanje mera oduzimanja i ograničenja stečenog imovinskog prava dozvoljeno

¹⁵ Verse Dirk, *Der Gleichbehandlungsgrundsatz im Recht der Kapitalgesellschaften*. Tübingen 2006, str. 207.

¹⁶ Verse D., *op. cit.*, str. 209.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Krebs Christian, *Freeze – Out Transactins in Gemany and U.S.:A Comparative Analysis*, *German Law Journal* 8/2012, str. 959–960.

je pod uslovom legaliteta, radi ostvarenja legitimnog cilja, ukoliko je preduzeta mera podobna da ostvari opravdani cilj i ukoliko postoji pravična srazmera između cilja i sredstva kojim se on ostvaruje.¹⁹

S tim u vezi treba imati u vidu da je pravo na prinudni otkup akcija predviđeno Zakonom o privrednim društvima (čl. 515). Otkupilac akcija manjinskih akcionara ima legitiman interes koji se ogleda u smanjenju troškova uzrokovanih postojanjem manjine akcionara, kao i potrebu za omogućavanjem preduzetničke slobode. Zahtev za kumulativnim postojanjem kapitalskog i upravljačkog cenzusa obezbeđuje da merom prinudnog otkupa budu pogođeni samo oni akcionari koji imaju samo finansijski interes, odnosno oni akcionari koji nemaju mogućnost da utiču na upravljanje društvom. Zaštita njihovog finansijskog interesa se obezbeđuje pravom na naknadu koja ne može biti manja od tržišne. Pri tome njima je obezbeđena i efikasna pravna zaštita koja se kreće u dva pravca. Pre svega, oni imaju mogućnost pokretanja postupka za pobijanje skupštinske odluke. S obzirom na postojanje upravljačkog cenzusa otkupioaca, kao i nemogućnosti da se postupak pobijanja skupštinske odluke vodi zbog neprimerenosti cene akcija, manjini akcionara je obezbeđena i dopunska zaštita u vanparničnom postupku, kojom se obezbeđuje odgovarajuća visina naknade. Na osnovu toga smatramo da je regulativa prinudnog otkupa akcija u skladu sa Ustavom republike Srbije.

Drugi slučajevi isključenja akcionara i pravna priroda prinudnog otkupa akcija

U vezi sa pravnom prirodom prinudnog otkupa akcija potrebno je, pre svega, razgraničenje prema drugim slučajevima prinudnog prestanka statusa akcionara, odnosno isključenja akcionara iz društva.

Drugi slučajevi isključenja akcionara. – Do isključenja akcionara iz društva dolazi u slučaju neizvršenja obaveze na činidbu uloga. U slučaju da akcionara ne izvrši svoju obavezu ni u naknadnom roku društvo može doneti odluku o isključenju akcionara iz društva, a javno društvo je u obavezi da donese takvu odluku (čl. 48).

U čl. 254 je predviđeno postojanje preferencijalnih akcija sa pravom otkupa od strane društva. Odlukom skupštine o izdavanju preferencijalnih akcija može se predvideti da društvo ima obavezu ili pravo na njihov otkup po uslovima iz te odluke, ako su izdavanje ovakvih akcija i uslovi i način sprovođenja njihovog otkupa predviđeni statutom. Do isključenja akcionara iz društva može doći i u postupku smanjivanja osnovnog kapitala. Jedan od načina smanjivanja osnovnog kapitala je i povlačenje i poništavanje akcija (čl. 316). Načelno, povlačenje i poni-

¹⁹ Odluka Ustavnog suda, UŽ broj 1014/2011 od 23. Juna 2011. god.

štavanje akcija može se vršiti samo ako je ta mogućnost bila predviđena statutom pre nego je izvršen upis akcija koje povlače i poništavaju (čl. 317 st. 1).

Kada je reč o odnosu između prinudnog otkupa akcija i pojednostavljenog postupka pripajanja kontrolnom društvu iz čl. 501 treba imati u vidu da se oni razlikuju u pogledu pretpostavki primene i pravnih posledica. Pre svega, prinudni otkup akcija se zasniva na postojanju akcionara, koji može biti fizičko ili pravno lice, koje je ostvarilo utvrđeni cenzus. Kada se radi o pojednostavljenom postupku pripajanja, on se zasniva na postojanju kontrolnog društva koje je ostvarilo propisani cenzus. Osim toga, predviđeni su posebne pretpostavke za pojednostavljeno pripajanje iz st. 2 čl. 501, koje ne postoje u pogledu prinudnog otkupa akcija. Prinudni otkup akcija, za razliku od pojednostavljenog postupka pripajanja, je neutralan u pogledu prava povezanih društva.²⁰ Njegovo sprovođenje ne predstavlja rizik za društvo, kao ni za poverioce. Zato i nisu predviđene obaveze društva u pogledu zaštite poverilaca, koje su prisutne u pogledu statusnih promena. Prilikom prinudnog otkupa akcija manjina akcionara ima pravo na naknadu u novcu, dok prilikom pojednostavljenog postupka pripajanja akcionari, načelno, dobijaju akcije društva sticaoca, dok naknadu u novcu primaju izuzetno i to kao nesaglasni akcionari.

Pitanje prinudnog otkupa akcija javlja se i u postupku ponude za preuzimanje. Direktivom o preuzimanju (čl. 15) predviđena je obaveza država da omogućće, pod utvrđenim uslovima, postupak prinudnog otkupa koji sledi javnoj ponudi. U uporednom pravu su poznata različita rešenja u vezi sa tom obavezom. Tako na pr. u nemačkom pravu opšta pravila o prinudnom otkupu su ostala neizmenjena, ali je utvrđen poseban postupak prinudnog otkupa u slučaju postojanja javne ponude, pri čemu otkupilac može da bira koji će postupak da sprovede. Ovaj postupak je specifičan po tome što odluku o prinudnom otkupu akcija ne donosi skupština, već sud. Kada je domaće pravo u pitanju u okviru opštih pravila o prinudnom otkupu akcija sadržanih u Zakonu o privrednim društvima, utvrđen je izuzetak u pogledu utvrđivanja naknade u slučaju postojanja ponude za preuzimanje (čl. 523). Odluku i u ovom slučaju donosi skupština. Radi se o pravu otkupioaca da, u određenom roku, sprovede prinudni otkup akcija po uslovima iz ponude za preuzimanje, što znači da on može da bira pravila o ceni koja će primeniti.

Pravna priroda prinudnog otkupa akcija. – S obzirom da prinudni otkup akcija predstavlja dubok zahvat u akcijskopravnu dogmatiku,²¹ javili su se različiti pristupi u pogledu utvrđivanja pravne prirode ovog instituta. Dodatnu poteškoću predstavlja učešće većeg broja lica – otkupioaca, akcionara čije akcije se uračunavaju otkupioacu, manjinskih akcionara i društva.

²⁰ Za nemačko pravo Moritz H., str. 245; Schnorbus Y., op. cit., str. 3031.

²¹ Za nemačko pravo "strano telo" prema Fleischer H., op. cit., str. 20 napomena br. 82.

U literaturi se javilo shvatanje o pravu na prinudni otkup akcija kao preobražajnom pravu, kao i o vremenski neograničenoj opciji koju ima otkupilac.²² Prilikom ocene ovakvih pristupa treba imati u vidu da se prenos akcija na otkupioca ne odvija na osnovu njegovog zahteva, već na osnovu odluke skupštine društva povodom njegovog zahteva.²³ Nezavisno od toga što se odluka skupštine tretira kao formalnost, zbog većine glasova koju otkupilac ima, ona predstavlja volju društva, a ne otkupioca.

Prisutno je i gledište prema kojem prinudni otkup akcija predstavlja meru kojom se vrši izmena osnove i strukture društva.²⁴ Ovaj pojam nije utvrđen u domaćem pravu, kao ni u još nekim nacionalnim pravima, i predstavlja tvorevinu pravne teorije. Prema vladajućem mišljenju to su mere kojima se menja identitet društva (spajanje), pravna forma (promena pravne forme), kapitalna struktura (povećanje ili smanjenje osnovnog kapitala), cilj društva (likvidacija), nadležnost organa (ugovor o kontroli i upravljanju).²⁵ S tim u vezi, ukazuje se da redukovanje kruga članova društva na jedno lice ustanovljava znatnu izmenu strukture društva.²⁶ To se obrazlaže time da akcije društva, kao posledica prinudnog otkupa, gube berzansku kotaciju, što ima karakter strukturne izmene. U domaćem pravu dolazi do gubitka statusa javnog društva (čl. 70 Zakona o tržištu kapitala) i po zahtevu društva akcije se isključuju sa organizovanog tržišta (čl. 122 Zakona o tržištu kapitala).

Nasuprot tome, ukazuje se da prinudni otkupa akcija nema uticaja na identitet društva, pravnu formu i kapitalnu strukturu, kao što nema uticaja na cilj društva i nadležnost organa. Dolazi jedino do izmene kruga akcionara.²⁷ Naglašava se da je akcionarsko društvo korporativno organizovano društvo sa sopstvenim subjektivitetom, čije postojanje je nezavisno od ličnosti i broja članova (akcionara). Izmena u pogledu pojedinih članova (akcionara) ili promena odnosa udela ne predstavlja izmenu osnove ili strukture društva. Prema tom shvatanju, činjenica da društvo postaje jednopersonalno ne menja ništa.²⁸ Jednopersonalno društvo je predviđeno zakonom i ima svoj subjektivitet. Ono, kao i višečlano društvo, zadržava princip odvojenosti subjektiviteta članova od subjektiviteta društva. Na planu organizacije nema značajnijeg odstupanja u odnosu na višečla-

²² Prema Fleischer H., op. cit., str. 20.

²³ Schnorbus Y., op. cit., str. 3042.

²⁴ Prema Fleischer H., op. cit., str. 20 i Moritz H., op. cit., str. 242.

²⁵ Fleischer H., op. cit., str. 20.

²⁶ Prema Moritz H., op. cit., str. 243.

²⁷ Fleischer H., op. cit., str. 20.

²⁸ Moritz H., op. cit., str. 243.

no društvo²⁹ – postoje isti organi, a njihove nadležnosti ostaju iste, pri čemu se mogu menjati na isti način kao i u višečlanom društvu.

Isključenjem akcija sa organizovanog tržišta akcije gube podobnost za brzo i lako unovčavanje, odnosno gube fungibilnost.³⁰ Do toga, međutim, ne mora doći samo u slučaju potpunog prinudnog otkupa akcija, već i u slučaju odluke skupštine o povlačenju akcija sa organizovanog tržišta (delisting). Takva odluka se zakonskim rešenjem stavlja u isti rang sa odlukama koje predstavljaju izmenu osnove i strukture društva – na pr. promena pravne forme, statusna promena, kada dolazi do primene pravila o nesaglasnim akcionarima (čl. 474). Na osnovu nastupanja iste posledice (isključenje akcija sa organizovanog tržišta) bi mogao da sledi zaključak da i prinudni otkup akcija predstavlja meru kojom se vrši izmena osnove i strukture društva. Ukazuje se da, ipak, postoji razlika između isključenja akcija sa organizovanog tržišta u slučaju prinudnog otkupa akcija i u slučaju kada do toga dolazi na osnovu odluke skupštine o povlačenju akcija sa organizovanog tržišta. S jedne strane, odluka o povlačenju akcija sa organizovanog tržišta predstavlja poslovodnu meru pri čemu se zadržava postojeća akcionarska struktura. Za razliku od toga isključenje sa organizovanog tržišta u slučaju potpunog prinudnog otkupa akcija nije predmet poslovodne mere, već samo posledica otkupa svih preostalih akcija od strane otkupioaca. Na osnovu toga se zaključuje da odluka o prinudom otkupu akcija ne predstavlja odluku kojom se menja osnova ili struktura društva.³¹

Ima shvatanja da prinudni otkup akcija predstavlja prinudnu prodaju na osnovu zakonom ustanovljene obaveze ugovaranja.³² Mogućnost postojanja zakonom ustanovljene obaveze zaključivanja ugovor je predviđena u domaćem pravu u čl. 27 Zakona o obligacionim odnosima. S tim vezi treba imati u vidu da je osnov za prenos akcija na otkupioaca odgovarajuća odluka skupštine društva. U toj odluci sadržana izjava volje bi se mogla tumačiti kao ponuda za zaključenje ugovora, u pogledu koje bi u svakom slučaju morala da postoji izjava o prihvatanju od strane manjine akcionara. S druge strane, činjenica da je otkupilac ispunio uslove u pogledu kapitalskog i upravljačkog cenzusa ne menja poziciju manjinskih akcionara u smislu da mu oni nude svoje akcije koje on mora da prihvati.³³ U tom slučaju bi odluka skupštine predstavljala prihvatanje ponude. Smatramo da ovom treba dodati i to da izjava volje sadržana u odluci skupštine predstavlja volju društva, odnosno lica koje ne može biti ugovorna strana, s obzirom da pravni odnos nastaje između otkupioaca i manjinskih akcionara. Ovo predstavlja problem i u

²⁹ Uwe Hüffer, *Aktiengesetz*, München 1999, str. 202.

³⁰ Moritz H., *op. cit.*, str. 244.

³¹ *Ibidem.*

³² O obavi ugovaranja vidi Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München 2014, str.163.

³³ Moritz H., *op. cit.*, str. 248.

slučaju da se zahtev otkupioaca tretira kao ponuda, a odluka skupštine kao prihvat. Treba ukazati da u literaturi javlja stav prema koje se odvojeno tretira postupak obaveznog zaključivanja ugovora od materijalno-pravnih dejstava prinudne prodaje.³⁴ U pogledu postupka zastupa se mišljenje da on ne odgovara obaveznom zaključivanju ugovora o prodaji. Za razliku od toga, sa materijalno-pravnog aspekta pravo na isključenje je, prema tom shvatanju, blizu obaveznog zaključivanja ugovora o prodaji. Postupkom isključenja manjine (prinudnim otkupom) njihove akcije prelaze na otkupioaca, a on je u obavezi da kod Centralnog registra deponuje odgovarajuća sredstava, na teret kojih Centralni registar vrši isplatu akcionarijama čije su akcije premet otkupa. U tom kontekstu treba posmatrati i kao neodgovarajuću oceniti terminologiju Zakona o privrednim društvima (prinudni otkup, cena).³⁵

Smatramo da i za domaće pravo važi stav prema kojem se prinudni otkup akcija ne može objasniti postojećim pravnim institutima. Specifičnosti prinudne prodaje akcija opredeljuju da se radi o pravnom institutu *sui generis*.³⁶

ZORAN ARSIĆ, LL.D.,

Professor, Faculty of Law, University of Novi Sad

COMPULSORY ACQUISITION OF MINORITY SHAREHOLDINGS – APPLICATION, LEGAL SUBSTANCE

Summary

Company Act of Republic of Serbia includes mechanism for the compulsory acquisition of the shareholdings of minority shareholders. Technically this procedure is effected on the basis of the resolution of the shareholders assembly resolution. This resolution may be adopted only if a principal shareholder has at least 90% of share capital and at least 90% of votes. Valid resolution results in the transfer of to the principal shareholder of the shares held by minority shareholders and in the creation of a claim of these minority shareholders for the payment of compensation in cash.

³⁴ Moritz H., op. cit., str. 249.

³⁵ U nemačkom pravu se govori o isključenju manjine akcionara i, u tom kontekstu, o prenosu akcija uz naknadu.

³⁶ Za nemačko pravo tako Holzborn Timo u Bürgers Tobias, Körber Torsten, Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz, Heidelberg 2008, str. 1946; Isti stav u literaturi navedenoj kod Moritz H., str. 249, napomena br. 809.

PRIMENA PRAVA KONKURENCIJE NA ORGANE JAVNE VLASTI

U V O D

Pravo konkurencije se primenjuje na subjekte koji učestvuju u razmeni robe i usluga na tržištu. Po pravilu, to su privredna društva i fizička lica koja se individualno bave privrednom aktivnošću (preduzetnici). Pored njih, u odnosima razmene mogu učestvovati i subjekti kojima privredna aktivnost nije glavni ili jedini cilj, kao što su neprofitna pravna lica i ustanove javnopravnog karaktera.

Država i njene teritorijalne jedinice, preko svojih organa, tela sa pravnim subjektivitetom koje osnivaju i lica kojima poveravaju vršenje javnih ovlašćenja, pojavljuju se u tržišnim odnosima u dvojakoj ulozi. Javna vlast određuje uslove pod kojima će se odvijati razmena robe i usluga na tržištu i donosi propise i pojedinačne akte koje mogu ograničavati slobodnu tržišnu utakmicu. Javna vlast se, osim toga, i sama često pojavljuje kao kupac ili prodavac robe i usluga na tržištu.

Postavlja se pitanje da li se pravo konkurencije primenjuje na javnu vlast i lica koja ona osniva ili kontroliše ili im poverava vršenje javnih ovlašćenja, te, ukoliko je odgovor potvrđan, pod kojim uslovima?

Dr Dijana Marković-Bajalović, profesor Fakulteta za evropske pravno političke studije "Educons", Novi Sad i pravni ekspert na EU projektu "Podrška provođenju propisa u oblasti konkurencije u BiH i dalje jačanje konkurencijske politike, uključujući i komponentu državne pomoći".

Imunitet države u međunarodnom pravu

Problem primene prava konkurencije na organe javne vlasti može se posmatrati kao analogan problemu podvrgavanja jedne države jurisdikciji sudova drugih država. U međunarodnom pravu u vezi sa tim razvile su se teorije apsolutnog i ograničenog imuniteta strane države.¹ Klasična teorija apsolutnog imuniteta počivala je na stavu da država ne može odgovarati pred stranim sudovima za akte koja počine njeni organi, na osnovu principa *par in parem non habet iudicio*. Drugim rečima, podvrgavanje države i njenih organa sudovima strane države vređalo bi njen suverenitet. Teorija ograničenog imuniteta razvijena je tokom 19. veka od strane anglosaksonskih sudova, u vreme kada su države počele da se više mešaju u privredni život i neposredno se uključuju u trgovinske tokove. Po teoriji ograničenog imuniteta, mora se povući razlika između akata države javnog i privatnog karaktera – *acta iure imperii* i *acta iure gestionis*. Akti *iure imperii* su akti suverenog karaktera i u pogledu njih se državi pruža imunitet pred sudovima. Akti *iure gestionis* su akti komercijalne prirode, u pogledu kojih država nema imunitet, već je podvrgnuta jurisdikciji suverene vlasti na određenoj teritoriji: “Kada je vlada ili drugi ovlašćeni državni organ strana u redovnom trgovačkom poslu, ne sme joj se dozvoliti da kasnije ne prizna svoje obaveze iz tog posla, pozivajući se na svoje državne prerogative. Ne sme joj se dozvoliti da se ponaša kao Bog na sceni, kao duh iz mašine (*deus ex machina*), koji nema ništa sa prethodno preuzetim obavezama. Vlada je posao započela u svojstvu trgovca i mora ga u istom svojstvu i završiti. Stoga Vlada može biti tužena za povredu ugovorne obaveze i svoja nedozvoljena činjenja i nečinjenja kao i svaki drugi trgovac.”² Prema ovom shvatanju, mogućnost pozivanja države na imunitet pred sudovima zavisi u prvom redu od prirode spornog akta. U svakom konkretnom slučaju mora se utvrditi da li je država putem svojih organa i tela vršila akte vlasti ili je bila učesnik u komercijalnim transakcijama. Teorija ograničenog imuniteta nije univerzalno prihvaćena. Njeni protivnici su države koje se pojavljuju u međunarodnoj trgovini kao kupci robe i usluga (nerazvijene i zemlje u razvoju, bivše socijalističke države), pri čemu žele da izbegnu mogućnost da im se za neizvršavanje njihovih ugovornih obaveza sudi pred sudovima drugih država. Ove zemlje su se zalagale za to da svaka država samostalno određuje koje će se njene aktivnosti smatrati *iure imperii*, a koje *iure gestionis*, te da se pravna kvalifikacija aktivnosti ne može menjati odlukom suda druge države.³

¹ Vid. Kreća, *Međunarodno javno pravo*, Beograd 2012, s. 215 i dalje.

² Engleski sudija Lord Denning u slučaju *I Congreso del Patrído*, navedeno prema R. Folsom, M. Gordon, J. Spagnole, *Međunarodni trgovački poslovi*, Visio mundi academic press, 1997, s. 222.

³ Folsom *et al.*, *op. cit.*, s. 222.

Navedene razlike u stavovima došle su izražaja prilikom usvajanja Konvencije UN o sudskim imunitetima država i njihove imovine.⁴ Prema toj konvenciji, država neće uživati imunitet pred sudovima ukoliko spor potiče iz komercijalnih transakcija u kojima je druga strana strano pravno ili fizičko lice. Definicija pojma komercijalne transakcije data je u članu 2 stav 1 tač. c) Konvencije. Komercijalna transakcija je svaki privredni ugovor ili transakcija za prodaju robe ili pružanje usluga, svaki ugovor o zajmu ili drugi ugovor finansijske prirode, uključujući i obavezu garancije ili jemstva za te ugovore i svaki drugi ugovor ili transakcija privredne, industrijske, trgovinske ili profesionalne prirode, izuzev ugovora o radu. Za ovaj rad od značaja je rešenje Konvencije prema kome se razgraničenje komercijalnih od nekomercijalnih transakcija vrši prevashodno na osnovu kriterijuma prirode samog ugovora ili transakcije. Svrha ugovora ili transakcije uzeće se u obzir ako je u praksi države foruma od značaja za određivanje nekomercijalnog karaktera transakcije.⁵ Time je državama potpisnicima praktično dozvoljeno da razgraničenje akata države *iure imperii* i *iure gestionis* vrše samo na osnovu kriterijuma prirode konkretne transakcije ili i primenom dopunskog kriterijuma cilja transakcije. U praksi, to znači da, na primer, ugovor o nabavci naoružanja i vojne opreme od strane privatnog proizvođača može predstavljati komercijalnu transakciju, ako se posmatra isključivo njena priroda (ugovor o prodaji), ili nekomercijalnu transakciju, ako se uzme u obzir i svrha zbog koje se nabavka vrši (opremanje vojske, što je akt javne vlasti *par excellence*).

Evropska konvencija o imunitetu države iz 1972. godine⁶ ne definiše načelno principe za razgraničenje akata *iure imperii* i *iure gestionis*. Umesto toga, Konvencijom se taksativno propisuju situacije kada država neće uživati imunitet pred stranim sudovima. Između ostalog, država nema imunitet ukoliko zajedno sa privatnim licima učestvuje u privrednom društvu, udruženju ili drugom pravnom licu koje ima sedište, registrovano sedište ili glavno mesto poslovanja na teritoriji države foruma, za sporove koji proističu iz odnosa države sa drugim članovima društva, udruženja ili pravnog lica.⁷ Drugo, država neće uživati imunitet ako na teritoriji države foruma ima kancelariju, zastupništvo ili drugi nastan preko koga se angažuje, na isti način kao i privatno lice, u proizvodnim, trgovačkim i privrednim aktivnostima, a postupak je u vezi sa aktivnostima te kancelarije, zastupništva ili nastana.⁸ Država neće uživati imunitet ni u pogledu sporova koji se

⁴ *UN Convention on Jurisdictional Immunity of State and Their Property*, usvojena u Njujorku 2004. godine. Konvencija još uvek nije stupila na snagu.

⁵ Član 2 stav 2 Konvencije UN. Svrha ugovora će se uzeti u obzir i ako se ugovorne strane tako saglase.

⁶ *European Convention on State Immunity*.

⁷ Član 6 Evropske konvencije.

⁸ Član 7 Evropske konvencije.

tiču prava intelektualne svojine registrovanih na teritoriji države foruma,⁹ kao ni i pogledu sporova koji se odnose na nepokretnosti na teritoriji države foruma.¹⁰

SAD su jedna od retkih država koje je pitanje sudskog imuniteta država uredila Zakonom o imunitetu države iz 1976. godine. Jedan od izuzetaka propisanih tim zakonom, kada se državi uskraćuje imunitet pred stranim sudovima, jesu trgovački poslovi. Zakonom se ne definiše pojam trgovačkog posla, a istorijsko tumačenje ukazuje da su redaktori Zakona imali na umu poslove koje redovno zaključuju privredna društva i preduzetnici radi sticanja dobiti.¹¹

Iz navedenih rešenja jasno proističe da se državi može suditi za njene akte komercijalne prirode, ali je i dalje nedovoljno jasno šta je kriterijum razgraničenja komercijalnih od nekomercijalnih akata, već je to pitanje uglavnom prepušteno na rešavanje sudskoj praksi. Primarni kriterijum razgraničenja akata vlasti od komercijalnih akata jeste priroda samog akta. Time se postiže da pojmovi akata vlasti i komercijalnih akata javne vlasti bivaju definisani samim sobom. Komercijalni akt javne vlasti je svaki akt koji je po svojoj prirodi takav. Svrha transakcije može imati uticaja za određivanje njenog karaktera, jer ukoliko je svrha nekomercijalne prirode, to može imati za posledicu i da se čitava transakcija smatra nekomercijalnom. No, ovde je potrebno utvrditi koji su ciljevi nekomercijalni, što nas opet vraća na polazno stanovište – da su neki akti po svojoj prirodi akti vlasti, dok drugi akti sami po sebi komercijalnog karaktera.

Javna vlast kao subjekt prava konkurencije u Evropskoj uniji

Kriterijum razgraničenja akata vlasti od akata komercijalnog karaktera načelno se koristi i u pravu Evropske unije, prilikom odlučivanja da li se norme prava konkurencije primenjuju na državne organe, druga tela javnog prava i pravna lica koje javna vlast kontroliše ili im poverava vršenje javnih ovlašćenja. U Ugovoru o funkcionisanju EU (u daljem tekstu: UFEU) i sekundarnim aktima EU, subjekt prava konkurencije određuje se pojmom preduzeće (eng. *undertaking*, nem. *Unternehmen*, franc. *enterprise*, ital. *impresa*, slo. *podjetje*). U praksi organa EU sadržina pojma preduzeća određuje se primenom funkcionalnog pristupa, utemeljenog u slučaju Makrotron: “Pojam preduzeća obuhvata svako telo koji se bavi privrednom aktivnošću, nezavisno od njegovog pravnog statusa i načina finansiranja.”¹² Navedena definicija preuzeta je u primarne izvore prava EU članom 1 Protokola 22 Sporazuma o evropskom ekonomskom prostoru: “Preduzeće je svaki subjekt koji se bavi aktivnostima trgovinske ili ekonomske prirode.” Linija

⁹ Član 8 Evropske konvencije.

¹⁰ Član 9 Evropske konvencije.

¹¹ Folsom *et al.*, *op. cit.*, s. 229.

¹² *Höfner und Elser v. Macrotron*, C-41/90, ECR 1991 I-1979, par. 21.

personalnog razgraničenja polja primene prava konkurencije EU povlači se saglasno karakteru aktivnosti koju subjekt obavlja u konkretnom slučaju, a ne njegovoj pripadnosti kategorijama javnopravnih, odnosno privatnopravnih subjekata. Pravo konkurencije EU primenjuje se i na javnopravne subjekte kada preduzima ju ili se bave privrednim aktivnostima. Stoga je u cilju utvrđivanja da li je akt javnopravnog subjekta regulisan normama prava konkurencije bitno utvrditi da li taj akt ima privredni karakter.

Privredna aktivnost je u praksi Suda pravde definisana kao svaka aktivnost koja se sastoji u ponudi robe i usluga na tržištu.¹³ Ona podrazumeva preuzimanje finansijskog rizika u cilju dobijanja novčane naknade za isporučenu robu ili pružene usluge.¹⁴ Visina naknade se uobičajeno ugovara između prodavca, odnosno pružaoca i kupca, odnosno primaoca usluge,¹⁵ u iznosu koji omogućuje ostvarivanje profita ili, makar, pokriće troškova.

Akt javne vlasti kojim se određenom subjektu poverava zakonski monopol na vršenje određene delatnosti komercijalnog karaktera, ne može se sankcionisati primenom čl. 101 i 102 UFEU, ako akt po svojoj prirodi predstavlja vršenje vlasti, pri čemu nije presudan naziv koji akt nosi i karakter subjekta kome se poverava ekskluzivitet u obavljanju delatnosti. U slučaju *Korin Bodson*,¹⁶ postavilo se pitanje usaglašenosti monopolskih koncesija za obavljanje pogrebnih usluga na teritoriji pojedinih francuskih komuna. Prema francuskom Zakonu o komunama iz 1904. godine, obavljanje "eksternih" pogrebnih usluga određeno je kao komunalna nadležnost. Veliki broj komuna, njih oko 5.000 (u kojima je živelo 45% ukupne populacije u Francuskoj) imao je zaključene ugovore o koncesiji, kojima se obavljanje eksternih pogrebnih usluga poveravalo privatnim licima. Od tih opština, više od polovine (2.800) poverilo je pogrebne usluge zavisnim društvima kompanije *Pomp Funebre*. Gospođa *Bodson* tužena je pred francuskim sudom zbog povrede monopola pomenute kompanije, jer je pružala pogrebne usluge u gradu sa kojim je kompanija imala zaključen ugovor o koncesiji. Francuski sud zatražio je preliminarno mišljenje od Suda pravde u pogledu mogućnosti primene čl. 101 i 102 UFEU na opisanu situaciju. Sud pravde je stao na stanovište da opština koja zaključuje ugovor o koncesiji radi ustupanja javnih ovlašćenja koja ima na osnovu zakona nije preduzeće u smislu člana 101 UFEU, te se navedeni član ne primenjuje na francusku opštinu u datoj situaciji, a ekskluzivni ugovor o koncesiji izmiče generalnoj zabrani sporazuma kojima se ograničava konkurencija.

¹³ *Commission v. Italy*, C-118/85, ECR 1987, 2599.

¹⁴ *Pavel Pavlov and Others v. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, C-180/98 i 184/98, par. 2.

¹⁵ *Belgian State v. René Humble and Marie-Thérèse Edel*, C-264/86, ECR 1988 5365, par. 17.

¹⁶ *Corinne Bodson v. SA Pompes funèbres des régions libérées*, C-30/87, ECR 1998, 2479.

Međutim, preduzeće kome je data isključiva koncesija za pružanje pogrebnih usluga, te uživa dominantan položaj po tom osnovu, dužno je da poštuje zabranu zloupotrebe dominantnog položaja iz člana 102 UFEU. Ono može biti sankcionisano zbog toga što, na primer, naplaćuje previsoke (monopolske) cene za svoje usluge, čak i ako nivo cena proističe iz specifikacija sadržanih u ugovoru o koncesiji.

Navedeno ne znači da ekskluzivitet u obavljanju pogrebnih usluga, kao i bilo koji drugi zakonski monopol, apsolutno izmiče preispitivanju od strane organa EU. Članom 106 stav 1 zabranjeno je državama-članicama da uvode ili održavaju na snazi mere suprotne odredbama UFEU, a posebno pravilima konkurencije. To znači da Komisija EU može pokrenuti spor pred Sudom pravde protiv države-članice koja krši obaveze iz UFEU preuzete pristupanjem EU. Međutim, Komisija EU ne može voditi postupak zbog povrede pravila konkurencije protiv francuske opštine koja je zaključila ugovor o koncesiji za pružanje pogrebnih usluga sa privatnim licem na osnovu svojih zakonskih prerogativa, jer u takvom slučaju francuska opština nije preduzeće u smislu čl. 101 i 102 UFEU.

Akt javne vlasti može vršiti i lice koje ima odvojen pravni subjektivitet u odnosu na državu. To je eksplicitno konstatovao Sud pravde u slučaju Komisija protiv Italije.¹⁷ Pošavši od činjenice da država može delovati bilo izvršavanjem javnih ovlašćenja, bilo obavljanjem privrednih aktivnosti industrijske ili trgovačke prirode, nudeći robu ili usluge na tržištu, Sud je istakao da za pomenutu distinkciju nije od značaja da li država određene aktivnosti obavlja putem odvojenog tela na koje vrši odlučujući uticaj ili ih obavlja direktno putem tela koje čini sastavni deo javne administracije.¹⁸

U slučaju Kali protiv Službe za ekologiju đenovske luke,¹⁹ Sud pravde je jasno ukazao da i lice privatnog prava kada vrši akte javne vlasti koji su mu povereni, nije preduzeće u smislu pravila konkurencije UFEU. Uprava đenovske luke, sa svojstvom lica javnog prava, donela je propise kojima je uredila način nadzora i uklanjanja zagađenja luke od otpada sa brodova. Početkom devedestih godina, Uprava luke je donela dekret kojim je vršenja nadzora i uklanjanja zagađenja u vidu koncesije poverila na obavljanje Službi za ekologiju. Služba za ekologiju bila je osnovana u formi lica privatnog prava i finansirala se novcem od tarifa koji je naplaćivala od brodarka za usluge čišćenja luke. Visina tarife bila je određena u srazmeri prema tonaži broda, količini utovarene robe i trajanju boravka broda u luci, a akt o tarifama bio je potvrđen od strane Uprave Đenovske luke. Firma

¹⁷ *Commission v. Italy*, C-118/85, ECR 1987, 2599.

¹⁸ *Christian Poucet v. Assurances générales de France and Caisse Mutuelle Régionale du Languedoc-Roussillon*, C-159/91 i C-160/91, ECR 1993 I-00637.

¹⁹ *Diego Cali & Figli Srl. v. Servizi Ecologici Porto di Genova (SEPG)*, C-343/95, ECR 1997, I-01547.

Kali usprotivila se na sudu plaćanju računa koji joj je ispostavila Služba za ekologiju, ističući argumente da uslugu uklanjanja zagađenja nije tražila, da se visina naknade koja se plaća određuje nesrazmerno stvarno prouzrokovanoj šteti od zagađenja, da naknadu moraju da plaćaju i brodovi koji imaju sopstvene pogone za prečišćavanje otpadnih voda, te da zbog toga akt naplaćivanja tarife za zagađenje Službe za ekologiju predstavlja zloupotrebu dominantnog položaja u smislu člana 102 UFEU.

Sud pravde, postupajući po zahtevu italijanskog suda za preliminarno mišljenje, ukazao je da se, sa aspekta primene člana 102 UFEU, mora napraviti razlika između situacije kada država postupa u vršenju javnih ovlašćenja i one kada se država bavi privrednim, industrijskim ili trgovačkim aktivnostima, nudeći robu i usluge na tržištu. U prvoj situaciji nije od značaja da li država postupa direktno putem tela koje je deo javne administracije ili indirektno preko tela kome je poverila posebna ili isključiva prava. Kako bi se napravila razlika između akata javne vlasti i akata ekonomske prirode, neophodno je ustanoviti prirodu aktivnosti koje vrši javno preduzeće ili preduzeće kojem su poverena posebna ili isključiva prava. Prema stavu Suda pravde, zaštita životne sredine je tipični akt javne vlasti. Nadzor nad zagađenjem koji je obavljala Služba za ekologiju Đenovske luke je zadatak od javnog interesa, koji čini deo osnovnih funkcija države da obezbedi zaštitu životne sredine u morskim područjima. Činjenica da je Služba naplaćivala naknadu za aktivnosti koje je obavljala ne odriče aktivnosti javnopravni karakter, tim pre što je visina naknada bila odobrena od strane javne vlasti. Na osnovu toga Sud je zaključio da se član 102 ne može primeniti na aktivnost nadzora nad zagađivanjem koje obavlja lice privatnog prava na osnovu poverenih javnih ovlašćenja u luci države-članice, čak i kada korisnici luke plaćaju takse da bi finansirali tu aktivnost.

Karakter aktivnosti koji obavlja lice optuženo da krši pravila konkurencije, bio je takođe od presudnog značaja da Sud pravde konstatuje da odredbe o konkurenciji UFEU nisu primenljive u slučaju Eurokontrol.²⁰ Eurokontrol je međunarodna organizacija javnopravnog karaktera, osnovana konvencijom zaključenom između više evropskih država, sa ciljem da se stara o bezbednosti civilnog vazdušnog saobraćaja. Zadatak Eurokontrola sastoji se, između ostalog, u naplati taksi za prelete preko teritorija država potpisnica konvencije. Kada je Eurokontrol pokrenuo spor pred belgijskim sudom za naplatu potraživanja od nemačkog društva SAT, tuženo društvo je stavilo prigovor da u obavljanju svoje funkcije Eurokontrol vređa evropska pravila konkurencije, a posebno član 102 UFEU, naplaćujući različite iznose taksi za prelete u pojedinim državama, čime je sproveo protivpravnu diskriminaciju avio-kompanija. Tuženi je tvrdio da su funkcije Eurokontrola ekonomskog karaktera, što potvrđuje i činjenica da kontrolu leta u pojedinim državama obavljaju komercijalna pravna lica, da Eurokontrol za svoje us-

²⁰ *SAT Fluggesellschaft mbH v. EUROCONTROL*, C-364/92, 1994 ECR I-00043.

luge naplaćuje naknadu, te da je tuženi od strane Eurokontrola bio tužen pred belgijskim trgovinskim sudom radi naplate potraživanja. Sud pravde nije prihvatio argumente tuženog, navodeći niz činjenica u prilog stavu da Eurokontrol obavlja javnopravne funkcije.

Međunarodnom konvencijom o civilnom vazduhoplovstvu utvrđeno je da svaka država ima potpunu i isključivu nadležnost nad vazdušnim prostorom iznad svoje teritorije, te da odatle proizlazi njeno pravo i dužnost da nadzire vazdušni prostor i pruža usluge kontrole letenja. Eurokontrol je osnovan sa zadatkom da vrši koordinaciju između država članica na tom polju, da istražuje, planira i obučava osoblje. Eurokontrolu su države članice poverile i ovlašćenje da u njihovo ime i za njihov račun naplaćuje takse za prelete, pri čemu visinu takse određuje svaka država samostalno, a Eurokontrol za svoju uslugu uzima proviziju u određenom procentu od takse. Delatnost Eurokontrola se finansira doprinosima država članica. Eurokontrol obavlja i delatnost kontrole letenja nad teritorijama pojedinih država članica koje su mu prenele ovlašćenje za to, ali je Sud pravde istakao da tu uslugu pruža bez razlike svim avionima koji preleću vazdušni protor određene države, pa čak i avionima kompanija koje nisu platile takse za prelete. Uzevši u obzir celinu aktivnosti koje obavlja Eurokontrol, njihovu svrhu i pravila kojima su podvrgnute, Sud je našao da su povezane sa vršenjem ovlašćenja nadzora i kontrole vazdušnog prostora, koja su tipična javna ovlašćenja, te da nemaju ekonomski karakter koji bi opravdao primenu pravila konkurencije. Stoga je Sud izveo zaključak da međunarodna organizacija kakva je Eurokontrol ne predstavlja preduzeće u smislu odredaba o konkurenciji UFEU. Liniju razgraničenja između vršenja javnih ovlašćenja i privrednih aktivnosti države naročito je teško povući u slučaju fondova obaveznog socijalnog i zdravstvenog osiguranja, koje redovno osniva država sa ciljem obezbeđenja socijalne sigurnosti i zaštite zdravlja svojih građana. Šeme finansiranja fondova i usluga koje pružaju dosta se razlikuju od države do države. Pred Sudom pravde EU se više puta postavilo pitanje da li se fondovi socijalnog ili zdravstvenog osiguranja mogu podvesti pod pojam preduzeća u smislu odredaba o konkurenciji UFEU i pod kojim uslovima?

U slučaju Puse i Pistr,²¹ dvojica francuskih građana osporila su pred francuskim sudovima akt fonda osiguranja kojim im je nametnuta obaveza da plaćaju doprinos za obavezno socijalno osiguranje pripadnika slobodnih profesija tačno određenim osiguravajućim fondovima. Iako nisu osporavali šemu obaveznog socijalnog osiguranja kao takvu, oni su smatrali da imaju slobodu da ugovore socijalno osiguranje sa privatnim fondom osiguranja. Jednostrano utvrđivanje iznosa doprinosa i uslova osiguranja od strane državnih fondova po njima je predstavljalo zloupotrebu dominantne pozicije, suprotne odredbama člana 102 UFEU.

²¹ *Christian Poucet v. Assurances générales de France and Caisse Mutuelle Régionale du Languedoc-Roussillon*, op. cit.

U svom preliminarnom mišljenju Sud pravde je istakao da odredbe UFEU ne zabranjuju državama članicama da uspostavljaju šeme obaveznog zdravstvenog i penzijskog osiguranja. Ta vrsta osiguranja ima karakteristike solidarnosti i služi ostvarenju socijalnih ciljeva. Solidarnost se ogleda u tome što su iznosi doprinosa koji se plaćaju za osiguranje proporcionalni visini zarade, dok koristi od osiguranja uživaju svi osiguranici jednako.

Kod zdravstvenog osiguranja solidarnost se ogleda u činjenici da osiguranje koriste oni kojima je potrebna zdravstvena nega i socijalna sigurnost dok traje nesposobnost za rad zbog bolesti. Kod penzijsko-invalidskog osiguranja, solidarnost se ogleda u tome da doprinose plaćaju lica koje rade, dok penzije uživaju penzionisana lica. Kod šema socijalnog osiguranja, socijalne prinadležnosti uživaju lica u finansijskim teškoćama, a plaćaju ih lica koja imaju viškove prihoda. Fondovima socijalnog osiguranja poveren je od strane države zadatak da upravljaju šemama socijalnog osiguranja. Prilikom izvršavanja poverenih dužnosti oni primenjuju propise i ne mogu samostalno određivati iznose doprinosa, način upotrebe imovine fonda i vidove socijalnih davanja iz fonda. Funkcija koju obavljaju fondovi socijalnog i zdravstvenog osiguranja je socijalna funkcija, koja se bazira na principu solidarnosti i nije profitna. Iz tog razloga aktivnosti socijalnog osiguranja nisu privredne aktivnosti, a organizacije koje se bave tim aktivnostima nisu preduzeća u smislu čl. 101 i 102 UFEU.

Slično rezonovanje Suda pravde može se naći i u slučaju *Cisal*, koji je imao za predmet italijansko obavezno osiguranje od nesreća na poslu.²² *Cisal* je pred italijanskim sudom i telom za zaštitu konkurencije osporio zakonitost prinudne naplate doprinosa za osiguranje od nesreće na poslu za svog zaposlenog, uz argument da je za zaposlenog u spornom periodu ugovorio osiguranje kod privatne osiguravajuće kuće koje je pokrivalo iste rizike, te da obaveza retroaktivnog plaćanja doprinosa državnom fondu osiguranja predstavlja zloupotrebu dominantnog položaja. Italijanski sud se obratio sa zahtevom za preliminarno mišljenje Sudu pravde ukazujući na sporne elemente zbog kojih mu je bilo teško da samostalno odluči da li je reč o privrednoj aktivnosti ili vršenju poverenih javnih ovlašćenja. Poslovi obaveznog osiguranja od nesreće na poslu su aktom italijanske vlade bili povereni javnoj ustanovi, koja je, međutim, bila ovlašćena da poslove osiguranja organizuje na ekonomskim principima, tako da se obezbedi puna naplata doprinosa i pokriće svih osiguranih rizika. Visina doprinosa bila je srazmerna visini rizika, a rizici grupisani u više različitih kategorija prema ekonomskim merilima. U prvim godinama primene šeme obaveznog osiguranja italijanska državnica dopuštala je ugovaranje privatnog osiguranja od nesreća na poslu, koje je smatrano validnom alternativom državnom osiguranju.

²² *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas v. Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sur lavoro (INAIL)*, C-218/00.

S druge strane, iznosi doprinosa, te vrsta i visina davanja iz fonda bili su propisani uredbom italijanske vlade. Sud pravde je našao da italijanska šema osiguranja ipak ima socijalan karakter, jer je visina doprinosa bila srazmerna primanjima osiguranika, a maksimalan iznos doprinosa ograničen, uprkos tome što su pojedini rizici bili vrlo visoki. Institut za osiguranje bio je u obavezi da isplaćuje davanja i osiguranicima čiji poslodavci nisu uplaćivali doprinose. Za Sud pravde je odlučujuće bilo to što doprinosi nisu bili direktno srazmerni visini rizika i njihov iznos je potvrđivalo nadležno ministarstvo, dok su vrsta i visina davanja iz fonda bili regulisani propisima italijanske vlade. Na osnovu toga Sud je zaključio da italijanska šema obaveznog osiguranja ima izrazito socijalni karakter, te da predstavlja uslugu od opšteg ekonomskog interesa.

U slučaju Albani²³ obaveznost šeme socijalnog osiguranja i neprofitan karakter fonda nisu, međutim, bili dovoljni da isključe primenu pravila konkurencije. Dopunski penzijski fond tekstilne industrije u Holandiji uspostavljen je granskim kolektivnim ugovorom zaključenim između sindikata i poslodavaca, a osiguranje svih radnika u fondu postalo je obavezno nakon što su vlasti na zahtev granskih udruženja donele odgovarajući propis. Ovaj fond razlikovao se od drugih fondova obaveznog osiguranja po tome što je funkcionisao na principu kapitalizacije uplaćenih doprinosa za osiguranje. Iznos penzije koji se isplaćivao iz fonda bio je uslovljen visinom uplaćenih doprinosa i prihoda fonda ostvarenih ulaganjima sredstava na tržištu kapitala. Pored navedenog, Sud pravde je uzeo u obzir da fond pruža usluge dopunskog penzijskog osiguranja u konkurenciji sa drugim osiguravajućim kućama, te je zaključio da u konkretnom slučaju fond predstavlja preduzeće u smislu pravila konkurencije UFEU.²⁴

U navedenim slučajevima iz oblasti obaveznog osiguranja implicitno provajava shvatanje organa EU da cilj aktivnosti presudan za razgraničenje privrednih od neprivrednih aktivnosti javne vlasti. U sumnji, ukoliko u konkretnom slučaju pored privrednih postoje i neprivredni elementi, socijalne ili neke druge prirode, smatraće se da aktivnost nema komercijalni karakter i subjekt koji je upražnjava neće imati status preduzeća u smislu čl. 101 i 102 UFEU.

Shvatanje koncepta privredne aktivnosti evoluiralo je u slučaju Fenin,²⁵ u kome su organi EU po prvi put jasno zauzeli stanovište da se, osim karaktera sporne transakcije, mora uzeti u obzir i svrha zbog koje se realizuje. Ovaj slučaj se razlikuje od prethodno navedenih slučajeva još i po tome što su ga meritorno rešavali organi EU, a ne nacionalni sudovi. Udruženje koje je okupljalo prodav-

²³ *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, C-67/96, ECR 1999, I-5863.

²⁴ *Ibidem*, par. 3.

²⁵ *Federacion Nacional de empresas de Instrumentacion Cientifica, Médica, Técnica y Dental (FENIN) v. Commission of the European Communities*, T-319/99, ECR 2003 II-00357.

ce medicinske robe i opreme žalilo se Komisiji EU da 26 španskih organizacija, među kojima su i tri ministarstva, zloupotrebljava dominantnu poziciju prilikom kupovine te robe, zbog toga što kasni 300 dana i više sa plaćanjem dobavljačima. Navedene organizacije kupovale su medicinsku robu i opremu radi snabdevanja španskih javnih zdravstvenih ustanova. Sama transakcija je u konkretnom slučaju bila nesporno ekonomske prirode, jer su prodavci prodavali naplaćivali punu cenu za prodatu robu, koja je uključivala i izvestan profit. Evropska komisija je, međutim, odbacila prigovor udruženja dobavljača medicinske robe, uz obrazloženje da se sama transakcija (nabavka medicinske robe) ne može posmatrati odvojeno od svrhe zbog koje se realizuje, a to je snabdevanje javnih zdravstvenih ustanova. Iz tog razloga španske organizacije koje pripadaju nacionalnom zdravstvenom sistemu ne mogu se smatrati preduzećima u smislu člana 102 UFEU, pa Komisija ne može voditi postupak protiv njih zbog povrede pravila konkurencije. Stav Komisije je bio preispitivan od strane Suda prve instance i Suda pravde, po žalbama tužioca, i oba puta je bio potvrđen.

Sud pravde je u svojoj odluci po žalbi odvojeno posmatrao karakter aktivnosti snabdevača medicinske robe i njihovih kupaca. Dok je nesporno da snabdevači medicinske robe i opreme obavljaju privrednu aktivnost, budući da se njome bave radi sticanja profita, španske organizacije nabavljaju istu robu za potrebe snabdevanja nacionalnog zdravstvenog sistema i finansiraju nabavku iz fondova socijalnog osiguranja i drugih državnih fondova. Španske zdravstvene ustanove pružaju zdravstvene usluge besplatno, a čitav sistem funkcioniše na principu solidarnosti. Iz toga razloga, Sud je smatrao da španske organizacije u okviru nacionalnog zdravstvenog sistema nisu preduzeća u smislu člana 102 UFEU kada se pojavljuju na tržištu nabavke medicinske robe.

*Obavljanje usluga od opšteg ekonomskog interesa
kao izuzetak od primene pravila konkurencije*

Članom 106 stav 2 UFEU propisan je izuzetak od primene pravila konkurencije u odnosu na preduzeća koja obavljaju usluge od opšteg ekonomskog interesa ili koja imaju karakter finansijskog monopola. Pravila konkurencije neće se primenjivati na ta preduzeća, ukoliko bi primena pravila konkurencije sprečila, pravno ili faktički, obavljanje zadatka koji im je poveren. Subjekti kojima je povereno obavljanje usluga od opšteg ekonomskog interesa ili finansijski monopol mogu imati javnopravni ili privatnopravni karakter. U prvom slučaju, reč je o ustanovama, zavodima, agencijama i drugim subjektima javnog prava. Nije od značaja da li poseduju zaseban pravni subjektivitet ili su integrisani u administrativnu strukturu države.²⁶ U drugom slučaju najčešće se radi o privrednim društvi-

²⁶ *Commission v. Italy, op. cit.*

ma kojima javna vlast poverava vršenje određenog javnog ovlašćenja. U ovu kategoriju spadaju i javna preduzeća, kategorija privrednih društava koja osniva javna vlast, samostalno ili zajedno sa privatnim licima, najčešće radi pružanja određenih usluga od opšteg ekonomskog interesa. Nezavisno od kategorije subjekta, pravila konkurencije EU se neće primenjivati ukoliko su zadovoljena dva uslova: 1) da se subjekt bavi aktivnošću koja predstavlja uslugu od opšteg ekonomskog interesa ili ima karakter finansijskog monopola i 2) da bi primena pravila konkurencije sprečila, pravno ili faktički, obavljanje te aktivnosti.

Pojam usluge od opšteg ekonomskog interesa je specifičan pojam evropskog prava. Pojam se pominje, iako ne definiše u članu 14 UFEU i Protokolu 26 UFEU o uslugama od opšteg ekonomskog interesa. U Komunikaciji Komisije o uslugama od opšteg ekonomskog interesa iz 2001. godine te usluge definisane su kao tržišne usluge koje su za države članice ili Zajednicu predmet posebne obaveze javne službe primenom kriterijuma opšteg interesa.²⁷ Pojam usluge koristi se u širem značenju od uobičajenog, jer može da se odnosi i na snabdevanje proizvodima.²⁸ Atribut ekonomski odnosi se na usluge (koje se pružaju pod ekonomskim uslovima), dok interes čijem ostvarenju treba da služe mora biti opšti.²⁹ Pojam se samo do izvesne mere poklapa sa pojmom javne službe koji postoji u pojedinim nacionalnim pravnim sistemima.³⁰ Pojam javne službe je širi i obuhvata i usluge koje se ne pružaju po tržišnim principima. Sud pravde je u slučaju Korbo³¹ definisao bitne elemente pojma usluge od opšteg ekonomskog interesa: univerzalan karakter (obaveza snabdevanja svih korisnika), jednakost svih korisnika u pogledu uslova korišćenja (cene i kvaliteta), te irelevantnost konkretnih ekonomskih uslova pod kojima se usluga pruža, odnosno obaveza pružanja usluga i u situaciji kada to nije ekonomski isplativo. Obavljanje usluga mora biti eksplicitno povereno određenom subjektu aktom javne vlasti.³²

U pomenutom slučaju Makrotron pitanje primene pravila konkurencije na javnopravnu ustanovu koja obavlja uslugu od opšteg ekonomskog interesa postavilo se indirektno, u okviru glavnog pitanja dopuštenosti zakonskog monopola nemačkog Zavoda za zapošljavanje. Nemačkim Zakonom o podsticanju zapošljavanja dodeljeno je tom zavodu isključivo pravo pružanja usluga posredovanja u zapošljavanju na teritoriji Nemačke. Zakonom su čak bile propisane i sankcije

²⁷ *Communication on services of general economic interest*, 2001. O.J. C17.

²⁸ Na primer, snabdevanje električnom energijom. *Almelo*, C-393/92, 1994. ECR I-1477.

²⁹ A. Jones, B. Surfin, *EC Competition Law*, Oxford 2004 s. 537.

³⁰ N. Nolte, *Deregulierung von Monopolen und Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse*, Frankfurt am Mein 2004, s. 66.

³¹ *Corbeau*, C-320/91, 1993 ECR I-2463.

³² V. Emmerich, *Kartellrecht*, München 2012, s. 293.

za lica koja se neovlašćeno bave uslugama posredovanja u zapošljavanju. Uprkos tome, Zavod je tolerisao postojanje privatnih agencija koje su se bavile posredovanjem na tržištu menadžerskih usluga. Zavod je čak distribuirao cirkular u kome je izrazio spremnost da dopusti aktivnost konsultantskih agencija pod određenim uslovima. Kada je jedna od tih agencija zatražila od dvojice menadžera plaćanje provizije za pruženu uslugu posredovanja u nalaženju posla, oni su pred nemačkim sudom tražili utvrđenje ništavosti ugovora o posredovanju sa aspekta povrede Zakona o podsticanju zapošljavanja. Nemački sud je zastao sa postupkom da bi pribavio preliminarno mišljenje Suda pravde u pogledu usklađenosti zakonskog monopola nemačkog Zavoda za zapošljavanje sa pravilima konkurencije EU. Sud pravde je objasnio da usluga posredovanja u zapošljavanju po svom karakteru predstavlja privrednu uslugu, bez obzira što je u konkretnom slučaju obavlja lice javnog prava – zavod za zapošljavanje koji je osnovan aktom javne vlasti i koji pruža uslugu posredovanja besplatno. Sud je uzeo u obzir činjenicu da se usluga posredovanja u zapošljavanju može pružati i da se u praksi pruža kao privredna usluga, za koju se naplaćuje naknada, te da nemački poslodavci plaćaju doprinose iz kojih se finansira aktivnost Zavoda. Aktivnost nemačkog Zavoda za zapošljavanje predstavlja, po mišljenju Suda pravde, uslugu od opšteg ekonomskog interesa, ali ona nije izuzeta od primene pravila konkurencije, jer nije ispunjen poslednji uslov – da bi primena tih pravila sprečila obavljanje poverenih usluga.³³ U konkretnom slučaju, činjenica da je Zavod za zapošljavanje pružao uslugu posredovanja pri popunjavanju menadžerskih pozicija u konkurenciji sa privatnim konsultantskim agencijama ukazivala je upravo obrnuto – da zakonski monopol nemačkog zavoda onemogućava da tražnja na tržištu zapošljavanja bude zadovoljena, odnosno da nemački zavod ne može da izbegne da zloupotrebljava svoju dominantnu tržišnu poziciju, suprotno članu 102 tač. b) TFEU koji zabranjuje ograničavanje tržišta na štetu potrošača.

U slučaju Korbo bliže su definisani uslovi pod kojima su preduzeća koja obavljaju usluge od opšteg ekonomskog interesa izuzeta od pravila konkurencije. Slučaj je imao za predmet monopol belgijske pošte za prikupljanje, prenos i isporuku pošiljki na teritoriji Belgije. Zakonom su bile predviđene krivične sankcije za slučaj kršenja monopola. Belgijski građanin Korbo ustanovio je sopstvenu ekspresnu poštansku službu na teritoriji okruga Liježa, za prikupljanje pošiljaka od pošiljaoca i dostavljanje primaocu da podneva narednog dana. Pošto su belgijski organi pokrenuli krivični postupak protiv Korboa, belgijski sud se obratio Sudu pravde sa zahtevom za preliminarno mišljenje o usklađenosti zakonskog poštanskog monopola sa pravilima konkurencije EU. Sud pravde se u svom mišljenju pozvao na načelo srazmernosti, u čijem svetlu često promatra usklađenost mera država članica sa obavezama iz UFEU. U skladu sa njim, ograničenje ili, čak, is-

³³ *Höfner und Elser v. Macrotron*, tač. 25 .

ključnije konkurencije od strane države mora se posmatrati sa aspekta potrebe nosioca monopolskog prava da pruža uslugu od opšteg interesa pod ekonomski prihvatljivim uslovima. To znači mogućnost pokrivanja troškova ekonomski neisplative usluge prihodima od pružanja profitabilnih usluga, ili, drugim rečima, mogućnost unakrsne supsidizacije. U uslovima slobodne konkurencije, preduzeća koja nemaju obavezu pružanja usluge od opšteg ekonomskog interesa, sledeći svoj interes maksimizacije profita, opredelila bi se da pružaju usluge koje donose najveći profit, što bi preduzeće koje pruža usluge od opšteg ekonomskog interesa moglo dovesti u situaciju da ne ostavruje prihod iz koga bi pokrio troškove pružanja usluge. Opisani pristup Suda pravde u teoriji se naziva pristupom "ograničene konkurencije". Stvaranje zakonskog monopola mora biti: 1) opravdano legitimnim nacionalnim ciljem i 2) zadovoljiti princip proporcionalnosti, t.j. posledično ograničenje konkurencije ne sme prevazilaziti ono što je neophodno za postizanje cilja.³⁴

ZAKLJUČAK

Država i njene teritorijalne jedinice, javnopravni subjekti sa svojstvom pravnog lica, te privatna lica kojima je povereno vršenje javnih ovlašćenja mogu biti subjekti prava konkurencije, što znači da mogu odgovarati za povrede konkurencije pred organima za zaštitu konkurencije. Uslov je da se na tržištu pojavljuju kao učesnici u prometu robe i usluga. Prilikom utvrđivanja da li javna vlast u konkretnom slučaju odgovara za povrede konkurencije, od presudnog značaja je priroda akta koji joj se stavlja na teret – da li je reč o aktu komercijalne ili nekomercijalne prirode. U tom pogledu može se uočiti analogija sa statusom strane države u sporovima koji se vode pred nacionalnim sudovima. U međunarodnom pravu strana država može biti stranka u sporu koji se vodi pred nacionalnim sudovima ukoliko je sporna transakcija komercijalnog karaktera, odnosno ukoliko se država pojavljivala kao strana u privrednom pravnom poslu. Međunarodno pravo nema jedinstven stav u pogledu toga na osnovu kog kriterijuma se procenjuje da li država može biti subjekt građanske odgovornosti. Nesporno je da se u tom pogledu polazi od prirode pravnog posla, ali se izvestan značaj daje i svrsi zbog koje država učestvuje u spornoj transakciji. Ukoliko je svrha zadovoljenje njenih potreba koje nastaju u vršenju akata javne vlasti, država može izbeći građanskopravnu odgovornost, odnosno podvrgavanje nadležnosti redovnih sudova.

U pravu Evropske unije karakter aktivnosti koju vrši javna vlast u konkretnom slučaju takođe ima ključnu ulogu prilikom davanja odgovora na pitanje da li javna vlast može odgovarati za povrede konkurencije utvrđene čl. 101 i 102 UFEU? Javna vlast odgovara za povrede konkurencije koje učini baveći se pri-

³⁴ D. Edward, M. Hoskins, *Art. 90: Deregulation and EC Law: Reflections Arising from the XVI FIDE Conference*, *Common Market Law Review*, 1995. s. 164.

vrednim aktivnostima. Privredna aktivnost je u praksi Suda pravde određena kao prodaja robe i usluga na tržištu. Strana koja daje robu ili uslugu dobija ugovorenu protivnakuću u novcu, čiji iznos mora pokrivati troškove i, redovno, omogućavati ostvarivanje profita. Profitni karakter je imanentan pojmu privredne aktivnosti. Ako javna vlast ili lica koja kontroliše ili im poverava vršenje javnih ovlašćenja obavljaju aktivnost koja im je imperativnim propisima stavljena u nadležnost ili im je dat ekskluzivitet u njenom obavljanju, akti koji su poslužili kao pravni osnov za obavljanje predmetne aktivnosti biće izuzeti od primene pravila konkurencije, iako mogu biti predmet sudskog preispitivanja po drugom osnovu – u pravu EU po osnovu odgovornosti države-članice za kršenja obaveza preuzetih članom 106 stav 1 UFEU, a u nacionalnom pravu pred ustavnim ili upravnim sudom, zbog povrede ustava ili zakona. Isto tako, neće postojati odgovornost javne vlasti i lica koja kontroliše ukoliko su uslovi obavljanja privredne aktivnosti propisani od strane javne vlasti – ako lice koje je obavlja nema slobodu donošenja poslovnih odluka u pogledu cene i drugih uslova prodaje robe ili usluge. Ukoliko javna vlast pruža usluge kod kojih su, pored privrednih, prisutni i elementi socijalnog ili nekog drugog karaktera, moraju se uzeti u obzir okolnosti konkretnog slučaja. Činjenica da javna vlast prodaje robu ili nudi usluge u konkurenciji sa privatnim licima na tržištu ukazuje na komercijalni karakter aktivnosti, dok prisustvo elemenata solidarnosti redovno vodi zaključku da je reč o aktivnostima izuzetim od primene pravila konkurencije. Čak i kada transakcija nesporno ima komercijalan karakter, javna vlast neće biti podvrgnuta pravilima konkurencije ukoliko je cilj posla ispunjenje neke javnopravne funkcije. Takođe, ukoliko javna vlast pruža usluge na ekonomskim principima radi zadovoljenja opštih interesa, ona može biti izuzeta od primene pravila konkurencije ukoliko pokaže da je u konkretnom slučaju ograničenje konkurencije neophodno radi ispunjenja cilja opšteg interesa u skladu sa članom 106 stav 2 UFEU. Teret dokaza je u tom slučaju na strani koja ističe prigovor izuzeća od primene pravila konkurencije.

DIJANA MARKOVIĆ-BAJALOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty EDUCONS, Novi Sad

APPLICATION OF COMPETITION RULES TO PUBLIC AUTHORITIES

Summary

In the EU competition law the issue of applicability of competition rules to public authorities is often discussed. The term public authorities is understood in its widest possible sense – to comprise state and its territorial entities, as well as their organs, bodies and companies which they estab-

lish, control or entrust them with public powers. Generally speaking, the answer is relatively simple. A public authority will be responsible for infringements of competition rules set down in Art. 101 and 102 TFEU, if it acts as a market participant, i.e. if it performs economic activities. It will be protected from sanctioning if it performs state powers. The difference between acts *iure imperii* and acts *iure gestionis* came from international law, where it was introduced by the theory on restricted state immunity. The nature of the act is of a key significance to distinguish situations when a state can be called to account before civil courts from those where it is protected by its jurisdictional immunity. Besides the nature of the act, the aim of the transaction is also taken into account by courts of some states.

The notion of economic activities in the EU law comprehend all activities of offering goods and services on market for price covering costs and deriving some profit. Regular economic activities will be exempted from competition rules if non-commercial elements, such as solidarity, pursuing social goals, state security, etc. overweight commercial elements in a specific case. The same situation will exist if a commercial activity is regulated by state in respect of price and other conditions. Economic activities which serve to satisfy general interest can also be exempted from competition rules in a specific case if it is proved that the restriction of competition is necessary to achieve a goal of satisfying general interest. Finally, activities which are entrusted to state or bodies which it forms and controls by an international agreement or national legislation represent manifestation of state imperium and they can not be sanctioned as competition infringements. They can be disputed in proceedings for sanctioning violations of international agreements and for assessing constitutionality and legality of general or individual legal acts.

POSLEDICE VRŠENJA PRAVA AKCIONARA NA POSTAVLJANJE PITANJA

U V O D

Pravo na postavljanje pitanja je pravo svakog akcionara da društvu postavi pitanje u vezi sa dnevnim redom sednice skupštine akcionarskog društva i da dobije odgovor. Otuda bi pun naziv ovog prava bio pravo na postavljanje pitanja i dobijanje odgovora. Međutim, u teoriji se ono skraćeno naziva pravo na postavljanje pitanja, što predstavlja pojam koji u sebi sadrži i pravo na dobijanje odgovora. Poslednjih godina je pravo akcionara na postavljanje pitanja u mnogim pravnim sistemima pretrpelo značajne promene. Na nivou Evropske unije 2007. godine je usvojena Direktiva o vršenju određenih prava akcionara u kotiranim društvima (dalje u tekstu: Direktiva o pravima akcionara).¹ Direktiva uređuje individualna prava akcionara i to ona koja su vezana za ostvarivanje prava glasa i učešća u radu skupštine. Otuda je pravo akcionara na postavljanje pitanja našlo svoje mesto u Direktivi,² kao deo šire grupe prava koja se tiču komunikacije akcionara i društva (poput, prava akcionara u vezi sa dnevnim redom).³

Dr Vuk Radović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

¹ Directive 2007/36/EC of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the exercise of certain rights of shareholders in listed companies – Direktiva o pravima akcionara, *Official Journal* L 184, 14.7.2007.

² Direktiva o pravima akcionara, čl. 9.

³ Dirk Zetsche, "Shareholder Passivity, Cross-Border Voting and the Shareholder Rights Directive", 2008, 42, <http://ssrn.com/abstract=1120915>, 2. avgust 2011.

Usvojena direktiva nije detaljno uredila pravo akcionara na postavljanje pitanja, već se opredelila za propisivanje minimalnih standarda. Praktično posmatrano, ona samo garantuje akcionarima pravo na postavljanje pitanja i obavezuje društvo da odgovori na postavljena pitanja. Prema tome, regulisanje većine pitanja relevantnih za ostvarivanje ovog prava je prepušteno državama članicama. S obzirom na to da je minimalna harmonizacija dovela da različitih rešenja među državama članicama, može se reći da ne postoje jedinstvena pravila na nivou Evropske unije o pravu akcionara na postavljanje pitanja. Čini se da je za Evropsku komisiju garancija postojanja ovog prava bila dovoljna, a da nacionalne raznolikosti neće predstavljati veću prepreku za dalji razvoj unutrašnjeg tržišta.

U Srbiji je pravo akcionara na postavljanje pitanja uvedeno Zakonom o privrednim društvima iz 2004. godine.⁴ Osnovni nedostaci ove regulative su bili podnormiranost i nepreciznost. Naime, zakon je samo garantovao akcionarima vršenje ovog prava. Međutim, ova garancija je bila prividnog karaktera, jer se zakon nije izjašnjavao o dozvoljenosti ukidanja, odnosno ograničavanja ovog prava na nivou statuta. Prema tome, smisao "regulative" prava na postavljanje pitanja je bio u njegovoj deregulaciji, tj. u želji da se ovo pravo akcionara detaljno uređuje na nivou akcionarskog društva, a ne zakonom. Premda ovakva koncepcija nije nelogična, ona je iz ugla zaštite prava akcionara pogubna, jer akcionari zapravo ne znaju da li ovo pravo imaju ili nemaju u slučaju da statut ovo pitanje ne uređuje. Takođe, akcionarska većina može da izdejstvuje promene statuta u pravcu otežavanja vršenja ovog prava ili čak njegovog ukidanja, što znači da ono ne može da služi efikasnoj zaštiti manjinskih akcionara. U svakom slučaju, prikazana lakonska odredba zakona je bila zrela za promene.

Novi Zakon o privrednim društvima iz 2011. godine fundamentalno menja dosadašnju filosofiju uređenja prava akcionara na postavljanje pitanja.⁵ Umesto neregulative, zakonodavac se opredelio za detaljno uređenje. Želja je bila da se što više pitanja uredi zakonom, kako bi se ostavilo malo prostora autonomnoj regulativi. To ne znači da interni akti društva (statut i poslovnik skupštine) ne mogu da uredi neka pitanja od značaja za ostvarivanje ovog prava, ali je zakon i u tom pogledu postavio značajna ograničenja. Sadržinski posmatrano se može konstatovati da se odredbe novog Zakona o privrednim društvima u velikoj meri oslanjaju na nemačku koncepciju prava akcionara na postavljanje pitanja. Ako se ima u vidu da Nemačka tradicionalno ima najdetaljniju regulativu i najrazvijeniju praksu korišćenja ovog prava, uzimanje njihovog rešenja kao modela se može oceniti kao dobra strategija. Osim nemačkog rešenja, srpski zakon je vodio računa i o minimalnim zahtevima Direktive o pravima akcionara. Sagledavajući u celini za-

⁴ Zakon o privrednim društvima (*Službeni glasnik RS*, br. 125/2004; dalje u fusnotama: ZOPD 2004), čl. 275, st. 2.

⁵ Zakon o privrednim društvima (*Službeni glasnik RS*, br. 36/2011; dalje u fusnotama: ZOPD 2011), čl. 342-343.

konsko uređenje prava akcionara na postavljanje pitanja može se konstatovati da je Srbija u potpunosti harmonizovana sa komunitarnim pravom.

Predmet ovog članka nisu svi aspekti prava akcionara na postavljanje pitanja, već samo posledice vršenja prava na postavljanje pitanja, koje se izražavaju kroz davanje odgovora od strane društva.⁶ Pritom će poseban akcenat biti stavljen na sudsku zaštitu ovog prava.

POSTUPAK NAKON POSTAVLJANJA PITANJA

Davanje odgovora

Dužnik davanja odgovora. – Direktiva o pravima akcionara je predvidela obavezu akcionarskih društava da odgovore na pitanja postavljena od strane akcionara.⁷ Iz toga se može izvući zaključak da je društvo dužnik davanja odgovora. Bliže preciziranje lica koja će konkretno davati odgovore u ime društva prevazilazi okvire ove direktive. U svakom slučaju, odgovor bi u ime društva trebalo da daje zakonski zastupnik. Druga lica (na primer, predsednik skupštine, članovi internih organa nadzora, i sl.) ne mogu biti obavezana da daju odgovore, čak i u slučaju da je to lice nadležno u pogledu te informacije.⁸ U nekim zemljama, poput Belgije, druga lica mogu biti dužnici davanja odgovora na pitanja akcionara (na primer, revizor ima obavezu da odgovara na pitanja koja se odnose na njegovo mišljenje ili izveštaj).⁹

Zakon o privrednim društvima iz 2011. godine prihvata pravilo da je društvo dužnik davanja odgovora.¹⁰ Međutim, kada je reč o konkretnim licima koja u ime društva daju odgovore, zakon se nije oslonio na zakonsku konstrukciju pojma zakonskog zastupnika, već je precizirao da su to direktor u jednodomnom sistemu, odnosno članovi nadzornog odbora u dvodomnom sistemu.¹¹ Ovakva koncepcija je prilično nedosledna, jer u značajnoj meri odstupa od pojma zakonskog zastupnika društva. Naime, u jednodomnom i dvodomnom sistemu zakonski zastupnici su svi izvršni direktori, osim u slučaju da je statutom određeno da

⁶ O uslovima za vršenje prava akcionara na postavljanje pitanja više vidi: Vuk Radović, "Uslovi za vršenje prava akcionara na postavljanje pitanja", *Anali Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu*, br. 1/2014, str. 62-83.

⁷ Direktiva o pravima akcionara, čl. 9, st. 1.

⁸ Zoran Arsić, "Pravo akcionara na postavljanje pitanja", *Pravo i privreda*, br. 5-8/2008, str. 107.

⁹ Christoph Van der Elst, "Question time? The Shareholder's Right to Ask Questions as Appropriate Stewardship Tool", *Pravo i privreda*, br. 4-6/2012, str. 48.

¹⁰ Navedeno proizlazi iz odredbe čl. 343, st. 1, gde stoji da sud može da "naloži društvu" da pruži odgovore.

¹¹ Suprotno našem pravu, pravo Velike Britanije propisuje da je društvo dužnik davanja odgovora, bez daljih preciziranja. U teoriji se pretpostavlja da obaveza davanja odgovora tereti predsednika skupštine. Vid.: C. Van der Elst, str. 49.

samo pojedini izvršni direktori zastupaju društvo.¹² Očigledno je da se zakon nije rukovodio time ko je zakonski zastupnik, već ko saziva sednicu skupštine i utvrđuje predlog dnevnog reda. Ovakav zaključak je u potpunosti tačan za dvodomni sistem uprave, gde postoji nesklad između pojma zakonskog zastupnika i dužnika davanja odgovora.¹³ U postupku likvidacije odgovore će akcionarima davati likvidacioni upravnik.

Odgovor uvek daje direktor, odnosno član nadzornog odbora koji tu funkciju obavlja u vreme davanja odgovora, bez obzira da li se pitanje odnosi na činjenice koje su nastale za vreme njihovog mandata.¹⁴ Ako odluku donosi kolegijalni organ (nadzorni odbor), odluka je zajednička. Međutim, nadzornom odboru je dozvoljeno da ovlasti nekog člana koji će u ime nadzornog odbora davati odgovore na sednici (najčešće će to biti predsednik nadzornog odbora ili lice koje je prema internoj podeli zaduženo za određeni resor).¹⁵

Da bi direktori i članovi nadzornog odbora mogli da odgovore na postavljena pitanja, oni moraju biti prisutni na sednici. Međutim, zakonom je propisano da redovnoj sednici skupštine po pravilu prisustvuju direktori i članovi nadzornog odbora.¹⁶ Iz ovog pravila se može zaključiti: prvo, da ova lica po pravilu ne prisustvuju vanrednim sednicama skupštine, i drugo, ne postoji obaveza njihovog prisustva, već se to samo smatra dobrom korporativnom praksom. Ovakav zaključak je u potpunosti suprotan ustanovljenoj obavezi davanja odgovora, zbog čega se treba založiti za tumačenje prema kome direktori, odnosno članovi nadzornog odbora imaju obavezu prisustva svim skupštinskim sednicama.¹⁷ Obaveza davanja odgovora postoji samo u slučaju da je pitanje postavljeno u skladu sa zakonom. Bez pitanja nema obaveze davanja odgovora.¹⁸ Drugim rečima, uprava ne daje odgovore *ex officio*, već na zahtev akcionara.¹⁹ Uobičajeno je da se pitanje postavlja predsedniku skupštine, koji ga zatim prosleđuje direktoru, odnosno članovima nadzornog odbora.²⁰

¹² ZOPD 2011, čl. 388 i 422.

¹³ U sistemima dvodomne uprave pravilo je da odgovor daju članovi upravnog odbora. Vid.: nemački Zakon o akcijama – AktG (nem. *Aktiengesetz*) iz 1965. godine (sa izmenama do 2014. godine), čl. 131, st. 1.

¹⁴ Jakša Barbić, *Pravo društava – društva kapitala*, Organizator, Zagreb 2007, 4. izd., str. 365.

¹⁵ J. Barbić, str. 365.

¹⁶ ZOPD 2011, čl. 366.

¹⁷ Tako i: Z. Arsić, str. 107.

¹⁸ Uwe Hüffer, *Aktiengesetz*, Verlag C. H. Beck, München 2006, 7. izdanje, str. 703.

¹⁹ J. Barbić, str. 366.

²⁰ U. Hüffer, str. 703.

Sadržina, forma i vreme davanja odgovora. – Sadržina odgovora se ne precizira zakonskim tekstovima, jer je ona determinisana pitanjem koje je postavljeno. Na opšta pitanja se daju opšti odgovori, dok će specijalizovana pitanja obavezati upravu da daje konkretnije odgovore. Prema tome, od preciznosti pitanja će zavistiti i preciznost odgovora.²¹ Ako akcionar nije zadovoljan dubinom i konkretnošću odgovora, on mora da postavi i dodatna pitanja.²² U svakom slučaju, odgovor mora biti tačan i potpun,²³ dat u skladu sa načelima savesnosti i obavezom vođenja računa o interesima akcionara.²⁴ U slučaju složenih pitanja, na koja članovi uprave ne mogu da daju potpun odgovor bez daljih analiza ili uopšte nisu u stanju da daju odgovor, uprava će odgovoriti svojoj obavezi ako kaže sve što zna, bez obzira što odgovor nije potpun.²⁵

Osim u slučajevima kada ima pravo da uskrati davanje odgovora, pravilo je da uprava mora da odgovori na svako postavljeno pitanje. Međutim, imajući u vidu teškoće članova uprave da odgovore ovoj obavezi, novi Zakon o privrednim društvima je propisao dva izuzetka od ovog pravila.

– Prvi izuzetak se odnosi na mogućnost direktora, odnosno članova nadzornog odbora da daju jedan odgovor na više pitanja koja imaju istu sadržinu.²⁶ Na ovaj način se racionalizuje davanje odgovora, tako što se ne mora dati onoliko odgovora koliko ima pitanja, već se pitanja mogu kategorizovati po sličnosti, a onda se može dati jedinstven odgovor na više pitanja. Iako naš zakon govori o tome da se jedan odgovor može dati samo na sadržinski ista pitanja, ovaj uslov se može proširiti i na slična pitanja ako se mogu objediniti jednim odgovorom.

– Drugi izuzetak se odnosi na mogućnost društva da unapred odgovori na određena pitanja i da te odgovore pre sednice objavi na Internet stranici društva.²⁷ Ako se na sednici postavi pitanje na koje je uprava već odgovorila na Internet stranici, odgovor će biti uskraćen.

Odgovori se po pravilu daju usmeno,²⁸ što je u skladu sa načelom usmenosti odvijanja skupštinskih sednica. Otuda se može zaključiti da akcionari nema-

²¹ U. Hüffer, str. 710.

²² U. Hüffer, str. 710.

²³ Meilicke Heidel, "Das Auskunftsrecht des Aktionärs in der Hauptversammlung (Teil I)", *Deutsches Steuerrecht*, 1992, str. 75.

²⁴ U. Hüffer, str. 710; Gerald Spindler, u: Karsten Schmidt, Marcus Lutter (Hrsg.), *Aktien-gesetz – Kommentar*, I. Band §§ 1-149, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 2008, str. 1470-1471; Z. Arsić, str. 107.

²⁵ J. Barbić, str. 366.

²⁶ ZOPD 2011, čl. 342, st. 6.

²⁷ ZOPD 2011, čl. 342, st. 4, tač. 3.

²⁸ M. Heidel, str. 75; U. Hüffer, str. 710; G. Spindler, u: K. Schmidt, M. Lutter (Hrsg.), str. 1469; Z. Arsić, str. 107.

ju pravo na pisani odgovor.²⁹ Usmeni odgovor može biti zamenjen uvidom u akte društva, ako bi se na taj način interes akcionara brže i bolje zadovoljio.³⁰

Tako, na primer, ako jedan akcionar postavi pitanje o trgovini sopstvenim akcijama društva u proteklih šest meseci, dužnik davanja odgovora bi mogao da ponudi tom ali i svim drugim akcionarima uvid u dokument u kome su po datumima navedene sve kupovine i prodaje sopstvenih akcija.³¹ Međutim, pravo akcionara na postavljanje pitanja treba razlikovati od prava na pristup aktima društva. Osnovna razlika je u tome što akcionari kada postavljaju pitanja nemaju samim tim pravo da zahtevaju pristup aktima društva. To je samo opcija data direktorima, odnosno članovima nadzornog odbora, kojom oni mogu da izvrše obavezu davanja odgovora (*facultas alternativa*).

Takođe, pravo na pristup aktima društva je uže pravo, jer se odnosi samo na akte i dokumente nabrojane u zakonu. Suprotno tome, uprava može da zameni odgovor na postavljeno pitanje omogućavanjem uvida u bilo koji akt ili dokument, a jedini uslov je da se time postiže efekat davanja odgovora. Umesto omogućavanja uvida, uprava može da odluči da kao odgovor pročita određeni akt ili dokument društva, što je u skladu sa načelom usmenosti davanja odgovora.

U pravu Srbije direktor, odnosno član nadzornog odbora je dužan da dà odgovor na postavljeno pitanje tokom sednice.³² Imajući u vidu da se pitanja postavljaju u odnosu na određenu tačku dnevnog reda, najčešće sa idejom da se razjasne činjenice potrebne akcionaru za zauzimanje stava u pogledu eventualnog glasanja ili, u slučaju kada nema pravo glasa, da drugim akcionarima skrene pažnju na te činjenice, logično bi bilo da se odgovori daju pre glasanja o tački dnevnog reda u odnosu na koju je pitanje postavljeno, odnosno do okončanja vremena za diskusiju.³³ Samo bi se na taj način ostvario efekat potpunog i blagovremenog informisanja akcionara. Informacija data na samom kraju sednice, kada su sve odluke donete, ne bi mogle ništa da promene. Zbog toga se treba založiti za restriktivno tumačenje prikazane zakonske odredbe. Jedini izuzetak od obaveze davanja odgovora za vreme sednice je predviđen za slučaj da akcionar kome je uskraćen odgovor preko suda ishoduje ostvarivanje svog prava. Tada se odgovor daje u određenom roku od donošenja sudske odluke.³⁴

²⁹ U. Hüffer, str. 710.

³⁰ U. Hüffer, str. 710; Z. Arsić, str. 107.

³¹ U. Hüffer, str. 710.

³² ZOPD 2011, čl. 342, st. 3.

³³ U literaturi se navodi i da bi članovi uprave odgovor trebalo da daju odmah nakon postavljenog pitanja. Vid.: J. Barbić, str. 368. Premda stav nije bez osnova, možda bi za članove uprave ipak bilo uputnije da sačekaju da se završi rasprava o određenoj tački dnevnog reda, kako bi sva pitanja prema sličnosti mogli da svrstaju u određene grupe, te da daju jedinstven odgovor na više pitanja.

³⁴ ZOPD 2011, čl. 343, st. 1.

Razlozi za odbijanje davanja odgovora

Regulativa prava akcionara na postavljanje pitanja je u najvećoj meri okrenuta ka što potpunijoj zaštiti akcionara. Široko postavljeno ovo pravo se može pretvoriti u svoju suprotnost, koja se izražava u sklonosti ka zloupotrebama. Zbog toga je veoma važno da se zakonom propišu razlozi zbog kojih uprava može da odbije davanje odgovora. Na ovaj način se uspostavlja ravnoteža između interesa društva i interesa akcionara, odnosno uravnotežavaju se interesi poverilaca i dužnika davanja odgovora. Za razliku od zakona iz 2004. godine, koji ovo pitanje nije doticao, Zakon o privrednim društvima iz 2011. godine propisuje tri osnova za uskraćivanje odgovora: nanošenje štete društvu, krivičnopravna kažnjivost i ranija elektronska dostupnost informacija.³⁵

Nanošenje štete društvu. – Direktor, odnosno član nadzornog odbora može da uskratiti odgovor ako bi se razumno moglo zaključiti da bi davanjem odgovora mogla biti naneta šteta društvu ili licu povezanim sa društvom.³⁶ U vezi sa ovim osnovom za odbijanje, može se izneti nekoliko zapažanja.

– Prvo, za ocenu ispunjenosti ovih uslova merodavna je razumna trgovačka procena (razumna procena poslovnih ljudi).³⁷ Subjektivno uverenje direktora, odnosno članova nadzornog odbora je irelevantno.³⁸

– Drugo, šteta ne mora nužno da bude očekivana posledica odgovora, već je dovoljno da odgovor može da prouzrokuje navedenu posledicu (podobnost odgovora da prouzrokuje štetu).³⁹ Prema tome, verovatnost nastupanja štetnih posledica je dovoljan uslov za odbijanje, a izvesnost u tom pogledu nije nužna.

– Treće, kako Zakon o privrednim društvima govori o šteti koja odgovorom može da bude naneta, to se može problematizovati obuhvat pojma štete. U tom pogledu su moguća dva tumačenja: jezičko i ciljno. Prema jezičkom (uskom) tumačenju, štetu treba shvatiti u smislu Zakona o obligacionim odnosima, tako da obuhvata imovinsku i neimovinsku štetu. Prema drugom širem tumačenju, pojam štete treba proširiti tako da ne podrazumeva samo štetu u obligacionopravnom smislu, već i svako drugo narušavanje interesa društva (tzv. škodljivost davanja

³⁵ ZOPD 2011, čl. 342, st. 4.

³⁶ Upor.: nemački AktG, čl. 131, st. 3, tač. 1; hrvatski Zakon o trgovinskim društvima – ZTD, *Narodne novine*, br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 111/12, čl. 287, st. 2, tač. 1.

³⁷ Christian E. Decher, u: Klaus J. Hopt, Herbert Wiedermann (Hrsg.), *AktG Großkommentar*, Walter de Gruyter, Berlin 2001, 4. izdanje, str. 125; Thomas Raiser, Rüdiger Veil, *Recht der Kapitalgesellschaften*, Verlag Franz Vahlen, München 2006, 4. izdanje, str. 239; J. Barbić, str. 368.

³⁸ C. E. Decher, u: K. J. Hopt, H. Wiedermann (Hrsg.), str. 125; U. Hüffer, str. 712.

³⁹ U. Hüffer, str. 712.

nja odgovora).⁴⁰ Treba se založiti za prihvatanje šireg tumačenja, jer je ovaj osnov za odbijanje davanja odgovora očigledno preuzet iz nemačkog prava, ali je napravljena jezička nepreciznost, tako što je nemačka reč “*Nachteil*” prevedena sa rečju “šteta”. Bolje je bilo da je stajalo da odgovor može štetiti društvu, jer bi ta jezička konstrukcija nesporno omogućila primenu šireg tumačenja.

– Četvrto, premda zakon nije kvantifikovao štetu, ona ne može da bude beznačajna.⁴¹ Najčešće će se odbijati davanje onih odgovora kojim bi se otkrili podaci značajni za tekuće pregovore, kojim bi se odala poslovna tajna, i sl.

– Peto, šteta se odnosi samo na akcionarsko društvo i sa njim povezana lica. Nejasno je zašto se zakonodavac u ovom kontekstu opredelio za koncept povezanih lica, umesto povezanih društava. Međutim, logika prava akcionara na postavljanje pitanja nalaže da se pojam povezanih lica odnosi samo na povezana društva. U suprotnom bi se omogućilo upravi da odbija davanje odgovora sa pozivom na štetu koju može da pretrpi kontrolni akcionar, direktor, član nadzornog odbora, i sl. Na taj način bi se ovo pravo razvodnilo, a upravi bi bilo dato preširoko ovlašćenje za uskraćivanje odgovora. Štetnost odgovora za treća lica (na primer, članove organa), sa izuzetkom povezanih društava, ne treba da bude osnov za odbijanje davanja odgovora.⁴²

– Šesto, u slučaju spora, teret dokazivanja ovih činjenica je na društvu, odnosno direktoru i članovima nadzornog odbora.⁴³

– Sedmo, odluku o uskraćivanju odgovora organ uprave će doneti nakon procene svih prednosti i nedostataka koje ova odluka može imati za društvo. Odluku o odbijanju treba da prati obrazloženje, ali u tom pogledu ne treba postavljati isuviše stroge zahteve.⁴⁴

Krivičnopravna kažnjivost. – Obaveza davanja odgovora ne postoji ako bi na taj način bilo učinjeno krivično delo. Ova odredba je odraz krivičnopravnog načela prema kome niko ne može biti nateran da se samoinkriminiše.⁴⁵

Ranija elektronska dostupnost informacija. – Odgovor se može uskratiti i ako je odgovarajuća informacija dostupna na Internet stranici društva u formi pitanja i odgovora najmanje sedam dana pre dana održavanja sednice skupštine. Te informacije se u kontinuitetu moraju nalaziti na Internet stranici društva sve do

⁴⁰ C. E. Decher, u: K. J. Hopt, H. Wiedermann (Hrsg.), str. 124; U. Hüffer, str. 712; G. Spindler, u: K. Schmidt, M. Lutter (Hrsg.), str. 1475.

⁴¹ Na taj način postupaju nemačko pravo. Vid.: nemački AktG, čl. 131, st. 3, tač. 1.

⁴² U. Hüffer, str. 712; G. Spindler, u: K. Schmidt, M. Lutter (Hrsg.), str. 1475.

⁴³ Meilicke Heidel, “Das Auskunftsrecht des Aktionärs in der Hauptversammlung (Teil II)”, *Deutsches Steuerrecht* 1992, str. 116; U. Hüffer, str. 712; J. Barbić, str. 368.

⁴⁴ U. Hüffer, str. 712.

⁴⁵ Više vid.: C. E. Decher, u: K. J. Hopt, H. Wiedermann (Hrsg.), str. 135-136; G. Spindler, u: K. Schmidt, M. Lutter (Hrsg.), str. 1478-1480.

okončanja sednice. Zapravo u ovom slučaju se radi o prividnom odbijanju odgovora, jer je odgovor već dat i svima je pod jednakim uslovima dostupan. Na ovaj način se omogućava upravi da unapred odgovori na određeni krug pitanja za koje se očekuje da će se najčešće postavljati na sednici (tzv. standardizovana pitanja),⁴⁶ odnosno za koja se pretpostavlja da će biti od interesa za veliki broj akcionara,⁴⁷ čime se umanjuje manevarski prostor akcionara za korišćenje prava na postavljanje pitanja i snižavaju troškovi. U teoriji se ukazuje da je sporna efikasnost ove odredbe, jer akcionari uvek na sednici mogu da postavljaju dodatna i produbljena pitanja, na koja bi uprava morala da dà odgovor.⁴⁸

Spisak osnova za odbijanje davanja odgovora je konačan.⁴⁹ Na ovaj način se onemogućava uprava da van osnova propisanih zakonom uskraćuje akcionaru odgovor na postavljeno pitanje. Osnovi za odbijanje se ne bi mogli proširiti ni statutom ni poslovníkom o radu skupštine. Internim aktima bi se jedino moglo precizirati šta se podrazumeva pod osnovima za odbijanje propisanim zakonom.

Uskraćivanje davanja odgovora, prema odredbi koja uređuje pravo na postavljanje pitanja, nije obaveza već pravo direktora, odnosno člana nadzornog odbora ("odgovor se može uskratiti"). Međutim, ako se uzme u obzir opšta formulacija dužnosti pažnje, čini se da postoji obaveza odbijanja odgovora ako je to u najboljem interesu društva.⁵⁰ Prilikom odlučivanja da li da uskrate odgovor u slučaju postojanja osnova, ova lica treba da se rukovode interesima društva (prvi i treći osnov), odnosno ličnim interesima (drugi osnov). Odluku o uskraćivanju davanja odgovora može da donese isključivo direktor, odnosno član nadzornog odbora. Odluka skupštine ili nekog drugog organa ili lica (na primer, predsednika skupštine) bi bila bez pravnog značaja.⁵¹ Direktor, odnosno član nadzornog odbora bi mogli da donesu odluku o odbijanju i konkludentnim radnjama, tako što bi, primera radi, prihvatili odluku predsednika skupštine kao svoju.⁵²

Nemogućnost davanja odgovora se ne tretira kao osnov za odbijanje. Ako direktor, odnosno član nadzornog odbora ne može da dà odgovor na postavljeno pi-

⁴⁶ G. Spindler, u: K. Schmidt, M. Lutter (Hrsg.), str. 1481; Z. Arsić, str. 111.

⁴⁷ T. Raiser, R. Veil, str. 241.

⁴⁸ U. Hüffer, str. 714.

⁴⁹ U teoriji se ističe da kao osnov za uskraćivanje odgovora treba tretirati i zloupotrebu prava akcionara na postavljanje pitanja. Više vid.: Marcus Geißler, "Die aktienrechtliche Auskunftsanspruch im Grenzbereich der Missbrauchs", *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2001, str. 539-545; U. Hüffer, str. 714-715; Karsten Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, Carl Heymanns Verlag KG, 2002, 2. izdanje, str. 845; Z. Arsić, str. 109-110. Međutim, treba voditi računa o tome da široko shvaćena zloupotreba prava ne uguši prinudno pravo na postavljanje pitanja. Vid.: K. Schmidt, str. 845.

⁵⁰ ZOPD 2011, čl. 63.

⁵¹ Z. Arsić, str. 110.

⁵² U. Hüffer, str. 712.

tanje, tada se njegova obaveza tretira kao nemoguća, zbog čega je i ništava.⁵³ Odgovor se smatra nemogućim i ako se ne može dati bez velike pripreme, a pitanje ne spada u krug uobičajenih.⁵⁴ Uprava se ne može pozivati na nemogućnost davanja odgovora ako je složeno pitanje bilo blagovremeno najavljeno pre sednice.⁵⁵

U pravu Srbije se odluka o odbijanju davanja odgovora i razlog zbog koga je to učinjeno obavezno unose u zapisnik sa sednice.⁵⁶ U tom pogledu nije potreban zahtev akcionara,⁵⁷ već o tome po službenoj dužnosti vodi računa lice odgovorno za uredno vođenje zapisnika (predsednik skupštine ili sekretar, odnosno javni beležnik).

SUDSKA ZAŠTITA PRAVA AKCIONARA NA POSTAVLJANJE PITANJA

Tri su osnovna načina sudske zaštite prava akcionara na postavljanje pitanja: davanje odgovora po nalogu suda, pobijanje skupštinskih odluka i odgovornost članova uprave.

Davanje odgovora po nalogu suda

Neosnovano odbijanje davanja odgovora na pitanje akcionara, koje se manifestuje donošenjem odluke o uskraćivanju odgovora, davanjem nepotpunog ili netačnog odgovora ili potpunom ignorisanju zahteva akcionara, daje pravo akcionaru da podnese predlog nadležnom sudu, koji u odgovarajućem postupku može naložiti upravi (tj. društvu) da dostavi odgovor na postavljeno pitanje. Zakon o privrednim društvima iz 2004. godine nije predviđao sudsku zaštitu prava akcionara na postavljanje pitanja, a u teoriji je bio zauzet stav da je ovo pravo utuživo i da se može zaštititi pokretanjem parničnog postupka.⁵⁸ Zakon o privrednim društvima iz 2011. godine ispravno predviđa vanparničnu zaštitu prava akcionara na postavljanje pitanja.⁵⁹

Na pitanje koji akcionar ima pravo na sudsku zaštitu, uporedno pravo koje je služilo kao uzor za formulisanje odredaba našeg zakona, odgovara na sledeći način: svaki akcionar koji je postavio pitanje na koje je uprava neopravdano uskratila odgovor – bez značaja je da li je pitanje i uskraćivanje odgovora uneto u zapisnik, kao i da li je akcionar prigovorio na zapisnik; svaki akcionar koji je prisustvovao sednici, ako se pitanje odnosilo na tačku dnevnog reda u odnosu na

⁵³ ZOO, čl. 25, st. 3, 46-47. Više vid.: Z. Arsić, str. 108.

⁵⁴ Z. Arsić, str. 108.

⁵⁵ Z. Arsić, str. 108.

⁵⁶ ZOPD 2011, čl. 342, st. 7.

⁵⁷ Suprotno vid.: nemački AktG, čl. 131, st. 5; hrvatski ZTD, čl. 287, st. 4.

⁵⁸ Više vid.: Z. Arsić, str. 112.

⁵⁹ ZOPD 2011, čl. 343.

koju je doneta skupštinska odluka i ako je prigovorio na zapisnik. Logika pravila je potpuno jasna. Za akcionare koji su postavili pitanja se ne zahtevaju nikakvi uslovi, te se može govoriti o njihovom безусловnom pravu na sudsku zaštitu. Suprotno tome, drugi akcionari, tj. oni koji nisu postavili pitanja, takođe imaju pravo da sudskim putem zahtevaju odgovore na postavljena pitanja, ali samo uz ispunjenje tri uslova: prisustvo na sednici, donošenje odluke i prigovor na zapisnik.

Srpsko pravo, nažalost, nije postupilo na navedeni način, jer aktivnu legitimaciju za pokretanje vanparničnog postupka ima:⁶⁰ svaki akcionar kome je uskraćeno davanje odgovora, pod uslovom da se pitanje odnosilo na tačku dnevnog reda u odnosu na koju je doneta odluka skupštine, i svaki drugi akcionar koji je izjavio na zapisnik da smatra da je odgovor neopravdano uskraćen.

Srpsko pravo se može višestruko kritikovati. Prvo, neopravdano je ograničeno pravo akcionara koji je postavio pitanje na sudsku zaštitu, jer se primenjuje samo u slučaju da je o datoj tački dnevnog reda doneta odluka.⁶¹ Na taj način se odstupa od principa da se pravo na postavljanje pitanja primenjuje u odnosu na svaku tačku dnevnog reda, bez obzira da li se o njoj samo raspravlja ili i donosi odluka. Praktično, akcionari ne mogu da nateraju upravu da im odgovori na pitanje koje je vezano za tačku dnevnog reda u odnosu na koju nije doneta odluka. Drugo, ako se jezički posmatra odredba zakona, proizlazi da akcionari koji nisu postavili pitanje mogu da zahtevaju odgovor samo uz ispunjenje jednog uslova – prigovor na zapisnik. U okviru zahteva prigovora je sadržana i obaveza prisustva akcionara na sednici. Međutim, premda to zakon ne kaže, i u ovom slučaju bi pravo na dobijanje odgovora trebalo vezati samo za ona pitanja koja se odnose na tačke dnevnog reda u odnosu na koje je doneta odluka. U suprotnom bi se našli u nelogičnoj situaciji da akcionari koji nisu postavili pitanje imaju više prava od akcionara koji su pitanje postavili. Treće, u praksi se može postaviti kao problem na šta se tačno odnosi rečenični sklop “u slučaju iz člana 342 stav 7 ovog zakona”, koji je predviđen kao uslov za ostvarivanje prava na dobijanje odgovora od strane akcionara koji je postavio pitanje. Naime, u članu 342 stav 7 je navedeno da se u slučaju uskraćivanja odgovora akcionara, ta činjenica i razlog unose u zapisnik sa sednice. Iz navedenog upućivanja ne treba izvući zaključak da akcionar koji je postavio pitanje mora da se pozove na zapisnik sa sednice, jer je zapisnik samo jedno dokazno sredstvo, pri čemu se postojanje pitanja i uskraćivanje odgovora može dokazivati i svim drugim dokaznim sredstvima (na primer, svedocima).⁶² Prema tome, sintagmu “u slučaju iz člana 342. stav 7 ovog zakona” treba razumeti kao “u slučaju da direktor, odnosno član nadzornog odbora uskrati davanje odgovora akcionaru”.

⁶⁰ ZOPD 2011, čl. 343. st. 1-2.

⁶¹ Jelena Lepetić, “Pravo akcionara na postavljanje pitanja”, *Pravo i privreda*, br. 4-6/2013, str. 222.

⁶² J. Barbić, str. 369.

Aktivno legitimisano lice mora u roku od osam dana od dana održavanja sednice da pokrene vanparnični postupak. Postupak se pokreće pred privrednim sudom na čijem području je sedište društva. Predlog se podnosi protiv društva (protivnik predlagača), jer je ono dužnik odgovora, a ne protiv direktora, odnosno članova nadzornog odbora. Postupak je hitan, a sud je dužan da odluku donese u roku od osam dana od dana prijema zahteva. Ovaj rok se odnosi samo na prvostepenu odluku. Žalba zadržava izvršenje rešenja, pri čemu sud može iz važnih razloga odlučiti suprotno.⁶³ Ako sud usvoji zahtev, naložiće društvu da u roku od osam dana dostavi odgovor na postavljeno pitanje predlagaču.⁶⁴ U tom slučaju se odgovor daje van sednice skupštine, te društvo nije u obavezi da sazove novu sednicu kako bi dalo odgovor.⁶⁵

Pobijanje skupštinskih odluka⁶⁶

Drugi vid zaštite prava akcionara na postavljanje pitanja je pokretanje postupka za pobijanje skupštinske odluke na koju se pitanje odnosilo. Razlog za pobijanje odluke donete na sednici na kojoj je nekom akcionaru uskraćen odgovor na postavljeno pitanje je suprotnost odluke zakonu ili statutu.⁶⁷ Naime, neopravdanim uskraćivanjem odgovora povređen je postupak donošenja odluke.⁶⁸ Pod uskraćivanjem prava u ovom smislu treba podrazumevati ne samo ono što može da dovede do iniciranja vanparničnog postupka za davanje odgovora po nalogu suda, već i zakasnelo davanje odgovora (na primer, davanje odgovora nakon glasanja). U kontekstu pobijanja skupštinskih odluka se posebno problematizuje veza povrede prava akcionara na postavljanje pitanja i donete odluke. U teoriji se ukazuje na neopravdanost primene direktnog kauzaliteta (ispitivanje postojanja uzročnosti),⁶⁹ koji bi pravo svakog (manjinskog) akcionara pretvorio u pravo samo većinskog akcionara.⁷⁰ Zbog toga se ističe da bi u ovom slučaju trebalo da se primeni potencijalni kauzalitet, tj. sud treba da utvrdi da li bi povreda prava na postavljanje pitanja uticala na hipotetičkog akcionara (akcionara koji objektivno prosuđuje) da glasa na drukčiji način.⁷¹ Prema tome, pobijanje može biti uspešno “i onda kada posto-

⁶³ Zakon o vanparničnom postupku, *Službeni glasnik SRS*, br. 25/1982 i 48/1988, čl. 20, st. 1-2.

⁶⁴ ZOPD 2011, čl. 343, st. 1 i 3.

⁶⁵ J. Barbić, str. 369.

⁶⁶ Više vid.: Christian Kersting, “Die aktienrechtliche Beschlussanfechtung wegen unrichtiger, unvollständiger oder verweigerter Erteilung von Informationen”, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 2007, str. 319-350.

⁶⁷ ZOPD 2011, čl. 376, st. 1, tač. 4.

⁶⁸ J. Barbić, str. 843.

⁶⁹ J. Barbić, str. 843.

⁷⁰ Z. Arsić, str. 113.

⁷¹ Z. Arsić, str. 113.

ji većinski akcionar i kada je izvesno da on ne bi glasao drukčije da je dat odgovor na pitanje”.⁷² U pogledu odnosa između tužbe za pobijanje skupštinske odluke i predloga za dobijanje odgovora po nalogu suda, danas preovlađuje stanovište da je reč o dva međusobno nezavisna postupka.⁷³ Pokretanje postupka za dobijanje odgovora nije uslov za podnošenje pobjodne tužbe.⁷⁴ Akcionari mogu da pokrenu oba postupka, pri čemu odluka doneta u postupku dobijanja odgovora ne obavezuje u postupku pobijanja.⁷⁵

Odgovornost članova uprave

Neopravdanim uskraćivanjem davanja odgovora članovi uprave su postupili protivno zakonom ustanovljenoj dužnosti pažnje. Zbog toga se oni mogu učiniti odgovornim kako prema društvu (na primer, za naknadu sudskih troškova), tako i prema individualnim akcionarima kojima nije dat odgovor na postavljeno pitanje (na primer, akcionar nije prodao akcije pouzdajući se u tačnost odgovora koji je dobio od direktora, zbog čega je pretrpeo štetu).⁷⁶

PREPORUKE ZA UNAPREĐENJE POZITIVNOPRAVNE REGULATIVE POSLEDICA VRŠENJA PRAVA AKCIONARA NA POSTAVLJANJE PITANJA

Zakon o privrednim društvima iz 2011. godine je u značajnoj meri unapredio srpsku regulativu prava akcionara na postavljanje pitanja. Za razliku od zakona iz 2004. godine, koji se u potpunosti oslonio na autonomnu regulativu i tako akcionarima nije pružio nikakvu garanciju da ovo pravo mogu da vrše, novi zakon je predvideo detaljna pravila. Nove odredbe su pisane po uzoru na nemačko pravo i u potpunosti su usklađene sa Direktivom o pravima akcionara. Mahom imperativnim normama su precizno uređena sva značajnija pitanja prava akcionara na postavljanje pitanja (imalac prava, uslovi za korišćenje prava, dužnik obaveze, davanje odgovora po nalogu suda, i sl.). Akcionarskim društvima je ostavljena velika sloboda prilikom prilagođavanja vršenja ovog prava svojim potrebama, ali samo u pravcu davanja većih prava akcionarima. Sužavanje prava je moguće samo u nekoliko izričito pomenutih oblasti.

Premda je generalni utisak o novim odredbama veoma povoljan, njima se može uputiti nekoliko zamerki. Neke od njih mogu biti sanirane pravilnim tumačenjem od strane sudova, dok se druge mogu ispraviti samo izmenama zakonskog teksta. Najkrupniji nedostaci, koji se odnose na posledice vršenja ovog pra-

⁷² Z. Arsić, str. 113.

⁷³ U. Hüffer, str. 720; J. Barbić, str. 370, 845; Z. Arsić, str. 112.

⁷⁴ Vilim Gorenc, *Trgovačko pravo društva*, Školska knjiga, Zagreb, 2003, str. 371.

⁷⁵ U. Hüffer, str. 720; V. Gorenc, str. 371.

⁷⁶ J. Barbić, str. 370.

va, su sledeći: – prvo, kada je reč o konkretnim licima koja u ime društva daju odgovore, zakon se u sistemu dvodomne uprave nije oslonio na pojam zakonskog zastupnika, već je precizirao da su to članovi nadzornog odbora, što je pogrešan i nedosledan koncept; – drugo, razlog za odbijanje davanja odgovora koji se odnosi na nanošenje štete društvu je višestruko neprecizan (naročito su problematični uzak pojam štete i preširok pojam povezanog lica); – treće, zakonom su napravljene očigledne omaške u definisanju lica koja imaju aktivnu legitimaciju za pokretanje vanparničnog postupka davanja odgovora po nalogu suda; – četvrto, zakonom nije izričito dato pravo akcionarima da pobijaju skupštinsku odluku sa pozivom na uskraćivanje prava na dobijanje odgovora, već se primenjuju opšta pravila o pobijanju, što u praksi može stvoriti probleme u tumačenju, a naročito će biti sporna primena potencijalnog kauzaliteta.

VUK RADOVIĆ, LL.D.,

Associate Professor, Faculty of Law, University of Belgrade

CONSEQUENCES OF EXERCISING SHAREHOLDERS' RIGHT TO ASK QUESTIONS

Summary

Law on Business Organizations from 2011 has significantly improved the regulation of shareholders' right to ask questions in Serbia. In contrast to the previous law from 2004, that has completely transferred regulation to companies which is why there was no guarantee for exercising this right, new law contains detailed norms in this respect. They are written under the dominant influence of German law and are completely harmonized with the Shareholders' Rights Directive. All important issues of shareholders' right to ask questions have been regulated mostly with imperative norms (subject of the right, conditions for exercising this right, debtor of this obligation, court protection, etc.). Corporations have a lot of freedom to adjust exercising this right to their needs, but only by giving more rights to shareholders. Limiting the scope of this right is possible only in certain, precisely defined areas. Although the general impression of new regulation is very positive, there are certain aspects which can be criticized. Some of them can be cured by adequate judicial interpretation, while others cannot be cured without changes to the law. The most important critics considering consequences of exercising this right can be summarized as follows: – regarding persons responsible to give answers in the name of the company, in two-tier system the law has not applied the logical concept of legal representative of the company, but has determined that this is a duty of supervisory board members; – the reason to reject the answer because of potential damage to the company is imprecise in many aspects (particularly problematic are the narrow meaning of damage and the broad meaning of connected persons); – the law has made obvious mistakes in defining persons who have the right to initiate the court procedure for compulsory exercising this right; – the law has not explicitly given shareholders the right to nullify the general meeting of shareholders decision because of rejection to answer the question, and that will lead to application of general rules of nullifying decisions, which can create problems in practice, in particular regarding the application of potential causality.

SANJA DANKOVIĆ-STEPANOVIĆ

VREMENSKI SUKOB ZAKONA O ZAŠTITI KONKURENCIJE

UKRŠTENO VREMENSKO DEJSTVO ZAKONA:
REALNOST I RIZIK

Život je oduvek bio kreativniji i brži od prava. Jedna od posledica te, inače srećne, okolnosti jeste prelamanje dejstva dva zakona koji uređuju jednu oblast u nacionalnom pravu u određenom koordinatnom sistemu vremena. Iz toga dalje proističe pitanje vremenskog važenja, a zatim i problem intertemporalnog sukoba zakona. U kom trenutku otpočinje primena novodonetog zakona, u situaciji kada je postupak, otpočet po starom – u toku, pitanje je koje u sferi zaštite konkurencije u domaćem pravu poslednjih godina ne gubi na značaju i aktuelnosti, niti na kreativnosti u tumačenju prelaznih odredaba zakona o momentu otpočinjanja primene novih rešenja.

Kako je pozitivno pravo uvek u pokretu, ono je ograničeno i nestalno, pre svega usled prostorno-vremenske promenljivosti.¹ Vremensko razgraničavanje važenja pravne norme, baš kao i prostorno, složeno je pravno pitanje čije rešavanje pretpostavlja kompleksne, višeslojne analize i nepravolinijski put pravnog rezonovanja, kako bi se stiglo do rešenja koje je najbliže vrednosnoj tački pravne sigurnosti subjekata pravnog odnosa, a onda i pravičnosti, shvaćenoj u smislu pravde po-

Dr Sanja Danković-Stepanović, profesor Fakulteta političkih nauka, Odeljenje za međunarodne odnose; Komisija za zaštitu konkurencije RS – član Saveta. Ovaj članak je rezultat rada na projektu broj 179076 Ministarstva prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

¹ S. Perović, *Prirodno pravo i sud*, Beograd 1996, 93.

jedinačnog slučaja. Mobilni sukob zakona nastaje kao rezultat sukcesije zakona na jednoj teritoriji; granice kojima se određuje domet normi u vremenu nisu uvek jasno povučene, a kada je to slučaj opredeljenje rešenja o intertemporalnom sukobu zakona javlja se kao jedan od najsloženijih oblika pravne egzegeze.²

Opšta zabrana retroaktivnosti³ jeste univerzalan pravni princip i jedan od nosećih stubova savremene pravne civilizacije. Svaki izuzetak od ovog pravila podleže izuzetnoj pažnji, usled specifične težine posledica koje sobom nosi, i pretpostavlja vanredne razloge i precizno determinisane kriterijume za svoju primenu.

Kada je reč o oblasti zaštite konkurencije, kao jednoj od najvažnijih u domenu savremenih poslovnih odnosa zasnovanih na tržišnom principu (i jednoj od najstarijih, bazičnih komunitarnih politika), dva zakonska akta doneta u domaćem pravu u ovoj oblasti u poslednjih pet godina na oprečne načine uređuju pitanje vremenske primene svojih odredaba. Dok Zakon o zaštiti konkurencije⁴ iz 2009. godine kao osnovni princip ustanovljava primenu prethodnog propisa na sve postupke koji su po njemu otpočeti, Zakon o izmenama i dopunama Zakona o zaštiti konkurencije⁵ iz 2013. godine za bazično opredeljuje upravo oprečno načelo – da se nova rešenja primenjuju od dana njegovog stupanja na snagu, uz predviđanje dva izuzetka: utvrđivanje dominantnog položaja i zastarelosti mere zaštite konkurencije, na koje će se primenjivati pravila koja su važila do dana njegovog stupanja na snagu, odnosno u vreme kada je odnosni postupak i započet.⁶ Pravne posledice koje iz navedenog proističu, s tim što se u prvom slučaju govori iskustveno i sa pozicije upravno-sudske prakse, a u drugom sa aspekta legislativnog tumačenja i percepcije – jesu izuzetno značajne i raznorodne.

Osnovni princip u pogledu dejstvovanja ZIDZZK je povratno vremensko važenje njegovih odredaba, koji je direktno oprečan pravilu o opštoj zabrani retroaktivnog dejstva propisa. Postupak pred Komisijom za zaštitu konkurencije

² T. Varadi, B. Bordaš, G. Knežević, V. Pavić, *Međunarodno privatno pravo*, Beograd 2007, 186.

³ Vid. J. Grodecki, *Intertemporal Conflict of Laws*, Hag 1976, 3.

⁴ Zakon o zaštiti konkurencije – ZZK, *Službeni glasnik RS*, br. 51/09.

⁵ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o zaštiti konkurencije – ZIDZZK, *Službeni glasnik RS*, br. 95/13, stupio je na snagu 8. novembra 2013. god.

⁶ Posebno pitanje predstavlja opredeljenje trenutka koji označava granicu vremenskog važenja dva propisa: donošenje, odnosno objavljivanje, stupanje na snagu ili pravno dejstvovanje. ZZK uzima kao relevantan poslednji u nizu – trenutak primene. Ovakvo rešenje približava se najviše zaštiti načela pravne sigurnosti, istovremeno ostavljajući širok prostor za situacije zloupotrebe prava: kada je norma objavljena, ali se po njoj još uvek ne postupa. Sa druge strane, moguće je, u duhu anglosaksonske pravne tradicije, kao preloman uzeti raniji trenutak stupanja na snagu propisa, od kada su "pravila igre" izvesno bila poznata (uobičajan je razuman rok od nekoliko dana od dana objavljivanja), što čini ZIDZZK.

RS (Komisija) koji nije okončan do dana stupanja na snagu ZIDZZK nastavlja se po njegovim odredbama; rešenja ovog zakona primenjivaće se na odnose koji su nastali i postupke koji su otpočeti u pravnoj stvarnosti u kojoj je dejstvovao prethodni propis. Navedenu normu, u svetlu povratne vremenske primene odredaba na postupke započete u prošlosti – sa aspekta ustavnog pravila o zabrani povratnog dejstva zakona kao osnovnog i opšteg, teško je objasniti i opravdati. Pre svega, ne-povratno dejstvo zakona trebalo bi da bude utvrđeno kao pravilo, a ne izuzetak.⁷ Dalje, potrebno je da izuzetak u smislu dopuštanja povratnog dejstva propisa kumulativno ispunjava dva uslova: prvo, da se odnosi samo na jednu ili nekoliko pojedinačnih odredaba zakona, i drugo, da je reč o rešenjima koja zahteva javni interes, koji je pri tom jasno utvrđen prilikom donošenja zakona.⁸ Oba uslova u navedenom slučaju nisu ispunjena.

Polazeći od opšte zabrane povratnog dejstva zakona kao ustavne kategorije, dve, nažalost jedine, situacije koje ZIDZZK u tom smislu predviđa, kao izuzetke, imaju puno pravno opravdanje. Koncept dominantnog položaja je značajno izmenjen, pre svega u pogledu pozitivne pretpostavke i tereta dokazivanja njegovog postojanja, pa je okončanje postupka u svetlu pravila po kojima je otpočet jedino prihvatljivo rešenje. Takođe, rok zastarelosti mere zaštite konkurencije u trajanju od tri godine, u odnosu na nov model koji predviđa period od pet godina⁹, nesporno je u interesu stranke i predstavlja situaciju primene principa “blažeg po učinioca”.

S druge strane posmatrano, konstituisanje principa povratnog dejstva kao opšteg za sve ostale odredbe ZIDZZK ostaje izvan ustavnog polja intertemporalnosti, i bez legitimnog uporišta. Za stranku u postupku ispitivanja koncentracije, koji je započeo pre stupanja na snagu ZIDZZK, posledica primene ovakvog rešenja biće oročavanje donošenja odluke – ne u roku od tri meseca od dana pokretanja postupka, nego u periodu koji je za mesec dana duži, što za nju očigledno predstavlja manje povoljni scenario. Takođe, prelazna odredba o povratnom vremenskom važenju posebno uređuje pitanje mandata organa Komisije¹⁰. Kada je reč o izmeni materijalne norme u pogledu strukturalne profesionalne zastupjenosti u organima Komisije, ona po sebi, u smislu legitimnog izraza volje zakonodavca, nije sporna (uprkos tome da uporedno-pravno nije prevalentno zastupljena), ali nema pravnog opravdanja da njeno vremensko važenje bude povratno. Radi se o novom supstancijalno-pravnom rešenju čija bi primena mogla bi da se odnosi na redovni izborni postupak organa sproveden nakon stupanja na snagu

⁷ Član 197, st.1 i 2 Ustava RS, *Službeni glasnik RS* br. 37/06 i čl. 22, st. 1 i 2 ZIDZZK.

⁸ Ustav RS, čl. 197, st. 2.

⁹ Član 19, st. 2 ZIDZZK.

¹⁰ Član 22, st. 3 i 4 ZIDZZK.

ZIDZZK. Jedini koncept u kome bi pitanje izmene obrazovne strukture članova jednog organa moglo da podlegne povratnom dejstvu zakona jeste okolnost koja je po svojoj prirodi bipolarna i podrazumeva ispunjenost objektivnog uslova – da to zahteva opšti interes, i subjektivnog uslova – da je on utvrđen prilikom donošenja zakona, u aktu obrazloženja koji ga prati dajući tumačenje namere zakonodavca u pogledu donetih rešenja. Pitanje obavezne obrazovne strukture po svojoj prirodi ne spada u domen opšteg interesa; dodatno, ne postoje u pravu, politici ili praksi konkurencije bitno promenjene okolnosti u vremenu između prethodnog propisa i ZIDZZK koje bi nalagale odnosnu promenu kao segment opšteg interesa, sve da je o njemu u konkretnom slučaju i reč, a nije. S druge strane, imperativ opšteg interesa da se učini navedena materijalna izmena nije naveden, pa dakle ni obrazložen, prilikom donošenja ZIDZZK¹¹. Najzad, kada je reč o statusnom, izbornom pitanju, kao opšte se javlja pravilo o nepovredivosti i stalnosti mandata, konsekvantno čemu se štiti i princip pune funkcionalne nezavisnosti institucije o čijem se organu radi.

Polazeći od ustavnog koncepta da zakon u celini ne treba da ima povratno dejstvo, već to izuzetno može biti slučaj sa određenom odredbom – u slučaju ZIDZZK postoji jedno rešenje za koje se ono može oceniti kao celishodno, a to je mogućnost Komisije da donese zaključak o prekidu postupka ispitivanja povrede konkurencije kada stranka podnese predlog obaveza koje je spremna da preuzme radi otklanjanja mogućih povreda konkurencije, uz utvrđivanje uslova i rokova za izvršenje mere.¹² Reč je, s jedne strane, o pravnom modelu koji predstavlja dodatnu mogućnost za povoljniji ishod postupka za stranku, i to na osnovu sopstvene procene, bazirane na sagledavanju činjenične i pravne situacije i davanja predloga Komisiji, sa kojom se ona može, i ne mora saglasiti. S druge strane, sa aspekta Komisije za zaštitu konkurencije reč je opcionom i pragmatičnom konceptu, koji ima nekoliko značajnih prednosti: doprinosi efikasnosti postupka, pretpostavlja visok nivo korelacije mere zaštite konkurencije i učinjene povrede, uz puno uvažavanje specifičnosti pojedinačnog slučaja, i omogućava podizanje nivoa preventivnog delovanja u sferi zaštite konkurencije. Novo rešenje ZIDZZK označava uvođenje modela poravnanja¹³ u svet prava konkurencije, i u smislu fakultativnosti, celishodnosti, ekonomičnosti i, pre svega, autonomije volje (izvor neposredne obligacije je volja, a ne zakon) koje sobom nosi predstavlja zajednički, a onda i opšti interes, i stoga koncept čije uvođenje u domaće pravo konkurencije treba pozdraviti; u toj meri, da bi i povratno dejstvo ove zakonske novine moglo ima-

¹¹ Dodatno, deo prelazne odredbe o vremenskom važenju zakona u pogledu sastava Saveta uopšte se ne pominje u obrazloženju koje je pratilo parlamentarno usvajanje ZIDZZK.

¹² Čl. 15 ZIDZZK.

¹³ Poravnanjem se okončava spor na bazi postignutog sporazuma koji sadrži uzajamne ustupke; vid. G. Knežević, V.Pavić, *Arbitraža i alternativno rešavanje sporova*, Beograd 2013, 219.

ti svoje racionalno opravdanje, u materijalnom i formalnom smislu. Posmatrano kroz prizmu ustavnog rešenja o izuzetnom povratnom dejstvu zakonske odredbe¹⁴, reč je o rešenju koje je za stranku povoljnije, jer daje procesnu mogućnost, ali ne nameće obavezu, i o rešenju koje je u opštem interesu, jer povećava verovatnoću okončanja postupka putem dogovora, uz kontinuiran nadzor nad ispunjavanjem obećanih mera tržišnog učesnika.

ODREĐIVANJE MERE ZAŠTITE KONKURENCIJE

Pravna situacija koja eklatantno ukazuje na značaj različitih posledica usled intertemporalnog sukoba zakona u oblasti zaštite konkurencije, koju je kreirao ZZK, pretpostavlja povredu imperativne zakonske norme i konkurencije za vreme važenja Prethodnog zakona, s tim da mera zaštite konkurencije nije utvrđena u trenutku kada je Zakon počeo da se primenjuje. Da li će mera zaštite konkurencije biti izrečena, da li je izabrano rešenje povoljnije za počinioca povrede i najzad, da li su odnosnim postupanjem zaštićeni principi javnog interesa i pravičnosti? Ova pravna jednačina u tekstu koji sledi razrešava se kroz složeni i krivudav put pravnih argumenata i zakonskih rešenja, koji započinje konsultovanjem prelaznih odredaba Zakona; nadalje, jedinstven stav prekršajne sudske prakse (koji ide u pravcu negiranja stvarne nadležnosti) upućuje – pod pretpostavkom usvajanja stava o apriornom cilju zaštite efektivne konkurencije – na postupanje Komisije u pogledu izricanja mera usled učinjene povrede konkurencije. *Interest rei publicae ne sua quis male utatur*¹⁵ *et ne maleficia remaneant impunita*.¹⁶ Postoji samo jedan put kojim se stiže do izlaza iz ovog pravnog lavirinta intertemporalnosti, a on ne podrazumeva retroaktivnost ni retrogradnost u bilo kom smislu, već primenu po počinioca blažeg, i objektivno jedino mogućeg propisa.

Zakon – Prethodni zakon – Zakon

Kao polazni princip za razrešenje otvorenog pitanja prioriteta primene jednog od više propisa istog ranga javlja se rešenje sadržano u prelaznim i završnim odredbama¹⁷ poslednjeg donetog akta. Shodno normi Zakona, odredbe Prethodnog zakona primenjuju se u celini, i u pogledu materijalnih, i procesih odreda-

¹⁴ Čl. 197, st.2 Ustava RS.

¹⁵ *Sec. Gaius – Institutiones*, 1, 53; U opštem je interesu da niko ne zloupotrebljava svoju imovinu.

¹⁶ *Sec. Iulianus – Digesta*, 9, 2, 51, 2; U opštem je interesu da prekršaji ne ostanu nekažnjeni.

¹⁷ Tek u eventualnom slučaju da ne postoje prelazne i završne odredbe u kasnije donetom propisu koje uređuju pitanje prioriteta primene, kao supsidijaran se javlja princip *Lex posterior derogat legi priori*.

ba¹⁸; da je intencija zakonodavca bila primena samo jednog segmenta pravila, to bi izričito bilo i napomenuto. S druge strane, formulacija “primenjuje se zakon” isključuje opciju njegove neprimene. U domenu izricanja sankcija, u Prethodnom zakonu one su u kvalitativnom smislu iste, ali u kvantitativnom profilu strože nego što će to biti rešenja Zakona; u procesnom smislu, postupajući organ za njihovo izricanje bio je prekršajni sud, dok je sada to nadležnost Komisije. I tu se stiže do barijere u vidu objektivne nemogućnosti institucionalne primene koncepta prekršajne odgovornosti za ranije utvrđene slučajeve povrede konkurencije. Jedinstven stav prekršajne sudske prakse zauzet po pitanju izricanja sankcija u sferi zaštite konkurencije baziran je na dva osnovna postulata: prvo, da u sadašnjem trenutku učinjeno delo povrede konkurencije nije moguće kvalifikovati kao prekršaj¹⁹ i drugo, da se primenjuje Zakon jer je povoljniji za učinioca, shodno rešenju Zakona o prekršajima²⁰ po kome se na učinioca prekršaja, u slučaju da je nakon učinjenog dela jednom ili više puta došlo do izmene regulative – primenjuje najblaži propis. Reč je o klasičnoj situaciji legislativnog uzвраćanja, u punom kapacitetu – supstancijalnog i procesnog, i to na liniji: ZZK – Prethodni zakon – Zakon o prekršajima – ZZK.

Dakle, dva su moguća pravca postupanja – ne sankcionisati nesporno učinjenu povredu konkurencije ili izreći meru u okvirima važećih propisa, i to ne zato što imaju retroaktivnu primenu *per se*, jer je nemaju, već stoga što je to klasična situacija *Renvoi*: ako važeći Zakon može da uputi na primenu Prethodnog, onda i Prethodni može da uzvrati (uz Zakon o prekršajima kao kariku) na primenu važećeg Zakona. I to nezavisno od okolnosti da je to jedini način da pravni postupak bude okončan izricanjem mere zaštite konkurencije za nesporno učinjenu povredu, i uvažen princip pravičnosti.

Princip najpovoljnijeg prava

Primena rešenja važećeg Zakona u segmentu izricanja sankcije za utvrđenu povredu konkurencije na osnovu Prethodnog zakona pretpostavlja da najpre treba vremenski odrediti period trajanja povrede i primeniti Prethodni zakon u slučaju postupaka koji su po njemu započeti, u meri u kojoj je to objektivno

¹⁸ Dodatni argument za stav o celovitij primeni procesnih i materijalnih odredaba jednog propisa jeste analogija sa situacijom kada domaći zakon upućuje na primenu stranog prava, koje se onda ima primeniti u celini: i u materijalno-pravnom i procesnom segmentu. Razume se da okolnost primene stranog prava predstavlja situaciju znatno povišenog rizika za javni poredak, pa i pravnu sigurnost domaće strane učesnice pravnog posla, u odnosu na slučaj kada se odlučuje o primeni odredaba jednog od dva domaća zakona istog nivoa posebnosti.

¹⁹ Shodno čl. 218, st. 1, tač. 1 Zakona o prekršajima, *Službeni glasnik RS* br. 101/2005, 116/2008 i 111/2009).

²⁰ Vid. čl.6 Zakona o prekršajima.

i institucionalno moguće, a zatim, u slučaju pravne sumnje o prvenstvu primene propisa, kao korektivni princip konsultovati pravilo (za počinioca) najpovoljnijeg prava.²¹ Postupajući po prelaznoj odredbi Zakona, konsultuje se Prethodni zakon koji za izricanje sankcije za radnju sprečavanja, ograničavanja ili narušavanja konkurencije propisuje sprovođenje prekršajnog postupka²² i primenu Zakona o prekršajima²³, kojim je predviđeno rešenje da se na učinioca prekršaja, u slučaju da je došlo do izmene regulatornog okvira, neće primeniti propis koji je važio u vreme izvršenja prekršaja (Prethodni zakon), već se ima primeniti najblaži propis (Zakon). Takođe, formulacija „primenjuje se propis koji je najblaži za učinio-ca“ isključuje *per se* opciju da se u slučaju izmene propisa (u jednom ili više navrata) – nijedan propis ne primeni. Sledeći argument odnosi se na princip da se u upravnom postupku, kada se strankama nalažu obaveze, imaju primeniti one mere predviđene propisima koje su za njih povoljnije,²⁴ sve dok se i na taj način ostvaruje svrha Zakona²⁵.

Mere zaštite konkurencije imaju krivično-pravno svojstvo, prevashodno s obzirom na prirodu povrede konkurencije i ozbiljnost predviđene kazne. Stanovište o ekstenzivnom tumačenju odredaba člana 6(1) Evropske konvencije za ljudska prava²⁶, koje se primenjuju na krivične i analogno na upravne postupke, jer se izricanje i priroda sankcije javljaju kao zajednički imenilac, utemeljeno je presudom Evropskog suda za ljudska prava²⁷ 2011. godine. Povratno dejstvo krivičnih odredaba ukoliko su blaže po učinioca dela dopušteno je Ustavom u domaćem pravu, kao izuzetak od opšteg pravila zabrane²⁸. Mere zaštite konkurencije, bez obzira da li imaju upravno-pravno ili prekršajno-pravno svojstvo, s obzirom da predstavljaju sankciju za učinjenu i pravosnažno utvrđenu povredu konkurencije izjednačene su sa krivičnim sankcijama, shodno stavu da postupci zaštite konkurencije imaju krivično-pravni karakter²⁹, u skladu sa prirodom povrede konkurencije i ozbiljnošću predviđene kazne.

²¹ Vid. Konferencija Ujedinjenih nacija za trgovinu i razvoj, Eksperetska analiza politike zaštite konkurencije – Srbija, Njujork – Ženeva 2011, 19.

²² Vid. B. Begović, V. Pavić, *Uvod u pravo konkurencije*, Beograd 2012, 137.

²³ Čl. 6, st. 2.

²⁴ O zabrani *ex post facto* zakona, vid. L. Fuller, *Moralnost prava*, Beograd 2011, 73.

²⁵ Čl. 6, st. 3 ZOUP.

²⁶ Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda doneta je u Rimu 1950. god.

²⁷ Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Menarini Diagnostics S.R.L v. The Italian Republic*, No. 43509/09, od 27.9.2011.god.

²⁸ Član 197, st.3 Ustava Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 37/06.

²⁹ *Ibid.*

Rešenja Zakona u segmentu izricanje sankcije za utvrđenu povredu konkurencije su povoljnija za počinioca u odnosu na pravila Prethodnog zakona, u kvantitativnom i kvalitativnom smislu. Najpre, za razliku od prethodno važećeg rešenja postojanja individualne odgovornosti fizičkog lica, zastupnika pravnog lica koje je učinilo prekršaj, postojeći legislativni ambijent ne poznaje takav vid sankcija³⁰, već odgovornost ograničava na pravna lica – tržišne učesnike, kao počinioce. Dalje, Zakonom nije propisana ranije postojeća obaveza izricanja zaštitne mere u vidu oduzimanja predmeta i zabrane vršenja delatnosti tržišnom učesniku, prekršajnom počiniocu³¹. Treće, u centralnom segmentu koji se odnosi na vrednosni aspekt novčane kazne³² koja se izriče u procentualnom iznosu ostvarenog ukupnog godišnjeg prihoda na domaćoj teritoriji³³ u prethodnoj obračunskoj godini odgovornog pravnog lica – rešenje važećeg Zakona je povoljnije za učinioca, s obzirom da predviđa iznos do 10%, za razliku od prethodnog Zakona u kome je donji vrednosni nivo bio 1%.³⁴ Primena odredaba Zakona determinisana je, osim bazičnim načelom primene najpovoljnijeg prava (*Le principe de la loi la plus favorable*), i okolnošću da je reč o istovrsnoj, novčanoj kazni i najzad ograničena je na izricanje sankcija koje je poznavao i prethodni Zakon³⁵; neosnovano bi bilo primeniti mere koje prethodno važeći propisi ne bi prepoznali, jer bi to značilo primenu nepovoljnijih pravila za počinioca povrede konkurencije.

Najzad, navedeni koncept je u saglasju sa načelom *Ne bis in idem*, s obzirom da, po opštim pravilima upravnog postupka, Komisija kao postupajući organ je samo u situaciji kada se pravosnažnom sudskom presudom utvrđuje krivična od-

³⁰ Vid. čl. 71, st. 5; čl. 72, st. 2 i čl. 73, st. 2 Prethodnog zakona.

³¹ Član 68. Prethodnog Zakona.

³² I rok za naplatu upravne mere u važećem zakonodavnom ambijentu ne može biti kraći od tri meseca, dok je po ranijim propisima bio vezan za opšti rok od osam dana od dana kada prekršajno rešenje postane izvršno.

³³ Izmena u pogledu uvođenja kriterijuma teritorijalnosti, učinjena čl. 19, st. 1 ZIDZZK, predstavlja najpovoljnije rešenje za počinioca povrede na evolutivnom putu propisa o zaštiti konkurencije u domaćem pravu.

³⁴ Upor. Smernice za primenu Uredbe o kriterijumima za određivanje visine iznosa koji se plaća na osnovu mere zaštite konkurencije i procesnog penala, načinu i rokovima njihovog plaćanja i uslovima za određivanje tih mera, <http://www.kzk.gov.rs/smernice> i *EU Commission Guidelines No. 1/2003-OJ C 210 p. 2.*

³⁵ Kada je o sankcijama reč, u okviru prethodno važećeg legislativnog okvira javljale su se u vidu upravnih i prekršajnih mera. Zakon objedinjuje sistem utvrđivanja povrede konkurencije i sankcija, uz izricanje upravnih mera koje obuhvataju mere zaštite konkurencije i mere otklanjanja, odnosno predupređenja nastanka povrede konkurencije, u okviru kojih se dalje razlikuju mere ponašanja i strukturne mere; poseban segment predstavljaju mere procesnog penala usled nepostupanja u skladu sa nalogom Komisije.

govornost³⁶ vezana takvom odlukom suda, a u svim drugim okolnostima, *argumentum a contrario valet in lege*, može nastaviti postupak, odnosno izreći meru zaštite konkurencije. Zakonom o prekršajima predviđeno je da u prekršajnom postupku lice ne može biti kažnjeno više puta za istu prekršajnu radnju³⁷, a vođenje postupka za izricanje upravne mere zaštite konkurencije pretpostavlja drugi organ postupanja, drugi zakonodavni okvir za izricanje sankcije i njihovu različitu kategorijalnu pripadnost, a mera se izriče prvi put.

Jedinstven i složen postupak

Utvrđivanje povrede konkurencije i konsekventno izricanje sankcije predstavljaju dva sadržinski odvojena i nezavisna, a funkcionalno nužno povezana postupka. Postupak određivanja mere zaštite konkurencije³⁸ može biti sproveden po odredbama Zakona u slučaju kada je povreda utvrđena za vreme važenja Prethodnog zakona. Navedena situacija predstavlja *Facta pendentia*, odnosno situaciju u toku, s obzirom da je nastala u vreme Prethodnog zakona, ali se svojim kontinuiranim dejstvom prostire i na vreme važenja sadašnjeg Zakona (postupak nije okončan, a sankcija izrečena). Razlikuju se dve potkategorije “situacija u toku”: kada je o jednom pitanju odluka doneta kao konačna – tada se primenjuje ranije važeći zakon, ili kada je reč o (ne)postupanju koje se više puta procenjuje i o kome se, eksplicitno ili implicitno, iznova odlučuje – u kom slučaju primenu mogu imati sada ili prethodno važeći propisi, zavisno od vremena nastupanja odnosno bitne okolnosti, odnosno činjenice³⁹. Shodno konceptu “svršenog fakta”, s obzirom da je jedna od sadržinskih celina već ostvarena u polju vremenskog važenja prethodnog zakona, a bivajući po svojoj pravnoj prirodi vanugovorna situacija, shodno atomističkoj teoriji Rubijea, uz bitan uticaj teorije društvenog interesa⁴⁰ – ova kva atomistička struktura pravnog slučaja zaštite konkurencije podrazumeva da se na prvi segment povrede konkurencije primenjuje prethodno važeći propis, za vreme koga je radnja i učinjena, a na drugi deo pravne priče, koji podrazumeva postupak izricanja sankcije, primenjuje se važeći propis: u institucionalno-implimentarnom smislu jedino moguće, i kao blaži za počinioca.

³⁶ Vidi čl. 134, st. 3 ZOUP.

³⁷ Vidi čl. 8, st. 1 Zakona o prekršajima.

³⁸ Mera zaštite konkurencije se može odrediti samostalno ili istovremeno sa merom otklanjanja povrede konkurencije; vid. 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.

³⁹ S. Perović (1987), 161.

⁴⁰ *Ibid*, 163.

Postupak u kome je utvrđena povreda konkurencije može se smatrati okončanim tek trenutkom izricanja mere zaštite konkurencije; postupanje Komisije u tom segmentu predstavlja nastavak ranije započetog postupka, a ne nov ili dopunski proces. Polazeći od bazičnog postulata o jedinstvenosti pravne norme i kauzalnog niza⁴¹ dispozicija-sankcija, izricanje mere konsekventno učinjenoj povredi konkurencije jeste apriorno. Izmena zakonodavnog okvira ne može biti razlog za neprimenjivanje imperativne norme u celini i okončanje započetog postupka zaštite konkurencije. Istovremeno, analizom njenog porekla, otkriva se *naturalis ratio* koji stoji u njenoj osnovi⁴² i podrazumeva kauzalni karakter između povrede i mere zaštite konkurencije. Svaka drugačija argumentacija svodila bi se na prevarno zaobilazjenje prava, a njeno prihvatanje značilo antitezu prava, *per se*.⁴³

Zaštita efektivne konkurencije predstavlja javni interes; obaveza je Komisije⁴⁴ da svojim radom štiti opšti interes i poštuje načelo zaštite prava građana. U tom smislu, zaštita konkurencije u ciljnom segmentu dobrobiti za društvo, a naročito koristi potrošača⁴⁵, uz primenu načela zakonitosti koje obavezuje Komisiju da upotrebi sva zakonska sredstva kako bi se ispunila svrha postojanja propisa o konkurenciji – nužno pretpostavlja izricanje upravne mere⁴⁶ kao najznačajnijeg instrumenta zaštite konkurencije, nezavisno od okolnosti promene zakonodavnog okvira.⁴⁷

ZAKLJUČAK

Zakon ne može, odnosno ne bi trebalo da ima povratno dejstvo. *Tempus regit actum*⁴⁸, vreme upravlja pravnim poslom. Nužna pretpostavka valjanosti prav-

⁴¹ *Mali principii, malus finis* – Loš početak, loš završetak (Erasmus – 4, 9, 86).

⁴² S. Perović, *Prirodno pravo i sud*, Beograd 1996, 25.

⁴³ Teza o postojanju pravne praznine nije relevantan argument, shodno čl. 68, u vezi sa čl. 57 Zakona.

⁴⁴ Vid. čl. 6 ZOUP.

⁴⁵ Vid. čl. 1 Zakona.

⁴⁶ Cilj izricanja mere doseže dalje od utvrđivanja kazne za nezakonito postupanje i obuhvata ne samo prekid povrede, već i obnavljanje i prevenciju efektivne konkurencije. Vid. R. O' Donoghue, J. Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, Oxford-Portland 2013, 882.

⁴⁷ Komisiji je dato u nadležnost da postupke zaštite konkurencije realizuje u celosti, uključujući i segment određivanja upravne mere, kao i kontrolisanja sprovođenja mera, u skladu sa čl. 21, st. 1, tač. 2 i 13 Zakona i ona ove aktivnosti obavlja kao poverene poslove. U suprotnom, odluka Komisije o postojanju povrede konkurencije imala bi samo deklarativan karakter, bez da se izrekne mera i proizvede pravni efekat u poslovnoj stvarnosti shodno svrsi i cilju Zakona, a to je efektivna zaštita konkurencije.

⁴⁸ Direktna analogija postoji sa principom *Locus regit actum* (*Bartolus*), da mesto opredeljuje formu radnje, odnosno da se forma pravnog posla određuje po zakonima mesta u kom se preduzima.

nog posla jeste da je zaključen u skladu sa propisima koji su u tom trenutku bili na snazi. Postoji direktna kauzalna veza između činjeničnog okvira koji je kvalifikovan kao određeni pravni odnos i pravnog ambijenta u kome je nastao, i ona je nepromenljiva u vremenu i prostoru. Reč je supsumciji, odnosno jednačini, u kojoj ne bi smela da se menja samo jedna od veličina, jer to konsekventno znači promenu rezultata. Prevedeno na pravni jezik, takva situacija značila bi direktnu povredu ravnotežnog principa pravičnosti, a zatim i ozbiljno narušavanje načela pravne sigurnosti. Kada se u pravnu stvarnost zaštite konkurencije uvodi zakonski tekst, u prelaznim odredbama kao standardna trebalo bi da stoji klauzula: "Odredbe ovog zakona neće se primenjivati na odnose koji su nastali pre njegovog stupanja na snagu".⁴⁹

Mogućnost ustanovljavanja eventualnih korektivnih principa osnovnom pravilu o opštoj zabrani povratnog vremenskog važenja zakona, uz pretpostavku dvostrukog determinisanja polja analize: predmetno, u domenu pravila o zaštiti konkurencije, i funkcionalno, u svetlu direktnog dejstva ustavnih odredbi o intertemporalnom sukobu zakona, javlja se u dva pojavna oblika. Najpre, postojanje opšteg interesa kao prvog, materijalnog uslova, koji je pri tom utvrđen prilikom donošenja zakona, što predstavlja drugi, formalni uslov – stvara osnovu za eventualno povratno dejstvo. Norme koje čine javni poredak postavljaju granice dejstvu pravila o sukobu zakona, kako u vremenskom, tako i prostornom smislu.⁵⁰ To znači da najpre treba kvalifikovati određeno pitanje kao vrednost najvišeg stepena društvenog značaja, podobnog da se podvede pod pojam opšteg interesa, a zatim da je opravdano i celishodno kroz mehanizam povratnog dejstva omogućiti primenu određenih odredaba zakona na situaciju nastalu pre njegovog stupanja na snagu.

Drugi mogući izuzetak spram principa opšte zabrane povratnog vremenskog dejstva jeste primena propisa čiji su efekti za subjekta, prevashodno onog kome se izriče sankcija – povoljniji. Uzimajući u obzir gorenavedene argumente, i specifičnu težinu koju imaju za različite segmente zaštite konkurencije u svetlu izmenjenih propisa i njihovog vremenskog dejstva, može se zaključiti da se princip „blažeg propisa“ za učinioca (odnosno subjekta posla, odnosno stranke u postupku) izdvaja po opsegu prisustva, kao i relativnoj stalnosti uticaja koji ima. Najpre, on se javlja kao zajednički imenilac za sve tri ovim radom analizirane situacione kategorije u domenu zaštite konkurencije u svetlu ukrštene vremenske primene propisa. Drugo, s obzirom da je reč o radnji poslovno-pravnog karaktera i upravnom postupku u domenu izricanja sankcije koji imaju značajno polje preklapa-

⁴⁹ Upor. sa čl. 107. Zakona o rešavanju sukoba zakona sa propisima drugih zemalja, *Službeni list SFRJ*, br. 43/82, 72/82 i *Službeni list SRJ* br. 46/96.

⁵⁰ T. Varadi *et al.*, 189.

nja sa krivičnim pravom, najveću specifičnu težinu treba dati argumentaciji koja ide u korist počinioca radnje. Najzad, princip blažeg propisa je ustavna kategorija i stoga osnovni korektivni princip postulatu zabrane povratnog dejstva zakona.

Pravila o vremenskoj primeni propisa o zaštiti konkurencije stipulisana u prelaznim i završnim odredbama zakona iz 2009. godine i 2013. godine su oprečna. U slučaju ZZK naveden je osnovni princip, sa direktnim ustavnim uporištem, da se na ranije započete postupke primenjuju tada važeći propisi. Ostalo je otvoreno pitanje okončanja postupka u domenu izricanja mere zaštite konkurencije, koje objektivno nije moguće učiniti primenom odredaba Prethodnog zakona, već se mora ići dužom i složenijom pravnom stazom, od postulata o apriornoj primeni imperativnog zakonskog pravila i poštovanju unutrašnjeg smisla pravne norme: da povredi dispozicije konsekventno sledi sankcija, preko stava prekršajnih propisa⁵¹ i organa o postupanju u materiji zaštite konkurencije⁵², do primene pravila koja su blaža za počinioca. Neprimenjivanje mere zaštite konkurencije kao drugog konstitutivnog segmenta pravnog pravila, koji je kauzalno vezan sa prvim, a nesporno je nastupila povreda dispozicije – kao slučaja naizgled “izgubljenog u vremenu i pravnom prevodu” a suštinski ne-prava, ne bi smeo biti ishod odnosne pravne dileme. Postoje samo dve situacije u kojima uprkos utvrđenoj povredi konkurencije sankcija, odnosno mera zaštite konkurencije, ne bi trebalo da bude izrečena. Prva se odnosi na zastarelost. Druga situacija polazi od teorije blažeg propisa (naspram teorije društvenog interesa) i postojala bi da odredbe Zakona, kao objektivno jedino primenjujućeg, nisu povoljnije u segmentu predviđenih sankcija u odnosu na rešenja Prethodnog zakona.⁵³ Tada ne bi bilo pravnog

⁵¹ U situaciji utvrđene povrede konkurencije neizricanje mere zaštite konkurencije nije legitiman scenario, s obzirom da norma sadržana u Zakonu o prekršajima (član 6, stav 2), polazeći od prelaznog rešenja (iz člana 74) Zakona, predviđa, u slučaju da je posle učinjenog prekršaja došlo do izmene propisa u jednom ili više navrata – obaveznu primenu nekog od propisa, i to onog koji je najblaži za učinioaca.

⁵² Upućujuća prelazna odredba Zakona vodi do koncepta prekršajnog postupanja u domenu izricanja sankcija predviđenog Prethodnim zakonom, shodno kome se primenjuju odredbe zakona kojim se uređuju prekršaji. Upućujuća odredba (iz člana 70, stav 1) Prethodnog zakona tako vodi do rešenja Zakona o prekršajima i sudske prekršajne prakse koja su u domenu izricanja sankcije za, od strane Komisije za zaštitu konkurencije, utvrđene povrede – dvojaka: delo povrede konkurencije ne predstavlja prekršaj (član 218, stav 1), shodno čemu ne postoji stvarna nadležnost prekršajnih organa, već je kvalifikovano Zakonom o zaštiti konkurencije, što dalje znači da nadležnost za utvrđivanje mere ima onaj organ koji odnosni propis i predviđa (a to znači Komisija za zaštitu konkurencije); i u situaciji kada bi izricanje mere zaštite konkurencije bilo paralelno uređeno i propisom u oblasti konkurencije i propisom u oblasti prekršaja, primenjivale bi se odredbe Zakona o zaštiti konkurencije, kao blažeg za počinioca (shodno članu 6, stav 2).

⁵³ Kada je reč o prirodi i kategorizaciji sankcija, biće mera ostalo je isto, s tim da je raspon predviđen važećim Zakonom po učinioca povoljniji u odnosu na prethodno važeće propise.

– u smislu pravičnog, osnova za izricanje sankcije, uprkos nesporno učinjenoj povredi imperativne zakonske norme, i konkurencije. Pitanje retroaktivne primene zakona podrazumeva uvek različite uglove posmatranja, ali se teorija društvenog interesa javlja kao konstanta. Polazeći od prava kao nadgradnje nad određenom činjeničnom stvarnosti, u čiji integritet su ugrađena načela zakonitosti, pravičnosti i sigurnosti – teorija društvenog interesa u materiji retroaktivnosti bi trebalo da u punom kapacitetu uvažava karakter tih principa. To znači da okolnost promene propisa ne može biti razlog za neokončanje pravnog postupka u kome je povreda konkurencije nesporno konstatovana; teorija društvenog interesa nalaže da svaka utvrđena povreda konkurencije bude sankcionisana. Konsekvntno tome, bivaju ostvareni višestruki pravni efekti: ostvarivanje pravnog kauzalnog imperativa: povreda dicpozicije-sankcija, prevencija sličnog ponašanja u budućnosti, kaznena mera za počinioca, sredstva po osnovu mere zaštite konkurencije postaju budžetski prihod i plasiraju se u društveno korisne svrhe i – ostvaruje se pravna sigurnost za tržišne učesnike.

S druge strane, u slučaju ZIDZZK u odnosu na ZZK situacija je u pogledu osnovnog stava o vremenskom važenju normi specifična: povratno dejstvo je ustanovljeno kao pravilo. Ovakvo zakonsko rešenje nesaglasno je ustavnom principu o zabrani povratnog dejstva zakona. I dalje, izuzetak od ovog pravila moguć je samo za pojedine, dakle manjinske, odredbe, što znači da povratno dejstvo zakona ne može biti konstitutivno opšte pravilo, već samo eventualno izuzetak, i to ukoliko je opravdan sa stanovišta opšteg interesa, koji je jasno utvrđen prilikom donošenja zakona, što u slučaju ZIDZZK nije učinjeno. Ustav je najviši pravni akt i svi zakoni u domaćem pravu moraju biti sa njim saglasni⁵⁴.

Zaključak je da izmena zakonodavnog okvira u oblasti prava konkurencije upućuje najpre na opšti ustavni princip o primeni pravila koja su važila u trenutku nastanka pravne situacije, a zatim i na primenu blažeg propisa za izricanje mere zaštite konkurencije, odnosno sankcije počiniocu povrede konkurencije – što je pravni dijagram toka (postupanja) koji najbliže dovodi do tačke pravičnosti kao najviše vrednosti i najsigurnijeg ishodišta ovog pravnog algoritma.

⁵⁴ Čl.194, st. 2 i 3, u vezi čl. 167, st. 1, tač. 1 Ustava RS.

SANJA DANKOVIĆ-STEPANOVIĆ, LL.D.,

Associate Professor, Faculty of Political Sciences, University of Belgrade,

Republic of Serbia, Commission for Protection of Competition, Member of the Council

THE TIME CONFLICT OF LAW ON THE PROTECTION OF COMPETITION

Summary

The subject of this paper is the application of the competition rules, at full capacity, in the process that is underway, in the situation of changes in the legislative environment, with the determination of the scope of research in the past five years in domestic law. The basic rule of intertemporal conflict of regulation in the field of competition is that the laws have no retroactive effect; its provisions are applied in a substantial and procedural terms on the established relationships and initiated procedures in the field of legal effect in the previous regulation. There are exceptions that are interpreted restrictively.

In the field of law enforcement from 2009, the exception is the application of the provisions regarding the imposition of a measures for protection of competition for the actions initiated by the previous regulation from 2005, according to the institution *Renvoi*. In terms of the law form 2013, the retroactive effect of the provisions is established as a general rule rather than an exception, although it is not a matter of single exemption, nor constitutional category of public interest for certain solutions (which would be determined during the enactment of the law), nor it is a matter of application of the more lenient regulations. The only exception that could fulfill these criteria is related to the possibility of interruption of the proceedings tests of violation of competition due to the acceptance of the proposed measures that the party agrees to adopt.

The final stance is that the exception from the rule on prohibiting the retroactive effect of the Law in the field of protection of competition may be reasonably constituted with the necessary preliminary condition that the underlyned decision for the party, that is the subject of the legal transaction – is more favorable.

SONJA BUNČIĆ

KORPORATIVIZACIJA JAVNIH PREDUZEĆA I NOVA ULOGA DRŽAVE KAO OSNIVAČA

KORPORATIVIZACIJA JAVNIH PREDUZEĆA

U skladu sa procesima pridruživanja Evropskoj uniji, koji su potvrđeni zaključivanjem Sporazuma o stabilizaciji i pridruživanju između Evropskih zajednica i njihovih država članica sa jedne strane i Republike Srbije, sa druge strane (Sl. glasnik RS - Međunarodni ugovori, br. 83/08) utvrđena je politika upravljanja javnim preduzećima. Saglasno pravnim tekovinama evropske unije osnov politike upravljanja javnim preduzećima podrazumeva uspostavljanje dobrog korporativnog upravljanja¹ ovim privrednim subjektima uz poštovanje pravila o konkurenciji i fer tržišnoj utakmici. Ova polazna osnova stvorila je nužnost uvođenja promena u organizovanju obavljanja delatnosti od opšteg interesa kao i upravljanju javnim preduzećima u Srbiji te donošenje regulative koja će utvrditi nove okvire za njihov rad i poslovanje.

Zakonom o javnim preduzećima (Sl. glasnik RS, br. 119/2012) u članu 1. određen je pojam javnih preduzeća kao preduzeća koja obavljaju delatnost od opšteg interesa, a koje osniva Republika Srbija, autonomna pokrajina i jedinica lokalne samouprave. Međutim, članom 3 navedenog zakona data je mogućnost da se delatnosti od opšteg interesa obavljaju i u drugim oblicima organizovanja.

Dr Sonja Bunčić, profesor Fakulteta tehničkih nauka Univerziteta u Novom Sadu.

¹ Čolaković E.: Korporativno upravljanje -pledoier za moralni kapitalizam, deo u knjizi *Korporativno upravljanje*, Barbić, J., Čolaković E, i drugi, Zagreb, 2012, CROMA, str. 21.

Omogućeno je da se organizaniju društva kapitala čiji je osnivač Republika Srbija ili u obliku društva kapitala i kao preduzetnici, u skladu sa zakonom kojim se uređuje njihov pravni položaj, kada im nadležni organ poveri obavljanje te delatnosti.² Teškoće se javljaju usled neadekvatne primene pravila o vršenju vlasničkih prava nad javnim preduzećima, neprimene pravila o transparentnosti čime je ugrožena efektivnost mehanizama kontrole. Pravilna i dosledna implementacija navedenih elementa su od presudnog značaja za sprečavanje potencijalne politizacije preduzeća u državnoj svojini.

Mogućnost rešavanja navedenih problema u poslovanju javnih preduzeća nalazi se u upoznavanju a potom u primeni *Smernica za korporativno upravljanje državnim preduzećima* koje je izradila Organizacija za ekonomsku saradnju i razvoj (OECD). Smernice su podeljene u šest celina: (1) Pravni okvir; (2) Država u ulozi vlasnika; (3) Pravičan tretman akcionara; (4) Odnosi sa zainteresovanim stranama; (5) Transparentnost i (6) Odgovornost upravljačkih struktura. Ove smernice su ugrađene u principe efikasnog korporativnog upravljanja. Ovaj dokument se bavi nizom pitanja poput poremećaja na tržištu, pravičnog tretmana akcionara i slično. Ipak, Smernice obezbeđuju neke bazične repere koji omogućavaju sagledavanje nekih od problema koji nastaju usled moguće politizacije i korupcije. Vršenje vlasničkih prava i transparentnost direktno su u vezi sa korporativnim upravljanjem,

DRŽAVA KAO ČLAN PRIVREDNOG DRUŠTVA KOJE OBAVLJA DELATNOST OD OPŠTEG INTERESA

Osnovni i prvi korak ka ostvarivanju postavljenih ciljeva u politici upravljanja javnim preduzećima i uspostavljanje dobrog korporativnog upravljanja jeste promena pravne forme. Javna preduzeća kao specifičan oblik organizovanja obavljanja delatnosti od opšteg interesa, uvek osniva država. U postupku njihovog osnivanja prema Zakonu o javnim preduzećima kapital javnih preduzeća treba da bude podeljen je na udele određene nominalne vrednosti i upisuje se u registar.³ Nažalost, zbog brojnih problema, država, kapital javnih preduzeća do danas nije iskazan u udelima ili akcijama. Odluka Vlade Srbije za svako od javnih preduzeća

² Javna preduzeća predstavljaju značajan deo srpske ekonomije i obezbeđuju neke od osnovnih infrastrukturnih usluga građanima i privredi. Najznačajnija od njih su u oblasti proizvodnje i transporta energije, telekomunikacija i slično. Javna preduzeća zapošljavaju veliki broj ljudi a njihovi ukupni prihodi čine više od 15 procenata ukupnih prihoda preduzeća u Srbiji, podaci iz Studije *Kako stati na put politizaciji javnih preduzeća u Srbiji*, Centar za primenjene evropske studije Beograd, 2010, str. 2.

³ Član 9 stav 5. Zakona o javnim preduzećima.

čiji je jedini osnivač RS da se pristupi promeni pravne forme, ključni je korak ka rešavanju navedenih problema. Optimalni oblik organizovanja, promenom pravne forme, je da se iz javnog preduzeća "pređe" u akcionarsko društvo. To će u mnogome promeniti pravni položaj sadašnjeg javnog preduzeća.

Država kao društvena organizacija je nosilac javne vlasti koju vrši radi zaštite usvojenog poretka sa pozicije javnopravnog subjekta. Privredna društva su privatnopravna zajednica lica, zasnovana na ugovoru, koja obavljanjem privredne delatnosti imaju za cilj sticanje dobiti. Država i privredna društva slede različite ciljeve, država garantuje ostvarenje javnih interesa i u ostvarenju svoje funkcije ona štiti sva prava svojih građana. Privredna društva, nasuprot tome obavljaju svoju delatnost s ciljem sticanja dobiti za svoje članove. Različiti ciljevi koji su osnov funkcionisanja države odnosno privrednih društava, ne sprečavaju državu da se u ostvarenju sopstvenih ciljeva koristi pravnim oblikom privrednog društva. Uobičajeno je u uporednopravnoj praksi, da država vrši funkciju privrednika, naročito, kada se se bavi delatnostima važnim za svakodnevni život građana i privrede, poznatijim kao delatnosti od opšteg interesa.⁴

U slučajevima kada se država javlja kao osnivač privrednog društva, to privredno društvo iako mu je država član (u većinskom ili manjinskom delu) ima privatnopravni karakter. Ona se pri osnivanju privrednog društva javlja kao ugovorna strana a ne kao nosilac javne vlasti. Osnovni razlog tretiranja države, u slučaju kada osniva privredno društvo, kao lica privatnopravnog karaktera, odnosno kao svakog drugog fizičkog i pravnog lica, jeste, da se ekonomska aktivnost svih lica, pa tako i onih javnog prava, podvrgne pravilima tržišta i poveća efikasnost i produktivnost poslovanja. To je ujedno i preduslov ostvarivanja načela jednakog polazaja svih učesnika na tržištu. Da bi se obezbedila slobodna tržišna konkurencija i tržišno poslovanje javnopravnih tela (države, lokalne samouprave i sl.), potrebno je prisiliti ih da se u svojim ekonomskim aktivnostima ponašaju tržišno, odnosno da se suzdrže od delovanja *iure imperi*.⁵

Pitanje obavljanja delatnosti od opšteg interesa u obliku privrednog društva (društava kapitala) zahteva slojevitou analizu. *Prvo*, kada se formira privredno društvo (pa i ono za obavljanje delatnosti od opšteg interesa) to znači organizovanje njegovog poslovanja prvenstveno u cilju sticanja dobiti. *Drugo*, značaj delatnosti od opšteg interesa zahteva da se osnovni cilj privrednog društva, obavljanje delatnosti radi ostvarenja dobiti, prevaziđe, jer se zahteva ostvarenje i drugih ciljeva. Cilj poslovanja privrednih društava koja obavljaju delatnost od opšteg interesa

⁴ Definisanje delatnosti od opšteg interesa dato je u članu 2 Zakona o javnim preduzećima (Sl. glasnik RS, 119/2012).

⁵ Brnabić R.: Trgovačka društva u energetskom pravu Republike Hrvatske, *Zbornik radova Pravnog fakulteta Sveučilišta u Splitu*, vol. 50.4/2013, str. 871-893, str. 878.

mora obuhvatiti ispunjenje poverene im delatnosti, odnosno zaštitu svih korisnika ove delatnosti, pod jednakim uslovima i na transparentan način. Konkretno, za sve delatnosti koje su proglašene delatnostima od opšteg interesa, propisani su strogi uslovi za njihovo obavljanje i bezbedno vršenje koje moraju ispuniti svi privredni subjekti koji se njima bave. Na primer, za transport nafte, Zakonom o energetici određen je način obavljanja delatnosti od opšteg interesa u pogledu transporta nafte i naftinih derivata, kao i uslovi koje ono mora da ispuni da bi ovu delatnost obavljalo.

Dakle, obavljanje delatnosti transporta nafte mora biti organizovano i sprovediti se tako da se svi interesi koji su vezani za obavljanje ove delatnosti zaštite. Zakonom o energetici osnovana je Agencija za energetiku Republike Srbije koja proverava zahtevane uslove i dodeljuje licence za njihovo obavljanje. Treće, kada je reč o organizaciji i upravljanju u privrednim društvima (društvima kapitala), u kojima je država jedini član, postavljaju se dva ključna pitanja. Prvo se odnosi na složenost određivanja i sprovođenja strategije poslovanja takvih privrednih društava, a drugo se odnosi na organizovanje i vršenje članskih, upravljačkih i kontrolnih (nadzornih) prava. Složenost se ogleda u tome što bi država u ovim privrednim društvima morala da ima položaj i ulogu koja je izjednačena sa svim drugim privrednicima a istovremeno ima obavezu, da kao javna vlast određuje ciljeve poslovanja u interesu svih građana (naročito pri obavljanju delatnosti od opšteg interesa) i uređuje odnosno reguliše tržište.

Delatnosti od opšteg interesa pored javnih preduzeća mogu se obavljati i u društvima kapitala čiji je osnivač Republika Srbija, autonomna pokrajina ili jedinica lokalne samouprave i njihovim zavisnim društvima kao i u društvima kapitala i od strane preduzetnika, kada im nadležni organ države poveri obavljanje tih delatnosti.⁶ Iz samog zakona proizlazi da su jedino dozvoljeni oblici za obavljanje delatnosti od opšteg interesa, kada se država javlja kao osnivač, javno preduzeće, akcionarsko društvo i društvo sa ograničenom odgovornošću. To proizlazi iz činjenice da se u društvima kapitala prava članova ostvaruju u srazmeri sa članskim udelima a njihova odgovornost je ograničena.⁷ Pored toga, upravljanje i unutrašnja organizacija akcionarskog društva pogodna je ostvarivanje svih ciljeva koje zahteva obavljanje delatnosti od opšteg interesa.

Organizovanje akcionarskog društva promenom pravne forme javnog preduzeća, mora se sprovesti po odredbama Zakona o privrednim društvima, s tim da se do trenutka registracije tog oblika društva primenjuje Zakon o javnim preduzećima. Promenom pravne forme društvo prelazi iz jedne pravne forme u dru-

⁶ Član 3 Zakona o Javnim preduzećima.

⁷ Teško je zamisliti da bi država mogla da organizuje privredno društvo sa potpunom, neograničenom odgovornošću (kao što su ortačka društva ili komditna društva).

gu, što ne utiče na njegov pravni subjektivitet. Na promenu pravne forme primenjuju se odredbe Zakona o privrednim društvima o osnivanju date forme društva. Dakle, pri postupku promene pravne forme javnog preduzeća u akcionarsko društvo primenjivaće se odredbe Zakona o privrednim društvima, konkretno o akcinarskom društvu. Osnovna karakteristika akcionarskog društva je podeljenost njegovog kapitala na akcije. Zbog brojnih problema, država, kapital javnih preduzeća do danas nije iskazala u udelima ili akcijama. Imovina države se nije jasno odvojila od imovine (kapitala) javnih preduzeća, što dodatno otežava položaj kako javnih preduzeća tako i države kao njihovog osnivača.

Sa aspekta javnog preduzeća čiji je osnivač država, poslovanje može biti otežano, u situacijama kada osnivač meša vlasničku i upravljačku funkciju, što utiče na pitanje odgovornosti u odnosu na obaveze preuzete u poslovanju sa trećim licima. Odgovornost javnih preduzeća Zakonom o javnim preduzećim jasno se definiše i za svoje obaveze ono odgovara celokupnom imovinom. Bilo bi mnogo lakše kada bi se znalo šta je imovina javnog preduzeća i čime ono odgovara. S aspekta države koja nije jasno odvojila svoju od imovine javnih preduzeća, koje je osnovala, otvara se pitanje odgovornosti. Trenutno je, zbog promene propisa, nedovoljno jasno, šta je čije i ko odgovara kojom imovinom, država kao osnivač u potpunosti snosi odgovornost za obaveze svojih javnih preduzeća.

ČLANSKA, UPRAVLJAČKA I NADZORNA FUNKCIJA DRŽAVE KAO ČLANA AKCIONARSKOG DRUŠTVA KOJE OBAVLJA DELATOST OD OPŠTEG INTERESA

Država kao član akcionarskog društva

Posebnosti upravljanja privrednim društvima u kojima država ima akcije su od izuzetne važnosti zbog uloge koja ta društva imaju u privredom sistemu.⁸ Kada je država član akcionarskog (bilo većinski ili manjinski) njen pravni položaj (privatnopravni) proizlazi iz statusa akcionara, a ostvaruje se putem predstavnika u skupštini društva. Pravo upravljanja društvom koje ima svaki akcionar, podrazumeva i pravo izbora lica koje obavljaju upravljačku i nadzornu funkciju u društvu. Člansku funkciju u akcionarskom društvu za državu vrši Vlada Srbije kao njeno izvršno telo. Tako, Republika Srbija odlukom Vlade može osnovati ili postati akcionar privrednog društva. Posebna odluka Vlade tada je osnov za organizovanje, odnosno osnivanje privrednog društva. Uticaj države na vođenje poslo-

⁸ Na globalnom nivou oko 20% investicija te 5% zaposlenosti ostvaruje se u privrednim subjektima čiji je član država, a u srednjoj i istočnoj Evropi ova društva ostvaruju kad 40% proizvodnje. Prema <http://rru.worldbank.org/Documents/Other/CorpGovSOEs.pdf> od 2010.

va novoosnovanog privrednog društva svakako zavisi od veličine udela države u njemu⁹.

Ukoliko je država jedini ili većinski član ona će moći samostalno na skupštini društva odlučiti o imenovanju članova uprave društva, kod jednodomnog upravljanja, odlučiti o izboru članova Odbora direktora, kod dvodomnog upravljanja, o članovima Nadzornog odbora. Ovde treba naglasiti, da položaj države kao akcionara u društvu, znači da se neće odluka o izboru članova organa uprave akcionarskog društva oje obavlja delatnost od opšteg interesa donositi na sednici Vlade, nego na skupštini akcionarskog društva. Vlada mora imenovati lica koje će je zastupati i predstavljati kao člana, odnosno akcionara.

Da bi država mogla da vrši svoju člansku funkciju, kao akcionar, potrebno je precizirati *ciljeve poslovanja društva*. To omogućuje da predstavnici države kao člana, mogu imati jasniju sliku o zadacima koje društvo mora ispuniti i time lakše procenjuju da li se poslovi društva vode u skladu sa utvrđenim interesima. To ujedno olakšava i rad lica u izabranim organima.

Vršenje članske funkcije od strane države, izuzetno je složeno u privrednim društvima koja obavljaju delatnost od opšteg interesa. S jedne strane, kao član društva, država mora raditi u interesu akcionarskog društva kome je član i delovati tako da društvo obavljanjem svoje delatnosti ostvari dobit. S druge strane, država mora ostvarivati i drugi cilj: zaštitu delatnosti od opšteg interesa. S treće strane, privredna društva koja obavljaju delatnost od opšteg interesa a jedini akcionar im je država, opterećena su i pitanjem odgovarajućeg regulisanja obavljanja delatnost od opšteg interesa.

Država kao član privrednog društva mora jasno razdvojiti *regulatornu* funkciju kao vršenje javne vlasti od članske funkcije koja nalaže delovanje u interesu privrednog društva. Potpuno odvajanje odgovornosti države za regulisanje delatnosti od opšteg interesa od odgovornosti vršenja članske funkcije preduslov je za stvaranje ravnopravne tržišne utakmice i sprečavanje narušavanja ravnopravnosti svih učesnika na tržištu. To se postiže zabranom da lica koja direktno učestvuju u donošenju pravila koja regulišu tržište ne mogu biti istovremeno uključena u neposredno rukovođenje privrednim društvom kome je poverena delatnost od opšteg interesa. U protivnom, teško će biti izbeći sukob interesa i reakcije javnosti o narušavanju tržišne utakmice i zloupotrebi monopolskog položaja.

Problemi se javljaju, pored navedenih i u vezi sa uticajem države kao člana privrednog društva, na samostalnost uprave privrednog društva u vođenju poslova društva u skladu sa utvrđenim ciljevima i poslovnim interesima. Uprava privrednog društva u kojima je država član, kao i kod ostalih privrednih društava,

⁹ Širola N, Petrović S.,: *Država i trgovačko društvo*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 60, (3-4)/2010, str. 665.

mora se pridržavati utvrđenih ciljeva društva i poslove voditi po pravilima koja su utvrđena u Zakonu o privrednim društvima s ciljem zaštite interesa društva. Često se dešava da uprava ovih privrednih društva gubi samostalnost i ne vrši svoje zadatke vođenja poslova u skladu sa interesima društva jer država kao član ne dozvoljava da uprava samostalno donosi strateške odluke ili da nadzorni organi kontrolišu menadžment, već meša javnopravne interese sa interesima privrednog društva.¹⁰

Da bi se izbegle sve navedene teškoće u upravljanju privrednim društvom, čiji je član država, a koje obavlja delatnost od opšteg interesa potrebno je jasno odvojiti člansku od upravljačke funkcije a naročito od kontrolne funkcije. Na ozbiljnost i stvarnu potrebu jasnog razdvajanja ovih funkcija u privrednom društvu ukazuju i mnoge odredbe Zakona o privrednim društvima. Već smo ukazali da zakon ne dopušta mešanje, već zahteva, striktno odvajanje funkcije Nadzornog odbora od neposrednog vođenja poslova (dvodomno upravljanje) kao i zabranu mogućnosti da član nadzornog odbora vodi poslove niti deluje u drugom društvu, kada to nije spojivo sa funkcijom člana Nadzornog odbora. Naročito interesantno pitanje jeste: da li državni predstavnici iz aktivne političke vlasti mogu učestvovati u radu Nadzornog odbora ili u odboru direktora kao neizvršni direktori (kod jednodomnog upravljanja). Da li je moguće spojiti političku funkciju sa članstvom u Nadzornom odboru ili Odboru direktora, gde se od njegovih članova zahteva da deluju u interesu društva, a ne da se ono dovodi u poziciju zloupotrebe pravila konkurencije na tržištu. Evropska praksa pokazala je da se često na tim pozicijama u društvima u kojima država vrši člansku funkciju u pravilu predlažu članovi resornog ministarstva koji u njima obavljaju kao zaposleni, tehničko-profesionalnu funkciju a ne političku.

Upravljačka funkcija i razgraničenja od drugih funkcija

Privredno društvo u kojem je država jedini akcionar i koje obavlja delatnost od opšteg interesa, njen položaj kao člana društva se ne bi smeo razlikovati od položaja bilo kog drugog lica kao člana društva. U akcionarskim društvima gde je država jedini član, ona, putem svojih predstavnika u skupštini, odluke na sednici skupštine donosi samostalno. Osnovno člansko pravo je *pravo upravljanja društvom*. Ona se ostvaruje izborom lica za članove uprave društva. Kod jednodomnog upravljanja znači neposredno biranje članova odbora direktora, odnosno kod dvodomnog biranje članova nadzornog odbora. Ukoliko bi se u vršenju ove

¹⁰ M. Vasiljević: *Korporativno upravljanje, pravni aspekti*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2007, Beograd, str. 61.

članske funkcije (pravo na upravljanje) dopustila zloupotreba nastalo bi i ugrožavanje drugog članskog prava *učesća u podeli dobiti*. Zloupotreba upravljačkih prava koje ima država kao član akcionarskog društva, pojavljuje se u slučaju izbora partijski podobnih a nestručnih i nekompetentnih lica za članove uprave društva. To direktno utiče na produktivnost privrednog društva i donosi negativan finansijski efekat za bužetska sredstva zemlje. Dobrom poslovanju i finansijskom rezultatu jedino može doprineti dobro i kvalitetno korporativno upravljanje.¹¹

Pored navedenog problema, moramo ukazati na još jedan problem vršenja članske funkcije države kao akcionara, a to je mogući sukob *regulatorne* i *članske* funkcije države. Da bi se izbeglo narušavanje pravila ravnopravne tržišne utakmice, potrebno je jasno odvajanje regulatorne funkcije države od njene članske funkcije kao akcionara. To znači da se ne bi smelo dopustiti da ista lica budu nadležna za regulisanje tržišta u određenoj delatnosti od opšteg interesa (za koju je privredno društvo ima odobrenje i licencu) i predstavnici države kao člana u tom društvu. Navedno lice tada obavlja dve funkcije u isto vreme. Jednu kroz obavljanje nadležnosti države kao javne vlasti i istovremeno u ime države kao člana privrednog društva, obavlja njenu člansku funkciju. Međutim, dosadašnja praksa u zemlji pokazala je da se često dešava da se nosiocima najviših funkcija izvršene vlasti poveravaju i poslovi vršenja članske funkcije u privrednom društvu kroz funkcije u nadzornom odboru ili odboru direktora. To stvara veliki rizik mešanja državnih organa u dnevno poslovanje privrednih društva u kojima je država akcionar.

Treba naglasiti, da pored mešanja regulatorne i članske funkcije, postoji opasnost za državu kao akcionara, odnosno člana društva, od *povrede pravila o ograničenoj odgovornosti za obaveze društva*. Ona se krije u činjenici da je imovina akcionarskog društva odvojena od državne imovine iako je država akcionar. Osnivanjem akcionarskog društva čiji je država jedini akcionar, imovina koja je prenetu tom društvu, u tom trenutku postaje imovina posebnog pravnog subjekta. Tu se otvara i pitanje odgovornosti akcionara za povredu pravila o ograničenoj odgovornosti.¹² Po pravilu, odgovornost akcionara je ograničena, ali u slučaju da akcionar zloupotrebi pravilo o ograničenoj odgovornosti, smatraće se odgovornim za proboj pravne ličnosti i odgovaraće za izvršenu zloupotrebu. Zloupotreba postoji u slučaju da akcionar društvo upotrebi za postizanje cilja koji mu je inače zabranjen, koristi imovinu društva ili njome raspolaže kao da je njegova lič-

¹¹ Hollinshead G., Maclean M.: Transition and Organizational Dissonance in Serbia, *Human Relations Journal*, 10/2007, p. 1551-1574.

¹² Jesover F., Kirkpatrick G. :The Revised OECD Principles of Corporate Governance and their Relevance to Non-OECD Countries, *Corporate Governance: An International Review*, Volume 13, Issue 2, pages 127–136, March 2005

na imovina, koristi društvo ili njegovu imovinu u cilju oštećenja poverilaca društva kao i radi sticanja koristi za sebe ili treća lica umanju imovinu iako je znalo ili je moralo znati da društvo neće moći da izvršava svoje obaveze.¹³

Umanjenje ovog rizika moguće je uspostavljanjem odgovarajuće organizacione šeme koja će omogućiti efikasnu koordinaciju članske, upravljačke i nadzorne funkcije zbog specifičnog položaja i uticaja države kao člana. Potrebno je voditi poslove društva na način koji će biti u interesu društva, koji će društvu i članovima društva donositi profit ali će se ujedno štiti delatnost društva. Način vođenja poslova u privrednim društvima, prema novom zakonu usaglašen je sa evropskim standardima, pa se sada jasno uočava da akcionari odnosno članovi društva ne mogu biti izvršni, operativni direktori. Jasno je naglašena podela članske, upravljačke i kontrolne funkcije u privrednim društvima u kojima je država član.

U jednodomnim akcionarskim društvima poslovođenje (vođenje svakodnevnih poslova) pripada direktoru ili odboru direktora, dok u dvodomnim pripada izvršnom direktoru ili izvršnom odboru. Ovi organi moraju obavezno da deluju u interesu društva, učestvuju u stvaranju strategije poslovanja, motivišu niži menadžment, ukratko upravljaju i vode poslovanje ka maksimalizaciji profita. Kao što smo već ranije naglasili, iskustvo je pokazalo da u privrednim društvima u kojima država ima većinski deo ili je jedina akcionar često dolazi do mešanja članske i upravljačke funkcije. Razlog tome je često manjkavost sistema upravljanja državnom imovinom ali i nepoštovanje kriterijuma za izbor lica zaduženih za vođenje poslova društva.¹⁴

Pored *zahteva stručnosti* koji moraju da ispune lica koja se predlažu za izvršne funkcije u privrednom društvu gde je država član, potrebno je uvesti i poštovati *princip procene ponašnja nosilaca upravljačke funkcije*. Lica koja vrše upravljačku funkciju dužna su izvršavati svoje poslove savesno, sa pažnjom dobrog privrednika i u razumnom uverenju da deluju u najboljem interesu društva.¹⁵ Zakon o privrednim društvima u nizu odredaba vrlo jasno je odredio pitanje odgovornosti člana uprave društva, njegove dužne pažnje i odgovornosti za štetu. Odredbama Zakona o privrednim društvima svakako treba pridružiti i odredbe Zakona o obligacionim odnosima prema kojima je član uprave stručnjak koji mora postupati sa povećanom pažnjom. Takođe, Zakon o privrednim društvima jasno ističe da su lica u upravi društva podrgnuta zabrani konkurencije. Uvek moraju biti

¹³ Član 18 ZPP.

¹⁴ Barbić J.: Ustroj organa dioničkog društva, u knjizi *Korporativno upravljanje*, Zagreb, Biblioteka kaleidoskop, 2012, str. 90.

¹⁵ Član 63 ZOPD.

lojalni privrednom društvu u koje vrše dužnost člana uprave, dužni su delovati u interesu društva i ne smeju interese društva podrediti sopstvenim interesima koji su suprotstavljeni interesu društva. Trebali bi u obavljanju svojih poslova izbegavati čak i sumnju u postojanje sukoba interesa. U slučaju da takva situacija postoji obavezni su da prijave Nadzornom odboru, odnosno Odboru direktora postojanje sukoba interesa. Za obavljanje dopunskih aktivnosti izvan društva, a naročito za preuzimanje članstva u nadzornim odborima drugih društava koja nisu povezana sa društvom u kojem obavljaju funkciju člana uprave treba da zatraže prethodnu saglasnost od odbora direktora odnosno nadzornog odbora. Takođe, već tradicionalna obaveza je čuvanje poslovne tajne. Zakon je jasno utvrdio odgovornost članova uprave za nepoštovanje navedenih pravila posebnih dužnosti.¹⁶

U privrednim društvima koja obavljaju delatnost od opšteg interesa, a država im je akcionar, najveća prepreka efikasnom vođenju poslova društva je *nesamostalnost članova uprave* društva. Ona proizlazi iz posebnog položaja ovog društva gde članovi uprave za svoj rad, poslovođenje, odgovaraju skupštini društva, a s druge strane odgovaraju državi. To znači da odgovaraju ministarstvima ili čak pojedincima unutar Vlade Srbije ili vladajuće političke stranke. Sukob nadležnosti autoriteta, odnosno situacije u kojima se društvo koristi za različite kratkotrajne, političke ciljeve, na štetu efikasnosti i dugotrajnih ciljeva, bitna je kočnica uspešnog poslovanja društva

Vođenje poslova u privrednom društvu koje obavlja delatnost od opšteg interesa, a ima državu kao jedinog akcionara, veoma je složeno, zbog nemogućnosti da se interesi svih, unutrašnjih i spoljnih grupa, pomire.¹⁷ Poslovanje, u najboljem interesu društva, pred upravu stavlja zadatak da prilikom donošenja poslovnih odluka, u idealnom scenariju, pomiri nužnost zaštite delatnosti od opšteg interesa a da ujedno poslove društva vodi tako da ono posluje sa dobitkom. U tom kontekstu izuzetno je važno jasno postaviti ciljeve poslovanja društva u statutu i osnivačkom aktu.

Vršenje nadzorne funkcije u akcionarskim društvima u kojima je država jedini član

Za razliku od upravljačke funkcije za koju je jasno utvrđena nadležnost i odgovornost organa uprave, nadzorna funkcija zahteva nešto detaljniji opis. Pod nadzorom, kontrolom vođenja poslova, ne podrazumeva se samo nadzor u teh-

¹⁶ Videti članove od 64 do 80 ZOPD.

¹⁷ Vasiljević M.: Korporativno upravljanje-pravni aspekti, *Pravni fakultet Univerzitet u Beogradu*, 2007, str. 55-64.

ničkom smislu nego i aktivan odnos prema sprovođenju brige o celokupnom poslovanju društva.

Kod jednodomnih akcionarskih društava u Odboru direktora objedinjene su funkcije upravljanja i nadzora, podelom poslova i nadležnosti između izvršnih i neizvršnih direktora. Pored Odbora direktora deo nadzorne funkcije u jednodomnom društvu vrše i različite komisije Odbora direktora (komisija za reviziju, komisija za imenovanja, komisija za naknade). Iako u tom slučaju, pojedini segmenti vođenja poslova mogu biti kontrolisani od strane ovlašćenih komisija podnosi se zajednički izveštaj Skupštini društva.¹⁸

U dvodomnom upravljanju, upravljačka i nadzorna funkcija strogo su odvojene i ne mogu se mešati. Nadzor nad poslovanjem poveren je Nadzornom odboru, koji vrši tekući ali i preventivni nadzor. Znači, da se nadzorni odbor ne može zadržati samo na ispitivanju onog što je već bilo, nego mora delovati preventivno, savetujući upravu. Time direktno kreira politiku poslovanja društva. Pored toga on bira i imenuje članove Izvršnog odbora. Nadzorni odbor kontroliše menadžment u pogledu poslovanja i poštovanja osnovnih akta društva i propisa vezanih za delatnost od opšteg interesa.

Na pitanje koji je oblik upravljanja, od ova dva ponuđena u zakonskim rešenjima, pogodniji za korporativno upravljanje za privredna društva koja obavljaju delatnost od opšteg interesa a akcionar im je država, nije jednostavno odgovoriti. Na prvi pogled, jednodomno upravljanje daje neposredniji odnos države kao člana ka poslovanju društva. S druge strane, postoji mogućnost, zbog nadležnosti neizvršnih direktora, koji kontrolišu društvo ali potpuno aktivno učestvuju u upravljanju njime i time se od njih traži kvalitetniji i potpuniji angažman, da pri njihovom izboru dođe do mešanja članske i upravljačke funkcije. To otvara put da se predlože "podobni" ali nestručni direktori koji će propustiti u nadzoru prouzorkovati štetu društvu. Napominjemo da smo se opredili da predložimo da se u reorganizaciji u budućem akcionarskom društvu uvede dvodomni sistem upravljanja. To znači strogo podeljenu funkciju nadzora koja je poverena nadzornom odboru od upravljačke koju sprovodi Izvršni odbor. Kao i kod jednodomnog društva nadzorni odbor ima pravo da formira Komisije koje mu pomažu u radu i vođenju pojedinih oblasti (komisija za reviziju, imenovanja i sl.).

Posebno važno pitanje kod nadzorne, odnosno kontrolne funkcije, su *potrebne kvalifikacije* za lica koje žele pozicije u nadzornim organima. Većina kodeksa korporativnog upravljanja i nacionalnih zakonodavstva ostavljaju samom društvu da, eventualno, u statutu odrede koje to posebne kvalifikacije treba da ima lice, potencijalni član nadzornog odbora ili neizvršni direktor. Posebne kvali-

¹⁸ Članovi 387 do 416 ZOPD.

fikacije su potrebne s obzirom na: složenost delatnosti od opšteg interesa i njeno poznavanje, veličinu društva, obimu poslovnih aktivnosti društva i slično. Društvo samo utvrđuje posebne potrebne kvalifikacije i karakteristike lica, pa Zakon o privrednim društvima stoga propisuje samo ko ne može biti član nadzornih organa a sve ostalo prepušta društvu. Regulisanje negativnim određenjem ide iz potrebe da se održi nezavistan položaj nadzorne funkcije u društvu i izbegne potencijalni sukob interesa.

Članovi Nadzornog odbora kod dvodomnog i neizvršni direktori kao nadzor društva kod jednodomnog upravljanja, odgovaraju za svoje postupke po načelu pretpostavljene krivice. To znači, po opštim pretpostavkama o krivici štetnika, da on svojim prigovorima može da dokaže da se ponašao savesno i da na taj način otkloni tvrdnju zakona o njegovoj krivici. Članovi nadzornih organa društva odgovaraju prema Zakonu o privrednim društvima ali i prema odredbama krivičnog zakona. Postavlja se pitanje odgovornosti državnih službenika koji obavljaju nadzornu funkciju u društvu po izboru člana društva (države) a koja je formalno izvan okvira njihovog zaposlenja. Da li će zaista za štetu koji su naneli društvu, merama koja su preduzeli ili propusti da preduzmu, odgovarati država.¹⁹

Konačno, pitanje nadzora nad poslovanjem privrednog društva koje obavlja delatnost od opšteg interesa, dotiče i ulogu palamenta u nadzoru nad radom privrednih društava u kojima je država član. Parliamentarna kontrola i javni uvid omogućeni su radi obezbeđenja političke objektivnosti, jasne političke odgovornosti, transparentnosti političkog odlučivanja i uključivanja građana u donošenje odluka vezanih za obavljanje delatnosti od opšteg interesa. Nadležna ministarstva odgovaraju parlamentu a to istovremeno znači da podnose izveštaj i stavljaju na uvid javnosti i medijima u skladu sa zakonskim obavezama relevantne informacije o privrednom društvu u kojem je država član i obavlja delatnost od opšteg interesa. Uspešnost parlamentarne kontrole zavisi od kvaliteta saradnje parlamenta i vlade i ona je nezavisna od upravljanja i kontrole unutar društva.

ZAKLJUČAK

Da bi se članska, upravljачka i nadzorna funkcija u privrednim društvima koja obavljaju delatnost od opšteg interesa, efikasnije i transparentnije obavljala potrebno je primeniti pravila korporativnog upravljanja. Korporativno upravljanje označava okvir za vođenje poslova i nadzor u društvu. Iako se osnovna pravila upravljanja privrednim društvima nalaze u odgovarajućim zakonima i drugim propisima, praksa je pokazala da se sve češće, pitanja upravljanja regulišu razli-

¹⁹ Širola, Pertović, op. cit., str. 685.

čitim kodeksima. Korporativno upravljanje je deo šireg ekonomskog i pravnog konteksta za privredno poslovanje, a dobro korporativno upravljanje privrednim subjektom pojedinačno utiče na razvoj privrede i sveukupno utiče na ostvarivanje povoljne investicione klime za nova ulaganja i dalji razvoj.²⁰

Za javna preduzeća, odnosno buduća akcionarska društva čiji je država član veoma su važna pravila koje je Organizacije za ekonomsku saradnju i razvoj (OECD) usvojila pod nazivom *Smernice za korporativno upravljanje državnim preduzećima*. Njihova svrha je pružanje smernica koje bi bile od pomoći vladama prilikom unapređenja pravnog, institucionalnog i regulatornog okvira koji podstiče korporativno upravljanje. Ovim smernicama naglašena je važnost izveštavanja o poslovanju državnih preduzeća u cilju približavanja njihovog poslovanja javnosti, parlamentu i medijima. Bez tačne i blagovremene informacije, o svim aspektima poslovanja preduzeća, nema dobrog korporativnog upravljanja. Pored toga, uvođenje korporativnog upravljanja treba da zaštiti prava akcionara, odnosno, u našem slučaju, državu. Prava akcionara koje se štite su: pravilna registracija prava javne svojine, pravo na prenos akcija, pravo na informisanost, pravo na učestvovanje i glasanje u radu skupštine, pravo na izbor članova u organe uprave i pravo na učešće u podeli dobiti. Korporativno upravljanje u noovorganizovanom akcionarskom društvu za obavljanje delatnosti od opšteg interesa, treba da olakša njegovo strateško upravljanje, kroz koordinaciju rada rada skupštine i uprave društva. Pored toga, mora da obezbedi nadzor nad radom izvršnih direktora ali i poveća stepen odgovornosti kako prema društvu tako i prema akcionarima, odnosno skupštini društva.

SONJA BUNČIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Technical Sciences
University of Novi Sad

CORPORATISATION OF A STATE-OWNED ENTERPRISES AND THE NEW ROLE OF THE STATE AS THE FOUNDER

Summary

In accordance with the commitments undertaken in the accession process to the European Union is necessary to change the basis of the policy of a state-owned enterprise that implies the

²⁰ Branislava Lepotić Kovačević; Pravni okvir za korporativno upravljanje u javnim preduzećima u oblasti energetike, *Pravo i privreda*, 5-8/2008, str.335

establishment of good corporate governance. The new law on a state-owned enterprises in Serbia requires corporatisation and transformation of a state-owned enterprise into a joint stock company or a limited liability company, where the state is the only one founder.

When the state is a member of a joint stock company (whether majority or minority) its legal status arises from the status of shareholders. State as a member of the company must clearly delineate the regulatory function as the exercise of public authority from memberships in the new company. Complete separation of state responsibility for regulating the activities of general interest from the responsibility of performing the membership function is a prerequisite for creating a fair market competition and equality of all participants in the market.

VLADIMIR SAVKOVIĆ

ZNAČAJ I PERSPEKTIVA POLAZNIH PRINCIPA UJEDINJENIH NACIJA O POSLOVNOM SEKTORU I LJUDSKIM PRAVIMA

– Od propagandnog pamfleta do djelotvornog
međunarodnog pravnog instrumenta? –

U V O D

Da su u pravu autori koji ističu kako je u 21. vijeku korporativni i uopšte poslovni sektor jedan od najuticajnijih činilaca kada je riječ o implementaciji međunarodnog koncepta ljudskih prava,¹ između ostalog, govori i to koliki se značaj pridaje ovom pitanju od strane vodećih međunarodnih foruma i organizacija koje se bave unapređenjem i implementacijom koncepta ljudskih prava, ali i onih koji se bave nadgradnjom i promocijom koncepta društveno odgovornog poslovanja. Vjerovatno najznačajnija od njih, organizacija čije aktivnosti se u poslednjih nekoliko decenija odvijaju gotovo jednakim intenzitetom u oba naznačena pravca, jesu Ujedinjene nacije. Ova krovna međunarodna organizacija se već decenijama, prvo sa manje, a u poslednjoj deceniji, kako se čini, sa više uspjeha bavi implementacijom koncepta odgovornosti poslovnih subjekata za poštovanje, promociju i zaštitu ljudskih prava. U tom smislu, naglasak u djelovanju Ujedinjenih nacija i nadležnih tijela ove organizacije uvijek je bio na tzv. “motorima globalizacije”, multinacionalnim kompanijama, poslovnim subjektima koji svoje ekonomske ak-

Dr Vladimir Savković, docent Pravnog fakulteta Univerziteta Crne Gore.

¹ Tako: *Chandler Geoffrey*, The Amnesty International UK Business Group: Putting Human Rights on the Corporate Agenda, *Journal of Corporate Citizenship*, spring 2009, Issue 33, str. 29–34.

tivnosti obavljaju istovremeno u dvije, a najčešće znatno više država. Očekivano, rekli bi, imajući u vidu njihovu ekonomsku moć, ali i dokazanu "predispoziciju" za raznovrsna direktna i indirektna kršenja ljudskih prava iz domena univerzalno prihvaćenih, odnosno normiranih u međunarodnom javnom pravu. Ne ulazeći dublje u analize brojnih drugih inicijativa kojima se najčešće na principu američkih model zakona i dobrovoljne primjene uopšte pokušava promovirati i podstaći razvoj sistema odgovornosti poslovnih subjekata i posebno multinacionalnih kompanija za poštovanje i primjenu međunarodnih standarda ljudskih prava, kao i odgovornost za njihovo kršenje,² u ovom radu posvetićemo se analizi jednog takvog pokušaja. Riječ je o Polaznim principima Ujedinjenih nacija o poslovanju i ljudskim pravima (u daljem tekstu: Polazni principi).³

Više je razloga iz kojih se Polazni principi se izdvajaju kao poseban predmet analize. Prije svega, riječ je o dokumentu koji, makar u ovom trenutku, predstavlja najobuhvatniji set principa i standarda, propagirajući, iako ne i izvodeći do kraja, zaokružen sistem odgovornosti država za kršenje univerzalnih, međunarodno ustanovljenih ljudskih prava na teritoriji pod njihovom jurisdikcijom, kao i djelimičnu operacionalizaciju principa neposredne odgovornosti samih poslovnih subjekata, te shodno ustanovljavanje efikasnih i dostupnih pravnih sredstava za zaštitu ljudskih prava u slučaju njihovog kršenja od strane tzv. "poslovne zajednice". Pored toga, riječ je o dokumentu jednoglasno usvojenom, odnosno izglasnom u junu 2011. godine, prvom takve vrste nakon više od četiri decenije bavljenja ovim pitanjem od strane Ujedinjenih nacija,⁴ i to od strane jednog od

² Za pregled ostalih značajnih međunarodnih inicijativa na planu subjektivizacije multinacionalnih kompanija u međunarodnom javnom pravu sa ciljem uspostavljanja njihove odgovornosti za kršenja ljudskih prava vidi: *Rosemann Nils*, The UN Norms on Corporate Human Rights Responsibilities: An Innovating Instrument to Strengthen Business' Human Rights Performance, Dialogue on Globalization – Occasional Papers, Geneva, No. 20/ August 2005, str. 5–13. *Carasco Emily. F.*, *Singh Jang. B.*, Human rights in global business ethics codes. Business and Society Review, Vol. 113, Issue 3, 2008, str. 347–374.

³ Riječ je o dokumentu koji predstavlja rezultat šestogodišnjeg rada profesora Univerzитета Harvard, John Ruggie-a, koji je mandat za istraživanje i rad na Polaznim principima dobio 2005. godine neposredno od strane Generalnog sekretara Ujedinjenih nacija, a sa primarnim ciljem iznalaženja široko prihvatljivog modela uvođenja odgovornosti multinacionalnih kompanija za kršenje ljudskih prava. Više o idejnoj osnovi za pokretanje rada na Polaznim principima i samim počecima: *Duruigbo Emeka*, Corporate Accountability and Liability for International Human Rights Abuses: Recent Changes and Recurring Challenges, Northwestern Journal of International Human Rights, Volume 6, Issue 2., 2008, str. 221–261;

⁴ Istini za volju, prije ovog dokumenta Podkomitet za promociju i zaštitu ljudskih prava Komisije za ljudska prava Ujedinjenih nacija je 2003. godine objavio tzv. "Norme Ujedinjenih nacija o odgovornosti kompanija u oblasti ljudskih prava". Ovaj je dokument trebalo da predstavlja nukleus buduće konvencije koja bi regulisala ovu oblast na novi, "revolucionaran" način. Međutim, usljed snažnog protivljenja predstavnika poslovne zajednice, ali i pojedinih država članica Komisi-

najznačajnijih tijela ove organizacije, Savjeta za ljudska prava, što mu u startu daje nesporan globalni značaj. Najzad, iako na prvi pogled nelogično, pod istovremenim uticajem brojnih odobravanja nekih od najznačajnijih multinacionalnih kompanija, ali i konstruktivnih kritika međunarodnih “boraca za ljudska prava”, usmjerenih na potenciranje nedostatka mehanizama kojima bi primjena proklamovanih principa i standarda bila neposredno obezbijeđena,⁵ u junu 2014. godine je od strane Savjeta za ljudska prava Ujedinjenih nacija, na predlog Ekvadora i Južne Afrike, usvojena i nova rezolucija kojom se uspostavlja radna grupa za izradu teksta novog međunarodnog pravnog instrumenta. Konvencije koja bi regulisala položaj i odgovornosti poslovne zajednice u odnosu na međunarodni korpus ljudskih prava (u daljem tekstu: Rezolucija o izradi nove konvencije). Taj novi pravni instrument, kao pravno obavezujući za države potpisnice, trebalo bi i na nivou međunarodnog javnog prava da uspostavi djelotvorne mehanizme zaštite od kršenja ljudskih prava iz korupsa univerzalno priznatih i normiranih važećim pravnim instrumentima Ujedinjenih nacija, poput Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima, i to upravo na konceptu promovisanom u Polaznim principima.

Imajući rečeno u vidu, postaje jasnije opredeljenje za analizu Polaznih principa kao početnog i jednog od osnovnih ciljeva u radu koji se bavi odgovornošću poslovnih subjekata u međunarodnom pravu ljudskih prava. Međutim, time nijesu iscrpljene naše “ambicije”. Kako će se u daljem toku analize pokazati da su kritike u pogledu nedjelotvornosti Polaznih principa dijelom opravdane, predmet našeg interesovanja u tekstu biće i sljedeće. Kako unaprijediti zaštitu ljudskih prava ugroženih od strane poslovnih subjekata, prije svih, od strane multinacionalnih kompanija za tzv. “eksteritorijalna” kršenja ljudskih prava?⁶ Da li je rješenje u prelasku sa modela neobavezujućeg regulatornog režima na konvencijski, oba-

je, a kasnije Savjeta za ljudska prava Ujedinjenih nacija (koji je zamijenio Komisiju počevši od 2006. Godine), ovaj dokument je izgubio na značaju, tj. nakon svega par godina (2005. godine) je ustupio mjesto već tada izvjesnom novom dokumentu, gore pomenutim Polaznim principima. Više o ovom dokumentu i njegovim ključnim karakteristikama: *Holgado Pablo, Valor Carmen, De la Cuesta Marta, Irresponsibility through corporate eyes – Reporting of human rights compliance by Spanish listed companies, International Journal of Business and Management, 01/2012, 7(4), str. 58–69;*

⁵ Riječ je, prije svega, o direktnim, u svjetskoj stručnoj i laičkoj javnosti potenciranim kritikama od strane najuticajnijih međunarodnih nevladinih organizacija za zaštitu ljudskih prava poput “Amnesty International”-a, “Human Rights Watch”-a i brojnih drugih, u kojima se suštinski ističe kako je proklamovanjem Polaznih principa samo zadržan *status quo*, koje karakteriše princip dobrovoljnosti u primjeni i zaštiti ljudskih prava od strane poslovnih subjekata, naravno, kada je riječ o međunarodnom javno-pravnom poretku. Više: *Blitt C. Robert, Beyond Ruggie’s Guiding Principles on Business and Human Rights: Charting an Embracive Approach to Corporate Human Rights Compliance, Texas International Law Journal, Volume 48, Issue 1, 2012, str. 52.*

⁶ Ovdje se, u pravilu, misli na ustanovljavanje odgovornosti matičnih kompanija sa sjedištem u zemljama “razvijenog svijetu” za kršenja ljudskih prava učinjena od strane njihovih filijala i posebno zavisnih društava u zemljama “nerazvijenog svijeta”.

vezujući? Kakvi su realni izgledi da jedan takav međunarodni pravni instrument uopšte zaživi, postane globalno prihvaćen i postigne svoj cilj? Ili je, pak, rješenje moguće tražiti u unapređenju i daljem razvoju dinamičnog koncepta društvene odgovornosti kompanija, koji je prvobitno ustanovljen i ovom trenutku još uvijek primarno naslonjen na princip dobrovoljne primjene motivisane raznim podsticajnim mjerama i ekonomskim analizama, a ne na principu uspostavljanja preciznih zakonskih ili drugih pravnih obaveza iz širokog korpusa regulatornih rješenja kojeg obično nazivamo državnim pravom?

POLAZNI PRINCIPI

Polazni principi predstavljaju dokument u potpunosti naslonjen na izvještaj profesora Ruggie-a iz 2008. godine, koji je nakon isteka prve tri godine njegovog šestogodišnjeg mandata za istraživanje i rad na temu pozicije poslovne zajednice u odnosu na univerzalni koncept ljudskih prava jednoglasno prihvaćen u Savjetu Ujedinjenih nacija za ljudska prava.⁷ Izvještaj je predstavljao konceptijsku osnovu za dalji rad koji je nakon isteka naredne tri godine otjelotvoren u znatno konkretnijim i preciznijim preporukama Polaznih principa, koji bi upravo zbog sažetosti svojih preporuka trebalo da predstavljaju neku vrstu nukleusa na kojem će se bazirati budući pravni instrumenti, što se već na početku "života" Polaznih principa, makar dijelom, pokazalo kao ispravno očekivanje.⁸

Kako se njihov konceptijski osnov, tj. gore pomenuti izvještaj iz 2008. godine zasnivao na tri osnovne ideje, odnosno stuba, što je termin korišćen od strane autora, tako su i Polazni principi grupisani u tri prilično jasno razgraničene cjeline.

Prva od tih cjelina se odnosi na proklamaciju i razradu pristupa da je obaveza država da štite ljudska prava, što je sigurno najprihvatljivija, tj. najmanje sporna od tri ključne polazne ideje. Ona je u Polaznim principima razrađena kroz deset konkretnih preporuka, od kojih je svaka praćena posebnim obrazloženjem autora. U tom smislu, kao osnovna dužnost država navodi se obaveza preduzimanja standardnih mjera praćenja, istrage i kažnjavanja u slučajevima kršenja ljudskih prava

⁷ Izvještaj je usvojen u martu 2008. godine pod radnim naslovom: "Poštuj, zaštititi, ispravi: okvir za odnos poslovne zajednice prema konceptu ljudskih prava" (eng. "Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights").

⁸ Na samom početku, naime, prevashodno dolazi do inkorporiranja Polaznih principa u postojeće kodekse korporativnog upravljanja međunarodnih međuvladinih i nevladinih organizacija, odnosno kodekse društveno odgovornog poslovanja u pogledu ljudskih prava, koje na taj način promoviraju ove standarde. Slično je i sa nekim od najvećih multinacionalnih kompanija, koje Polazne principe kroz sopstvene kodekse i ostalom autonomnom regulativom ustanovljene interne procedure takođe neposredno primjenjuju. Vidi: *Schoemaker Daan*, Raising the Bar on Human Rights: What the Ruggie Principles Mean for Responsible Investors, avgust 2011. godine, dostupno na internet adresi: http://www.sustainalytics.com/sites/default/files/ruggie_principles_and_human_rights_0.pdf (poslednji put posjećenoj u junu 2014. godine), str. 5–6.

na teritoriji pod njihovom jurisdikcijom, uključujući i situacije kada su za to odgovorna privredna društva i drugi oblici obavljanja privredne djelatnosti. Imajući u vidu da je riječ o standardu ponašanja država u međunarodnom javnom pravu, vjerujemo da podcrtavanje ove obaveze ima smisla ukoliko se ista tumači kao uvod ili, pak osnov za ustanovljavanje, kako materijalne, tako i krivične odgovornosti privrednih subjekata za radnje kršenja ljudskih prava. Ovakvom stavu, čini se, daje za pravo i sadržina nekih drugih preporuka u sklopu ove cjeline, ali i Polaznih principa uopšte. Vjerovatno najznačajnija, ali i najkontroverznija preporuka u sklopu prve cjeline jeste ona u kojoj se države pozivaju da obezbijede poštovanje ljudskih prava od strane poslovnih subjekata sa sjedištem na teritoriji tih država u pogledu svih poslovnih aktivnosti tih subjekta. Kako je i u zvaničnom komentaru na ovu preporuku iznijeto, a kasnije i razrađeno kroz preporuke samom poslovnom sektoru u drugom dijelu Principa, ovo se odnosi i na tzv. “eksteritorijalne” aktivnosti poslovnih subjekata. Drugim riječima, preporuka je državama da su obavezne obezbijediti da multinacionalne kompanije sa sjedištem na teritoriji pod njihovom jurisdikcijom poštuju međunarodna ljudska prava i u drugim državama u kojima imaju određene ekonomske aktivnosti.⁹ Bez obzira na početno odobravanje na koje su Polazni principi naišli i kod njih, lako je zaključiti kako sa stanovišta velikih multinacionalnih korporacija, pa čak i država iz kojih one tradicionalno dolaze ovo predstavlja veoma diskutabilan princip i potencijalno “opasnu” praksu. Da je to zaista tako, vidjećemo i u sljedećem dijelu koji se, između ostalog, bavi inicijativom svojevrsne transformacije ovih pravila u konvenciju pod okriljem Ujedinjenih nacija, gdje ćemo se ovim pitanjem i detaljnije baviti. Konačno, u sklopu prve cjeline Polaznih principa naglašava se i obaveza država da vode koherentnu regulatornu politiku kada je riječ o pravnim okvirima zaštite ljudskih prava i nacionalnih *lex societatis*, da posebno vode računa o primjeni najviših standarda zaštite ljudskih prava kada je riječ o dijelu poslovnih subjekata koji su pod njihovom kontrolom ili koriste neku vrstu državne pomoći, te da svoj međunarodni položaj koriste u pravcu promocije samih Polaznih principa.

Druga od tri osnovne cjeline Polaznih principa već u prvoj preporuci generalno promovise, a u narednima i detaljnije razrađuje odgovornost poslovnog sektora da poštuje ljudska prava. Tako se u razradi obaveze poštovanja ljudskih prava Polaznim principima iznosi kako je obaveza privrednih subjekata da se aktivno uključe u spriječavanje kršenja ljudskih prava i ublažavanje posledica, ali

⁹ Ova preporuka naravno odnosi se i na same multinacionalne kompanije. Njena i opravdanost ideološkog osnovna na kojem se zasniva, naravno, takođe mogu biti predmet argumentovane stručne diskusije. Na ovom mjestu, ipak, poći ćemo od stanovišta da je ovakvo idejno polazište prihvatljivo i ispravno. Više o razlozima za priklanjanje takvom stavu: Mares Radu, *Responsibility to Respect: Why the Core Company Should Act When Affiliates Infringe Human Rights*, in *The UN Guiding Principles on Business and Human Rights – Foundations and Implementation (Chapter 7)*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2012, str. 169–192.

i obezbjeđivanju pravnog zadovoljenja oštećenih. Takođe, Polazni principi daju u ovom dijelu i značajan doprinos preciznijem određenju, definisanju koncepta međunarodnih ljudskih prava u kontekstu odgovornosti poslovnih subjekata za njihovo poštovanje. Tako se Univerzalna deklaracija o ljudskim pravim, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima, Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima i Deklaracija o fundamentalnim principima i pravu na rad Međunarodne organizacije rada, odnosno ljudska prava ustanovljena ovim dokumentima definišu kao minimum međunarodno priznatih ljudskih prava, te kao takva tretiraju obaveznim za poštovati od strane poslovne zajednice.

Vrlo značajno za eventualni uspjeh na planu uspostavljanja globalnog sistema odgovornosti poslovnih subjekata za poštovanje ljudskih prava jeste i određenje u Polaznim principima da se odgovornost za poštovanje ljudskih prava odnosi na sve privredne subjekte, nezavisno od njihove veličine, poslovne aktivnosti, vlasničke i druge strukture. Ovime se, bez obzira na Polaznim principima potenciranu okolnost da se odgovornost za preduzimanje brojnih operativnih aktivnosti na planu poštovanja i zaštite ljudskih prava mora posmatrati i u kontekstu veličine i mogućnosti pojedinih subjekata, jasno promovise potreba i intencija smanjenja prostora za eventualno izbjegavanje odgovornosti prilagođavanjem organizacionih oblika i drugih performansi društva "povoljnijem" pravnom režimu.

U ovom dijelu promovisan je i detaljnije razrađen poseban koncept, tzv. "pristup dužne pažnje" (eng. "due diligence approach"). Njime se promovise proaktivan odnos privrednih subjekata u pogledu njihove odgovornosti za zaštitu međunarodnih ljudskih prava. U tom smislu, oni bi trebalo da uspostave nove i zaduže postojeće organe da sprovedu precizno definisane procedure u vezi sa procjenom trenutnih i budućih ekonomskih aktivnosti sa stanovišta njihovog "potencijala" za ugrožavanje ljudskih prava. Ovim pristupom se takođe promovise i uspostavljanje mehanizama za praćenje već uočenih rizika i konsultovanja sa relevantnim stejkholderima, te mehanizama redovnog praćenja pozicije poslovnog subjekta u pogledu poštovanja ljudskih prava onako kako su ona definisana Polaznim principima. Zatim, promovise se i uspostavljanje konkretnih mehanizama, procedura za redovno izvještavanje stejkholdera, pa i najšire javnosti o preduzetim aktivnostima na spriječavanju slučajeva kršenja ljudskih prava, ali i na ublažavanju posljedica u slučaju da je do kršenja već došlo. Najzad, ističe se i to kako se od poslovnih subjekata očekuje da obezijede pravno zadovoljenje žrtvama kršenja ljudskih prava do kojih je došlo posrednom, odnosno nepsorednom krivicom tih subjekata ili, pak, sarađuju u legitimnim postupcima za obezbjeđenje istog.

Kada se ima u vidu dobrovoljnost u primjeni kao jedno od osnovnih obilježja Polaznih principa, promovisani pristup dužne pažnje može se smatrati i jednim od potencijalno najznačajnijih doprinosa ovog dokumenta. Naime, pored brojnih međunarodnih organizacija, međuvladinih i nevladinih koje su pozdravi-

le i inkorporirale u svoje dokumente slične prirode čitav tekst ili, pak, suštinu Polaznih principa, isti su naišli na odobravanje i obavezivanje na primjenu od strane velikog broja najznačajnijih multinacionalnih kompanija, iz svake od globalno značajnih ekonomija, poput Kine, SAD-a, Njemačke, Kanade i drugih. Ipak, ovo se posebno odnosi na primjenu koncepata dužne pažnje iz Polaznih principa, koji je planetarno popularisan i u velikoj mjeri primijenjen u sklopu Globalnog dogovora Ujedinjenih nacija.¹⁰ Time su i sami Polazni principi, iako je ta primjena nesporno podložna daljoj interpretaciji, odnosno modalitetu primjene od strane subjekata koji ih dobrovoljno prihvataju, zaživjeli za vrlo kratko vrijeme od njihovog usvajanja od strane Savjeta za ljudska prava Ujedinjenih nacija.

Treća cjelina u sklopu Polaznih principa, odnosno “treći stub” baziran je na polazištu kako je obaveza države da obezbjedi odgovarajuću pravnu zaštitu žrtvama kršenja ljudskih prava, i to kroz ustanovljavanje dostupnih i efikasnih pravnih sredstava sudske, adiministrativne i druge prirode, čiji će se rezultati - pravno dejstvo odluka kojima treba da rezultiraju - odnositi neposredno i na poslovne subjekte koji su odgovorni za kršenja ljudskih prava. Pored pravnih sredstava kojima se mogu pokrenuti postupci za zaštitu ljudskih prava, obeštećenje oštećenih i kažnjavanje odgovornih poslovnih subjekata, državama se, u cilju stvaranja osnova za razvoj sveobuhvatnog i efikasnog sistema zaštite ljudskih prava, preporučuje da iznađu načina da snažno podrže razvoj posebnih procedura, kao i autonomnih udruženja i posebnih tijela u okviru njih koja bi bila zadužena za vođenje postupaka za zaštitu ljudskih prava. Ovdje se prije svega misli na mehanizme zaštite i postizanja zadovoljenja za oštećenu stranu koji se uspostavljaju pred profesionalnim udruženjima i njihovim organima, ali i onima koji se uspostavljaju u sklopu unutrašnje organizacije samih privrednih subjekata, čije je razvijanje, naravno, preporuka Polaznih principa i samom poslovnom sektoru. Njihov suštinski značaj je, kako se ističe u Polaznim principima, u tome da potencijalno znatno olakšavaju, tj. ubrzavaju put do pravnog zadovoljenja, jer se u idealnim situacija-

¹⁰ Posebno vrijedna pomena u ovom kontekstu je i sljedeća okonost. Članice tzv. “Globalnog dogovora” Ujedinjenih nacija (eng. “United Nations Global Compact”), plantarne inicijative pod okriljem najautoritativnije međunarodne organizacije, njih preko 12.000 privrednih društava iz 145 zemalja članica Ujedinjenih nacija, izričito su se obavezale na primjenu pristupa dužne pažnje, te poštovanje ljudskih prava čije se definicije poklapaju sa onima iz Polaznih principa, a *de facto* i na poštovanje Polaznih principa u cjelini. Precizni podaci o sadržini deset ključnih principa na čiju se primjenu obavezuju članice Globalnog dogovora Ujedinjenih nacija, te spisak tih privrednih subjekata dostupan je na zvaničnoj internet adresi ove inicijative: <http://www.unglobalcompact.org/> (posljednji put posjećen u junu 2014. godine). Na drugoj strani, kao osnovni nedostatak ove inicijative, najčešće se ističe nedostatak bilo kakvih mehanizama prinude, pa i onih koji bi bili ustanovljeni autonomnom regulativom, odnosno sporazumom samih članica. Više: *Berliner Daniel, Prakash Aseem*, From norms to programs: The United Nations Global Compact and global governance, Regulation & Governance, Volume 6, Issue 2, 2012, str. 149–166.

ma, koje su već danas znatno češće nego li prije deceniju ili dvije, sporni odnos u cjelini može riješiti na relaciji poslovni subjekat (štetnik) - oštećeno lice.

Konačno, uspostavljanje državnih i autonomnih mehanizma za utvrđivanje odgovornosti poslovnih subjekata, njihovo kažnjavanje, obavezivanje na isplatu obeštećenja ili otklanjanje uzroka i posljedica kršenja ljudskih prava, vjerujemo, najzahtjevnija je, odnosno najrizičnija preporuka za implementaciju. Ovo posebno imajući u vidu da sa sobom povlači i pitanje pokretanja postupka utvrđivanja odgovornosti multinacionalnih kompanija za tzv. "eksteritorijalna kršenja ljudskih prava", što je praksa na koju multinacionalne kompanije, najblaže rečeno, nerado pristaju. No, to će pitanje, između ostalih, biti predmet analize u narednim poglavljima.

DOBROVOLJNA PRIMJENA – PROBLEM ILI RJEŠENJE?

U prethodnom dijelu je već naglašeno kako je osnovna karakteristika pravne prirode Polaznih principa dobrovoljnost u njihovoj primjeni, tj. izostanak sankcija ili drugih mehanizama kojim bi se obezbijedila prinudna primjena u tom dokumentu sadržanih "odredbi".¹¹ Moglo bi se reći da je to u skladu sa višedecenijskom tendencijom u međunarodnom javnom pravu, tj. od ranije primijećenom nesrazmjerom između značaja koji, prije svih, imaju multinacionalne korporacije za promociju i zaštitu međunarodnih ljudskih prava i odsustva eksplicitno utvrđenih obaveza ovih subjekata u međunarodnom pravu da u tom pravcu preduzimaju određene mjere i snose odgovornost za kršenja ljudskih prava.¹² Na drugoj strani inkorporacija Polaznih principa, pa i strožijih standarda poštovanja ljudskih prava od strane poslovnih subjekata u regulatorne okvire razvijenih država, onih iz kojih dolazi i najveći broj multinacionalnih kompanija, pa samim tim i najznačajniji dio tzv. "korporativnog sektora", sama po sebi nije dovoljna da bi se primjenom ili "prijetnjom" primjene prinude od strane nosilaca javne vlasti obezbijedilo poštovanje ljudskih prava od strane multinacionalnih kompanija. Razlog tome su već pomenuti slučajevi eksteritorijalnog kršenja ljudskih prava, situacija u kojima multinacionalne kompanije posredno ili neposredno doprinose kršenju međunarodnih ljudskih prava u državama koje nijesu potpisnici obavezujućih međunarodnih pravnih instrumenata poput Međunarodnog pakta o gra-

¹¹ Kako smo već naglasili, suštinski je riječ o preporukama koje su sa nomotehničkog staništa na granici toga da uopšte mogu biti tretirane kao pravne norme, makar kada je riječ o pravnoj kulturi kontinentalno-evropskog pravnog miljea. No, njihova nomotehnička razrada je, vjerujemo, manji problem od postizanja političke podrške za to.

¹² Više o ovom problemu u međunarodnom pravu, njegovoj genezi i pokušajima da se isti riješi do angažovanja profesora Ruggie-a od strane Generalnog sekretara Ujedinjenih nacija 2005. godine: *Macklem Patrick*, Corporate Accountability under International Law: The Misguided Quest for Universal Jurisdiction, 7th International Law Forum du droit international, 2005, str. 281–289; *Holgado Pablo*, *Valor Carmen*, *De la Cuesta Marta*, op. cit., str. 70.

đanskim i političkim pravima i Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima ili, pak, nemaju nepristrasne i efikasne pravosudne sisteme koji bi se starali o poštovanju ovih i drugih međunarodnih obaveza. Štoviše, praksa je pokazala da i sudovi država sa dugom i primjerenom pravnom tradicijom u zaštiti ljudskih prava rijetko prihvataju zasnivanje nadležnosti za postupke kršenja ljudskih prava od strane multinacionalnih kompanija sa sjedištem u državi suda, ukoliko je riječ o kršenjima na teritoriji drugih država i to prava onih lica koja nemaju državljanstvo zemlje pred čijim se sudom pokušava zasnovati nadležnost.¹³

Kako je ideja vodilja Polaznih principa da standarde korporativno odgovornog poslovanja u pogledu poštovanja međunarodnih ljudskih prava učini univerzalnim u smislu obveznika njihove primjene i jurisdikcija u kojima ih imaju primjenjivati, to se pitanje pronalaženja efikasnog modela za sprječavanje eksteritorijalnih kršenja ljudskih prava od samog početka nameće kao jedno od ključnih za ocjenu kvaliteta i potencijalne djelotvornosti samog dokumenta. Štoviše, mogli bi reći da se kroz ovo pitanje prelama i jedna šira dilema, koja je, po prirodi stvari, takođe u osnovi našeg interesovanja. Kojim putem dalje u obezbjeđivanju primjene globalno prihvaćenog koncepta Ujedinjenih nacija, poznatog pod skraćanim nazivom "Poštuj, zaštiti, ispravi",¹⁴ odnosno samih Polaznih principa koji su iz njega nastali? S tim u vezi, poštovanje ljudskih prava, njihova zaštita i otklanjanje ili umanjivanje posledica njihovog kršenja nesporno su jedan on najbitni-

¹³ Iznenadjuće, imajući u vidu njihovu tradicionalno poslovnom sektoru naklonjenu regulativu, u jednom trenutku najznačajniji izuzetak u ovom smislu bile su Sjedinjene Američke Države. Možda i zato što je riječ o zakonskom tekstu starom gotovo koliko i same SAD, Zakon o pravu stranaca na podnošenje tužbenog zahtjeva u slučaju delikta (eng. "Aliens Tort Claims Act") dao je mogućnost, kako je to tumačio američki oblasni sud u čuvenom slučaju *Doe vs. Unocal* (2002), zasnivanja nadležnosti američkih sudova za slučajeve kršenja ljudskih prava od strane američkih kompanija van teritorije SAD-a, uz određene uslove, svakako. Više: *Chanin Joshua M*, "The Regulatory Grass is Greener": A Comparative Analysis of the Alien Tort Claims Act and the European Union's Green Paper on Corporate Social Responsibility, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, jul 2005, str. 745–778. Ipak, u obavezujućem mišljenju donijetom 2013. godine, u slučaju *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, Vrhovni sud SAD-a iznio je stanovište da ovaj zakonski akt, u pravilu, ne podrazumijeva prihvatanje nadležnosti za slučajeve eksteritorijalnih delikata, pa time ni kada se oni odnose na kršenja ljudskih prava. Pored SAD-a, Uredbom 44/2001, na nivou Evropske unije ustanovljena je takođe mogućnost podnošenja tužbenih zahtjeva sudovima Evropske unije protiv multinacionalnih kompanija zbog eksteritorijalnih kršenja ljudskih prava oštećenih koji imaju državljanstvo trećih zemalja. Takva praksa, međutim, nije još uvijek zaživjela u dovoljnoj mjeri, ali je samo postojanje ovakvog regulatornog rješenja učinilo komunitarni pravni okvir korporativnog poslovanja najpristupačnijim kada je zaštita od eksteritorijalnih kršenja ljudskih prava u pitanju. Vidi: *Wouters Jan, Chanet Leen*, Corporate Human Rights Responsibility: A European Perspective, *Northwestern Journal of International Human Rights* Volume 6, Issue 2, 2008, str. 261–303.

¹⁴ Vidi: *supra* podnožna napomena 7.

jih, ako ne i prvi prioritet društveno odgovornog poslovanja, pa smo mišljenja da se i problem poštovanja ljudskih prava od strane poslovnog sektora može posmatrati kroz širi problem obezbjeđenja uslova za društveno odgovorno poslovanje. Naravno, uzimajući u obzir svu osjetljivost, značaj i druge specifičnosti koncepta međunarodnih ljudskih prava, odnosno njegovog tretmana zasebno ili u kontekstu društveno odgovornog poslovanja.

Dakle, imajući u vidu ograde učinjene u tekstu gore, možemo se u kontekstu sagledavanja, odnosno traženja rješenja za našu osnovnu dilemu podsjetiti nekoliko ključnih pravaca u kojima se razvijala ideja društveno odgovornog poslovanja tokom zadnjih nekoliko decenija.¹⁵

Kao reakciju na samu ideju i prve u javnost iznijete stavove o društvenoj odgovornosti kompanija javila se "teorija akcionarskog (vlasničkog) interesa" ekonomiste i nobelovca Milton Friedman-a, otjelotvorena u njegovom stavu objavljenom 1962. godine. Isti je glasio "kako je jedina obaveza (odgovornost) privrednih subjekata da upotrijebe sredstva koja su im na raspolaganju i sprovede poslovne aktivnosti sa ciljem uvećanja profita", s tim da je istovremeno oštro kritikovao i sam koncept društveno odgovornog poslovanja, smatrajući ga pogubnim po ekonomije kapitalizma.¹⁶ Najveći broj autora, međutim, vremenom je odbio da se prikloni ovako "uskoj" interpretaciji koncepta društvene odgovornosti, pa je kao rezultat njene "nadogradnje" nastala takođe poznata "teorija interesa stejkholdera", gdje se od prosječne kompanije očekivalo da izađe u susret potrebama šireg kruga interesom neposredno povezanih lica, tzv. "stejkholdera", koji pored vlasnika uključuje i zaposlene, klijente, poslovne partnere i uopšte društvenu zajednicu u kojoj se sprovede poslovne aktivnosti.¹⁷ Razumljivo, međutim, ovoj teoriji se uglavnom zamjera kako je u okviru iste zanemaren *spiritus movens* svakog poslovnog subjekta, profit.¹⁸ S tim u vezi, posljednjih godina potencirana je jedna vrsta unaprijeđene teorije interesa stejkholdera, kojom se potencira značaj, tj. vrijednost same reputacije privrednog subjekata koji dokazano primjenjuje principe društveno odgovornog poslovanja, uključujući i one koji se odnose na zaštitu ljudskih prava, a koja u savremenom svijetu predstavlja sastavni dio "jednačine za

¹⁵ Inače, ideja, pa i sam termin društveno odgovorno poslovanje javljaju se još i tridesetih godina 20. vijeka, ali globalnu aktuelnost postiže tek u posljednjih nekoliko decenija. Više: *Savković Vladimir*, Društvena odgovornost kompanija, *Pravni život*, br. 12/2009, str. 425.

¹⁶ Friedman Milton, *Capitalism and Freedom*, University of Chicago Press, 1962, 1982, Poglavje VIII, str. 112.

¹⁷ Više o ovoj teoriji, te krugu lica koja se mogu smatrati stejkholderima, Kerr Michael, Janda Richard, Pitts Chip, *Corporate Social Responsibility – A Legal Analysis*, LexisNexis Canada, Markham, Onatrio, 2009, str. 13–14.

¹⁸ Vidi: *Jackson Kevin*, Natural law, human rights and corporate reputational capital in global governance, *Corporate Governance*, Vol. 8 Issue: 4, str. 440–455.

izračunavanje visine kapitala”, pa time i tržišne vrijednosti društva.¹⁹ Drugim riječima, potencira se stav kako se društveno odgovorno poslovanje isplati više nego nepoštovanje njegovih osnovnih principa. Da li je, međutim, zaista tako?

Vjerujemo da postoje razlozi zbog kojih se ne može povući znak jednakosti između društveno odgovornog poslovanja i rasta stope profita, makar ne u smislu zakonomjernosti. U različitim sektorima poslovanja, zahvaljujući specifičnosti određenih djelatnosti, posve je različit stimulans za društveno odgovorno poslovanje. Ne mali broj poslovnih subjekata ne zavisi u značajnoj mjeri od stava šire društvene zajednice, jer ne posluje direktno sa fizičkim licima.²⁰ Još značajnije, ni u najrazvijenijim državama većina ljudi još uvijek nema do te mjere razvijenu svijest o značaju društveno odgovornog poslovanja da bi bila spremna neposredno se uključiti u razne vrste bojkota i drugih neformalnih pritisaka na “neposlušne” poslovne subjekte. Treće, nažalost, mišljenja smo da ovo nije svijet malih, već velikih, a veliki su multinacionalne korporacije koje redovno posredno ili neposredno kontrolišu medije, koji opet odlučujuće utiču na stavove javnosti u najvećem broju slučajeva. Stoga je nerijetko lakše snositi “trošak” kontrole medija,²¹ nego troškove društveno odgovornog poslovanja. Naravno, ovime nije iscrpljena lista naših argumenata, ali je i rečeno, smatramo, dovoljno da opravda naš stav i prelazak na analizu učinkovitosti kogentnih, a ne samo normi čija je primjena dobrovoljna.

Konačno, ne poričući brojne nesporno pozitivne karakteristike tzv. “voluntarističkog pristupa” promociji i unapređenju društveno odgovornog poslovanja, iz gore navedenih i brojnih drugih razloga, ističemo stanovište da isti mora biti u značajnom dijelu korigovan primjenom tzv. “regulatornog pristupa”, zasnovanog na obavezujućim, kogentnim pravilima ponašanja poslovnih subjekata kada je društveno odgovorno poslovanje u pitanju, što je stav u kojem, naravno, nijesmo usamljeni.²² Jedan od pokazatelja opravdanosti ovakvog pristupa je da već decenijama neobavezujući pravni instrumenti, odnosno njihova promocija na dobrovoljnoj osnovi predstavlja pripremu za pretvaranje iz dispozitivnih u impe-

¹⁹ Tako: *Fogliasso Christine E., Aikins Katie*, Human Rights: Businesses’ Responsibility, *Franklin Business & Law Journal*, 2013(1), str. 22–23.

²⁰ Primjera radi, jedna multinacionalna kompanija koja se bavi eksploatacijom ruda metala, poput Barick Gold Corporation, sa stanovišta profitabilnosti takvog odnosa prema interesima brojnih stejkholdera, ne može imati jednak motiv za primjenu (ne samo formalnu promociju) najviših standarda društveno odgovornog poslovanja u oblasti ljudskih prava kakav imaju Coca – Cola Corporation ili McDonald’s Corporation, čiji se proizvodi svakodnevno konzumiraju od strane fizičkih lica čiji se broj mjeri milijardama.

²¹ Štoviše, često to nije trošak, već vlasništvo nad medijima nerijetko donosi profit, kako direktan, tako i onaj indirektnog karaktera.

²² Vidi: *Schouten Esther M.J.*, Defining the corporate social responsibility of business from international law, *Managerial Law*, Vol. 49 Iss: 1/2, 2007, str. 16–36; *Wouters Jan, Chanet Leen*, op. cit, str. 272–272.

rativne onih normi koje vremenom potvrde svoju opravdanost. Drugim riječima, ranije pozitivno prihvaćeni i u praksi dokazani dobrovoljni standardi korporativnog upravljanja danas su najčešće ugrađeni u *lex societatis* država prepoznatih po savremenom kompanijskom pravu i visokom stepenu javne svijesti o potrebi promocije društveno odgovornog poslovanja.

ZAKLJUČAK

POLAZNI PRINCIPI – KAKO DALJE?

Vraćajući se nakon kraćeg izleta na širi teren društveno odgovornog poslovanja problemu poštovanja ljudskih prava od strane poslovnog sektora, možemo zaključiti sljedeće. Značaj primjene standarda društveno odgovornog poslovanja na polju zaštite ljudskih prava, imajući u vidu značaj predmeta zaštite, nesporno je dodatno naglašen. S tim u vezi, možemo konstatovati kako je u istoj mjeri dodatno naglašena i potreba za prisustvom imperativnih propisa u ovoj oblasti, čije postojanje ne bi isključivalo primjenu volontarističkog pristupa, već bi bilo komplemenatno sa istim, odnosno dispozitivnim odredbama i već široko prihvaćenim Polaznim principima. Štoviše, potreba za propisima imperativne prirode, makar u ovom trenutku, ne proizilazi samo iz nespornog i velikog značaja koji se poštovanju kompleksu međunarodnih ljudskih prava s pravom pridaje na globalnom planu. Ista proizilazi i iz još jedne veoma bitne okolnosti. Naime, već smo istakli kako su Polazni principi suštinski sastavljeni od preporuka opšteg karaktera, čija je priroda na granici između pravnih normi i političke deklaracije. Kao takvi, nerijetko se primjećuje,²³ Polazni principi ne mogu pružiti odgovore na neka veoma značajna pitanja. Odgovore koje je neophodno dati unaprijed, kako eventualna dobrovoljna razrada promoviranih standarda na nacionalnom nivou, pod pretpostavkom da do iste uopšte dođe, ne bila karakterisana međusobno različitim modelima autentične interpretacije, čime bi se nesporno umanjila djelotvornost tako razrađenih standarda.

Pored same okolnosti da je njihova primjena dobrovoljnog karaktera i da ne utvrđuju precizne mehanizme “prinude” savremenih kompanija da poštuju ljudska prava, jedno od ključnih pitanja neriješeno Polaznim principima jeste ono koje se odnosi na određivanje osnova odgovornosti za kršenje ljudskih prava od strane poslovnih subjekata. Naime, nije teško ustanoviti odgovornost konkretnog privrednog društva koje je svojim radnjama neposredno uzrokovalo masovna ili pojedinačna kršenja ljudskih prava, svojih zaposlenih ili, primjera radi, stanovnika okoline neposredno zagađene otpadnim vodama iz industrijskog postrojenja. Nije sporan ni osnov kada je odgovorni poslovni subjekat sarađivao sa direktnim

²³ Vidi: *Mares Radu*, Defining The Limits Of Corporate responsibilities Against The Concept Of Legal Positive Obligations, The George Washington. International Law Review, Volume 40, 2009, str. 1158–1216.

krivcem za kršenje ljudskih prava, recimo, državom trećeg svijeta koja je protjerala svoje državljane sa njihove zemlje radi stvaranja uslova za eksploataciju nekog rudnog bogatstva. Međutim, u kolikoj je mjeri nečinjenje osnov za utvrđivanje odgovornosti već je sasvim drugo pitanje. Da li je, u slučaju saznanja o praksi kršenja ljudskih prava, izostanak odgovarajuće akcije tj. činjenja na planu sprječavanja ili ublažavanja posljedica osnov za utvrđivanje odgovornosti i pod kojim uslovima? Još kontroverznije, da li se osnovom odgovornosti može smatrati i izostanak dužne pažnje u pogledu propuštanja određenog poslovnog subjekta da dođe do pozdane informacije o kršenju ljudskih prava i u kojim slučajevima? Konačno, kakva je odgovornost multinacionalnih kompanija kada se u gore navedenim situacijama nađu njihova zavisna društva i da li ista uopšte postoji?

Dakle, za gore navedena i slična pitanja u kontekstu problema ustanovljavanja standarda za određivanje pravnog i posebno činjeničnog osnova odgovornosti poslovnih subjekata za kršenje ljudskih prava nena preciznog odgovora u Polaznim principima. Pružanje odgovora na ova pitanja, naglašavamo, nije bio ni naš cilj. Cilj je da potenciramo značaj istih za uspostavljanje djelotvornog sistema zaštite ljudskih prava od strane potencijalnih prekršilaca iz korporativnog i uopšte poslovnog sektora, a posebno činjenicu kako je te odgovore teško pružiti u sklopu dokumenta poput Polaznih principa.²⁴ Imajući to u vidu, možemo ovdje istaći i stav kako je budućnost tih mehanizama, ukoliko se zaista želi postići njihova djelotvornost, upravo u donošenju i primjeni neposredno obavezujućih pravnih instrumenata. To je, čini se, nedavno “konstatovala” i tijesna većina članica Savjeta Ujedinjenih nacija za ljudska prava kada je u junu 2014. godine usvojila već pomenutu Rezoluciju o izradi nove Konvencije.²⁵

Konvencije pod okriljem Ujedinjenih nacija koja bi riješila gore navedena pitanja i uspostavila precizan i primjenjiv sistem odgovornosti za kršenja ljudskih prava u međunarodnom pravu. Okolnost koja, međutim, više govori u prilog tome da je budućnost ove inicijative neizvjesna nego li sama činjenica da je Rezolucija izglasana tijesnom većinom jeste činjenica da su protiv nje glasale države poput SAD-a, Francuske, Ujedinjenog Kraljevstva, Japana i Italije. Imajući u vidu da je riječ o državama iz kojih po pravilu dolaze multinacionalne kompanije koje, kako se često ističe od relevantnih međunarodnih nevladinih organizacija, predstavljaju najveću opasnost u smislu prakse kršenja ljudskih prava, vjerujemo da su navedene države ovime potvrdile veliki uticaj koji poslovni sektor ima na njihovo

²⁴ Naravno, pod uslovom da je prethodno kao nesporna prihvaćena neophodnost postojanja mehanizama međunarodnog prava za utvrđivanje odgovornosti poslovnih subjekata za kršenja ljudskih prava, što je vrijednosni stav koji u ovom radu ne dovodimo u pitanje.

²⁵ Vidi: *supra* I Dio – Uvodne napomene.

ve vlade.²⁶ Takođe, time je, čini se, dovedena u pitanje i iskrenost javno iskazane i gotovo bezrezervne podrške koju su, svega nekoliko godina ranije, od ovih država dobili Polazni principi, dokument čiji su normativna razrada i uobličavanje Rezolucijom naznačeni kao osnov buduće konvencije.

Konačno, na stranu neizvjesna budućnost konvencije na čijoj su pripremi već započete prve aktivnosti, ovu analizu zaključićemo sa stavom koji smo ranije nagovijestili kao rezultat iste. Svijest prosječnog čovjeka o značaju kolektivnih, pa i dugoročnih ličnih interesa još uvijek nije na nivou koji bi omogućio da isti prevagnu odnosu na kratkoročni, svakodnevni lični interes. Onog trenutka kada se to desi moći ćemo da govorimo o primjeni volontarističkog pristupa kao ključnog u obezbjeđivanju poštovanja ljudskih prava od strane savremenih multinacionalnih kompanija i drugih poslovnih subjekata. Do tog trenutka, oslonac bi morao biti na pravnim instrumentima neposredno obavezujuće pravne prirode. Negiranje ovog stava, te protežiranje volontarističkog pristupa kao primarnog ili čak dovoljnog, vjerujemo, najviše ide u prilog onima kojima odgovara trenutno stanje nemogućnosti operacionalizacije principa odgovornosti privrednih subjekata za kršenja ljudskih prava u međunarodnom pravu.

VLADIMIR SAVKOVIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law,
University of Montenegro

SIGNIFICANCE AND PERSPECTIVES UNDERLYING PRINCIPLES OF THE UN ON THE BUSINESS SECTOR AND HUMAN RIGHTS

Summary

Globalization process is rapidly gaining on its intensity for the last couple of decades and has put business sector and especially multinational companies in the spotlight of international public law. Namely, primarily multinational companies have “built” a huge potential for infringing with the enjoyment of internationally recognized human rights, with the particular concern becoming the so called “extraterritorial” infringement cases. However, international law has yet to articulate the human rights obligations of companies and other business entities in an orderly manner and it is still far from providing mechanisms for efficient regulation of their conduct in the field of human rights. On the other hand, some positive developments have occurred recently. In 2011, The United Nations Guiding Principles for Business and Human Rights have been adopted unanimously by the United Nations Human Rights Council and they received a worldwide welcome, as an instrument of the so called “voluntary” approach to companies’ human rights obligation. This article analyses the Guiding Principles and examines the ratio and the outlooks for the UN Human Right Council recent initiative (the so called “2014 Ecuador Resolution”) being transformed into international binding legal instrument.

²⁶ Interesantno, protiv Rezolucije o izradi nove konvencije glasao je i predstavnik Crne Gore koja ni izbliza nije u sličnoj poziciji kao većina drugih “protivnika” izglasnog dokumenta. Razlozi takvog opredeljenja, međutim, autoru ovog teksta nijesu poznati.

STRAHINJA D. MILJKOVIĆ

DA LI JE SRBIJI POTREBAN POSEBAN ZAKON O FRANŠIZINGU – O predugovornoj objavi podataka –

POJAM FRANŠIZINGA

Kretanja na savremenom tržištu i potreba kapitala za osvajanjem novih tržišta kroz minimalna investiciona ulaganja nesumnjivo značajno utiču na razvoj savremenih autonomnih poslova trgovinskog prava. Jedan u nizu poslova koju su produkt kretanja na tržištu roba i kapitala je i franšizing posao, a samim tim i ugovor kao instrument njegove realizacije. Franšizing¹ kao specifičan investicioni metod ugovornog poslovanja,² tj. kao koncept ugovornog širenja poslovanja na ciljanom tržištu, u savremenim tržišnim okolnostima sve agresivnije dobija na značaju. Razlozi koji se sigurno mogu indetifikovati, a koji utiču na ekspanziju franšizing poslovanja jesu: a) potreba za rastom uspešnih poslovnih operacija i b) sposobnost postizanja takvog rasta povezivanjem sa drugima koji poseduju kapital i radnu snagu za tako nešto.³

Dr Strahinja D. Miljković, docent Pravnog fakulteta Univerzitet u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici.

¹ Pojam "franchise" – franšiza prvi put je upotrebljena u srednjovekovnoj Francuskoj. U to vreme franšiza je bila naziv za ugovor zaključen između kralja i gradskog saveta, na osnovu koga se gradskom savetu garantuje pravo upravljanja u okviru svojih aktivnosti, kao i u odnosu između grada i države, a takav franšizni grad poznat je pod imenom "Ville Franche" – Mendelsohn, M., *Franchising in Europe*, I Titele, London 1992, 107.

² Franšizing kao specifični investicioni metod ugovornog poslovanja najjednostavnije se može okarakteristi kao metod prodaje roba i usluga.

³ Mendelsohn, M., *Franchising law*, Second edition, Richmond 2004, 1.

Proizvodnja i distribucija robe, a takođe i vršenje (pružanje) usluga na svim nivoima u savremenom privredno-trgovinskom poslovanju dobrim delom su obezbeđeni franšizing transakcijama.⁴ Franšizing transakcijama u savremenim okolnostima tržišnog poslovanja⁵ obuhvaćeni su proizvođači, prodavci na veliko i prodavci na malo. Izuzev ove tri kategorije učesnika koji su među najznačajnijim privrednim subjektima franšizing transakcija, franšizing transakcija nalazi svoju primenu i u oblastima maloprodaje,⁶ turizma,⁷ hotelijerstva,⁸ rekreacije,⁹ raznih vidova zabave,¹⁰ brze hrane i restorana,¹¹ pekarske industrije,¹² poslovnih (advertising, marketing, računovodstva, finansija itd.) usluga,¹³ i u ostalim tercijarnim

⁴ Tokom 1970. godine u SAD-u godišnja maloprodaja ostvarena od franšize procenjena je na preko 95 milijardi \$, dostupno na: <http://www.franchise-law.com/PracticeAreas/Brief-History-of-Franchising.asp> U 2010. godini procenjeni rast prometa poslovanja franšizing preduzeća iznosi 868,6 milijardi US\$ - The International Franchise Associations Educational Foundation, dostupno na: www.franchise.org (datum pristupa: jul 2014).; Uslužni sektor u Francuskoj je u toku 2010. godine činio preko 60 odsto ukupnog prometa franšize. Prema podacima Federation Francaise de la franchise (FFF) u 2012 godini, broj franšizing mreža je 1658, sa ukupnim brojem zaposlenih od 323.497 i ostvarenim prometom od 50,68 milijardi evra, a 2013 godine broj franšizing mreža je 1719, sa ukupnim brojem zaposlenih od 308.993 i ostvarenim prometom od 47,4 milijardi evra, dostupno na: <http://www.franchise-fff.com/franchise/chiffres-cles/les-chiffres-cles-en-france.html> (datum pristupa: avgust 2014).

⁵ U EU u toku 2010 godine procenjeni rast poslovanja franšizing preduzeća iznosi 300 milijardi US\$ - European Franchise Federation Statistics 2010, dostupno na: www.eff-franchise.com (datum pristupa: april 2014).

⁶ Walls of Books; 7-Eleven Inc., Street Corner, Learning Express Toys, Freshplus, Apricot Lane Boutique, Petland, itd.

⁷ Cruise Planer/American Express, Cruise Holidays, Cruise One, Cruise Holidays, Cruise On, ITrip, Expedia CruiseShipCentres.

⁸ Baymont Inn & Suites, Hilton Garden Inn, Inter Continental Hotels Group, Hampton Hotels, Doubletree by Hilton, Par Inn by Radisson, Centerstone Inns, Hotels & Plaza Hotels, Wyndham Hotel Group, Hilton Worldwide, Marriott International, Choce Hotels, InterContinental Hotels Group, itd.

⁹ Retro Fitness, Xist Fitness, Amazing Athletes, Max Muscle Sports Nutrition, Medi - Weightloss Clinics Natur house, Snap Fitness, Gold's Gym, Jazzercise, GNC Live Well, itd.

¹⁰ Young Rembrandts, Nutty Scientists, Banch to Rock, Tasty Image, StageCoach Theatre Arts Schools, Club Scientific, Discount Part Stores, Young Rembrands, itd.

¹¹ Taco Bell, KFC, McDonald's, Burger King, A&W Restaurants, SUBWAY, Pizza Hut, itd.

¹² Dunkin Donuts, Tim Hortons, Auntie Anne s Pretzels, Cinnabon, itd.

¹³ AArrow Advertising, Crestcom Intl LLC, Colbert/Ball Tax Service, Dynamic Advisory Solutions, Dale Carnegie Training, Murphy Business & Financial Corp, Top Match, Express Employment Professionals, Maaco, RadioShack Corporation, H&R Block, Liberty Tax Service, Action COACH, itd.

oblastima.¹⁴ Franšizing kao investicioni metod ugovornog poslovanja, omogućava davaocu franšize¹⁵ da uz minimalna investiciona ulaganja i minimalne investicione rizike proširi svoje poslovanje na ciljanom tržištu. Značaj franšizinga kao investicionog metoda je u tome što se primaocu franšize¹⁶ zaključenjem ugovora omogućava pristup razvijenom franšizing *network*-u (mreži) tj. franšizing sistemu.¹⁷ Primalac franšize pristupanjem franšizing mreži koristi sve prednosti razvijenog i u praksi proverenog sistema poslovanja davaoca franšize.¹⁸ Iako je primalac franšize *de facto* podređen davaocu franšize, on uživa pravnu samostalnost tj. posluje u svoje ime i za svoj račun.¹⁹ Investicioni rizici nisu isključeni oni i dalje postoje ali umnogome su manji nego da primalac franšize započinje samostalno sa razvojem svog poslovanja. Korišćenje uspešnog metoda poslovanja, smanjeni investicioni rizici i samostalnost u poslovanju predstavljaju opredeljujuće razloge da potencijalni primalac franšize pristupi franšizing mreži – *network*.²⁰

OSVRT NA REŠENJA SADRŽANA PREDNACRTOM ZAKONIKA O OBLIGACIONIM ODNOSIMA

Rad na donošenju Građanskog zakonika tj. Prednacrtu građanskog zakonika Republike Srbije²¹ odlikuje se uvođenjem novih pravnih instituta. Prednacrt

¹⁴ Više o tome u kojim oblastima postoji franšizing poslovanje videti na, dostupno na: www.franchisedirect.com (datum pristupa: jul 2014).

¹⁵ Autor zastupa stav da je “franšiza – *franchise*” (predstavlja skup elemenata: prava, usluga i metoda poslovanja) predmet ugovora o franšizingu, a da lice koje na osnovu ugovora o franšizingu ustupa predmet treba nazivati “davalac franšize” – Miljković, S., *Pravni odnosi kod ugovora o franšizingu*, doktorska disertacija, Novi Sad, 2014, 2-8.

¹⁶ Autor se opredeljuje za termin “primalac franšize”, a ne za termin “korisnik franšize” iz razloga što se kao “korisnik” javlja krajnji korisnik usluga i potrošač proizvoda čija su prava jednosmerna. Za razliku od “korisnika” “primalac franšize” je lice koje se nalazi u pravnom odnosu prema davaocu franšize, s jedne strane, tako da se nalazi i u pravnom odnosu prema korisniku usluga – krajnjem potrošaču, s druge strane. Primalac franšize ima određena prava i obaveze u odnosu na davaoca franšize, a takođe ima i određena prava i obaveze prema korisniku usluga. *Ibid*, 8.

¹⁷ Franšizni sistem čine davalac franšize i svi primaoci njegove franšize. Na davaocu franšize je da osigura rad i rast sistema te prepoznatljivost i kvalitetu marke. Zahvaljujući zajedničkoj marki, franšizni sistem gradi identitet i reputaciju u očima svojih kupaca. Glavni čuvar reputacije, prepoznatljivosti i vrednosti je **davalac franšize**. Franšizni sistemi su izgrađeni na odnosu koji davalac franšize zasniva sa primaocima franšize. – www.pks.rs/fransizing

¹⁸ Primalac franšize – *franchisee* koristi razvijen metod poslovanja i tehnologije koje je razvio davalac franšize – *franchisor*, a takođe i određene oblike inetelektualne svojine.

¹⁹ Primalac franšize – *franchisee* u odnosima sa trećim licima nastupa samostalno i odgovara kao nezavistan pravni subjekt.

²⁰ Miljković, S., *nav. delo*, 22.

²¹ Prednacrt građanskog zakonika Republike Srbije – Obligacioni odnosi, 2009.

tom zakonika po prvi put se pokušavaju regulisti poslovi koji su do sada spadali u kategoriju neimenovanih ili su bili posredno regulisani primenom onih odredaba kojima su se regulisali poslovi slični neimenovanim pravnim poslovima. Jedan od pravnih poslova koji je svoje mesto našao u Prednacrta zakonika jeste i ugovor o franšizingu. Predviđanje ugovora o franšizingu u jednom pravnom aktu kao što je Zakonik, pa čak i u formi Prednacrta, predstavlja prekretnicu i iskorak u pogledu pravnog normiranja ovog ugovora.

Značaj pravne regulative ugovora o franšizingu predstavlja prekretnicu i u onom smislu što se ugovornim stranama pruža pravna sigurnost. Razlog je upravo u tome što se davaocu franšize, usled nepostojanja zakonskog akta, otvara mogućnost da svoj ekonomsko dominantiji položaj koji ima nad primaocem franšize iskoristi za moguće fraudalno ponašanje. Davalac franšize je taj koji sastavlja ugovor o franšizingu, a primalac franšize je taj koji samo prihvata ili ne prihvata nacrt ugovora, tj. primalac franšize nema mogućnosti da utiče na sadržinu budućeg ugovora. Iz takvog ekonomski inferiornijeg položaja primaoca franšize, davalac franšize može određivati sadržinu ugovora na osnovu kojeg bi mogao/može ekonomski eksploatisati primaoca franšize. S druge strane, postojanje pravne regulative omogućilo bi sudovima da na efikasniji i celishodniji način rešavaju sporove koji mogu nastati povodom ugovora o franšizingu. Nerazvijena sudska praksa kao i poslovna praksa, dovode sudove u položaj da veoma često nisu u mogućnosti da pravično rešavaju sporove nastale povodom realizacije ugovora o franšizingu.

Odredbama Prednacrta građanskog zakonika predviđaju se rešenja u skladu sa pravnom regulativom razvijenih ekonomija. Prednacrt zakonika ugovoru o franšizingu tj. pravnim odnosima iz ugovora o franšizingu posvećuje sedamnaest članova.²² Prednactrom zakonika regulisan je: 1) pojam ugovora;²³ 2) sadržina ugovora;²⁴ 3) forma ugovora;²⁵ 4) registracija ugovora;²⁶ 5) podfrašizing;²⁷ 6) obaveze i odgovornost davaoca franšize;²⁸ 7) obaveze primaoca franšize;²⁹ 8) ograni-

²² Glava XLVII; čl. 1257–1273. Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije – *nav. delo*.

²³ Član 1257. Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije – *nav. delo*.

²⁴ Član 1258. Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije – *nav. delo*.

²⁵ Član 1259. Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije – *nav. delo*.

²⁶ Član 1260. Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije – *nav. delo*.

²⁷ Član 1261. Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije – *nav. delo*.

²⁸ Član 1262–1263. Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije – *nav. delo*.

²⁹ Član 1264. Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije – *nav. delo*.

čenje prava;³⁰ 9) trajanje i obnova ugovora;³¹ 10) prestanak ugovora;³² 11) obaveza lojalne konkurencije³³ i 12) čuvanja poslovne tajne.³⁴

Registracija ugovora. – Novina prilikom pravnog normiranja ugovora o franšizingu je sistem registracije ugovora, tj. ugovor se mora evidentirati u registar kod nadležnog organa kako bi proizvodio pravno dejstvo.³⁵

Prema odredbama Prednacrta, predviđa se da “ugovor o franšizingu, njegove izmene i dopune i prestanak ugovora upisuju se u registar kod agencije za privredne registre u skladu sa posebnim zakonom”.³⁶ Pravo na upis tj. obaveza upisa može biti kako na strani davaoca franšize³⁷ tako i na strani primaoca franšize.³⁸ Davaocu franšize ostavlja se rok od sedam dana od dana zaključenja ugovora ili od njegovih izmena ili dopuna ili prestanka da izvrši upis u registar kod nadležnog organa.³⁹ Za razliku od obaveze davaoca franšize da izvrši upis u registar povodom ugovora o franšizingu, tj. svih ugovornih promena ili prestanka ugovora, primalac franšize na osnovu odredaba Prednacrta može imati samo obavezu upisa ugovora. Smatramo da je neophodno predvideti mogućnost da i primalac franšize, može pored upisa ugovora, da izvrši i upis prilikom izmena i dopuna ugovora. Primalac franšize mogao bi izvršiti navedene upise ako je davalac franšize sprečen u tome ali samo uz njegovu saglasnost. Postavlja se pitanje šta će se desiti ako je ugovor doživeo određene izmene i dopune koje su u korist primaoca franšize, a davalac franšize propusti da u navedenom roku izvrši upis. Davalac franšize može nenamerno ili namerno da ne izvrši upis tj. da bude sprečen da izvrši upis izmena ili dopuna ugovora, a primalac franšize bio bi oštećena strana. Da bi se takve situacije izbegle, smatramo opravdanim da je neophodno da se i primaocu franšize pruži mogućnost upisa u registar izmena ili dopuna ugovora bez saglasnosti davaoca franšize kada se čini očiglednim da ne želi da izvrši upis izmena ili dopuna.

³⁰ Član 1265. Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije – Obligacioni odnosi, 2009.

³¹ Član 1267-1268. Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije – Obligacioni odnosi, 2009.

³² Član 1269-1270. Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije – Obligacioni odnosi, 2009.

³³ Član 1272. Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije – Obligacioni odnosi, 2009.

³⁴ Član 1273. Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije – Obligacioni odnosi, 2009.

³⁵ Kalifornijski Zakon o franšiznom investiranju iz 1970 godine – California Franchise Investment Law, California Corporations Code, Div. 5, Parts 1-6, Section 31000et. Seq., CCH Business Franchise Guide 3050; predviđa institut registracije franšize tj. niko ne može prodavati ili kupovati franšizu ako ona nije registrovana.

³⁶ Član 1260. stav 1. Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije – *nav. delo*.

³⁷ Član 1260. stav 2. Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije – *nav. delo*.

³⁸ Član 1260. stav 3. Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije – *nav. delo*.

³⁹ Član 1260. stav 2. Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije – *nav. delo*.

Odredbama Prednacrta predviđa se da "... upis u registar franšizinga nema konstitutivno dejstvo, već evidencioni karakter".⁴⁰ Redaktor polazi od stava da je registracija ugovora pre svega informativnog karaktera, tj. ne utiče na konstituisanje ugovora između ugovornih strana. Bez obzira na to da li je ugovor registrovan ili kada to nije slučaj, pravni odnosi između ugovornih strana postoje i oni obavezuju i davaoca franšize i primaoca franšize. Iako uslov registracije nije uslov punovažnosti ugovora, ugovor je obavezujući za ugovorne strane iako nije registrovan. Ipak, smatramo da, upis u registar ne treba da ima samo evidencioni (informativni karakter), već da upis u registar treba da ima konstitutivan karakter. Shvatanja smo da nadležni organ mora da vrši kontrolu ispunjenosti formalnih i materijalnih uslova ugovora, a naročito predmeta ugovora – franšize. Ovakav stav proizlazi iz činjenice da nadležni organ pre upisa ugovora treba da izvrši kontrolu ispunjenosti navedenih uslova jer se ovim ugovorom može uticati na slobodu konkurencije. Stav opravdavamo time da usled nepostojanja poslovne prakse ugovor o franšizingu može predstavljati sredstvo ostvarivanja "tihog monopola" na našem tržištu robe, usluga i kapitala. Samo onda kada nadležni organ utvrdi da su ispunjeni formalni i materijalni uslovi, daće saglasnost na upis ugovora u registar. Odredbama Prednacrta predviđa se da ugovor ima pravno dejstvo prema trećim licima, tj. "...u odnosima prema trećim licima, ugovorne strane se mogu pozivati na ugovor o franšizingu samo od momenta njegove registracije".⁴¹ Takvim pristupom predviđa se pravna sigurnost trećih lica, i to u pogledu odgovornosti davaoca i primaoca franšize. Treća lica koja se najčešće pojavljuju u ulozi krajnjih korisnika usluga ili krajnjih kupaca proizvoda jesu lica koja najčešće i ne znaju da je reč o franšizing poslovanju, već smatraju da je reč o jednom poslovnom entitetu koji na tržištu posluje preko svoje filijale. Kada se pričinu šteta korisniku usluga ili kupcu proizvoda, a u slučaju da ugovor nije registrovan, predviđa se da će savesnom trećem licu koje pretrpi štetu "...usled neizvršenja obaveze upisa u registar davalac i primalac franšizinga odgovarati solidarno".⁴² Upravo ovom odredbom redaktor pruža pravnu zaštitu trećim licima ali pod uslovom njihove savesnosti. Treće lice zna da će u slučaju nastanka štete solidarno odgovarati i davalac i primalac franšize bez obzira što ugovor nije registrovan. Tako se ne ostavlja mogućnost da treće lice usled nastanka štete ostane uskrećeno za nadoknadu štete pod izgovorom da je to obaveza ili davaoca franšize ili primaoca franšize.

Podfranšizing. – Odredbama Prednacrta predviđa se i institut podfranšizinga (subfranchise). Primalac franšize ima pravo "... da isključiva prava ili deo tih prava, koja su na njega preneti ovim ugovorom, prenese na drugo lice uz saglasnost davaoca franšizinga".⁴³ Pored odredbe kojom se primaocu franšize pruža

⁴⁰ Član 1260. stav 4. Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije – *nav. delo*.

⁴¹ Član 1260. stav 5. Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije – *nav. delo*.

⁴² Član 1260. stav 6. Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije – *nav. delo*.

⁴³ Član 1261. stav 1. Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije – *nav. delo*.

mogućnost da može preneti prava – zaključiti ugovor o podfranšizingu samo uz saglasnost davaoca franšize, odredbama se predviđa i obaveza primaoca franšize da izvrši prenos prava na “...određeno lice i na određeno vreme”.⁴⁴ Prenos prava iz ugovora na treće lice od strane primaoca franšize može biti određeno kao njegovo pravo, s jedne strane, dok, s druge strane, to može biti njegova ugovorna obaveza koju je odredio davalac franšize. Odredbama Prednacrta ne predviđa se pravna sudbina ugovora o podfranšizingu u slučaju prestanka ugovora o franšizingu. U pojedinim pravnim sistemima prihvaćeno je da u slučaju prestanka ugovora o franšizingu automatski prestaje i ugovor o podfranšizingu,⁴⁵ dok je u drugim pravnim sistemima predviđeno da se u slučaju prestanka ugovora o franšizingu davaocu franšize iz ugovora o franšizingu omogućava da sa primaocem iz ugovora o podfranšizingu zaključi ugovor o franšizingu tj. ugovor o podfranšizingu postaje ugovor o franšizingu.⁴⁶ Upravo u drugom slučaju ostvaruje se potpun tripartitni odnos, iako davalac franšize i primalac podfranšize franšize iz ugovora o podfranšizingu nisu u direktnom pravnom odnosu.⁴⁷

Odgovornost. – Pored predviđanja obaveza koje davalac franšize ima prema primaocu franšize, značajno je i pitanje odgovornosti davaoca franšize. Prednacrt predviđa da je davalac franšize odgovoran “... za postojanje i sadržinu prenetih prava kao i za informacije date primaocu u cilju obavljanja programa prenetih prava”.⁴⁸ Predviđanje odgovornosti davaoca franšize za sadržinu prenetih prava i ustupljenih informacija značajne su za poslovanje primaoca franšize. Primalac franšize najčešće je ekonomski inferiornija strana (ne mora uvek tako i da bude), a ugovor o franšizingu je formularan i adhezioni, pa predviđanje odgovornosti davaoca franšize ima značaja jer se pravna zaštita pruža primaocu franšize. Poslovna praksa kao i sudska praksa ekonomija sa razvijenim franšizing poslovanjem kao najčešći osnov raskida ugovora poznaju raskid ugovora usled zablude primaoca franšize, a koja nastaje usled pružanja netačnih ili nepotpunih informacija i prenetih prava. Na osnovu odredaba Prednacrta, predviđa se da primalac franšize “...ima pravo da izjavi da raskida ugovor, ili da umanjí naknadu koju duguje davaocu, u srazmeri koju utvrdí nezavisni ekspert”.⁴⁹ Primalac franšize u navedenom slučaju odgovornosti davaoca franšize ima mogućnost izbora da li će

⁴⁴ Član 1261. stav 2. Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije – *nav. delo*.

⁴⁵ Više o tome videti u Miljković, S., *nav. delo*, 228.

⁴⁶ *Ibid*, 228.

⁴⁷ Mogućnost da primalac podfranšize iz ugovora o podfranšizingu stupi u pravni status primaoca franšize značajna je, s jedne strane, za davaoca franšize iz razloga jer se može pokazati da primalac podfranšize posluje ekonomski opravdano, dok, s druge strane, primalac podfranšize i dalje može nastaviti da posluje u okviru franšizing mreže i time ostvarivati dobit stupajući u pravni status primaoca franšize.

⁴⁸ Član 1263. stav 1, Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije – *nav. delo*.

⁴⁹ Član 1263. stav 2, Prednacrta građanskog zakonika Republike Srbije – *nav. delo*.

raskinuti ugovor ili će nastaviti da posluje u okviru franšizing sistema, ali uz plaćanje umanjene franšizne naknade (royalty). Od procene ekonomske opravdanosti da li da nastavi da posluje, iako mu je davalac franšize dao netačne ili nepotpune informacije ili preneo prava, primalac franšize odlučuje o daljoj sudbini ugovora o franšizingu. Primalac franšize na osnovu odredaba raspolaže opcionim dispozitivnim pravom tj. pravom izbora da raskine ugovor ili da produži da posluje uz umanjenu franšiznu naknadu.

Restriktivne klauzule. – Prednacrt zakonika pravi još jedan značajan pomak prilikom predviđanja pravne regulative ugovora o franšizingu, i to u odnosu na restriktivne klauzule. Restriktivne klauzule predstavljaju esenciju ugovora o franšizingu bez obzira na njegovu pojavnu formu, čineći ga specifičnim i različitim od ostalih ugovora savremenog trgovinskog i obligacionog prava. Postojanje restriktivnih klauzula u ugovoru o franšizingu i njihovo dejstvo koje proizvode na ugovorne strane mogu da utiču na razvoj slobode konkurencije. Da bi se ugovor o franšizingu mogao zaključiti, tj. realizovati neophodno je da ispunjava određene uslove utvrđene u posebnim aktima kojima se predviđa ili individualno ili grupno izuzeće.⁵⁰ Nerazvijenost poslovne prakse, a samim tim i sudske prakse u nas, s jedne strane, i primena opštih pravila i načela građanskog i ugovornog prava na ugovor o franšizingu, s druge strane dovela bi do nemogućnosti zaključenja ugovora o franšizingu. Odredbe ugovora o franšizingu tj. klauzule sadržane u njemu u suprotnosti su sa opšteprihvaćenim načelima ugovornog i obligacionog prava. Striktnim tumačenjem načela dolazi se do zaključka da je ugovor o franšizingu ništav jer nije u skladu sa opšteprihvaćenim načelima. Upravo da ne bi došlo do toga, odredbama Prednacrt predviđaju se restriktivne klauzule koje mogu biti sadržane u ugovoru.⁵¹ Ovakvim decidnim određenjem restriktivnih klauzula koje su dozvoljene, zakonodavac prihvata rešenja razvijenih ekonomija koje imaju bogatu poslovnu i sudsku praksu u oblasti franšizing poslovanja. Predviđanjem restriktivnih klauzula koje su dozvoljene zakonodavac izlazi u susret rešenjima sadržanim u aktima donetim od strane Evropske komisije – European Commission (EC). Ipak, i pored nabrojanja koje su klauzule dozvoljene, redaktor u Prednacrtu predviđa da se u ugovor ne smeju unositi klauzule tj. smatraće se ništavim ograničenja koja se odnose na: a) određivanje cene – klauzula fiksiranja cene i b) ograničenje prodaje određenoj kategoriji lica ili isključivo kupcima na određenoj teritoriji.⁵² Postavlja se pitanje ako se težilo ka rešenjima koja su usvojila razvijena pravna zakonodavstva, poslovna i sudska praksa, a samim tim rešenjima sadr-

⁵⁰ Pravilnik o vertikalnim sporazumima EK – EC Regulation on Vertical Agreements dostupno na: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/vertical.html> (datum pristupa: avgust 2014) i http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/guidelines_vertical_en.pdf (datum pristupa: avgust 2014).

⁵¹ Član 1265. stav 1, Prednacrt građanskog zakonika Republike Srbije – *nav. delo*.

⁵² Član 1265. stav 2. Prednacrt građanskog zakonika Republike Srbije – *nav. delo*.

žanim u Smernicama⁵³ i Uredbama,⁵⁴ zašto nisu predviđene i one klauzule koje se smatraju zabranjenim a koje se nalaze na “crnoj listi”.⁵⁵ Autor rada smatra da se treba pristupiti proširenju predviđenih klauzula koje se smatraju ništavim i to tako što će se izvršiti dopuna primenjujući rešenja sadržana u aktima donetim od strane Evropska komisije.

O PREDUGOVORNOJ OBJAVI PODATAKA (*DISCLOSURE LAW*)

Raspoglanje relevantnim informacijama u savremenim tržišnim uslovima poslovanja na globalnom, regionalnom i mikronivou predstavlja uslov ostvarivanja konkurentnosti na tržištu. Relevantne informacije kojima raspolaže davalac franšize predstavljaju osnov uspeha konkurentnosti primaoca franšize na tržištu. Ipak, između davaoca i primaoca franšize postoji asimetrija raspolaganja relevantnim informacijama. Davalac franšize je taj koji raspolaže relevantnim informacijama koje se odnose na franšizing poslovanje, dok primalac franšize može raspolagati tim istim informacijama samo ako i ukoliko mu ih davalac franšize učini dostupnim. Informacije koje imaju značaja za primaoca franšize poznate su kao “predugovorne informacije” (*disclosure information*), a odnose se na poslovanje davaoca franšize i franšizing mreže. Davalac franšize bez obzira na to o kojoj je javnoj formi franšizing poslovanja reč u obavezi je da učini dostupnim podatke o poslovanju, tj. adekvatne informacije, potencijalnom primaocu franšize.⁵⁶ Značaj otkrivanja predugovornih informacija je u tome da se potencijalnom primaocu franšize kao ekonomski inferiornoj ugovornoj strani omogućiti uvid u poslovanje franšizing mreže i davaoca franšize, a da na osnovu uvida u realno stanje poslovanja donese konačnu odluku da li pristupa ili ne franšizing mreži. Dokument koji je davalac franšize dužan da podnese potencijalnom primaocu franšize na uvid, a koji sadrži neophodne predugovorne informacije poznat je pod

⁵³ Guidelines on Vertical Restraints, OJ C130, 19. 05. 2010.

⁵⁴ Commission Regulation (EC) No. 330/2010 of 20 April 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, OJ No. L 102/, 23. 4. 2010.

⁵⁵ Commission Regulation (EC) No. 1475/95, dostupno na: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/1475an2_en.html (datum pristupa: avgust 2014).

⁵⁶ Art. 1:201, Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts – PEL CAFDC 2006: “(1) Svaka strana mora proslediti drugoj strani adekvatne informacije u razumnom roku pre zaključenja ugovora. U slučaju neizvršenja, paragraf (3) primenjuje se. (2) Adekvatne informacije predstavljaju informacije koje su dovoljne da se druga strana informiše i odluči da li želi da sklopi ugovor takve vrste i pod takvim uslovima, ili ne. (3) Ukoliko neizvršenje usklađivanja jedne ugovorne strane sa paragrafom 1 dovede do toga da druga strana zaključi ugovor, a prva strana je znala ili se moglo razumno očekivati da druga strana zna, da je dobila adekvatne informacije na vreme, ne bi sklopila ugovor, ili bi sklopila ugovor pod fundamentalno drugačijim uslovima, primenjuju se lekovi za zablude prema PEL CAFDC poglavlju 4. (4) Ugovorne strane ne mogu odstupiti od ove odredbe.”

nazivom “dokument objave” (*disclosure document*).⁵⁷ Dostavljanjem dokumenta objave uspostavlja se određena ravnoteža između davaoca franšize kao ekonomski dominantnije strane i potencijalnog primaoca franšize kao ekonomski inferornije ugovorne strane. Iako na prvi pogled i površno može izgledati da davalac franšize ima ključnu reč prilikom zaključenja ugovora, detaljnijom analizom dolazi se do zaključka da se potencijalnom primaocu franšize upravo u predugovornoj fazi omogućava da ima odlučujuću reč u pogledu zaključenja ugovora. Koliko je potencijalni primalac franšize nemoćan da određuje sadržinu ugovora o franšizingu, s jedne strane, toliko bar na trenutak ima moć da odredi sudbinu budućeg ugovora o franšizingu, s druge strane. Predugovorna obaveza davaoca franšize da učini dostupnim podatke o poslovanju franšizing mreže ili o ličnom poslovanju pravni osnov nalazi u aktima donetim kako na nacionalnom,⁵⁸ tako i u aktima donetim na međunarodnom nivou.⁵⁹ Treba istaći da je povećana pažnja nacionalnih pravnih akata pre svega stavljena na predugovornu obavezu objave podataka (*disclosure law*) i sadržinu dokumenta objave (*disclosure document*).⁶⁰ Razlog ovakvog stava i trenda legislative je moguće fraudalno ponašanje davaoca franšize.⁶¹ Davalac franšize kao ekonomski jača ugovorna strana, uz pojačanu i agre-

⁵⁷ Primalac franšize sve dok prethodno ne potpiše “dokument o tajnosti podataka” ne može dobiti dokument objave, a to iz razloga što njegovu sadržinu čine poverljive informacije (*confidential information*). Dokumentom o tajnosti podataka davalac franšize štiti sebe, a to na način što potencijalnog primaoca franšize obavezuje da sve one podatke koje je saznao, a koji se tiču poslovanja franšizing mreže ne sme učiniti dostupnim drugom licu ili ih učiniti javnim.

⁵⁸ California Franchise Investment Law, California Corporations Code, Div. 5, Parts 1-6, Section 31000et. Seq., CCH Business Franchise Guide 3050; Loi, n. 89-1008 du 31 decembre 1989 relative au developpement des entreprises commerciales et artisanales et a l'amelioration de leur environnement economique, juridique et social, JCP 1990; “Legge 6. maggio” 2004 n. 129 “Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale” – Law no. 129 Provisions for the discipline of commercial affiliation, itd.

⁵⁹ On 25 September 2002 the Governing Council of UNIDROIT adopted the “Model Franchise Disclosure Law” finalised by a Committee of Governmental Experts convened by the organization to examine a draft prepared by the UNIDROIT Study Group on Franchising.

⁶⁰ Smernicama UFOC – *Uniform Franchise Offering Circular Guidelines* donetim od strane *North American Securities Administrators Association* (NASAA) i *Midwest Securities Commissioners Association* (MSCA) predviđa se 23 oblasti informacija koje davalac franšize treba učiniti dostupnim primaocu franšize i to o: 1) davaocu franšize i produžnicama; 2) poslovnom iskustvu; 3) sporovima; 4) bankrotu; 5) početnoj franšiznoj naknadi; 6) drugim naknadama; 7) početnim investicijama; 8) ograničenjima vezanim za izvore proizvoda i usluga; 9) obavezama primaoca franšize; 10) finansiranju; 11) obavezama davaoca franšize; 12) teritoriji; 13) robnim markama; 14) patentima, autorskim pravima i vlasničkim informacijama; 15) obavezi učestvovanja u aktuelnim operacijama franšizing poslovanja; 16) ograničenjima vezanim za to šta primalac franšize može prodavati; 17) odredbama o obnovi, prekidu, prenosu i sporovima; 18) o javnim ličnostima; 19) potvrdi o zaradi; 20) listi ogranaka; 21) finansijskom izveštaju; 22) ugovorima i 23) potvrdi – priznanici.

⁶¹ Pedesete godine XX veka predstavljaju period agresivnog ulaska franšizi na teritoriju Velike Britanije, dok šezdesete predstavljaju godine usporenog rasta franšizing poslovanja. Razlog sla-

sivnu marketinšku politiku – kampanju, može neiskusnog potencijalnog primaoca franšize “navući na priču o obećanom brzom sticanju bogatstva” ako pristupi upravo njegovoj franšizing mreži. Zbog postojanja mogućih fraudalnih radnji na strani davaoca franšize, ekonomije sa razvijenim franšizing poslovanjem donele su i donose pravne akte kojima regulišu obavezu objave podataka, sadržnu dokumenta objave i rok u kojem se mora dostaviti dokument objave,⁶² dok sadržinu ugovora o franšizingu normativno ne reguliše.⁶³ Obavezu davaoca franšize da potencijalnom primaocu učini dostupnim podatke o poslovanju poznaje i sudska praksa.⁶⁴ Davalac franšize je u obavezi da podatke učini dostupnim u određenoj formi i to najčešće u pisanoj.⁶⁵

Pisana forma dokumenta objave ima značaja za primaoca franšize jer samo taj i takav dokument predstavlja dokazno sredstvo u slučaju nastanka nesporazu-

bog rasta franšizing poslovanja na teritoriji Velike Britanije nalazi se u uticaju piramidalne prodaje (*pyramid selling*) i drugih fraudalnih marketinških šema (*fraudulent marketing scheme*) koje su bile vezane za franšizu, donoseći joj negativnu reputaciju.

⁶² Davalac franšize u obavezi je da potencijalnom primaocu franšize učini dostupnim dokument objave u “razumnom roku” pre zaključenja ugovora ili plaćanja bilo kakvog iznosa (Article 1:201 PEL CAFDC). Poslovna praksa, a zakonodavna praksa kao rok u kojem se mora dostaviti dokument objave kreće se u rasponu od 10-30 dana (Španija – 12 dana pre zaključenja ugovora ili bilo kakvih plaćanja; Italija – 30 dana pre zaključenja ugovora, s tim da je davalac u obavezi da dostavi kopiju ugovora; Francuska – 20 dana pre zaključenja ugovora; Brazil – 10 dana pre zaključenja ugovora; Kanada – 14 dana; Kina – dvadeset dana; Meksiko – 20 dana; Japan ne predviđa minimalni rok dostave dokumenta objave) pre zaključenja ugovora ili plaćanja bilo kakvog iznosa (Art. 3(1), UNIDROIT Model Franchise Disclosure Law, Rome, 2002). U okviru “razumnog roka” potencijalni primalac franšize ima mogućnost da sistematski i polako proceni poslovanje davaoca franšize. U slučaju da primalac franšize ne poseduje određena adekvatna znanja ima mogućnost angažovanja stručnog/ih lica koje će mu na osnovu uvida u dokument objave dati stručni savet (pravnu i ekonomsku analizu opravdanosti).

⁶³ Ostavlja se ugovornim stranama da na načelu ravnopravnosti i autonomije volje regulišu sadržinu ugovora o franšizingu, tj. uzajamna prava i obaveze.

⁶⁴ “Primalac franšize je zatražio poništenje ugovora s obzirom na to da je ugovor sklopljen pod zabludom. On je tvrdio da su trgovačke koristi bile mnogo niže od onih koje je predvideo davalac franšize i koje su stoga bile očekivane. Sud je zaključio da davalac franšize nije ispunio svoju obavezu da primaocu franšize pošalje rezultate istraživanja tržišta na bazi ozbiljnih kriterijuma” – Cass.com. 04. 12. 1990, JCP 1991, n. 39, 305; “Primalac franšize je zatražio poništenje ugovora na osnovu zablude vezane za karakteristike robne marke i *know-how*-a, kao i potencijala uspeha franšiznog poslovanja. Sud je potvrdio nedostatak istraživanja tržišta, ali je zaključio da je davalac franšize ispunio svoju obavezu slanja informacija s obzirom da su poslate informacije (demografska studija, informacije o konkurentima i privremenom budžetu) bile dovoljne da primalac franšize sklopi ugovor uz potpuno poznavanje relevantnih činjenica” – CA Colmar 09. 03. 1990, D. 1990, 232, somm.

⁶⁵ Art. 4(1), UNIDROIT Model Franchise Disclosure Law, Rome, 2002; Art. L. 330-3 Code de Commerce, dostupno na : <http://www.franchise-fff.com/franchise/reglementation/article-l330-3.html> (datum pristupa: avgust 2014).

ma.⁶⁶ Davalac franšize ima mogućnost da bira "format" dokumenta objave u svakom konkretnom slučaju, tj. dispozitivno pravo izbora formata omogućava davaocu franšize da dokument objave sačini u elektronskom obliku.⁶⁷ Davalac franšize u obavezi je da dokument objave sačini na jeziku potencijalnog primaoca franšize, tj. na jeziku koji se koristi u poslovnom sedištu potencijalnog primaoca franšize.

ZAKLJUČAK

Kada je reč o pravnoj regulativi ugovora o franšizingu, ona je u nas nepotpuna, a samim tim i oni zakonski akti čije se odredbe mogu posredno primeniti na ugovor o franšizingu ne pružaju ugovornim stranama pravnu sigurnost.

Nepostojanje pravne sigurnosti valja posmatrati iz aspekta primaoca franšize kao ekonomski inferiornije ugovorne strane. Trenutna pozitivnopravna regulativa ne poznaje instrumente zaštite primaoca franšize od mogućih zloupotreba koje može da učini davalac franšize. Restriktivne klauzule koje predstavljaju esenciju ugovora o franšizingu i istovremeno nepostojanje zakonskog akta kojim bi se određene restriktivne klauzule proglasile ništavim, a koje davalac franšize može uneti u ugovor otežavaju položaj primaoca franšize.

Kao otežavajuća okolnost javlja se i fakultativno primenjivanje, tj. neprimenjivanje akata donetih od strane Evropske komisije – European Commission (EC). Smernice i Uredbe EC pravno su obavezujuće za članice EU, dok za zemlje koje nisu članice EU one to i nisu. Republika Srbija kao zemlja nečlanica EU, a koja je tek u početnim fazama predpristupnih pregovora nije u obavezi da primenjuje akte donete od strane EC. Sudska praksa koja je izuzetno slaba ili možemo istaći inferiorna iz oblasti poslovanja koja se zasniva na ugovoru o franšizingu, takođe stvara i otvara mogućnost zloupotrebe od strane davaoca franšize.

Pored nerazvijenosti pravne regulative i slabo razvijene sudske prakse, treba istaći da se kao treći i značajan faktor za nastanak zloupotreba pojavljuje i slabo razvijena poslovna praksa. Franšizing poslovna praksa u Republici Srbiji je nerazvijena ili se javlja u obrisima, iako je u jednom periodu bilo pokušaja zaključenja ugovora o franšizingu (sada se trenutno radi na njegovoj promociji). Nerazvijena poslovna praksa inicira i nerazvijenu poslovnu etiku po kojoj bi se vladali učesnici franšizing poslovanja. Smatramo da kada bi na tržištu kapitala u Srbiji vladala razvijena poslovna etika iz oblasti franšizing poslovanja, ne bi postojala potre-

⁶⁶ Potencijalni nesporazumi mogu nastati u vezi s tim šta su ugovorne strane podrazumevale pod "određenim institutima" pre nego što su pristupile zaključenju ugovora.

⁶⁷ Model-zakon UNCITRAL o elektronskoj trgovini od 1996. godine u čl. 6 (1) predviđa: "...kada se zakonom zahteva da informacija bude data u pismenom obliku, poruka ispunjava taj uslov ako je informacija koja je u njoj sadržana pristupačana da se koristi u kasnijim referencama". Pod porukom u smislu ovog zakona podrazumeva se "informacija koja je generisana, poslata, primljena ili sačuvana elektronskim, optičkim ili sličnim načinima, ali se ne ograničava na elektronsku razmenu podataka, elektronsku poštu, telegram, teleks ili faks".

ba za pravnom regulativom ugovora o franšizingu. Stav opravdavamo činjenicom da je ugovor o franšizingu, tj. poslovanje koje je bazirano na ovom ugovoru u Nemačkoj izuzetno razvijeno,⁶⁸ dok pravna regulativa ne poznaje poseban pravni akt (bilo u formi zakona, uredbi itd.), već se na ugovor o franšizingu primenjuju odredbe drugih zakonskih akata i regulativa EU. Ono što bi moglo predstavljati dilemu prilikom pravnog normiranja franšizinga je da li treba doneti zakon kojim bi se regulisao: a) ugovor i pravni odnosi ugovornih strana ili b) treba regulisati materiju predugovorne objave informacija (disclosure law). Po ugledu na zakonske akte zemalja sa razvijenim franšiznim poslovanjem, stava smo da ipak, treba doneti zakon koji bi neposredno regulisao materiju predugovorne objave informacija (disclosure law).

Jedan od krucijalnih razloga zašto bi trebalo doneti zakon o predugovornoj objavi informacija – podataka je nerazvijena sudska praksa koja je implicirana slabo razvijenom poslovnom praksom u oblasti franšizing poslovanja u nas. Sudska praksa zemalja sa razvijenim franšiznim poslovanjem pokazala i ukazala je da u najvećem broju slučajeva do raskida ugovora dolazi usred zablude primaoca franšize, a iz razloga jer nije mogao detaljno da se informiše o poslovanju davaoca franšize. Informacije značajne za odluku primaoca franšize da pristupi franšizing mreži mogu biti: 1) veličina franšizing mreže; 2) pod kojim uslovima posluju ostali primaoci franšize; 3) kolike su finansijske obaveze ostalih primaoca franšize; 4) da li je protiv davaoca franšize pokrenut stečajni postupak; 5) da li su prava intelektualne svojine pravno zaštićena; 6) ostvarena dobit u određenom vremenskom periodu; 7) očekivana dobit, itd. Pozivajući se da je doveden u zabludu, a usled nemogućnosti da se detaljnije informiše o poslovanju davaoca franšize, primalac franšize pristupa raskidu ugovora.

Osnov raskida ugovora na strani primaoca franšize postoji i kada se primaocu franšize nameću nepovoljniji ugovorni uslovi za razliku od ostalih primalaca franšize koji već posluju u okviru franšizing mreže (*franchising network*), a koja mogu znatno uticati na njegovu tržišnu konkurentnost. Kao davalac franšize može se pojaviti inostrano ili domaće lice koje ima razgrađenu franšizing mrežu u inostranstvu. Inostrani davalac franšize u obavezi je da u inostranstvu posluje u skladu sa pravnom regulativom koja reguliše predugovorno objavljivanje podataka, a kojom mu se onemogućava favorizacija nekog od primaoca franšize. Kada takav potencijalni davalac franšize dođe na naše tržište kao ciljano gde je posao franšizinga slabo razvijen, a samim tim i ne postoji pravni okvir, domaćem primaocu franšize mogu se nametnuti teži ugovorni uslovi i pružiti mu se šture informacije o njegovom poslovanju i poslovanju franšizing mreže, za razliku od

⁶⁸ U toku 2012. godine u Nemačkoj je po osnovu franšizing poslovanja ostvaren promet u obimu od 61,2 milijardi evra, a u oko 72.700 nezavisnih franšizi zaposleno je skoro 546.000 ljudi. Prognoze su da će tokom 2015. godine franšizing industrija generisati promet od oko 70. milijardi evra. Dostupno na: <http://www.gtai.de/GTAI/Navigation/EN/Invest/Industries/Consumer-industries/franchising.html> (datum pristupa: avgust 2014).

ostalnih primaoca franšize koji posluju u okviru franšizing mreže a potiču sa podneblja gde je franšizing poslovanje, sudska praksa i pravni okvir (*disclosure law*) razvijeno.

Autor zastupa stav, a iz navedenog, po ugledu na razvijena zakonodavstva i postojeću međunarodnu regulativu, da ipak, treba doneti poseban zakon o predgovornoj objave informacija – *disclosure law*. Iako autor zastupa stav da je neophodno doneti poseban zakon o predgovornoj objavi informacija – *disclosure law*, stava je i da postojeći predlog regulative ugovora o franšizingu sadržanim u Prednacrtnom zakonika treba doraditi. Prednacrtnom zakonika ugovor se reguliše u načelu bez nekog dubljeg pravnog normiranja. Odredbama Prednacrta predviđa se šta je dozvoljeno tj. nedozvoljeno, ostavljajući ugovornim stranama da svoj odnos regulišu u granicama navedenog odnosno ostavljajući davaocu franšize veliki prostor za potencijalne zloupotrebe. Autor je stava da bi se u kasnijim fazama razvoja franšizne poslovne prakse i etike moglo pristupiti donošenju zakona kojim bi se regulisao ugovor o franšizingu u celosti ili pretežnom delu, a u kojem bi bile sadržane odredbe o regulisanju pravnih odnosa unutar ugovora. Za sada smo stava da bi svrsishodnije, a iz navedenih i opravdanih razloga trebalo doneti poseban zakon koji bi regulisao materiju predgovorne objave informacija.

STRAHINJA D. MILJKOVIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law, University of Priština,
Kosovska Mitrovica

WHETHER SERBIA NEEDS A SPECIFIC LAW ON FRANCHISING

Summary

The needs of capital for new markets through the minimum of investment can be achieved through franchising as a specific investment method of contracting business. Using the methods of successful operations, reduced investment risks and autonomy in operations are among the decisive reasons for joining the franchise network by the potential franchisee. Access to relevant information in the modern market conditions of business operations at global, regional and microlevel is a condition of achieving competitiveness in the market. One way for the franchisee to achieve competitiveness in the market is through the information given by the franchisor. While franchisor is in possession of relevant information pertaining to the franchising business, franchisee has access to them only if they are made available by the franchisor. The information that have significance for the franchisee are also those known as “pre-contractual information” – information disclosure, and are related to business operations of the franchisor and the franchise network. The significance of this paper is to point out the advantages of legal codification of pre-contractual information disclosure, through the review of specific legislation (national and international) and the specific provisions contained in them.

MILJA MARIĆ

DUŽNOSTI KONTROLNOG DRUŠTVA

U V O D

Nesumnjivo je da kontrolno društvo ima određena ovlašćenja prema podređenom društvu koja proističu iz njegovog položaja. Međutim, taj položaj nije jednostran, već mu, sa druge strane, nameće i određene dužnosti prema podređenom društvu, a koje nemaju drugi vlasnici podređenog društva. Tako, imajući u vidu činjenicu da je kontrolno društvo kontrolni vlasnik podređenog društva na osnovu kapital učešća ili na osnovu zaključenog ugovora, kao i da kao takvo ima zakonom ustanovljene određene dužnosti prema podređenom društvu, dolazi do njegove odgovornosti podređenom društvu ukoliko iste ne ispoštuje.

DUŽNOSTI KONTROLNOG DRUŠTVA

Kontrolno društvo prema podređenom društvu ima sledeće dužnosti:¹ dužnost prijavljivanja poslova i radnji u kojima postoji lični interes; dužnost izbega-

Milja Marić, advokat u Beogradu.

¹ Vidi: Zakon o privrednim društvima (objavljen u "Službenom glasniku RS", broj 36/2011, u daljem tekstu: ZOPD), član 61. stavovi 3. i 4, a u vezi sa članovima 65, 69, 72. i 75. Ranije važeći Zakon o privrednim društvima (objavljen u "Službenom glasniku RS", broj 125/2004, u daljem tekstu ZOPD 2004) je propisivao još jednu dužnost kontrolnog akcionara, a to je dužnost pažnje i pravilo poslovne procene (ZOPD 2004, član 32), dok sada važeći zakon ovu dužnost vezuje samo za neka druga lica koja imaju dužnosti prema društvu, a ne i za kontrolno društvo. Pored kontrolnog

vanja sukoba interesa; dužnost čuvanja poslovne tajne; dužnost poštovanja zabrane konkurencije.

*Dužnost prijavljivanja poslova i radnji
u kojima postoji lični interes*

Kontrolno društvo ima dužnost lojalnosti prema podređenom društvu, te je tako dužno da o postojanju ličnog interesa u pravnom poslu koji zaključuje podređeno društvo, odnosno pravnoj radnji koju podređeno društvo preduzima, obavesti odbor direktora podređenog društva, odnosno nadzorni odbor ako je upravljanje društvom dvodomno, ili skupštinu društva ukoliko društvo ima jednog direktora.²

Zakon navodi slučajeve u kojima se se ima smatrati da postoji lični interes kontrolnog društva, i to u slučaju:³

– zaključivanja pravnog posla između podređenog društva i kontrolnog društva,

– pravne radnje (preduzimanje radnji u sudskim i drugim postupcima, odricanje od prava i slično) koju podređeno društvo preduzima prema kontrolnom društvu,

– zaključivanja pravnog posla između podređenog društva i trećeg lica, odnosno preduzimanja pravne radnje podređenog društva prema trećem licu, ako je to treće lice sa kontrolnim društvom u finansijskom odnosu i ako se može očekivati da postojanje tog odnosa utiče na njegovo postupanje,

– zaključivanja pravnog posla, odnosno preduzimanja pravne radnje podređenog društva iz koje treće lice ima ekonomski interes, ako je to treće lice sa kontrolnim društvom u finansijskom odnosu i ako se može očekivati da postojanje tog odnosa utiče na njegovo postupanje.

U ranijem kompanijskom pravu vladalo je mišljenje da su takvi poslovi ili pravne radnje sami po sebi ništavi bez obzira na to da li su poštene za podređeno društvo ili ne, dok je evolucija kompanijskog prava dovela do rešenja punovažnosti tih poslova i radnji pod određenim uslovima.⁴ Tako, ti poslovi ili pravne rad-

društva, određene dužnosti prema podređenom društvu imaju i sa njim povezana lica (vidi: ZOPD, član 62).

² ZOPD, član 65. Više o dužnosti lojalnosti vidi: Pennington Robert, *Company Law*, Butterworths, London, 1995, str. 796–881, Geoffrey Morse, *Charlesworth and Morse: Company Law*, Sweet & Maxwell, London, 1999, str. 405–409, Mayson, French & Ryan, *Company Law*, Oxford University prse, Oxford, 2007, str. 470–477.

³ ZOPD, član 65. stav 3.

⁴ Mirko Vasiljević, *Korporativno upravljanje pravni aspekti*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Profiinvest, d.o.o., Beograd, Beograd, 2007, str. 154.

nje su punovažni ukoliko ih odobri nadležni organ u podređenom društvu⁵, ili u određenim slučajevima po samom zakonu.⁶

Dakle, kontrolno društvo je prekršilo dužnost prijavljivanja poslova i radnji u kojima postoji lični interes u sledećim slučajevima:

- ako postojanje takvog posla ili radnje nije prijavilo nadležnom organu podređenog društva,
- ako je posao ili radnju prijavilo nadležnom organu podređenog društva, ali mu nije predstavilo sve činjenice od značaja za donošenje odluke o odobrenju takvog posla ili radnje,
- ako je zaključilo posao ili preduzelo pravnu radnju u slučaju da je davanje odobrenja odbijeno od strane nadležnog organa podređenog društva,
- ako u postupku po tužbi ne dokaže da je pravni posao ili pravna radnja bila u interesu podređenog društva, odnosno da nije postojao lični interes u slučaju da je posao zaključen ili radnja preduzeta prema trećem licu koje je sa njim u finansijskom odnosu.

Dužnost izbegavanja sukoba interesa

U skladu sa dužnošću izbegavanja sukoba interesa, kontrolno društvo ne može da u svom interesu ili u interesu sa njima povezanih lica:⁷ koristi imovinu podređenog društva; koristi informacije do kojih je došlo u tom svojstvu, a koje inače nisu javno dostupne; zloupotrebi svoj položaj u podređenom društvu; koristi mogućnosti za zaključenje poslova koje se ukažu podređenom društvu.

Kompanijsko pravo zabranjuje, iz razloga odvojenosti pravnog subjektiviteta društva i vlasnika, jednostrano korišćenje i prisvajanje imovine društva od strane vlasnika. Ova zabrana je još značajnija kod odnosa podređenog i kontrolnog društva, jer su u tom slučaju mogućnosti nedozvoljenog korišćenja imovine olakšane. Ovakvo nedozvoljeno korišćenje imovine može se vršiti na razne načine, kao što su npr. krađa imovine, kao najdirektniji način povrede ove dužnosti, ili u blažoj varijanti, kao npr. podmirenje poverilaca kontrolnog društva iz imovine podređenog društva.⁸

⁵ Vidi: ZOPD, član 66. O kritici ovakvog načina odobravanja pravnog posla u kojem postoji lični interes vidi: Mirko Vasiljević, Razvoj regulative upravljanja kompanijama u uporednom pravu, *Pravni život*, 11/2010, str. 26.

⁶ Vidi: ZOPD, član 66. stav 7.

⁷ ZOPD, član 69.

⁸ Više o nedozvoljenom prisvajanju imovine društva vidi: M. Vasiljević, *Korporativno upravljanje*, str. 147.

Nedozvoljeno korišćenje imovine može se shvatiti i u širem smislu od korišćenja materijalne imovine, kao korišćenje povlašćenih informacija do kojih je kontrolno društvo došlo u tom svojstvu, a koje nisu objavljene javnosti. Poseban vid ove zabrane je korišćenje povlašćenih informacija na tržištu hartija od vrednosti ukoliko se hartijama od vrednosti podređenog društva trguje na tom tržištu. U tom smislu povlašćena informacije se može definisati kao svaka informacija o hartijama od vrednosti ili podređenom društvu koja nije poznata javnosti, a da je poznata imala bi značajan uticaj na cenu tih hartija,⁹ te kontrolno društvo ima zabranu trgovine hartijama podređenog društva, podsticanja na trgovinu ili otkrivanja te informacije trećem licu.¹⁰ Međutim, u osnovi propisivanja ove dužnosti kontrolnog društva prema podređenom društvu se nalazi težnja da se onemogućiti zloupotreba te pozicije u smislu prenosa imovine i dobiti podređenog društva na kontrolno društvo po netržišnim uslovima.¹¹ Zloupotreba se može vršiti na razne načine, isplatom dobiti i prenosom imovine mimo zakonske procedure. Jedan od takvih načina bio bi npr. isplata dobiti suprotno ograničenjima plaćanja.¹²

Poslednji elemenat ove dužnosti kontrolnog društva jeste zabrana korišćenja poslovnih mogućnosti podređenog društva u svom interesu. Međutim, nije lako razgraničiti šta od neke poslovne mogućnosti pripada podređenom, a šta kontrolnom društvu. Tako, u svrhu razganičavanja pripadanja poslovnih mogućnosti Vrhovni sud Delovara identifikovao je četiri relevantna faktra: da li je društvo sposobno da iskoristi mogućnost, da li je poslovna mogućnost u skladu sa delatnošću društva, da li društvo ima interes ili očekivanja u toj poslovnoj mogućnosti i da li dolazi do sukoba interesa ukoliko bi poslovna mogućnost bila iskorišćena za sebe.¹³

Dužnost izbegavanja sukoba interesa postoji nezavisno od toga da li je podređeno društvo bilo u mogućnosti da iskoristi imovinu, informacije ili zaključiti poslove.¹⁴ Izuzetno, kontrolno društvo može koristiti imovinu podređenog druš-

⁹ M. Vasiljević, *Kompanijsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2009, str. 427. Na nivou EU doneta je posebna direktiva o privilegovanim informacijama, vidi: **Council Directive 89/592/EEC of 13 November 1989 coordinating regulations on insider dealing (Direktiva o privilegovanim informacijama)**, dostupno na <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31989L0592:EN:HTML>.

¹⁰ M. Vasiljević, *ibid.*, str. 429. Više o trgovini upućenog i sankcijama za tu trgovinu vidi: Nebojša Jovanović, *Berzansko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009, str. 413–420.

¹¹ M. Vasiljević, *Razvoj regulative*, str. 18.

¹² Vidi. ZOPD, član 275.

¹³ M. Vasiljević, *Korporativno upravljanje*, str. 146. Više o zabrani korišćenja poslovnih mogućnosti vidi: G. Morse, nav. delo, str. 399–403.

¹⁴ ZOPD, član 69. stav 2.

tva, informacije do kojih je došlo u tom svojstvu ili mogućnosti za zaključenje poslova u slučaju da je prethodno ili naknadno pridobilo odobrenje nadležnog organa podređenog društva.¹⁵

Dakle, kontrolno društvo je prekršilo dužnost izbegavanja sukoba interesa u sledećim slučajevima: ako je zloupotrebilo svoj položaj u podređenom društvu; ako je u svom interesu koristilo imovinu, informacije ili poslovne mogućnosti podređenog društva bez prethodnog traženja saglasnosti podređenog društva, a nije dobilo naknadnu saglasnost; ako je u svom interesu koristilo imovinu, informacije ili poslovne mogućnosti podređenog društva, a podređeno društvo je prethodno odbilo da da saglasnost.

Dužnost čuvanja poslovne tajne

Kontrolno društvo dužno je da čuva poslovnu tajnu podređenog društva.¹⁶ Ovu dužnost ima kako sve vreme dok ima to svojstvo, tako i u periodu od dve godine po prestanku tog svojstva, sa tim što se taj period može produžiti i do pet godina na osnovu opšteg akta podređenog društva, odluke tog društva ili ugovora zaključenog između podređenog i kontrolnog društva.¹⁷

Poslovnu tajnu zakon definiše kao podatak:¹⁸

- čije bi saopštavanje trećem licu moglo naneti štetu podređenom društvu;
- 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;
- koji je od strane društva zaštićen odgovarajućim merama u cilju čuvanja njegove tajnosti;
- koji je zakonom, drugim propisom ili aktom društva određen kao poslovna tajna.¹⁹

¹⁵ ZOPD, član 70. Nadležnost organa i postupak davanja saglasnosti podređenog društva su isti kao kod odobravanja poslova i radnji u kojima postoji lični interes.

¹⁶ ZOPD, 72. stav 1.

¹⁷ ZOPD, član 72. stav 2.

¹⁸ Podatak može biti proizvodni, tehnički, tehnološki, finansijski ili komercijalni, studija, rezultat istraživanja, kao i dokument, formula, crtež, objekat, metod, postupak, obaveštenje ili uputstvo internog karaktera i slično (ZOPD, član 72. stav 6).

¹⁹ ZOPD, član 72. stavovi 3. i 4. Dužnost čuvanja poslovne tajne nije samo regulisana kompanijskim zakonom, već je u Republici Srbiji donet i poseban zakon o zaštiti poslovne tajne, kojim se uređuje pravna zaštita poslovne tajne od svih radnji nelojalne konkurencije, a pravo na zaštitu poslovne tajne uživa svako domaće ili strano fizičko i pravno lice. Vidi: Zakon o zaštiti poslovne tajne (objavljen u "Službenom glasniku RS", broj 72/2011).

Dakle, zakon je definisao opšte slučajeve podataka koji predstavljaju poslovnu tajnu, s tim što je ostavio mogućnost društvu da u skladu sa potrebama svog poslovanja opštim aktom bliže odredi podatke koji predstavljaju poslovnu tajnu. U ovom slučaju društvo mora poštovati ograničenje da se za poslovnu tajnu može odrediti samo podatak koji ispunjava napred navedene zakonske uslove i da se kao poslovna tajna ne mogu odrediti svi podaci koji se odnose na poslovanje društva.²⁰

Zakon takođe propisuje u kojim slučajevima se saopštavanja podatka koji predstavlja poslovnu tajnu ne predstavlja povredu ove dužnosti, i to:²¹ ako je to saopštavanje obaveza propisana zakonom; ako je neophodno radi obavljanja poslova ili zaštite interesa društva; ako je učinjeno nadležnim organima ili javnosti isključivo u cilju ukazivanja na postojanje dela kažnjivog zakonom. Na osnovu propisanih izuzetaka se može videti da je jasna namera zakonodavca da pruži zaštitu licu koje prenese podatak koji predstavlja poslovnu tajnu u dobroj veri, a radi zaštite javnih interesa.²² Dakle, kontrolno društvo je postupilo u skladu sa ovom dužnošću ukoliko podatak koji predstavlja poslovnu tajnu nije saopštilo trećem neovlašćenom licu. Sa druge strane, ukoliko je kontrolno društvo podatak koji predstavlja poslovnu tajnu podređenog društva saopštilo trećem licu, a ne postoji neki od zakonskih izuzetaka po kojim se podatak može saopštiti, ono je prekršilo ovu dužnost i odgovorno je podređenom društvu za štetu koje je usled toga pretrpelo.

Dužnost poštovanja zabrane konkurencije

Poštujući zabranu konkurencije kontrolno društvo ne može bez prethodno pribavljenog odobrenja nadležnog organa podređenog društva, za vreme dok ima to svojstvo, kao i u periodu od dve godine po prestanku tog svojstva ukoliko je to određeno opštim aktom podređenog društva, biti:²³

- član društva sa ograničenom odgovornošću koji poseduje značajno učešće ili kontrolni član, akcionar koji poseduju značajno učešće ili kontrolni akcionar ili direktor u drugom društvu koje ima isti ili sličan predmet poslovanja- konkurentska društvo;
- biti na neki drugi način angažovan u konkurentskom društvu;
- biti član ili osnivač u drugom pravnom licu koje ima isti ili sličan predmet poslovanja.

²⁰ ZOPD, član 72. stav 5.

²¹ ZOPD, član 72. stav 6.

²² ZOPD, član 74. stav 3.

²³ ZOPD, član 75. stav 1. i stav 2. tačka 2.

Zabrana kontrolnog društva da ima navedena svojstva predstavlja njegovu zakonsku dužnost, ali zakon dozvoljava podređenom društvu da svojim opštim aktom ovu dužnost proširi i na druga lica, uz ograničenje da se tim ne može dirati u stečena prava tih lica.²⁴ Ova mogućnost je posebno značajna u situaciji kada je vlasnik kontrolnog društva fizičko lice. U ovom slučaju, da podređenom društvu nije ostavljena mogućnost proširenja ograničenja i na druga lica, to lice bi moglo biti preduzetnik konkurentske delatnosti, usled čega bi kontrolno društvo na posredan način moglo izigrati dužnost zabrane konkurencije.²⁵

S druge strane, opštim aktom podređenog društva mogu se odrediti poslovi, način ili mesto njihovog obavljanja koji ne predstavljaju povredu dužnosti poštovanja zabrane konkurencije,²⁶ što ukazuje na činjenicu da je zakonska zabrana konkurencije dispozitivnog karaktera. U slučaju da je kontrolno društvo jedini član podređenog društva, ono nema dužnost poštovanja zabrane konkurencije.²⁷

Klauzula zabrane konkurencije ima dva legitimna cilja. Prvi je pozitivni i sastoji se u postojanju legitimnog interesa podređenog društva da mu kontrolno društvo bude nekonkurentno. Drugi je negativni i sastoji se u očuvanju ekonomske slobode kontrolnog društva. Kako bi se zadovoljila oba ova cilja, klauzula nekonkurencije mora biti limitirana, što zakon i čini vezujući je samo za konkurentsku delatnost sa delatnošću podređenog društva.²⁸ Dakle, kontrolno društvo je prekršilo zabranu konkurencije ukoliko je bez odobrenja podređenog društva steklo neko od nedozvoljenih svojstava u društvu konkurentske delatnosti, te će odogovarti podređenom društvu za time mu pričinjenu štetu.

ODGOVORNOST KONTROLNOG DRUŠTVA U SLUČAJU POVREDE DUŽNOSTI

U slučaju da kontrolno društvo na neki od napred navedenih načina prekrši svoje dužnosti prema podređenom društvu, podređeno društvo može zaštitu svojih prava ostvariti pred sudom. U tom pogledu možemo razlikovati dva koloseka zaštite: 1) zaštitu na osnovu tužbe podređenog društva protiv kontrolnog društva,

²⁴ ZOPD, član 75. stav 2. tačka 1.

²⁵ ZOPD zabranjuje da kontrolni član ili akcionar društva bude preduzetnik konkurentske delatnosti (ZOPD, član 75. stav 1. tačka 2), ali kako je kontrolno društvo pravno lice, ono po samom zakonu ne može biti preduzetnik, pa se ova zakonska odredba ne može primeniti na njega. Međutim, ukoliko je vlasnik kontrolnog društva fizičko lice, ono po zakonu može biti preduzetnik, pa i preduzetnik konkurentske delatnosti podređenom društvu, imajući u vidu činjenicu da to fizičko lice nije direktni vlasnik podređenog društva.

²⁶ ZOPD, član 75. stav 2. tačka 3.

²⁷ ZOPD, član 75. stav 3.

²⁸ Vidi, M. Vasiljević, *Kompanijsko pravo*, str. 142–143.

direktna tužba, 2) zaštitu na osnovu tužbe manjinskih vlasnika podređenog društva protiv kontrolnog društva, koju podnose u svoje ime a za račun podređenog društva, tzv. derivativna tužba.

Direktna tužba

Podređeno društvo može protiv kontrolnog društva podneti tužbu zbog povrede bilo koje zakonom ustanovljene dužnosti prema njemu,²⁹ i to u roku od u roku od šest meseci od dana saznanja za učinjenu povredu (subjektivni rok), a najkasnije u roku od pet godina od dana učinjene povrede (objektivni rok).³⁰ Dakle, postupak kojim se pruža zaštita podređenom društvu je parnični, aktivno legitimisano lice je podređeno društvo, dok je kontrolno društvo pasivno legitimisano,³¹ stvarno je nadležan privredni sud, a mesno prema sedištu kontrolnog društva.

Sadržina tužbenog zahteva je naknada štete koju je podređeno društvo pretrpelo usled povrede dužnosti kontrolnog društva. Međutim, u zavisnosti od toga koja dužnost je u konkretnom slučaju povređena, pored naknade štete podređeno društvo može imati pravo i na druge oblike zaštite³².

Derivatina tužba

Imajući u vidu činjenicu da je za podnošenje direktne tužbe na napred navedeni način potrebna je odluka podređenog društva, a kako odluke privrednih društava predstavljaju izraz volje njihovih organa, u konkretnom slučaju postoji ozbiljna opasnost da kontrolno društvo zloupotrebi svoj većinski položaj u podređenom društvu i ne donese odluku o podnošenju direktne tužbe.³³ To je i razumljivo, jer je teško očekivati da će kontrolno društvo glasati za donošenje odluke o pokretanju postupka protiv samog sebe.³⁴ Upravo zbog zaštite interesa društva i manjinskih vlasnika u slučaju zloupotrebe većinskog principa, kompanijsko pra-

²⁹ ZOPD, članovi 67, 71, 74. i 76.

³⁰ ZOPD, član 77.

³¹ Pored kontrolnog društva, pasivno legitimisano lice je i lice povezano sa njim u slučaju povrede dužnosti prijavljivanja radnji u kojima postoji lični interes i izbegavanja sukoba interesa (ZOPD, članovi 67. stav 2. i 71).

³² Vidi: ZOPD, članovi 71, 74. i 76.

³³ Dragiša Slijepčević, Individualne i derivatine tužbe po Zakonu o privrednim društvima, *Pravo i privreda*, 1–4/2005, str. 97.

³⁴ Više o motivima organa društva za glasanje protiv odluke o pokretanju direktne tužbe vidi: Dragan Golubović, Derivatina tužba – instrument zaštite manjinskih interesa, *Pravni život* 11/1995, str. 58–60.

vo je stvorilo rezervno aktivno legitimisano lice za pokretanje sudskog postupka za naknadu štete, a to su vlasnici društva sa određenim kapital cenzusom. A kako bi se obezbedilo da manjinski vlasnici u ovom slučaju postupaju u interesu samog društva, a ne u sopstvenom interesu, stvoren je institut tzv. derivativne tužbe manjinskih vlasnika, koji tužbu podižu u svoje ime a za račun društva (komisiono).³⁵ Tako, u slučaju da podređeno društvo ne podnese direktnu tužbu, jedan ili više vlasnika tog društva mogu podneti derivativnu tužbu uz uslov da u trenutku podnošenja tužbe poseduju udele ili akcije koji predstavljaju najmanje 5% osnovnog kapitala podređenog društva, kao i da su pre podnošenja derivativne tužbe pisanim putem zahtevali od podređenog društva da podnese tužbu, a taj zahtev je odbijen, odnosno po tom zahtevu nije postupljeno u roku od 30 dana od dana podnošenja zahteva.³⁶

Na postojanje napred navedenih uslova za podizanje derivativne tužbe sud pazi po službenoj dužnosti, a isti su propisani kako bi se ovi sporovi sveli na minimum, jer je ipak samo društvo primarno legitimisano sa pokretanje spora, kao i da bi se sprečile zloupotrebe prava na podizanje tužbe. Iako je derivativna tužba sredstvo zaštite društva i manjinskih interesa, njena primena u praksi ima značajnih ograničenja. Prvo, nedostatak direktnog interesa manjinskih vlasnika za podizanje ove tužbe s obzirom da se tužba podnosi za račun društva i da uspeh u sporu znači neposrednu korist za društvo, a ne tužioca. Drugo značajno ograničenje je što manjinski vlasnik kao tužilac ima obavezu prethodnog snošenja troškova parničnog postupka, a konačno snošenje troškova postupka zavisi od uspeha u sporu, te će ih on i konačno snositi za slučaj neuspeha u sporu. Upravo ovi ograničavajući faktori rezultirali su time da u našoj sudskoj praksi za sada nema ni jednog slučaja podnošenja derivativne tužbe.

Osim toga, naše pravo ne poznaje pravo na tzv. višestruku derivaciju, mogućnost podizanja ovih tužbi ne samo u društvu gde se ima status vlasnika, već i u povezanim društvima (po horizontali- društva sestre, ili po vertikalni- društva majka i ćerke i dalje).

ZAKLJUČAK

Na osnovu izloženih i u radu analiziranih zakonskih odredbi o dužnostima kontrolnog društva može se zaključiti da naš kompanijski zakon spada u red modernih zakona. Izuzetak u tom pogledu predstavlja to što naš zakon ne propisuje mogućnost višestruke derivacije. S druge strane, praktična primena modernih za-

³⁵ M. Vasiljević, *Korporativno upravljanje*, str. 244. Više o značaju podizanja derivativne tužbe u ime manjinskih vlasnika, a ne u ime društva vidi: D. Slijepčević, nav. delo, str. 101–104.

³⁶ ZOPD, član 79. stav 1.

konskih normi je veoma mala, što je naročito uzrokovano ograničavajućim faktorima za podnošenje derivativne tužbe, te u našoj sudskoj praksi ne postoji nijedan slučaj podnete derivativne tužbe.

MILJA MARIĆ
Lawyer, Belgrade

DUTIES OF THE CONTROLLING COMPANY

Summary

On the basis of law provisions described and analyzed in the paper on the duties of the controlling company, it can be concluded that our company law is a modern one. The exception in that regard is the absence of the possibility of multiple derivation in our law. However, the enforcement of modern law provisions is very limited primarily due to the factors that restrict bringing a derivative suit, so that in our legal practice there is no example of such a suit.

JELENA PEROVIĆ

KLAUZULA POVERLJIVOSTI U MEĐUNARODNIM PRIVREDNIM UGOVORIMA

U V O D

Ugovori međunarodnog poslovnog prometa često sadrže određene ekskluzivne, specifične i delikatne informacije, vezane za različite aspekte poslovanja ugovornih strana – komercijalni, tehnički, finansijski i sl. Za stranu na koju se ove informacije odnose, po pravilu je od ključnog značaja da ove informacije ostanu sačuvane kao poverljive, kako zbog njihove ekonomske vrednosti, tako i zbog eventualnih posledica koje bi objavljivanje pojedinih informacija moglo imati po njeno poslovanje. Do informacija ove vrste o jednoj ugovornoj strani, druga ugovorna strana, u načelu, može doći u svim fazama zaključenja i izvršenja ugovora - počev od pregovora pa do prihvata ponude, tokom ispunjenja ugovornih obaveza, kao i u slučaju spora koji eventualno proistekne iz ugovora. Iz tih razloga, u ugovore međunarodnog poslovnog prometa, često se unosi klauzula kojom se jedna ili obe ugovorne strane obavezuju da će informacije o drugoj strani do kojih su došle tokom zaključenja ili izvršenja ugovora, kao i u vezi sa ugovorom, čuvati kao poverljive i da ih neće upotrebiti ili otkriti bez saglasnosti strane na koju se te informacije odnose. Ova klauzula u doktrini komparativnog prava i praksi međunarodnih privrednih ugovora široko je prihvaćena pod nazivom klauzula poverljivosti.¹

Dr Jelena Perović, profesor Ekonomskog fakulteta Univerzitet u Beogradu.

¹ V. Fontaine M., De Ly F., *Droit des contrats internationaux – Analyse et rédaction de clauses*, Bruylant, Bruxelles, 2003, str. 262 i dalje; Marchand S., *Clauses contractuelles Du bon usa-*

UGOVORNI OSNOV OBAVEZE POVERLJIVOSTI

U najvećem broju pravnih sistema, obaveza čuvanja određenih informacija, najčešće onih koje se smatraju poslovnom ili industrijskom tajnom, predviđena je samim zakonima, koji ovu obavezu uređuju sa stanovišta različitih pravnih grana, počev od opštih zakona iz oblasti krivičnog prava, radnog prava, kompanijskog prava, prava konkurencije i sl., pa do posebnih zakona koji se odnose na poslovnu tajnu.² S druge strane, zakonska pravila iz oblasti obligacionog prava, povredu obaveze poverljivosti, po pravilu, sankcionišu građankopravnom odgovornošću, ugovornom ili deliktom, pre svega na osnovu načela savesnosti i poštenja, kao i drugih opštih načela obligacionog prava i odgovarajućih standarda pažnje.³

Ipak, zakonska pravila najčešće ne daju odgovor na sva pitanja koja obaveza poverljivosti u praksi može pokrenuti i, po samoj prirodi stvari, ne mogu uzeti u obzir specifične okolnosti svakog konkretnog slučaja. Iz tih razloga, ugovorne strane obavezu poverljivosti najčešće uređuju sagasnošću volja, unošenjem u ugovor klauzule poverljivosti (*confidentiality clause*) ili zaključenjem posebnog sporazuma o poverljivosti (*confidentiality agreement*). U oba slučaja, obaveza poverljivosti zasniva se na ugovornom osnovu i ugovorne strane su u načelu slobodne

de la liberté contractuelle, Helbing Lichtenhahn, 2008, str. 241-244; Bortolotti F. Drafting and Negotiating International Commercial Contracts – A Practical Guide, International Chamber of Commerce, 2013, str. 134 i dalje; DiMatteo L.A., Law on International Contracting, Kluwer Law International, Wolters Kluwer Law&Business, Second Edition, 2009, str. 80 i 409; the ICC Model Confidentiality Agreement, ICC Publication No. 664; Model Contracts for Small Firms – Legal Guidance for Doing International Business, International Trade Centre, Geneva, 2010.

² U pravnom sistemu Srbije postoji poseban Zakon o zaštiti poslovne tajne, a Zakon o privrednim društvima uređuje dužnost čuvanja poslovne tajne od strane lica koja imaju posebne dužnosti prema društvu (čl. 72-74). S druge strane, Zakon o obligacionim odnosima ovu obavezu ne predviđa izričito ali ona, kad su za to ispunjeni uslovi, proizilazi iz načela savesnosti i poštenja, kao jednog od osnovnih načela ovog Zakona. Obaveza poverljivosti izričito je predviđena u Prednarcrtu Građanskog zakonika Srbije u delu koji se odnosi na pregovore za zaključenje ugovora. Prema ovom pravilu: “Ako je jedna strana u pregovorima dala drugoj poverljiva obaveštenja ili joj omogućila da dođe do njih, druga strana, ako nije drukčije dogovoreno, ne sme ih učiniti dostupnim trećim licima, niti ih koristiti za svoje interese, bez obzira da li je ugovor naknadno zaključen ili nije. Odgovornost za povredu obaveze o poverljivim obaveštenjima, može se sastojati u naknadi štete i predaji oštećenom koristi koju je štetnik tom povredom ostvario” (čl. 23).

³ Komparativnopravni pregled o ovom pitanju, Beale H., Hartkamp, A., Kötz, H., Tallon, D., *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2002, str. 287 i dalje; Lando O., Beale H., *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, 2000, str. 194-195. U engleskom pravu, ova obaveza zasnovana je na načelu *equity*. V. na primer odluku *Court of Appeal Seager v. Copydex Ltd.* (1967) 2 All ER 415, u kojoj Lord Denning navodi: “The law on this subject does not depend on any implied contract. It depends on the broad principle of equity that he who has received information in confidence shall not take unfair advantage of it...”

da je urede saglasno svojim interesima i potrebama, a u okvirima javnog poretka, dobrih običaja i imperativnih pravila merodavnog prava. S obzirom da su razlike između sporazuma poverljivosti i klauzule poverljivosti manje-više formalne prirode, u daljim izlaganjima, obaveza poverljivosti biće razmatrana sa aspekta *klauzule poverljivosti*.

U međunarodnom poslovnom prometu česti su ugovori čije zaključenje i izvršenje, po samoj prirodi stvari, zahteva da se određene poverljive informacije saopšte ili učine dostupnim kako drugoj ugovornoj strani, tako i određenim trećim licima koja učestvuju u konkretnom poslu (npr. konsultanti, revizori, advokati, i sl.). Polazeći od toga, ova klauzula postala je standardna klauzula u velikom broju ugovora poslovnog prometa, a posebno u ugovorima koji se odnose na transfer tehnologije, konsultantske usluge, izrade studija, analiza i istraživanja, tehničko-poslovnu kooperaciju, proizvodnju i isporuku opreme, ugovore o trgovinskom zastupanju, posredovanju, komisionu i distribuciji, ugovor o franšizingu, ugovore iz oblasti preuzimanja kompanija, njihovih statusnih promena, udruživanja, osnivanja *joint venture* kompanija, i sl.

Pored toga, obaveza poverljivosti često se predviđa tokom pregovora za zaključenje ugovora, kad strane razmatraju mogućnost zaključenja ugovora i kad se određene informacije moraju saopštiti drugoj strani, kako bi mogla oceniti sve okolnosti od značaja za odluku o zaključenju konkretnog ugovora. S obzirom da u ovoj fazi još nije zaključen ugovor, obaveza poverljivosti najčešće se predviđa zaključenjem sporazuma o poverljivosti kao posebnog dokumenta ili unošenjem klauzule poverljivosti u neki od sporazuma o pregovorima (pismo o namerama, memorandum o razumevanju, pripremni sporazum, i sl.).⁴

U kontekstu pregovora, potrebno je imati u vidu da izvori uniformnog ugovornog prava koji su nastali u novije vreme, prateći dinamiku i potrebe prakse modernog poslovnog prometa, sadrže izričita pravila o obavezi poverljivosti tokom pregovora. Tako, prema UNIDROIT Principima međunarodnih trgovinskih ugovora, kad je u toku pregovora jedna strana dala određenu informaciju kao poverljivu, druga strana ne sme da je otkrije niti iskoristi na neodgovarajući način za sopstvene potrebe, bez obzira na to da li je ugovor kasnije zaključen. Kad je to primereno, sredstvo u slučaju povrede te obaveze može uključiti naknadu koja se zasniva na koristi koju je druga strana ostvarila.⁵ Slično pravilo sadrže i Principi evropskog ugovornog prava s tim što preciziraju da sredstvo za povredu obaveze poverljivosti može da obuhvati naknadu za pretrpljeni gubitak ili povraćaj kori-

⁴ V. Perović J., "Pregovori za zaključenje ugovora u međunarodnom poslovnom prometu", Pravo i privreda, br. 1-4/2009, Beograd, 2009, str. 495-505.

⁵ Čl. 2.16 UNIDROIT Principa.

sti koju je druga strana ostvarila.⁶ U tom smislu, kad se na konkretan ugovor kao merodavno pravo primenjuju UNIDROIT Principi, Principi evropskog ugovornog prava odnosno neki drugi izvor koji obavezu poverljivosti izričito predviđa, obaveza poverljivosti postoji i onda kad nije predviđena voljom strana, na osnovu odgovarajućeg pravila merodavnog prava.

PREDMET OBAVEZE POVERLJIVOSTI

U međunarodnim privrednim ugovorima, kao i u pregovaračkim aktima koji prethode zaključenju ugovora, određenje predmeta obaveze poverljivosti od izuzetnog je značaja. Naime, u slučaju kad informacije koje se odnose na određeni posao nisu zaštićene zakonom, odgovarajućim pravilima intelektualne svojine ili ugovorom, strane u načelu nisu obavezne da ih tretiraju kao poverljive.⁷ Iz tih razloga, potrebno je ugovorom precizno definisati koje se informacije u konkretnom slučaju smatraju poverljivim, tako da njihovo neovlašćeno korišćenje ili otkrivanje trećim licima od strane drugog ugovornika predstavlja povredu obaveze poverljivosti i podleže odgovarajućoj sankciji. Pored toga, i onda kad nema posebne ugovorne klauzule, uzima se da, kad jedna strana izričito izjavi da se određena informacija smatra poverljivom, druga strana, samim prijemom takve informacije prećutno prihvata obavezu poverljivosti.⁸ Ipak, i u odsustvu posebne ugovorne klauzule ili izričite izjave o informacijama koje se smatraju poverljivim, druga strana može biti obavezana na poverljivost na osnovu načela savesnosti i poštenja. Do toga dolazi u slučaju kad bi, polazeći od specifične prirode informacije u pitanju (npr. *know-how*, poslovne strategije, lista klijenata ili dobavljača, nalazi revizora, i sl) ili profesionalnih svojstava ugovornih strana (najčešće onda kad druga ugovorna strana ili treća lica mogu postati konkurenti strani na koju se poverljiva informacija odnosi), njihovo korišćenje ili otkrivanje od strane drugog ugovornika bilo suprotno načelu savesnosti i poštenja.⁹

Prilikom formulisanja klauzule poverljivosti, ugovorne strane predmet poverljivosti određuju na različite načine – sistemom generalnog određenja, sistemom enumeracije ili mešovitim sistemom.

⁶ Čl. 2.302 Principa evropskog ugovornog prava.

⁷ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010, UNIDROIT, Rome, 2010, komenatr uz čl. 2.1.16; O Lando., Beale H., *Principles of European Contract Law*, nav. delo, komentar uz čl. 2:302.

⁸ Ibidem.

⁹ Pregled sudske prakse u pogledu ovog pitanja, Beale H., Hartkamp, A., Kötz, H., Tallon, D., *Cases, Materials and Text on Contract Law*, nav. delo, str. 290.

U okviru sistema generalnog određenja, predmet poverljivosti po pravilu se predviđa na uopšten način, generalnim navođenjem okolnosti koje se smatraju poverljivim. Takve su na primer sledeće klauzule: “Ugovorne strane čuvaće kao poverljive sve poslovne i tehničke informacije koje se odnose na ovaj Ugovor ili su u vezi sa njim, kao i na klijente, poslove ili poslovanje druge ugovorne strane”,¹⁰ “Poverljivom informacijom smatraju se sve informacije o proizvodnji, poslovanju i klijentima jedne strane vezane za ovaj Ugovor ili njegovo izvršenje, a koje nisu učinjene dostupnim javnosti”. S druge strane, u sistemu enumeracije, ugovorne strane navode odnosno pojedinačno nabrajaju informacije koje se smatraju poverljivim. Takva bi na primer bila klauzula: “Poverljivu informaciju u smislu ovog Ugovora predstavlja svaka informacija koja se odnosi na: dizajn, pripremu i izradu dizajna, programe, troškove, proces održavanja i razvoja, prostorije i opremu za izradu”. U okviru mešovitog sistema, generalno određenje poverljivih informacija kombinuje se sa *exempli causa* navođenjem konkretnih primera ove vrste informacija – “Ugovorne strane obavezuju se da kao poverljive čuvaju sve informacije komercijalne, industrijske i tehničke prirode o drugoj ugovornoj strani do kojih su došle tokom priprema za zaključenje ovog ugovora, njegovog zaključenja i izvršenja, a naročito informacije o procesu proizvodnje, dokumentima, formulama, metodima i opremi koji se odnose na za izradu proizvoda...”. Najzad, moguće je da i sam ugovor i njegova sadržina dobiju karakter poverljive informacije odgovarajućom ugovornom klauzulom – “Ovaj ugovor, njegovo zaključenje, sadržina i sve odredbe smatraju se poverljivom informacijom i ne mogu se učiniti dostupnim bilo kom trećem licu”.¹¹

Pored određenja predmeta obaveze poverljivosti, ugovorne strane u klauzuli poverljivosti najčešće predviđaju i one informacije na koje se ova obaveza *ne odnosi*. U najopštijem smislu, ove informacije mogu se svrstati u četiri grupe: 1. informacije koje su inače dostupne javnosti; 2. informacije koje se moraju otkriti u skladu sa imperativnim zakonskim propisima, sudskom presudom ili odlukom drugog nadležnog organa; 3. informacije za koje je druga ugovorna strana već znala, odnosno koje je posedovala i ranije, pre nego što su joj saopštene od strane imaoca informacije; 4. informacije sa čijim se otkrivanjem imalac informacije izričito saglasio. Primer klauzule koja obuhvata neke od navedenih elemenata bio bi: “Nijedna ugovorna strana neće koristiti ili otkriti poverljivu informaciju bez izričite saglasnosti druge ugovorne strane. Ovo isključenje ne odnosi se na informaciju koja je javno dostupna ili čije je otkrivanje obavezno na osnovu zakona ili drugog

¹⁰ Model klauzule poverljivosti sadžan u ITC Model ugovorima, *Model Contracts for Small Firms – Legal Guidance for Doing International Business*, nav. delo.

¹¹ Primer klauzule prema Fontaine M., De Ly F., *Droit des contrats internationaux – Analyse et rédaction de clauses*, nav. delo, str. 269.

imperativnog propisa, sudske odluke ili naloga nadležnog državnog organa".¹² Po red toga, u klauzuli poverljivosti, potrebno je odrediti i krug lica koja *ne podležu* obavezi poverljivosti, tj. lica kojima se, zbog njihovog zaposlenja, profesionalnog statusa ili stručnih kvalifikacija poverljive informacije mogu ili moraju otkriti.¹³

Izložena analiza ugovornog određenja obaveze poverljivosti upućuje na zaključak da su ugovorne strane, nezavisno od sistema za koji se opredele prilikom formulisanja klauzule poverljivosti, u načelu slobodne da predmet obaveze poverljivosti odrede saglasnošću volja, u skladu sa svojim interesima u svakom konkretnom slučaju. U tom smislu, potrebno je da ovaj predmet odrede jasno i nedvosmisleno, preciznim utvrđenjem kako onih informacija koje se smatraju poverljivim tako i onih koje ne podležu obavezi poverljivosti. Prilikom ugovornog određenja predmeta obaveze poverljivosti, uvek se moraju imati u vidu eventualna imperativna pravila merodavnog prava, posebno ona putem kojih se isključuje mogućnost da pojedine informacije budu kvalifikovane kao poverljive.¹⁴

VREMENSKO VAŽENJE OBAVEZE POVERLJIVOSTI

U klauzuli poverljivosti ugovorne strane po pravilu predviđaju rok u kome se obaveza poverljivosti mora poštovati. U tom kontekstu, razlikuju se klauzule u kojima je ovaj rok vremenski ograničen i klauzule koje predviđaju da obaveza poverljivosti traje neodređeno vreme.

U najvećem broju slučajeva, rok važenja klauzule poverljivosti je vremenski ograničen. U praksi međunarodnog poslovnog prometa, ti rokovi su različiti i kreću se od kraćih (između 12 i 18 meseci), pa da dužih (10 i 20 godina).¹⁵ Momenat od koga obaveza poverljivosti počinje da proizvodi dejstva odnosno momenat u kome ove obaveze prestaje da važi zavisi od okolnosti svakog konkretnog slučaja. To može biti momenat u kome je drugoj strani poverljiva informacija saopštena odnosno učinjena dostupnom (npr. "*Obaveza poverljivosti važi četiri godine od dana otkrivanja poverljive informacije drugoj strani*"), momenat zaključenja ugovora (npr. "*... 18 meseci od dana zaključenja ovog Ugovora*"), momenat isteka vremena na koje je ugovor zaključen ("*...sve dok ne istekne rok na koji je*

¹² Model klauzule poverljivosti sadžan u ITC Model ugovorima, *Model Contracts for Small Firms – Legal Guidance for Doing International Business*, nav. delo.

¹³ O ovim licima, Fontaine M., De Ly F., *Droit des contrats internationaux – Analyse et rédaction de clauses*, nav. delo, str. 283; Marchand S., *Clauses contractuelles Du bon usage de la liberté contractuelle.*, nav. delo, str. 242.

¹⁴ V. na primer čl. 72. Zakona o privrednim društvima Republike Srbije.

¹⁵ Više, Fontaine M., De Ly F., *Droit des contrats internationaux – Analyse et rédaction de clauses*, nav. delo, str. 305.

Ugovor zaključen”) ili izvestan period nakon isteka tog vremena (“obaveza poverljivosti važi tokom vremena na koje je Ugovor zaključen, kao i u naknadnom periodu od 7 godina), kao i drugi različiti momenti i okolnosti (npr. “Strana je vezana poverljivošću pet godina nakon izvršenja posla predviđenim ovim Ugovorom”, “... pet godina od dana od dana realizacije Projekta”, i sl). U cilju izbegavanja spornih situacija, prilikom određenja momenta od koga rok poverljivosti počinje odnosno prestaje da teče, potrebno je opredeliti se za onaj momenat koji se može sa sigurnošću utvrditi i dokazati (npr. momenat zaključenja ugovora). Pored toga, ugovorne strane moraju voditi računa o eventualnom postojanju propisa merodavnog prava koji, posebno sa stanovišta prava konkurencije,¹⁶ vremensko važenje obaveze poverljivosti ograničavaju imperativnim putem.¹⁷

S druge strane, u pojedinim klauzulama poverljivosti predviđa se da obaveza poverljivosti traje neograničeno – “Obaveza poverljivosti nije vremenski ograničena i važiće i nakon što stana napusti Joint Venture ili nakon što Joint Venture prestane da postoji”. U istom smislu, ugovorne strane, radi zaštite poverljivih informacija u slučaju raskida, poništaja ili drugog osnova prestanka ugovora pre isteka roka na koji je zaključen, u klauzuli poverljivosti često predviđaju da obaveza poverljivosti “nadživljuje” ugovor “Strane neće otkriti nijednu poverljivu informaciju tokom trajanja ovog Ugovora, kao ni u bilo koje vreme nakon njegovog prestanka po bilo kom osnovu”, “Ugovorne strane saglasne su da poništaj ili raskid ovog Ugovora ne proizvodi dejstvo na obavezu poverljivosti koja važi i nakon prestanka Ugovora”. U ovakvim i sličnim slučajevima, potrebno je predvideti da obaveza poverljivosti prestaje onda kad poverljiva informacija postane dostupna javnosti. Punovažnost ovakve klauzule ceni se sa aspekta odgovarajućih imperativnih propisa merodavnog prava i opštih načela obligacionog prava.¹⁸

Najzad, u pojedinim klauzulama poverljivosti vremensko važenje obaveze poverljivosti uopšte nije predviđeno. Reč je o slučajevima u kojima ugovorne strane definišu obavezu poverljivosti određenjem predmeta te obaveze i sankcija koje prave njenu povredu ali bez navođenja vremena u kome se obaveza poverljivosti mora poštovati. Čini se da u ovom slučaju treba uzeti da su se strane opredelile za neodređeno vreme trajanja ove obaveze, na šta se primenjuje ono što je istaknuto u pogledu klauzula sa neodređenim vremenom trajanja obaveze poverljivosti.

¹⁶ V. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010, nav. delo, komentat uz čl. 2.1.16.

¹⁷ V. na primer čl. 72. Zakona o privrednim društvima Republike Srbije.

¹⁸ V. Marchand S., *Clauses contractuelles Du bon usage de la liberté contractuelle.*, nav. delo, str. 241.

SANKCIJE POVREDE OBAVEZE POVERLJIVOSTI

Povreda obaveze poverljivosti može se učiniti na dva načina: neovlašćenim otkrivanjem poverljive informacije trećim licima i neovlašćenim korišćenjem poverljive informacije.¹⁹ Povreda obaveze poverljivosti povlači odgovornost za štetu.²⁰

Kad je reč o povredi obaveze poverljivosti tokom pregovora, Principi evropskog ugovornog prava predviđaju da sredstvo za povredu ove obaveze može da obuhvati naknadu za pretrpljeni gubitak ili povraćaj koristi koju je druga strana ostvarila.²¹ Prema UNIDROIT Principima, sredstvo u slučaju povrede obaveze poverljivosti tokom pregovora može uključiti naknadu koja se zasniva na koristi koju je druga strana ostvarila.²² U komentaru ovog pravila UNIDROIT Principa ističe se da strana na koju se poverljiva informacija odnosi, čak i ako nije pretrpela štetu, može zahtevati povraćaj koristi koju je druga strana ostvarila otkrivanjem poverljive informacije trećim licima ili njenom upotrebom za sopstvene potrebe.²³

Polazeći od opštih pravila obligacionog prava o naknadi štete, ugovorne strane retko kad ugovorom bliže preciziraju sankciju za slučaj povrede obaveze poverljivosti. Tako, u određenim klauzulama poverljivosti sankcija uopšte nije predviđena, u nekima se strane ograničavaju na uopšteno određenje o postojanju odgovornosti za slučaj povrede obaveze poverljivosti (npr. “*Strana će biti odgovorna za bilo koju povredu obaveze poverljivosti predviđene ovim Ugovorom od strane bilo kog njenog direktora, rukovodioca, zaposlenog, ili profesionalnog savetnika*”), dok pojedine klauzule sadrže precizno određenje o obavezi naknade štete (npr. “*U slučaju povrede obaveze poverljivosti, strana koja je učinila povredu obavezna je da drugoj strani naknadi celokupnu štetu proisteklu iz te povrede*”).

Procena štete u slučaju povrede obaveze poverljivosti predviđene ugovorom međunarodnog karaktera predstavlja posebno složeno pitanje u sudskoj i arbitražnoj praksi.²⁴ Ova procena zahteva ne samo utvrđenje i dokazivanje visine pretrpljene štete u svakom konkretnom slučaju, što se, po samoj prirodi obaveze u pitanju, pokazuje izuzetno teškim, već i poznavanje opštih pravila merodav-

¹⁹ Sudska praksa u tom pogledu, Beale H., Hartkamp, A., Kötz, H., Tallon, D., *Cases, Materials and Text on Contract Law*, nav. delo, str. 288-290.

²⁰ Pregled zakonskih rešenja u pravima evropskih zemalja, O Lando., Beale H., *Principles of European Contract Law*, nav. delo, komentar uz čl. 2:302.

²¹ Čl. 2.302 Principa evropskog ugovornog prava.

²² Čl. 2.16 UNIDROIT Principa.

²³ V. UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2010, nav. delo, komentar uz čl. 2.1.16.

²⁴ V. Marchand S., *Clauses contractuelles Du bon usage de la liberté contractuelle*, nav. delo, str. 243.

nog obligacionog prava koja se odnose na vrste štete, obim naknade, ograničenje odgovornosti (posebno putem pravila predvidljivosti), isključenje odgovornosti i oslobođenje od odgovornosti, a u pogledu kojih nacionalni pravni sistemi usvajaju različita rešenja.²⁵

U cilju izbegavanja pomenutih problema, ugovorne strane međunadnih privrednih ugovora, u pojedinim klauzulama poverljivosti unapred predviđaju određeni paušalan iznos koji se isplaćuje u slučaju povrede obaveze poverljivosti (npr. "Strana koja učini povredu obaveze poverljivosti predviđene ovim Ugovorom dužna je da drugoj strani isplati iznos od ___ USD, pri čemu druga strana zadržava pravo da zahteva veći iznos od navedenog, ako je šteta koju je pretrpela veća od tog iznosa"). Isplata ovog iznosa u praksi se često obezbeđuje bankarskom garancijom.²⁶ Ipak, s obzirom da u uporednom pravu postoje značajne razlike u pristupu ovakvim i sličnim klauzulama, neophodno je proveriti njihovu punovažnost i pravna dejstva sa stanovišta odgovarajućih pravila merodavnog prava.

ZAKLJUČAK

Pogled na izvršenu analizu klauzule poverljivosti u međunarodnim privrednim ugovorima upućuje na nekoliko zaključaka. Klauzulu poverljivosti potrebno je formulisati pažljivo, jasno i nedvosmisleno, tako da ne ostavlja prostor za sporne situacije i različita tumačenja. Predmet obaveze poverljivosti treba da bude određen preciznim utvrđenjem informacija koje se u konkretnom slučaju smatraju poverljivim. Pored toga, potrebno je predvideti izuzetke od obaveze poverljivosti, tj. precizirati slučajeve u kojima se poverljiva informacija može otkriti trećim licima i pod kojim uslovima se to može učiniti. Prilikom ugovornog određenja predmeta obaveze poverljivosti, uvek se moraju imati u vidu eventualna imperativna pravila merodavnog prava, posebno ona putem kojih se isključuje mogućnost da pojedine informacije budu kvalifikovane kao poverljive. Prilikom određenja vremenskog važenja obaveze poverljivosti, potrebno je odrediti momenat od koga obaveza poverljivosti počinje da proizvodi dejstva, kao i vreme odnosno uslove prestanka važenja ove obaveze. U tom kontekstu, preporučljivo je opredeliti se za momenat koji se, u slučaju nastanka spornih situacija, sa sigurnošću može utvrditi i dokazati. U slučaju kad je klauzulom predviđeno neograničeno vremensko važenje obaveze poverljivosti, kao i onda kad klauzula ne predviđa vremen-

²⁵ V. Perović J., *Princip potpune naknade i pravilo predvidljivosti u Konvenciji UN o međunarodnoj prodaji robe*, Pravni život, br. 11, tom III, Beograd, 2010; Perović J., *Standardne klauzule u međunarodnim privrednim ugovorima*, Beograd, 2012, str. 95-133.

²⁶ Primer klauzula i odgovarajuća analiza, Marchand S., *Clauses contractuelles Du bon usage de la liberté contractuelle*, nav. delo, str. 310.

sko vađenje ove obaveze, potrebno je precizirati da obaveza poverljivosti prestaje onda kad poverljiva informacija postane dostupna javnosti. U oba slučaja, neophodno je uzeti u obzir eventualno postojanje propisa merodavnog prava koji vremenski vađenje obaveze poverljivosti ograničavaju imperativnim putem. Utvrđenje obima naknade štete prouzrokovane povredom obaveze poverljivosti, kao i izračunavanje visine naknade, predstavljaju izuzetno složen i delikatan problem u međunarodnoj sudskoj i arbitražnoj praksi. U cilju izbegavanja ovog problema, ugovorne strane mogu unapred ugovoriti određeni paušalan iznos koji se isplaćuje u slučaju povrede obaveze poverljivosti, pri čemu moraju poći od pravila merodavnog prava koja se odnose na punovažnost i pravna dejstva ovakvih klauzula.

JELENA PEROVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Economics,
University of Belgrade

CONFIDENTIALITY CLAUSE IN INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS

Summary

Subject of the article is the analysis of the basic questions related to the confidentiality clause in international commercial contracts – duty of confidentiality from the aspect of the principle of good faith and fair dealing, contractual determination of the object of confidentiality and of its exceptions, contractual determination of duration of duty of confidentiality and remedies for violation of duty of confidentiality. The article examines these issues both from the perspective of the general principles and rules of contract law and of the practice of international commercial contracts in order to offer the practical recommendations with respect to drafting of a confidentiality clause which precisely reflects the parties' intention on the international level.

**GOOD FAITH PURCHASE OF MOVABLES
IN THE ART MARKET**
– Comparative observations –

1. *Good faith and the art market.* – The aim of this paper is to assess the role of domestic private law rules on the good faith purchase of movables in the international circulation of cultural objects. As is well-known, the good faith purchase of movables from a person who is not the owner is among the most crucial problems emerging in personal property law. It derives from the overall shared need to acknowledge and protect possession as a social signal of ownership, as well as from the need of any society to foster an efficient allocation of property rights.¹ The notion of good faith which is relevant in this context is the so-called ‘subjective good faith’, that is the state of mind of a person who gains factual con-

Francesca Fiorentini, Associate Professor of Private Comparative Law at the University of Trieste.

¹ L. Mengoni, *Gli acquisti a non domino*, 3rd edn, Milano, 1975; U. Mattei, *Basic Principles of Property Law. A Comparative Legal and Economic Introduction*, Westport/CT – London, 2000, 106 ff. U.S. literature provides an in-depth economic analysis of these rules: e.g., R. Cooter, T. Ulen, *Law and economics*, 6th edn., Addison-Wesley, 2012, ch. 4, often in connection with the problem of stolen artworks: G. Dari-Mattiacci, C. Guerriero, Z. Huang, *The Property-Contract Balance*, (August 6, 2014), Amsterdam Law School Research Paper No. 2012-70; Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper No. 2012-01, available at: <http://ssrn.com/abstract=2084839>. In Italian literature particular attention to the efficiency of these rules can be found in A. Gambaro, *Circolazione dei beni mobili e allocazione del rischio proprietario*, in L. Vacca (cur.), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Milano, 1991, vol. II, 555 ff.; Id., *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu-Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1995, 707 ff.; U. Mattei, *La proprietà*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, Torino, 2001, 209 ff.; M. Cenini, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 2009, esp. 121 ff.

trol of a corporeal movable without knowing – or having to know – the lack of transferor's title or power to dispose of the said asset.² Cultural objects constitute a special group of movables. Like ordinary corporeal movables, they have a material component which allows them – from a physical point of view – to be traded as other corporeal movables normally are. At the same time, they distinguish themselves because of their immaterial component: they convey a cultural message. This is made of an intermingling of cultural, religious, ethnical, social, historical beliefs and values which may be of great relevance for the identity of individuals, states and communities.³ This ontological aspect suggests the need to shape a legal regime for their circulation that differs from the ordinary one, especially with regard to the problem of good faith purchases. We may observe that – despite some emerging trends in that direction⁴ – this is not the case for most legal systems, where cultural objects are still subject to general private law rules.⁵ It goes without saying that the global nature of the art market implies that the regime for the circulation of cultural objects cannot be based only on domestic private law rules. Other rules might be relevant, such as domestic public law rules, or supranational rules, like those of the European Union⁶ or international law rules.⁷

² This meaning can be derived from the thorough comparative analysis of good faith acquisition of ownership in B. Lurger, W. Faber, *Acquisition and Loss of Ownership of Goods*, Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code, Munich, 2011, 887 ff., esp. national notes at 902 ff.

³ See, e.g., L. Prott, P.J. O'Keefe, *Law and the Cultural Heritage*, III, London, 1989, 26 ff.; N. Mezey, *The Paradoxes of Cultural Property*, 107 *Columbia L. Rev.* 2004 ff. (2007); M. Bussani, *The (legal) culture of cultural property*, in J.A. Sánchez Cordero, ed., *The 1970 UNESCO Convention. New Challenges*, UNAM, Mexico City, 2013, 401 ff.

⁴ B. Sitter-Liver, *Against the right of the stronger: ethical considerations concerning cultural property*, in *Eur.Rev.*, 1995, 221 ff., 225. Cp. also Art. 64-bis para. 3 of the Italian Code of Cultural Heritage and Landscape (Leg. Decree No. 42 of 22 Jan. 2004, as last amended by Leg. Decree No. 62 of 26 March 2008) according to which “with reference to the regime of international circulation, cultural objects cannot be assimilated to merchandises (or goods)”, and the Draft Common Frame of Reference model, Book VIII, Art. 3:101, para. 2: “Good faith acquisition of stolen cultural objects [...] is impossible”. See further observations on this point below, par. no. 7.

⁵ References below, par. n. 5.

⁶ Regulation (no. 3911/1992, now replaced by Regulation) no. 116/2009 “on the export of cultural goods” establishes a common export policy for cultural goods exported outside EU borders and which are subject to an export license. Directive 1993/7/EEC, modified by Directive 2001/38/EEC, “on the return of cultural objects unlawfully removed from the territory of a Member State” aims to secure the return to the Member States' territory of cultural objects that have been removed from their domain in breach of national or EU law. It does so by setting up a system of extraterritorial enforcement of national protection measures between Member States. It does not aim to change national laws on movable property, in accordance with the prohibition under Article 345 of the TFEU.

⁷ See the UNESCO *Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property* of 1970 in the area of public international

Furthermore, diplomacy, alternative dispute resolutions of various types, soft law and even innovative case law solutions to international law disputes may come under consideration and end up altering the results established by purely domestic private law rules.⁸ Thus, the need to precisely assess the outcomes of current private law regimes for the circulation of cultural objects is apparent, particularly if we consider that the long-standing efforts by the international community to stop the illicit trade of cultural objects have not been particularly successful and, as a matter of fact, a large part of the international art market still runs underground.⁹ On these premises, this paper will sketch a survey of similarities and differences existing on the issue of the good faith purchase of movables from a non-owner in a variety of representative legal systems in Europe and beyond. Special attention will be paid to the fate of stolen goods and to the impact of current private law regimes on the global dimension of the art market (parr. nos. 2-5). Then, the most relevant specific international law instrument dealing with this topic – the 1995 UNIDROIT Convention – will be briefly analyzed in order to point out how it interrelates with domestic private law regimes and what practical effects it is producing in the art market. The paper will show that the difficulties of coordination between the diverse private law regimes, together with the limits of this international law instrument, leave a series of problems open, which ultimately hinder an effective fight against illicit trafficking in cultural property (par. no. 6). Paragraph no. 7 will compare the rules of the UNIDROIT Convention with those of the Draft Common Frame of Reference (DCFR), an academic draft of a Civil Code for Europe which also offers a model for European harmonization on “good faith acquisition of cultural goods”. Possible solutions to the open issues are presented and evaluated in the last paragraph (no. 8).

2. *Good faith purchase of movables in civil law systems.* – The legal solutions developed by various legal systems to balance the two basic sets of conflicting interests underlying the law of the good faith purchase of movables – i.e. those of the rightful owners as opposed to those of the good faith purchasers – have not been the result of abstract principles, but the outcome of contingent economic needs of the relevant societies. This leads us to consider that – today, as in the past – there is no single best solution to the conflict. On the contrary, the solution must be tailored to the needs of the specific market(s) in which the rules will be applied.

law, and the 1995 UNIDROIT *Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects* harmonizing substantive laws. On the latter see below, par. n. 6.

⁸ On all those aspects see the essays in J.A. Sánchez Cordero, ed., *The 1970 UNESCO Convention. New Challenges*, and F. Francioni, J. Gordley, *Enforcing Cultural Heritage Law*, Oxford, 2013.

⁹ I. Bokova, General Director UNESCO, *Poner coto al tráfico ilícito de bienes culturales*, in J.A. Sánchez Cordero, ed., *The 1970 UNESCO Convention. New Challenges*, 1 ff. On the difficulty of producing facts and figures about the scale of this market see INTERPOL: <http://www.interpol.int/Crime-areas/Works-of-art/Frequently-asked-questions>.

On this basis, we may recall that in agricultural societies, such as those existing under classical Roman law and early German law, the intangibility of the rightful allocation of property rights tended to be preserved, and the relevance of the subjective state of mind of the possessor was only marginally considered. In classical Roman law the true owner was granted a *reivindicatio* of the movable in any case of transfer by a non-owner, irrespective of the voluntary or involuntary character of her loss of possession.¹⁰ In early German law a distinction began to emerge between voluntary and involuntary transfers of goods, because of the two requirements for the circulation of *Gewere*¹¹ over movables, i.e. consensus plus voluntary delivery. In cases of involuntary delivery – such as theft – the transfer could not occur, and the former possessor was entitled to revendicate the *Gewere* on the object. On the other hand, in cases of voluntary transfers from the true owner to an intermediary who then – without power of disposition – delivered the good to a transferee, the latter acquired good title, regardless of her subjective state of good or bad faith, and the true owner was consequently barred from any proprietary remedy. She could only be entitled to contractual damages as against the intermediary, according to the rule of *Hand wahre Hand*.¹²

Similarly, the French customs developed their own version of the *Hand wahre Hand* rule, i.e. *maubles n'ont pas de suite*: the owner who voluntarily delivers possession of the movable to a third party cannot revendicate the object from the purchaser. *Reivindicatio* was permitted in favor of the true owner only in cases of stolen or involuntarily lost goods. The true owner had to prove that she had *saisine*¹³

¹⁰ The maxim in D. 50, 17, 54, book 46 of the Commentary to the Edict of Ulpiano stated that *nemo plus iuris in alio transferre potest quam ipse habet*. The only case in which the good faith possessor could prevail was through the fulfillment of the requirements of acquisitive prescription (the passing of a certain period of time). In any case, *usucapio* was not applicable to stolen goods (since *lex Atinia*, promulgated between the beginning and the half of the II century): J.G. Sauveplanne, *The Protection of Bona Fide Purchaser*, 653; L. Mengoni, *Acquisti a non domino*, 34 ff.

¹¹ From 100 b.C. to 500 a.C. German law – based on a society less developed than the Roman one at the time of classical and post-classical law – regulated the problem of the allocation and enjoyment of goods and land by resorting to *Gewere*, which was an undifferentiated form of ownership-possession. German law did not recognize the Roman law differentiation between *dominium* (formal right, absolute and individual) and *possessio* (factual situation), and between *dominium* and other limited real rights: W.W. Buckland, *Elementary Principles of the Roman Private Law*, Buffalo, N.Y., 2003, 58 ff. On *Gewere* see, e.g., W.E. Albrecht, *Die Gewere als Grundlage des älteren deutschen Sachenrechts*, Königsberg, 1828, 2. Aufl., 1967; O. v. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, II, Leipzig, 1905, 187 ff.; H. Nändrup, *Die Gewere-Theorien*, Münster, 1910. In Italian literature see: R. Sacco, *Il possesso*, in *Tratt. dir. civ. comm.* già diretto da A. Cicu e F. Messineo continuato da L. Mengoni, VII, Milano, 1988, 46 ff.

¹² Münchner Kommentar/Oechsler, Band VI, *Sachenercht*, 6. Aufl., München, 2013, § 932 no. 1.

¹³ The notion corresponding to the German *Gewere* and to the English *seisine*: Alb. Candian, *Propriété*, in Alb. Candian-A. Gambaro-B. Pozzo, *Property, Propriété-Eigentum*, Padova, 1992, 195 ff.; F.J. Longrais, *La conception anglaise de la Saisine du XII au XIV siècle*, Recueil Sirey, Paris, 1925, 19 ff.

over the asset and that the object had been transferred against her will.¹⁴ In the Middle Ages, the development of commerce was mostly channeled through regulated markets and fairs. For these specific situations, rules on the good faith purchase of movables began to emerge as *ius specialis*. Later on, during the XVIIth – XIXth centuries – at the time of the industrial revolution – commerce, and the favorable rules that attached to it, experienced a generalization that impacted the whole area of private law. This evolution is seen, e.g., in the German territories, where the modern rule developed according to which the valid acquisition of movables from a person who is not the owner required: (i) voluntary delivery; (ii) a valid title to the transfer (*guter Titel*) and (iii) subjective good faith (*guter Glaube*). This rule was codified in the *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* of 1861, where the good faith purchase was recognized only in cases of voluntary transfers from a merchant in the exercise of her business, and was excluded for stolen goods (§ 306).¹⁵ The subsequent *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) of 1900 generalized this rule, with its previous requirements, for the entire area of private law (§ 932).¹⁶ With reference to stolen goods, § 935 BGB expressly excludes good faith acquisition of *abhanden gekommen Sachen* - a broad expression meaning stolen or involuntarily lost goods. This exception to the general rule is of particular significance because under German law: (i) the *reivindicatio* acknowledged to the owner is not subject to prescription limits; (ii) the exercise of the *reivindicatio* by the true owner never requires her to reimburse the price paid for the asset by the innocent purchaser.¹⁷

Importantly, on the basis of a *favor commercii*, § 935 II BGB in turn varies from the above rule on *abhanden gekommenen Sachen* in the case of money, negotiable instruments and assets acquired on a public auction (but excluded are purchases in fairs, markets or from professional sellers).¹⁸

¹⁴ M. Cenini, *Acquisti a non domino*, 98.

¹⁵ This rule replaced the German maxim mentioned above of *Hand wahre Hand*: Münchner Kommentar/Oechsler, Band VI, *Sachenercht*, 6. Aufl., München, 2013, § 932 no. 1

¹⁶ For the requirements of § 932 BGB see Münchner Kommentar/Oechsler, VI, § 932 no. 10 ff. Of course, the *guter Titel* requirement refers to the real agreement, and not the causal contract, according to the *Abstraktionsprinzip*: R. Sacco, *A Comparative Analysis: The Contractual Transfer of Ownership of Movable Property*, in M. Bussani, F. Werro (eds.), *European Private Law: A Handbook*, I, Berne, 2009, 89 ff., 108 f. Furthermore, § 366 of the current commercial code (*Handelsgesetzbuch*) states that when the transfer occurs from a merchant in the exercise of her profession, title passes to the good faith purchaser if she could reasonably believe that the transferor had to power to dispose of the asset, without requiring knowledge that she is the true owner of the asset. Note that in Germany, good faith is presumed and is to be determined at the time of the transfer: Münchner Kommentar/Oechsler, VI, § 932, nos. 37 and 66.

¹⁷ The only limit to the true owner protection in case of stolen goods is the acquisitive prescription (§ 937 BGB) that operates after possession of the asset in good faith for a ten years' period.

¹⁸ Münchner Kommentar/Oechsler, VI, § 935, nos. 14 ff.

In Austria, § 367 I *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB) allows the good faith purchase of goods if the transfer (for value)¹⁹ occurs either at a public auction, or from a professional acting in the course of her ordinary business, or from a person (*Vertrauensmann*) to whom the owner voluntarily entrusted the movable. The possessor's good faith is presumed (§§ 328 and 368 II ABGB). The *bona fide* transferee acquires ownership only if all the general requirements for a valid transfer are met. This means that the parties must have agreed upon (i) an underlying causal contract and (ii) a real agreement, and both agreements must be valid.²⁰ The good faith purchase of stolen goods is, in principle, not excluded by the ABGB. The thief cannot acquire them by way of ordinary *usucapio* within three years (§ 1460), because without a causal contract a thief has no legal possession in the sense of § 316 ABGB.²¹ Yet, stolen goods can be acquired by a possessor in good faith by way of *usucapio* (§§ 1472 and 1477 ABGB).

In France, from the XVIIIth century and since the industrial revolution, case law retained the distinction between voluntary and involuntary delivery of possession, and to the rule that only stolen objects could be revendicated. It is in the procedural rules affecting the *reivindicatio* that the roots of the modern civil code rule can be found. Indeed, the process started with a presumption of title in favor the defendant who was in possession (*saisine*) of the object. The plaintiff (owner) had to prove that she was the owner of the object and that it had been stolen. With the passing of time, the presumption of title in favor of the possessor became absolute, that is it became a substantial effect of possession. From a procedural rule, the well-known substantial law rule developed that was later codified in the Code Napoléon: *en fait de meubles, la possession vaut titre* (former art. 2279, current art. 2276).²² French law does not require a legitimate title as do German or Italian law, but – despite the lack of this expression in the somewhat elusive text of the rule – requires good faith in the acquirer of possession.²³ Good faith is presumed (art. 2274, former art. 2268) and must exist at the time of the delivery of the asset.²⁴ As to involuntary transfers, art. 2276 II Cod. Nap. grants action of *reivindicatio* to the owner of a stolen or involuntarily lost object within

¹⁹ Koziol, Welser, *Bürgerliches Recht*, I, 13. Aufl., Wien, 2007, 333.

²⁰ B. Lurger, W. Faber, *Acquisition and Loss*, No. 2 p. 902.

²¹ Even by way of extraordinary *usucapio* within 30 years (§ 1477 ABGB) possession in good faith in the meaning of § 326 ABGB is needed and a thief is not in good faith. See E. Karner, *Gutgläubiger Mobilärerwerb*, Wien/N.Y., 2006.

²² L. Mengoni, *Acquisti a non domino*, 60-65.

²³ Detention is not equal to possession for the rule to apply (further requirements of possession applicable to art. 2276, like *possession réelle*, are spelt out in art. 1141 Cod. Nap.): C. Atias, *Droit civil. Les biens*, 11 th edn., Paris, 2011, nos. 344 ff., 260 ff.

²⁴ The law does not require a purchase for value from the good faith acquirer to be protected: F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, 3rd edn, Paris, 2008, no. 200 f., p. 312 ff.

three years' time running from the time of the theft or from the involuntary loss of the object.²⁵ Art. 2277 takes over the old French rule according to which *reivindicatio* of stolen goods acquired on public auctions, from a professional merchant, in a fair or market can be exercised within the three years only if the owner offers reimbursement of the paid price to the possessor.

Italy, in art. 707 of the first Civil Code of 1865, reproduced the French rule, simply adding to it the explicit requirement of good faith of the third party acquirer. Remarkably, the Civil Code of 1865 excluded stolen objects from the application of this rule, thereby maintaining the traditional distinction of the two main cases of voluntary vs involuntary transfers.²⁶ Yet, the Civil Code of 1942 – according to the preferences expressed by some distinguished scholars²⁷ – abolished the distinction between voluntary and involuntary transfers, thereby extending the application of the good faith purchase to stolen goods.²⁸ Art. 1153 c.c. declares that she who acquires movables from a person who is not the owner acquires ownership through possession, if she is in good faith at the time of delivery and if there is a 'good title' for the transfer of ownership. Art. 1147 c.c. presumes good faith and states that it is sufficient that it existed at the time of the acquisition of the asset. The same rule excludes good faith if the purchaser acted grossly negligently. The Italian development abolishing the different regime for stolen goods has been strongly criticized in comparative law literature as a too radical solution, and a negative departure from a common European tradition.²⁹ Both Austrian and German laws have been influential models for the legal systems of many South and Eastern European countries. Slovenian law allows the good faith purchase from a person who is not the owner in the same cases acknowledged under Austrian law. Art. 64 SPZ (Slovenian Property Code, *Stvarnopravni zakonik*

²⁵ The possessor against whom the owner revendicates the object is granted an action against the person from whom he acquired the object: art. 2276 II.

²⁶ Art. 708 granted *reivindicatio* to the true owner within two years of the theft or loss of the object. Art. 709 reproduced art. 2277 cod. Nap. stating that if the possessor acquired the object in a fair or market, at a public auction or from a professional merchant, he would have to return it only if the owner offered reimbursement of the paid price and only within the two year prescription time: L. Mengoni, *Acquisti a non domino*, 74 ff.

²⁷ C. Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, 5 ed., III, Milano, 1935, nn. 936, 1040; G. Segré, *Sui casi contemplati dall'art. 708 c.c.*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1919, II, 39 ff.

²⁸ L. Mengoni, *Acquisti a non domino*, 79.

²⁹ K. Zweigert, *Rechtvergleichend-kritisches zum gutgläubigen Mobiliarerwerb*, in *RabesZ*, 1958, 11 ff. See however, the sophisticated observations of L. Mengoni, *Acquisti a non domino*, 86 ff. This scholar seeks to limit the application of art. 1153 c.c. to merchandise. Thus, the liberal rule in this article would only protect a collective interest in facilitating commercial transactions that involved movables that – because of their nature – are deemed to circulate. This means that the same justification does not apply to other movables, such as cultural objects. Cp. G. Magri, *Beni culturali e acquisto a non domino*, in *RDC*, 2013, I, 741 ff., 743.

of 2002) states that this institution operates if the goods have been acquired for value at a public auction, from a person in her ordinary course of business, or from a person to whom the goods have been entrusted by the owner. Good faith is presumed and must exist at the time of delivery (SPZ art. 9). No exceptions for stolen goods are provided. Therefore, they can be acquired in good faith, provided the conditions set forth in art. 64 SPZ are met. In Croatia, the Act on Ownership and other Real Rights (*Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima* of 1991, in its last version of 2012)³⁰ establishes that a person who acquires independent possession of a movable in good faith by virtue of a transaction for value concluded with a possessor/transferor without title or power of disposition, acquires ownership of the object (art. 118 para 1). Para. 4 of the same article states that the provision of para. 1 does not apply if the object was stolen from its owner or from the transferor, or if the owner lost it or misplaced it. However, similar to German law, an exception is made for the acquisition of ready cash, bearer securities or transfers at a public auction.³¹ In Serbia, *Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa* (Law on the elements of property law relations) of 1980 (lately modified)³² provides (art. 31) that good faith acquisition of a movable by a person who is not the owner requires the following: a transaction for value; possession shall be delivered from a non-owner who trades with objects of the same kind within his ordinary business, or from a non-owner to whom the owner handed over the object, by virtue of a transaction that is not suitable for the acquisition of ownership (deposit, rent), or the object must be acquired at a public auction. The applicability of a *non domino* acquisition to stolen goods is not directly addressed by the law currently in force, so it seems possible under the above conditions.³³

3. *Good faith purchase of movables in common law systems.* – The same rigidity *vis-à-vis* good faith purchase that we witnessed in Roman law can be found in the early common law, where the relevant rule was *nemo dat quod non habet*,

³⁰ Published in *Narodne novine*, Nos.: 96/91, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12.

³¹ N. Gavella, T. Jospović, I. Gliha, *et alii*, *Stvarno pravo* (Property rights), Zagreb, 2007, p. 446-448.

³² Published in the Official Journal of SFRY, Nos. 6/80 of 8 February 1980, 36/90 of 29 June 1990, 29/96 of 26 June 1996 and Official Gazette of RS, No. 115/05 of 27 December 2005.

³³ However, there is a draft for a new law on “Property rights and other real rights” (available at: <http://arhiva.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakonik-o-svojini-i-drugim-stvarnim-pravim-radni-tekst.html>) that proposes new rules for acquisition *a non domino* (art. 112). In particular, article 114 of the draft establishes that: 1) A former owner may, within one year after the purchase of the ownership, request that the purchaser restores the thing to his ownership, upon the payment of a consideration with which he has purchased it [...] and upon the compensation for the damage he suffered because of the return of the thing if the thing has special importance for the former owner; 2) The thing is a pet animal; 3) The former owner [...] is deprived of the thing through theft, embezzlement, threat, duress, or other punishable act, and he has not contributed to it by his negligence. The provision referred to in para. 1 of this article shall not apply to money and securities.

based on the assumption that mere possession is not conclusive of title.³⁴ Gradually, also in English law, with the increasing commercialization of society, a weakening of the rigidity of the *nemo dat rule* has been acknowledged. It emerged first from case law, and was then codified in the Sale of Goods Act since its first version of 1893, and later transposed without changes in the text of 1979. These exceptions to the *nemo dat rule*³⁵ concerned essentially: (i) cases in which the true owner was *estopped* from claiming back the asset (sec. 21(1)), and – most relevantly – the cases gathered under (ii) the *market overt* rule (sec. 22), and (iii) the purchase from a *mercantile agent* (Factor's Act 1889 and SGA 1979 secs. 24-26). The exception regarding *proprietary estoppel* has been developed by case law on the basis of equity rules and operates when the owner of the goods is by his conduct precluded from denying the seller's authority to sell, but it has little operative relevance³⁶. The exceptions under (ii) and (iii) resulted in the following rules: the purchaser for value of a movable in a public market (*market overt*) or from a *mercantile agent*³⁷ was protected from the claim by the original owner.³⁸ But the *market overt* rule had only a brief life and was abolished in 1995.³⁹ Since this event, English exceptions to the *nemo dat rule* diminished. They are now gathered under the rule of the *voidable title* (sec. 23 SGA), which refers to situations where the good faith purchaser for value of the movable is protected if she purchases the good before the true owner voids the title of the transferor. This rule has relatively narrow borders of application: it applies only to *sales*, and not to other voluntary acts of disposition (such as gifts, mortgages, leasing contracts) and operates only

³⁴ M. Bridge, *Personal Property Law*, 3rd edn., Oxford, 2002, 97.

³⁵ The *nemo dat rule* is now codified in the Sale of Goods Act 1979, sec. 21(1): *sale by a person not the owner*. On the exceptions to this rule see also A.F. Salomons, *Good faith acquisition of movables*, in A. Hartkamp et alii (eds.), *Towards a European Civil Code*, 4th edn., 2011, 1065 ff.

³⁶ Operative requirements of proprietary estoppel have been developed by the English House of Lords in *Thorner v Major* [2009] UKHL 18.

³⁷ Intended as an intermediary having, in the customary course of his business, authority to dispose of the assets: sec. 26 SGA.

³⁸ P.M. Smith, *Valediction to Market Overt*, *Am.J.Leg.Hist.*, 1997, 225 ff.; Fr. Viding Kruse, *What does "Transfer of Property" Mean with Regard to Chattels? A Study in Comparative Law*, *Am.J.Comp.L.*, 1958, 500. The *market overt* rule did not apply to stolen goods if the thief was prosecuted to conviction (sec. 24 SGA 1979) – meaning that a criminal action had to be commenced as against the thief and a final verdict against him had to be issued for the true owner to be protected (*Walker v Matthews* (1881) 8 Q.B.D., 109).

³⁹ The *market overt* rule was abolished by the Sale of Goods (Amendment) Act 1994 (Ch. 32). On the reasons for this abolishment see the opinion of Lord Renton delivered to the House of Lords on 12 January 1994, available at: <http://hansard.millbanksystems.com/lords/1994/jan/12/sale-of-goods-amendment-bill-hl>.

if the purchaser is in good faith. As to stolen goods, the general common law rule is that no good faith acquisition can occur.⁴⁰

On the U.S. side, an expanded version of the English *voidable title rule* as well as the *entrustment rule* have been developed and codified in the Uniform Commercial Code. § 2-403-(1) U.C.C. states the *voidable title rule* applies to any kind of purchaser (not only buyers in a sale contract). Moreover, according to § 2-403 (1) lit. (d), the good faith purchaser⁴¹ is protected even if the true owner was fraudulently induced to deliver the good to the intermediary, because possession by the intermediary produces an ‘appearance’ of her title/power of disposition *vis-à-vis* third parties.⁴² This case is not identical with theft, being a case of delivery within a voluntary transaction, though fraudulently induced. In the case of stolen goods, no protection of any good faith purchaser is provided under this rule.⁴³

According to the *entrustment rule* in § 2-403 – (2) U.C.C., the owner delivering her goods to a person who operates “*in the business of selling goods of that kind*”, confers to that person a power of disposition of the asset, within the limits of the ordinary course of her business. Unlike the *voidable title rule*, this rule operates only within *sales*, in favor of *buyers* in good faith (not any purchaser).⁴⁴ The rule does not make any distinction for the delivery of stolen goods, so in principle it includes them, too. Interestingly enough, the issue of the good faith purchase of stolen goods in U.S. law is dealt with almost exclusively in the context of cultural goods - U.S. law is strict on that aspect: a buyer cannot get good title from a thief,⁴⁵ and that lack of good title irretrievably affects the subsequent chain of titles. The only exception to this rule is the passing of the three years’ time barring the *action for replevin*.⁴⁶

⁴⁰ J.G. Sauveplanne, *The Protection of Bona Fide Purchaser*, 685. M. Bridge, *Personal Property Law*, 113.

⁴¹ Under case law citing the U.C.C., a good faith purchaser (i) acquires for value, paying an adequate price for the good; (ii) has honestly believed to be acquiring from the true owner; (iii) circumstances could not induce her to doubt the transferor’s title: Ark. Supreme Court, *Hollis v. Chamberlin*, 243Ark. 201, 419 S.W.2d 116 (1967); M. Cenini, *Acquisti a non domino*, 55.

⁴² *Midway Auto Sales, Inc. v Mike Clarkson*, Court of Appeals of Arkansas, Division IV, Opinion delivered Nov. 1, 2000.

⁴³ As it is made clear by case law: *Midway Auto Sales, Inc. v Mike Clarkson*, supra; *Eureka Springs Sales Co. v. Ward*, 226 Ark. 424, 290 S.W.2d 434 (1956).

⁴⁴ G. Gilmore, *The Good Faith Purchase Idea and the Uniform Commercial Code: Confessions of a Repentant Draftsman* (1981) 15 *Georgia L. Rev.*, 609 ff.

⁴⁵ E.C. Black, *Entrustment, The Hidden Risk of Leaving Your Artwork in the Care of Others – Will Your Fine Art Insurance Cover Your Loss? Probably Not*, in 1/3 *Spencer’s Art Law Journal*, 2010, available at: <http://www.artnet.com/magazineus/news/spencer/spencers-art-law-journal12-30-10.asp#black>. Cp. The N.Y. case *Alexander v. Spanierman Gallery LLC et al.*, 64 A.D.3d 487 (1st Dep’t 2009).

⁴⁶ This is an action to recover stolen goods. Procedural technicalities attaching to this action can result in different outcomes for the true owner depending on whether the asset is in the pos-

4. *Comparative results as to stolen goods.* – Comparing the degree of protection granted to the good faith purchaser of stolen goods under the above analyzed countries allows us to list them from the most to the least protective regime for the true owner.

In Germany there is the strongest protection of the true owner, because the good faith purchase from a non-owner of stolen goods is expressly excluded. This protection is of particular significance because (i) the *reivindicatio* acknowledged to the owner is not subject to prescription limits; (ii) the exercise of the *reivindicatio* by the true owner is never conditioned by her obligation to reimburse the price paid for the asset by the innocent purchaser. The only exception to the strong protection of the owner arises regarding stolen objects acquired at public auctions. A similar path is followed by Croatian law, though the requirements for good faith acquisition may differ slightly (they are more similar to those of Austrian law). Nevertheless, also in Croatia, general rules on this topic are not applicable to stolen goods, save in cases of stolen goods acquired at public auctions. Similarly to German law, the common law countries tend to retain the old Roman rule protecting the true owner, though with slight differences in the degree of protection. In English law, even if the basic rule is that they can never be acquired in good faith, there still is the possibility of this occurrence: (i) in very limited cases under the doctrine of *estoppel* and (ii) under the doctrine of *voidable title*, which applies (narrowly) only to *sales*, if no criminal verdict against the thief has been issued. U.S. law acknowledges a larger scope of application to the rule of the *voidable title*, so as to include fraudulent transfers (not equal to theft). However, the *entrustment rule* explicitly applies to stolen goods, but within its narrow limits of scope, i.e. the requirement that the asset is delivered to a businessman dealing with assets of the same kind in his ordinary course of business.⁴⁷ In other cases,

session of a thief or of a good faith acquirer. In the first situation, the three year's prescription time runs from the time of the theft, even if the true owner did not (yet) know of the theft. This makes it easier for the thief to be immune from the true owner's action in a relatively short period of time. In the second case, the prescription time of the replevin action can be interrupted or prolonged in favor of the true owner in a variety of circumstances under equity rules. However, this requires, among other things, that the true owner *diligently gives notice* of the theft (leading case on this point is *Guggenheim Foundation v. Lubell*, 77 N.Y.2d 311, 569 N.E.2d 426, 567 N.Y.S.2d 623 (1991)). A case law survey shows that when the requirement of diligence by the true owner in giving notice of the theft cannot help, the good faith acquirer can still invoke the *defense of laches*, according to which the true owner has unreasonably delayed the exercise of her right and that this delay has resulted in a damage for the good faith acquirer. This is the most recurrent remedy in favor of a third party acquirer under U.S. law: J.H. Merryman, *The Good Faith Acquisition of Stolen Art*, October 2007, Stanford Public Law Working Paper No. 1025515, available at: <http://ssrn.com/abstract=1025515>.

⁴⁷ With reference to stolen art, art dealers, who are consignees or bailees for artists, cannot always be presumed to have good title to pass to the acquirers of artworks - it may depend on the circumstances. In particular, for transfer of art from a dealer to a private collector, the entrustment rule will apply; but in cases of transfers between dealers, the acquirer may be held to higher due diligence standards that - if not complied with - may end up in a rejection of the good faith requirement needed for acquisition *a non domino* under the *entrustment rule*: R.D. Spencer, *Getting Good*

the basic rule of the non-applicability of good faith acquisition to stolen goods finds its limits in the three years' prescription time of the *replevin* action granted to the true owner. A lesser protection of the true owner is acknowledged in France. In this country an approach similar to U.S. law developed, based on granting to the true owner an action to recover the stolen goods within three years prescription time. Additionally (and differently from U.S. law) if the goods are acquired at public auctions, from a professional merchant, in a fair or market, recovery of the objects by the true owner requires reimbursement of the paid price to the possessor. It is easy to see that requiring reimbursement of the paid price is a rule explicating a clear *favor commercii*, allowing the good faith purchase of stolen goods in a wide range of cases. As a matter of fact, seldom, if ever, will the owner be ready to pay twice for the recovery of the good.⁴⁸ A still lower standard of protection is to be found in Austria and Slovenia, where stolen objects are not excluded in principle by the application of the general rules on good faith acquisition. Also under Serbian law, general rules on acquisition *a non domino* are applicable in principle to stolen goods, since no express provision in the current law excludes them. The same can be said for Italy.

5. *The impact of national differences on the art market.* – The nuances of protection of the true owner of stolen goods existing in the private law rules of many European countries and in the U.S. decidedly impact on the art market. It is so, firstly, because general private law rules on good faith acquisition of movables almost everywhere apply to cultural objects.⁴⁹ Secondly, it is so because conflict of law rules in most countries of the world apply the *lex rei sitae* to cultural property restitution disputes, according to which the applicable law is that of the state in which the purchase of the cultural object took place.⁵⁰

Title to Art You Purchase, in 4/3 *Spencer's Art Law Journal*, 2014, available at: <http://news.artnet.com/market/getting-good-title-to-art-you-purchase-29939>.

⁴⁸ M. Cenini, *Acquisti a non domino*, 109.

⁴⁹ This is true for all the legal systems analyzed in this paper. See for Germany: B. Lurger, W. Faber, *Acquisition and Loss*, No. 149, p. 938; for Austria: B. Lurger, W. Faber, No. 148, p. 938; for France: *Protection de la propriété culturelle et circulation des biens culturels - Étude de droit comparé Europe/Asie*, sous la responsabilité scientifique de Marie Cornu, directrice de recherche au CNRS, Sept. 2008, p. 157 f., available at: <http://www.circulation-biens.culture.gouv.fr/pdf2/Cornu.pdf>; for Italy, where the debate on the (in)opportunity of this solution is lively: L. Mengoni, *Acquisti a non domino*, 81 ff., 88; R. Sacco, R. Caterina, *Il possesso*, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo-Mengoni*, continuato da P. Schlesinger, 3rd edn, Milano, 2014, 445 ff.; G. Magri, *Beni culturali e acquisto a non domino*, 741 ff.; for Slovenia: B. Lurger, W. Faber, No. 104, p. 927 and No. 161, p. 939; for Croatia: N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, et alii, *Stvarno pravo*, 380 f.; for Serbia: Serbian Act on cultural heritage (*Zakon o kulturnim dobrima* "Sl. glasnik RS", br. 71/94, 52/2011 - dr. zakoni i 99/2011 - Official Gazette of RS, no. 71/94, 52/2011 and 99/2011) does not contain specific rules excluding acquisition of cultural objects from general private law rules. For English and U.S. law see J.H. Merryman, *Good faith*.

⁵⁰ M. Graziadei, *Beni culturali (circolazione dei) (diritto internazionale privato)*, in *Enc. Dir., Annali*, II, tomo 2, Milano, 2008, 91 ff.

The outcome of this rule is that the differences in national protection of art owners result in a selection of specific national markets (and *fora*) for “art-laundering”. Suffice it to mention a few famous cases in which this phenomenon has occurred. In *Winkworth v. Christie Manson & Woods Ltd*,⁵¹ cultural goods stolen in England were brought to Italy and acquired under Article 1153 c.c. by an art collector (who was unaware of the fact that they were stolen goods). They were then moved back to England and sold at auction. The original owner claimed ownership, but the English court refused the claim stating that there had been a good faith acquisition by the art collector according to the law of the country where the acquisition took place (Italy). In 1995 the Italian Court of Cassation⁵² dealt with a case regarding stolen tapestry from the palace of justice of Riom (France) and acquired in good faith in Italy. The French government claimed its public ownership of the tapestries, but the Italian judge refused to apply public foreign law, thereby resorting to private law of the place of the acquisition (Italy). Again, in *The Islamic Republic of Iran v. Denyse Berend*⁵³ the English court applied French law as *lex rei sitae* in order to establish good faith acquisition from a non-owner of a cultural movable originally belonging to the Persepolis palace (Iran).

Thirdly, the impact of private law regimes on the art market is even greater if we consider that usually, under the most international private law regimes, foreign domestic protective public law rules do not apply in national courts. If the issue of the applicability in a national court of foreign public laws determining inalienability or limits to alienability or measures of export control to cultural objects arises, the result is that these rules may be applied only if the *lex originis* of the object coincides with the *lex rei sitae* (i.e. only if the acquisition of the item occurred in the same jurisdiction the public laws of which the judge is called to apply). If the law governing the acquisition is different from the *lex rei originis*, the court will normally refuse to apply foreign public laws and resort to *lex rei sitae* private law regime.⁵⁴ The above shows that (i) the interaction between domestic private law regimes, domestic public laws limiting or prohibiting circulation of cultural objects and national choice of law rules sacrifices the application of national public laws in favor of (the diverse) private law regimes; and that (ii) conflict of laws rules are of no particular help in balancing the contrasts between these different kinds of rules and therefore are not the decisive mechanism to contrast illicit trafficking of cultural objects from a legal point of view.⁵⁵ In additi-

⁵¹ [1980] Ch. 496, [1980] 1 All E.R. 1121.

⁵² Cass., 24.11.1995, no. 12166 (*Gov. Francia c. Pilone e altro*), in *Foro it.* 1996, I, 907.

⁵³ [2007] EWHC 132.

⁵⁴ See Italian case quoted above, fn. 51 and *Attorney General of New Zealand v. Ortiz* [1984] AC 1.

⁵⁵ Also see S.C. Symeonides, *A Choice of Law Rule for Conflicts Involving Stolen Cultural Property*, 38/4 *Vand. J. Transnat'l L.* 1177 ff. (2005) who nevertheless suggests possible ways to pro-

on, one should recall that (iii) specific national legislation protecting cultural heritage from illicit trafficking exists in almost every country, especially as the result of the implementation of the UNESCO 1970 Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property, or – at the EU level – of the EC Directive 7/1993. Yet these rules deal with relationships and obligations between states, leaving it to national private law rules to govern the allocation of ownership of cultural objects. For this reason, their impact in the cultural property trade is not addressed in the following, rather the focus will be on the sole international law instrument unifying substantial law rules which has been produced so far.

6. *Merits and weaknesses of international law protecting trade in cultural objects: the UNIDROIT Convention.* – To overcome the differences in national private law regimes that make it difficult for states and individuals to protect their cultural objects, the 1995 UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects was signed. It is currently implemented in only 36 states.⁵⁶ The aim of this instrument was to restrict the applicability of different standards of protection for the true owner of cultural objects facing illicit trafficking in those objects, putting particular emphasis on the return and restitution of such items. The Convention applies to international claims only, and seeks to ensure “(a) the restitution of stolen cultural objects and (b) the return of cultural objects removed from the territory of a Contracting State contrary to its law regulating the export of cultural objects for the purpose of protecting its cultural heritage (Art. 1). Limiting our analysis to the issue of restitution of stolen objects, the Convention sought to reconcile the opposing interests of the true owner of the property with those of the *bona fide* purchaser for value in an original manner, as compared to the rules existing in the various countries. Art. 3(1) provides that “the possessor of a cultural object which has been stolen shall return it”; but if she is required to return it, she “shall be entitled, at the time of its restitution, to payment of a *fair and reasonable compensation* provided that the possessor neither knew nor ought reasonably to have known that the object was stolen and can prove that it exercised *due diligence* when acquiring the object” (Art. 4(1)). In determining the *due diligence* requirement, the Convention states that “regard shall be had to all the circumstances of the acquisition, including the character of the parties, the price paid, whether the possessor consulted any reasonably accessible register of stolen cultural objects, and any other relevant information and documentation which it could reasonably have obtained, and whether the possessor consulted accessible agencies or took any other step that a reasonable person would have taken in the circumstances” (Art. 4(4)). It is interesting to note that this article provides for the

mote *lex originis* (with some exceptions), but – interestingly – admits that international private law alone is incapable of governing these issues.

⁵⁶ See the updated list of signatures, ratifications and accessions at: <http://www.unidroit.org/status-cp>.

reversal of the burden of proof in order to demonstrate the due diligence requirement, in contrast to the general presumption of good faith of the possessor of a movable under the law of several civil law countries.⁵⁷

According to Art. 3(3) “any claim for restitution shall be brought within a period of three years from the time when the claimant knew the location of the cultural object and the identity of its possessor, and in any case within a period of fifty years from the time of the theft.” Furthermore, this provision does not apply to cultural objects of particular national relevance, i.e. “forming an integral part of an identified monument or archaeological site, or belonging to a public collection” (Art. 3(4)). It is important to note that under the UNIDROIT Convention (in contrast to both the UNESCO Convention and the EC Directive 7/1993), the action for return can be brought not only by states, but also by private persons and therefore has relatively more potential than the remedies under the other two instruments.⁵⁸ If we compare the solution of the UNIDROIT convention with those of national private law regimes (above, par. no. 5) we can see that the Convention designs a stronger remedy for the true owners’ protection. As in the U.S., and in France as well, the balance between the interest of the true owner and that of the good faith acquirer is represented by the *prescription time for the action for restitution* granted to the owner (which, being short if she knew the location of the object, imposes upon her a duty to diligently pursue the recovery of the object).

However, unlike the U.S., and only partly like in France, this criterion is tempered by the obligation to *compensate a fair and reasonable amount* to the good faith purchaser under the obligation to return the object. Note that, unlike the rules under French law, this compensation is independent of the circumstances of the good faith acquisition (at public auction, in fair and markets, etc.). Yet, this compensation is something less than the payment of the full price requested by French law, and its payment is subject to the proof of the due diligence requirement. Finally, the acquirer’s good faith is not presumed, as it is usually in the national systems. Trying to assess the interests favored by this rule, it is clear that it tends to favor the interest of the true owner over those of the third party acquirer, who in the best of cases – but not always – will be entitled to compensation after passing a severe burden of proof. It may be because of this outcome that most “market nations”, i.e. those countries interested in acquiring cultural property and therefore fostering the free flow of transactions in the art market, have not yet implemented the Convention.⁵⁹ Despite the operative limits of the UNIDRO-

⁵⁷ See above, parr. nos. 2-3.

⁵⁸ *Explanatory Report on the UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects*, *Unif. L. Rev.* 476 ff., 506 (2001/3), also available at: <http://www.unidroit.org/english/conventions/1995culturalproperty/main.htm>.

⁵⁹ G. Magri, *La circolazione dei beni culturali nel diritto europeo, Limiti ed obblighi di restituzione*, Napoli, 2011, 39.

IT Convention deriving from the limited number of countries that so far have implemented it, scholars underline that this instrument has promoted a certain 'moralization' of the art industry. Among its merits is the fact that now, to avoid complex and expensive litigation, "dealers and purchasers who are presented with evidence that a cultural object does not have a good provenance do not now wait for litigation to start, but come to an agreement of return, or to compensate a purchaser who returns".⁶⁰ This is a new trend in a market well used to dubious transactions, a trend that displays "the birth of a moral duty to return [...] accompanied by the development of solutions deriving from methods of alternative conflict resolution in the domain of cultural property".⁶¹

7. *The DCFR model rule on 'good faith acquisition of cultural goods'*. – In addition to the UNIDROIT convention, another notable model of legal harmonization of the issue at stake has been recently proposed by academics at European level. It is codified in the model rules of Book VIII of the DCFR of 2009.⁶² Art. 3:101, para 2 of these Model Rules states that "Good faith acquisition of stolen cultural objects [...] is impossible", even if they are purchased in the ordinary course of business. The reason for that rule is that "cultural objects are considered to be a special category of goods where ownership is worthy of a stronger protection as compared to ordinary goods".⁶³ A comparison between the two harmonizing models – UNIDROIT and DCFR – shows that the former is more balanced between the two conflicting interests laying at the core of our inquiry. While starting from the general (internationally acknowledged) principle according to which stolen cultural objects must be returned to their owner, the UNIDROIT model allows room for the flow of art transactions, when the owner does not diligently pursue the recovery of the object, or – in any case - with the passing of a certain period of time after the theft. By so doing it enhances protection of the

⁶⁰ L.V. Prott, *The UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects – Ten Years On*, 223.

⁶¹ Centre d'Etudes sur la Coopération Juridique Internationale, *Study on preventing and fighting illicit trafficking in cultural goods in the European Union*, CECOJI-CNRS-UMR 6224, Contract No. Home/2009/ISEC/PR/019-A2, Oct. 2011, p. 201; available at: http://ec.europa.eu/home-affairs/doc_centre/crime/docs/Report%20Trafficking%20in%20cultural%20goods%20EN.pdf.

⁶² The DCFR is, in all but name, essentially a draft of a European Civil Code, prepared by a large group of academics gathered under the Joint Network on European Private Law, as it was requested under the EU Commission in the "Action Plan on A More Coherent European Contract Law" of 12 Feb. 2003 (COM/2003/68 fin.) and under the Communication of the Commission "European Contract Law and the revision of the *acquis*: the way forward" of 11 Oct. 2004 (COM(2004)651fin.). The final version of the DCFR has been published by Sellier in 2009: Study Group on a European Civil Code/Research Group on EC Private Law (Acquis Group) (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*, Munich, Sellier, 2009. The rules of the DCFR were intended to be used as a possible basis for the future European legislation on contract law or as model for national reforms.

⁶³ B. Lurger, W. Faber, *Acquisition and Loss*, 900.

owners of stolen cultural objects when compared with some too liberal regimes in Europe, but without hampering too heavily the legal certainty and therefore the smooth functioning of the art market. Moreover, protecting the true owner only if she is cares about the object enough to pay a compensation (or even the whole price) to the good faith acquirer for value is a solution that fosters the allocation of ownership to the party who evaluates it most.⁶⁴ On the contrary, the model of the DCFR, by radically and *a priori* excluding good faith acquisition of cultural objects, is partial to an ethical view of the problem. It gives paramount importance to the cultural message these objects convey, and considers this message as a collective value, or a value for the whole of humankind. Yet, this idealistic view – which is sought to stop illicit trafficking – does not consider the potential negative side effects of this well-intentioned rule. The negative by-products of such a rule could have a broad impact, not limited to the functioning of the art market. Decreasing certainty in art transactions would diminish the demand for art; there would be fewer buyers willing to buy art knowing the high risk of having to return it to the original owner. The value of artworks would decrease and this could result in inefficient management and conservation of artworks, in a decreasing value of art in general, in a reduction of funding for artists, which in turn could lead to a depression of cultural development in general.

8. *Individuating and assessing possible exit strategies.* – The above shows how pressing the need is to overcome differences in private law regimes on the circulation and good faith purchase of cultural objects. Foreign public laws protecting cultural objects have limited relevance in the practice of national courts when it comes to the adjudication of international disputes on the return of stolen cultural objects. Private international law is not capable – independent from substantive private law harmonization – to help overcome this open issue. International law Conventions, even when dealing with substantive law aspects, suffer inherent limits when it comes to their national implementation. To be sure, they have had an effect on the art market which can be seen in the growing number of soft law instruments (codes of conducts, standards, etc.) enshrining the principles laid down in international conventions, thereby helping spread a new morality in the art market.⁶⁵ But still the lobbies governing the art market take advantage of the differences in substantial law emerging in the various jurisdictions of the world. As history and comparison have shown (above, parr. nos. 2-4) there is no single best solution to the issue of limits on the good faith purchase of cultural movables. On the contrary, any solution should, firstly, explicitly state the values it decides to promote and, secondly, balance such values with the empirical (and economical) impact of the proposed rules on the given society. A drastic way out of

⁶⁴ A. Gambaro, *Il diritto di proprietà*, 707 ff.

⁶⁵ F. Fiorentini, *A legal pluralist approach to international trade in cultural objects*, in *Handbook on the Law of Cultural Heritage and International Trade*, 2014, 589 ff., 605 ff., 619.

the difficult balancing tasks required for harmonizing the good faith purchase of art at a global level would be to set up an international public register of artworks to govern the legal effects of the circulation of cultural objects. This would automatically place them outside the rules on good faith acquisition, while establishing clear rules for their circulation. Despite the relevant progress being made on the issues of the traceability of cultural goods – for instance with the setting up of registers of stolen art,⁶⁶ databases,⁶⁷ systems of identification of cultural objects⁶⁸ – the practical availability of this option is still yet to come.

FRANCESCA FIORENTINI

Associate Professor of Private Comparative Law
at the University of Trieste.

GOOD FAITH PURCHASE OF MOVABLES IN THE ART MARKET
– Comparative observations –

Summary

This paper assesses the role of domestic private law rules in the good faith purchase of movables in the international circulation of cultural objects by comparing the approaches of a variety of representative legal systems in Europe and beyond. This survey focuses on the similarities and differences among laws pertaining to the good faith purchase of movables from a person who is not the owner and looks at the fate of stolen goods as well as the impact of current private law regimes on the global dimension of the art market. The multilayered structure of the legal regimes addressing the cultural property trade, the difficulties of coordinating the diverse private law regimes, and the rules of public and international private law, together with the limits of the harmonizing international law instruments produced so far, leave a series of open issues, which ultimately hinder the creation of an effective strategy for eliminating or at least controlling illicit trafficking in cultural property.

⁶⁶ The INTERPOL database on stolen works of art, set up in 1947, is available not only to law enforcement agencies but also to members of the public who have been given specific access rights while a certain subset of data are available to the general public: <http://www.interpol.int/Crime-areas/Works-of-art/Works-of-art>. The Art Loss Register is a private database of stolen art and antiques set up in London in 1991 by a partnership of auction houses, trade associations, the insurance industry and the International Foundation of Art Research. See <http://www.artloss.com/en>. There is also the ICOM Red List that classifies the endangered categories of archaeological objects or works of art in the most vulnerable areas of the world in order to prevent their sale or illegal export: <http://icom.museum/programmes/fighting-illicit-traffic/red-list/>.

⁶⁷ The Cultural Heritage Laws Database was set up by UNESCO in 2003 as a means of fighting illicit trafficking in cultural property: <http://www.unesco.org/culture/natlaws/>.

⁶⁸ The Object ID is an international standard for describing cultural objects in order to facilitate their identification in case of theft. It has been developed by the Getty Information Institute and is promoted by FBI, Scotland Yard, Interpol, UNESCO, museums, cultural heritage organizations, art trade and art appraisal organizations and insurance companies: <http://archives.icom.museum/object-id/>.

MILENA PETROVIĆ

MESTO ISPORUKE ROBE KAO OSNOV NADLEŽNOSTI ZA SPOROVE IZ MEĐUNARODNE PRODAJE PREMA PRAVILIMA BRISEL I UREDBE

U V O D

Međunarodnu nadležnost sudova država članica EU uređuju pravila Uredbe Saveta Evrope o nadležnosti i priznanju i izvršenju odluka u građanskim i trgovačkim stvarima br. 44/2001 od 22. decembra 2000. godine, poznate kao Brisel I uredba (u daljem tekstu Uredba).¹ Stupanjem na snagu ove uredbe 1. marta 2003.g. prestala je da važi Briselska konvencija o nadležnosti i priznanju i izvršenju odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (u daljem tekstu Konvencija) koja je do tada uređivala ovu materiju.² S obzirom na naglašenu potrebu za očuvanjem kontinuiteta između ova dva pravna instrumenta,³ Uredba u najvećoj meri ponavlja pravila Konvencije, ali sadrži i značajne izmene među kojima je i čl. 5(1) koji uređuje posebnu nadležnost za ugovorne sporove, pitanje koje je pred-

Dr Milena Petrović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

¹ OJ L 12, 01.2001. Ova uredba predstavlja osnovni izvor građanskog procesnog prava EU budući da postavlja jedinstvena pravila o direktnoj i indirektnoj nadležnosti sudova država članica. Uredba je obavezna u celini i neposredno se primenjuje u svim državama članicama.

² Briselska konvencija je do jula 2007. godine ostala na snazi samo prema Danskoj, budući da prema Protokolu br. 5. o položaju Danske, ta država nije vezana odredbama poglavlja IV Ugovora o EZ i propisima donetim na osnovu njih. Od 1. jula 2007. godine, a na osnovu Sporazuma zaključenog između EZ i Danske 19. oktobra 2005.g. i odluka Saveta br. 2005/790 i 2006/325, Brisel I uredba se primenjuje i u Danskoj. Više, P. Stone, *EU Private International Law*, 2010, str.19.

³ Vidi tačku 19. preambule Brisel I uredbe.

met ovog rada. Uredba će biti na snazi do januara 2015. godine, kada će početi sa primenom njena dopunjena i izmenjena verzija koja je objavljena 12. decembra 2012. godine kao Uredba (EZ) br. 1215/2012 o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, poznata kao Brussels I Recast.⁴ Polazeći od toga da moraju postojati alternativni osnovi za nadležnost, utemeljeni na bliskoj vezi između spora i suda, kao i potrebi da se olakša pravilno suđenje,⁵ Uredbom je predviđena mogućnost uspostavljanja posebne nadležnosti za ugovorne sporove. Ova vrsta nadležnosti je predviđena kao dopuna ili alternativa opštoj nadležnosti baziranoj na prebivalištu tuženog, pa je na tužiocu da izabere sud pred kojim će pokrenuti postupak protiv tuženog. Naravno, ovo sve pod uslovom da između njega i tuženog ne postoji sporazum o nadležnosti suda određene zemlje, budući da se takvim sporazumom derogira nadležnost svakog drugog suda koji bi mogao postupati u datoj stvari.

Predmet ovog rada je posebna nadležnost sudova država članica za sporove nastale iz međunarodne prodaje robe, utvrđena novim pravilom uvedenim u čl. 5(1) Uredbe. Kako se ova nadležnost bazira na mestu isporuke robe, kao karakterističnoj prestaciji za ovu vrstu ugovora, analiza je prevashodno usmerena na ovaj pojam i njegov značaj za uspostavljanje nadležnosti. Međutim, kako se novo uvedeno pravilo ne može posmatrati izolovano od ostalih pravila pomenutog člana Uredbe koja se odnose na druge vrste ugovora, budući da se ona međusobno dopunjuju ili isključuju, to će i o ovim drugim pravilima čl. 5(1) Uredbe biti reči kad za tim postoji potreba. Takođe, u radu se ukazuje i na probleme koje su sudovi imali u tumačenju pojma mesta isporuke robe zbog čega su nastajali i problemi u određivanju nadležnosti za sporove iz međunarodne prodaje. Konačno, iz sveukupne analize navedenih pitanja može se zaključiti da li je i u kojoj meri ovaj osnov posebne nadležnosti doprineo unapređenju pravne sigurnosti i predvidljivosti, što je i bio cilj Brisel I uredbe, odnosno da li pravilo bazirano na mestu isporuke robe omogućava prosečno informisanom tuženom da razumno predvidi pred kojim sudom može biti tužen, a da to nije sud njegovog domicila.

Isporuka robe u funkciji osnova nadležnosti suda – čl. 5(1)(b) Uredbe

Pravilo o posebnoj nadležnosti sudova država članica za sporove iz ugovora o međunarodnoj prodaji robe sadržano je u čl. 5(1) Uredbe i glasi:

Lice sa prebivalištem u nekoj državi članici može biti tuženo u drugoj državi članici:

1. (a) u sporovima iz ugovora, pred sudom mesta u kome je obaveza o kojoj je reč ispunjena ili u kome je trebalo da bude ispunjena;

⁴ OJ L 351/1.

⁵ Tačka 12. Uredbe.

(b) u smislu ove odredbe, osim ako nije drugačije ugovoreno, mesto ispunjenja obaveze o kojoj je reč je: ako se radi o kupoprodaji robe, mesto u državi članici u kome je, prema ugovoru, roba isporučena ili je trebala biti isporučena; ako se radi o pružanju usluga, mesto u državi članici u kome su, prema ugovoru, usluge pružene ili su trebale biti pružene; (c) ako se ne primenjuje podstav (b), primenjuje se podstav (a).

Navedeno procesno pravilo je očito kompleksno budući da sadrži dva različita pravila koja se međusobno isključuju ili zamenjuju, zavisno od konkretnog slučaja. Podstav (a) se može posmatrati kao opšte pravilo (*lex generalis*) jer se primenjuje na sve tipove ugovora, osim na one koji su regulisani posebnim odredbama Uredbe,⁶ dok se podstav (b) može posmatrati kao posebno pravilo (*lex specialis*) koje se primenjuje samo na ugovore o prodaji robe i ugovore o pružanju usluga.⁷ Opšte procesno pravilo je u potpunosti preuzeto iz Konvencije, i u skladu sa njim, nadležnost suda se temelji na mestu ispunjenja ugovorne obaveze o kojoj je reč (*forum solutionis*). Sva tumačenja ovog pojma, koja je kroz brojne odluke dao Sud EU još dok je ovo pravilo bilo deo Konvencije, i dalje su izuzetno važna za pravilnu primenu čl. 5(1)(a) Uredbe. Posebno procesno pravilo je potpuno novo pravilo koje je uvedeno Uredbom i prema njemu, nadležnost se određuje prema mestu isporuke robe, odnosno mestu pružanja usluge, kao karakterističnim prestacijama ove dve vrste ugovora. Ako se iz nekog razloga na ove ugovore ne može primeniti pravilo iz podstava (b), primeniće se pravilo određeno podstavom (a).⁸

Razlika između ova dva pravila nije samo u polju primene, već i u kriterijumima na osnovu kojih se zasniva nadležnost. Kao što će se kasnije videti, kriterijum u prvom slučaju je mesto ispunjenja obaveze na kojoj se temelji tužbeni zahtev, a u drugom slučaju to je mesto ispunjenja karakteristične ugovorne obaveze.

Predmet ovog rada je ograničen na prvu alineju podstava (b), na posebno pravilo koje se odnosi na nadležnost sudova za sporove nastale iz ugovora o prodaji robe. Međutim, da bi se razumeo cilj njegovog uvođenja u Uredbu neophodno je ukazati na probleme koji su nastajali u primeni čl. 5(1) Briselske konvencije koji je do tada regulisao ovo pitanje.

Osvrt na čl. 5(1) Briselske konvencije. – Ono što sigurno obeležava pravilo iz čl. 5(1) Briselske konvencije, je njegoa kompleksnost zbog koje je primena

⁶ Poseban režim nadležnosti je predviđen za potrošačke ugovore, ugovore o osiguranju i ugovore o radu, kao ugovore koji se zaključuju sa slabijom stranom kojoj je potrebna posebna procesna zaštita. U pitanju je tzv. protektivna nadležnost koju uređuju pravila Odeljka 3. (čl. 8–21) Uredbe.

⁷ H. van Lith, *International Jurisdiction and Commercial Litigation – Uniform Rules for Contract Dispute*, The Hague, 2009. str. 85–86; Pocar, *Explanatory Report on Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, signed in Lugano on 30 October 2007*, OJ C 319/1 (u daljem tekstu: Pocar Report) rec. 51.

⁸ Vidi podstav (c) čl. 5(1) Uredbe.

ovog pravila izazvala velike kontroverze u sudskoj praksi, ali i brojne komentare u doktrini. Naime, sve je u navedenoj odredbi izazivalo dileme, počev od toga šta se smatra “sporovima u vezi sa ugovorom”, zatim, šta se smatra “spornom obavezom” odnosno, “obavezom u pitanju”, kao i šta se podrazumeva pod “mestom ispunjenja obaveze”. Otuda su sudovi država članica vrlo često od Suda EU tražili tumačenje ovih pojmova, pa je Sud samo povodom ove odredbe doneo više odluka nego o bilo kojoj drugoj odredbi Konvencije.⁹ Sveobuhvatna ocena svih problema sa kojima su se suočavali nacionalni sudovi prevazilazi okvire ovog rada, pa će naša razmatranja biti usmerena na one odluke Suda EU za koje se generalno smatra da su ključne.¹⁰

Jedno od ključnih pitanja za koje se tražilo tumačenje Suda bilo je pitanje koja se ugovorna obaveza smatra relevantnom za zasnivanje nadležnosti. Pitanje je bilo potpuno opravdano jer se iz izraza “obaveza o kojoj je reč” nije moglo precizno zaključiti na koju se obavezu misli: da li je to obaveza koja je karakteristična za predmetni ugovor, obaveza na kojoj tužilac temelji tužbeni zahtev ili bilo koja obaveza koju jedna ugovorna strana treba da ispuni prema drugoj.

Odgovor na postavljeno pitanje Sud je dao u odluci *De Bloos*,¹¹ koja je za sudove bila od ključnog značaja za tumačenje navedenog pojma i pravilnu primenu čl. 5(1) Konvencije. U navedenom slučaju Sud je zaključio da “obaveza o kojoj je reč” ne upućuje ni na jednu drugu obavezu, osim na obavezu na kojoj se temelji tužbeni zahtev.¹² Ideja na kojoj se bazira ovaj pristup je nezavisnost svake ugovorne obaveze, a obrazloženje za to je da upravo mesto u kome treba da se ispuni obaveza koja je predmet tužbenog zahteva konstituiše najbližu vezu između spora i suda koji bi za njega bio nadležan. Ta “fizička bliskost” omogućava potpun uvid suda u činjenice na osnovu kojih će utvrditi prirodu tog odnosa.¹³ Izborom ovog kriterijuma otpala je mogućnost da se pod “obavezom o kojoj je reč” podrazumeva bilo koja obaveza iz ugovora, kao i obaveza koja je karakteristična za predmetni ugovor.

Tumačenje Suda izraženo u odluci *De Bloos* ipak nije eliminisalo dileme i poteškoće u utvrđivanju nadležnosti kod kompleksnih ugovora kod kojih su stranke preuzele brojne obaveze koje je trebalo ispuniti u različitim mestima, odnosno državama. Striktna primena *De Bloos* pravila bi dovela do situacije da za svaku obavezu koja nije ispunjena tužilac može da podnese tužbu sudu one drža-

⁹ Više od 20 odluka je Sud EZ doneo o prethodnom tumačenju čl.5(1) Konvencije. Više, H.van Lith, op. cit., str. 74.

¹⁰ Više i o nekim drugim pitanjima, M.Petrović, *Posebna međunarodna nadležnost za sporove iz ugovornih odnosa prema pravu EU i pravu Republike Srbije*, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, g. LXII, 1/2014.

¹¹ Case 14/76 *De Bloos v.Bouyer*, (1976) ECR 1497.

¹² Case *De Bloos*, par. 11.

¹³ Vidi, H.van Lith, op. cit., str. 95.

ve u kojoj je ona trebalo da se ispuni. Posledica je fragmentacija nadležnosti budući da bi više sudova moglo zasnovati posebnu nadležnost za jedan isti ugovorni spor, što bi svakako bio rezultat koji se ne želi s obzirom da bi bio u neskladu sa svrhom i ciljevima same Konvencije. Otuda je Sud, u slučaju *Shenavai*, povodom pitanja koja od više obaveza na kojima se temelji tužbeni zahtev čini "obavezu o kojoj je reč", zauzeo stav da je ta obaveza glavna obaveza, i da po mestu njenog ispunjenja treba odrediti nadležnost suda.¹⁴ Ovakav pristup međutim, nije bilo rešenje za sve one slučajeve u kojima je postojalo više spornih obaveza od kojih nijedna nije bila glavna, jer su bile istog ranga. Sa ovim pitanjem Sud se suočio u slučaju *Leathertex* kada je zaključio da će svaki nacionalni sud biti nadležan samo za onaj deo tužbenog zahteva koji se temelji na obavezi ili obavezama koje je trebalo ispuniti na teritoriji tog suda. Isti sud dakle, neće biti nadležan za ceo spor.¹⁵ Svestan nedostataka fragmentacije spornog slučaja, odnosno činjenice da sudovi različitih država članica mogu rešavati različite aspekte istog spora, Sud je ipak zaključio da ako tužilac želi da vodi postupak u celosti pred jednim sudom, onda uvek ima mogućnost da ga vodi pred sudom prebivališta tuženog.¹⁶

Navedena tumačenja Suda su u praksi pokazala nedostatke, pa se u relevantnim krugovima često moglo čuti da bi za nadležnost određenu čl. 5(1) Konvencije trebalo da bude značajna ona obaveza koja je karakteristična za ugovor. Jedan od najžustrijih stavova protiv tumačenja Suda, izrazio je AG Ruiz u svom mišljenju povodom spora *Concorde*: "Sve je u vezi sa *De Bloos* greška. Od samog početka odgovor je da se u svrhu čl. 5(1) uzima u obzir samo karakteristična ugovorna obaveza. Tada bi u ogromnoj većini slučajeva bilo moguće u procesne svrhe odrediti mesto ispunjenjau koje je u bliskoj vezi sa bitnim elementima ugovora".¹⁷

Još jedno pitanje koje je zadalo velike teškoće nacionalnim sudovima u primeni čl. 5(1) Konvencije bilo je pitanje šta se smatra mestom ispunjenja obaveze o kojoj je reč. Odluku o prethodnom tumačenju povodom ovog pitanja, Sud EU je doneo u slučaju *Tessili*, kada je zaključio da se ovo mesto ima odrediti prema *lex causae*, što znači da sud na osnovu svojih kolizionih pravila mora utvrditi koje je pravo merodavno za pravni odnos o kome je reč i u skladu s tim pravom odrediti gde se nalazi mesto ispunjenja sporne obaveze.¹⁸ Dakle, pojam mesta ispunjenja obaveze o kojoj je reč nije određen autonomno, nezavisno od nacionalnih pra-

¹⁴ Case 266/85 *Shenavai v. Kreischer*, (1987) ECR 239, par. 19. Ovo tumačenje je potvrđeno i u kasnijim odlukama Suda. Magnus and Mankowski, op. cit par. 132, str.153.

¹⁵ Case 420/97 *Leathertex Divisione Sintetici SpA v. Bodetex BVBA*, (1999) ECR I-6747, par. 40-42.

¹⁶ Ibid. par. 20-21 i 76. Više, U.Grušić., *Jurisdiction in Complex Contracts under the Brussels I Regulation*, Journal of Private International Law Vol.7, No.2, 2011; M.Petrović, op.cit. str. 49-51.

¹⁷ Mišljenje AG Ruiz-Jarabo Colomer u presudi C-440/97 *GIE Groupe Concorde*, (1999) ECR I-6307, par. 103. Vidi, H.van Lith, op. cit., str. 101.

¹⁸ Case 12/76 *Industrie Tessili Italiana Como v. Dunlop AG*, (1976) ECR 1473. Par. 13.

va, već na osnovu *lex causae*. Ovaj pristup je međutim, naišao na brojne kritike u akademskim krugovima. Jedna od njih je ukazivala na to da ga je teško primeniti, ne samo zbog toga što on u pripremnoj fazi postupka pretpostavlja da se reši veoma kompleksno pitanje međunarodnog privatnog prava, već uključuje i ispitivanje merituma spora u vreme kada sudija još uvek nije rešio pitanje nadležnosti.¹⁹ Praktično, ovaj pristup je ocenjen kao izlišan, budući da zahteva nepotreban utrošak vremena i novca. S druge strane, *legis causae* pristup je kritikovan i zbog toga što u velikom broju slučajeva dovodi do nadležnosti tužiočevog suda (*forum actoris*) odnosno, što ne može u svakom slučaju da osigura nadležnost suda koji ima adekvatnu činjeničnu vezu sa predmetom spora.²⁰ Kritiku su pratili i konkretni predlozi za koje se smatralo da mogu unaprediti ovo pravilo o posebnoj nadležnosti. Tako se predlagalo autonomno tumačenje mesta ispunjenja obaveze koje bi bilo bazirano na konceptu najbliže veze.²¹ Sud je odbio ovakvo tumačenje čl. 5(1) sa obrazloženjem da iako povezanost između suda i predmeta spora predstavlja *ratio* ove odredbe, ona se primjenjuje i u slučajevima u kojima on nije ostvaren jer bi primena nekih drugih kriterijuma kao što je povezanost s predmetom spora, mogla ugroziti predvidljivost pravila o nadležnosti što bi bilo suprotno svrsi Konvencije.²²

Svi pokušaji da se pristupi *De Bloos* i *Tessili* revidiraju, ostali su bez rezultata. Ostaje otvoreno pitanje zašto su autori Uredbe i pored svih kritika smatrali potrebnim da za sve vrste ugovora koji nisu ugovori o prodaji i ugovori o pružanju usluga zadrže rešenje iz Konvencije. Ako u ugovorima o prodaji robe i pružanju usluga treba biti nadležan sud mesta ispunjenja karakteristične obaveze, nema razloga da isto rešenje ne bude prihvaćeno i u drugim vrstama ugovora.

Mesto isporuke robe kao temelj nadležnosti - čl. 5(1)(b) Uredbe

Specijalno pravilo sadržano u podstavu (b) člana 5(1) je uvedeno u Uredbu ne samo da bi se izbegla potreba za određivanjem obaveze o kojoj je reč, već i da bi se izbeglo određivanje merodavnog prava na osnovu koga će se utvrditi mesto ispunjenja te obaveze. Drugim rečima, izvršene dopune su učinjene sa ciljem da se prevaziđu nastale teškoće i ponekad nerazumni rezultati do kojih je dovela sudska praksa inicirana odlukama *De Bloos* i *Tessili*. U tu svrhu navedenom odredbom je eksplicitno određena relevantna obaveza i to na autonoman način,

¹⁹ De Cristofaro, *Critical Remarks on the Vienna sales Convention's Impact on Jurisdiction*, Uniform L. Rev. (2000) str. 49.

²⁰ F. Ferrari, *Forum Shopping Despite International Uniform Contract Law Convention*, Int. & Comp. L.Q. (2002), str. 691–692.

²¹ Predlog Opšteg pravobranioca Lenz-a u slučaju C-288/92 *Custom Made v. Stawa*, (1994) ECR I-2913, par. 72–75.

²² Presuda *Custom Made*, par. 14. i 18.

dakle nezavisno od *lex causae*, a mesto u kojoj ona treba da se ispuni određeno je kao kriterijum za zasnivanje nadležnosti. U slučaju ugovora o prodaji relevantna obaveza je isporuka robe koja predstavlja karakterističnu prestaciju ovog ugovora, a mesto u kojoj je roba isporučena ili je trebalo da bude isporučena, predstavlja osnov za zasnivanje nadležnosti u slučaju spora.

Za razliku od tradicionalnog pristupa ustanovljenog u slučaju *De Bloos* i još uvek primenljivog prema čl. 5(1)(a) Uredbe, prema novom, specijalnom pravilu sadržanom u podstavu (b), smatra se da postoji jedna jedina obaveza, i u principu, jedno mesto njenog izvršenja koji su relevantni za čitav ugovor, odnosno za sve sporove koji iz njega mogu nastati. Kao što je već rečeno, kod ugovora o prodaji robe ta obaveza je isporuka robe, a njen dužnik je prodavac. Ovo znači da više nema potrebe da se određuje obaveza koja *in concreto* predstavlja osnov tužbenog zahteva, da se pravi razlika između glavne i drugih obaveza ili da se odlučuje o tome da li ima više obaveza koje su istog ranga. S druge strane, mesto gde je prodavac isporučio robu kupcu ili gde je trebalo da je isporuči, predstavlja jedini relevantan kriterijum na osnovu koga će se odrediti nadležan sud ako dođe do spora. Ovo mesto je identično za svaku obavezu koja proizilazi iz ugovora, bez obzira da li je ona sporna, da li se sastoji u plaćanju, da li je ona jedina ili ima nekoliko obaveza na kojima se temelji tužbeni zahtev,²³ pa je i nadležnost koncentrisana samo na jedan sud, sud tog mesta odnosno, države. Mesto gde kupac treba da ispuni svoju obavezu je bez značaja, čak i u slučaju kada je predmet tužbenog zahteva obaveza plaćanja.

Kod ugovora o prodaji, mesto ispunjenja obaveze o kojoj je reč je dakle, unapred definisano i to kao mesto isporuke robe, čime je prihvaćeno pravilo o nadležnosti suda mesta ispunjenja karakteristične obaveze i to nezavisno od toga o kojoj obavezi je reč u konkretnom slučaju.²⁴ Praktične posledice ovog unitarnog pristupa su od presudnog značaja jer fragmentacije nadležnosti više nema. Samo je jedan sud nadležan za sve sporove iz istog ugovora, što znači da je koncentracija nadležnosti garantovana.²⁵

Prednost podstava (b) u odnosu na konvencijska rešenja je u tome što ovo pravilo u većoj meri garantuje da će se posebna nadležnost moći zasnovati u sudu koji je činjenično povezan sa predmetom spora. S druge strane, obaveza koja je relevantna za odlučivanje o nadležnosti utvrđena je unapred, bez obzira na sadržaj tužbenog zahteva. Konačno, ovim pravilom je u većoj meri osigurana predvidljivost u zasnivanju nadležnosti.²⁶

²³ Obrazloženje predloga Uredbe (Explanatory Memorandum) 14.

²⁴ Obrazloženje predloga Komisije, COM 1999. (348), final, Sl. List EZ, C 376 E, 28. decembar 1999, bel. 60, tekst uz član 5.

²⁵ P. Mankowski u: Magnus and Mankowski, op.cit. para. 100, str. 136.

²⁶ Umesto svih: D. Babić, *Međunarodna nadležnost za ugovorne sporove prema europskom, hrvatskom i američkom pravu*, Zagreb, 2005. str. 87, 88.

Međutim, pravilo prema kome se pod mestom ispunjenja obaveze o kojoj je reč podrazumeva mesto isporuke robe, primenjuje se samo ako se ugovorne strane nisu *drukčije sporazumele*, što znači da one od ovog pravila mogu da odstupe. Naime, stranke se kod ugovora o prodaji mogu sporazumeti npr. da se jedno mesto smatra mestom ispunjenja svih obaveza. Budući da će sud tog mesta odlučivati o eventualnom sporu iz tog ugovora, to mesto treba da odgovara sadržaju ugovora, odnosno sud treba na neki način da bude povezan sa predmetom spora, jer se tim osnovom opravdava posebna nadležnost. Međutim, svesne da se ovim sporazumom, između ostalog zasniva međunarodna nadležnost, stranke mogu sačiniti takav sporazum o mestu ispunjenja koje nema stvarnu vezu sa ugovorom i u kome obaveze iz ugovora ne bi mogle da se ispune u skladu sa uslovima samog ugovora. Takav apstraktni sporazum bi uputio na nadležnost suda mesta u kome se u stvarnosti obaveza ne ispunjava i koji ni na koji način nije povezan sa predmetom spora. Ako se ovakav sporazum shvati kao sporazum koji služi samo tome da omogući nadležnost nekog drugog suda, onda se nužno postavlja pitanje da li ovakvu nadležnost treba usloviti ispunjenjem formalnih uslova za sporazum o prorogaciji predviđenih čl. 23–25. Uredbe. Ovo pitanje sigurno zaslužuje mnogo širu analizu koja prevazilazi razmatranja ovog rada, pa na ovom mestu želimo samo da ukažemo na to da se povodom ovog pitanja Sud EU priklonio vladajućem mišljenju doktrine i u slučaju *MSG* zauzeo stav da se na apstraktnim sporazumima o mestu ispunjenja, nadležnost ne može zasnovati ako nije udovoljeno formalnim pretpostavkama predviđenim za sporazum o prorogaciji.²⁷

Pravilo iz čl. 5(1) Uredbe određuje ne samo međunarodnu nadležnost, nego i mesnu nadležnost datog pravosuđa i to neposredno,²⁸ Tako, kod ugovora o prodaji, ukoliko su se stekli uslovi za primenu ovog pravila, tužilac bi trebalo da zna da postupak protiv tuženog može da pokrene u mestu one države u kome je roba isporučena ili u kome je trebalo da bude isporučena. Takođe, ovo pravilo se primenjuje samo ako se mesto isporuke nalazi u državi članici.

Određivanje mesta isporuke robe

Ključni pojam odredbe čl. 5(1)(b) Uredbe je mesto isporuke robe. Međutim, značajan problem koji se javljao u vezi sa njim bio je nedostatak izričite definicije ovog pojma što je izazivalo dileme prilikom tumačenja i primene ove odredbe. Otuda je i određivanje nadležnosti koja se bazira na ovoj činjenici, često bio veoma složen posao za sud. Ovo naročito kada su u pitanju ugovori o prodaji u kojima je predviđen prevoz robe iz jedne u drugu državu, budući da se prema nacionalnim pravima i relevantnim međunarodnim konvencijama pojam mesta

²⁷ Više, D.Babić, op. cit., str. 112–114.

²⁸ Vidi: Pocar *Report*, rec.34; Vodinelić/Knežević, *Građansko procesno pravo Evropske Unije*, Beograd, 1998. str. 63.

isporuke različito tumači. Tako se na primer, pod mestom isporuke robe može smatrati mesto u kome je kupac preuzeo robu, mesto u kome je roba predata prvom prevozniku radi dostave kupcu ili mesto u kome je prodavac imao sedište u vreme zaključenja ugovora. Nema sumnje da bi zbog različitog tumačenja ovog pojma, za jedan isti spor mogli biti nadležni sudovi različitih država (zavisno od toga pred kojim od njih se pitanje postavlja), što nikako ne bi bilo u skladu sa osnovnim ciljem Uredbe, a to su pravna sigurnost i predvidljivost.

Problem određivanja mesta isporuke robe, a time i nadležnosti suda, ne bi trebalo da postoji ako ugovorne strane same odrede to mesto, na šta ih ovlašćuje sam čl. 5(1)(b) Uredbe, prema kome se mesto isporuke robe određuje "prema ugovoru". Dakle, u skladu sa principom autonomije volje, stranke slobodno mogu izabrati mesto isporuke i to mogu učiniti izričitim navođenjem konkretnog mesta ili, što je u praksi češći slučaj, ugovaranjem Inkoterms klauzula.²⁹ U svakom od navedenih slučajeva prodavac je dužan da isporuči robu u ugovoreno, odnosno određeno mesto. Ugovoreno mesto isporuke, kao što je već rečeno, mora odgovarati stvarnosti ugovornog odnosa između stranaka, i ta odredba ugovora se smatra materijalnopravnom odredbom čija će se punovažnost ceniti prema merodavnom pravu za ugovor (*lex causae*).³⁰ Ukoliko ugovorne strane međutim, kao mesto isporuke odrede neko mesto koje realno nema nikakvih veza sa samim ugovorom i okolnostima koje iz njega proizilaze, onda bi se punovažnost takvog sporazuma, i formalna i materijalna, u tom slučaju cenila prema pravilima o prognojaciji nadležnosti, o čemu je bilo reči.

Određivanjem mesta isporuke robe postiže se najviši stepen pravne predvidljivosti i sigurnosti, kako za stranke, tako i za sam sud. U takvoj situaciji tužilac zna da tužbu može podneti sudu u tom mestu, a sud je u toj situaciji oslobođen teškog zadatka utvrđivanja mesta isporuke robe, a time i svoje nadležnosti.

Problem za sud nastaje ako stranke u ugovoru o prodaji u kome je predviđen prevoz robe iz jedne u drugu državu ne odrede ni jedno konkretno mesto isporuke. Šta će se u tom slučaju smatrati mestom isporuke robe? Pristupi u odgovoru na ovo pitanje su različiti. Prema jednom mišljenju, sud bi trebalo doslovno

²⁹ Tako je na primer, prema klauzuli EXW predviđeno stavljanje robe na raspolaganje kupcu u mestu gde treba da bude proizvedena, a prema klauzuli FCA, u mestu poslovanja prodavca. Više, R. Vukadinović, *Međunarodno poslovno pravo*, Kragujevac, 2012, str. 455. i sl. Prema ovim klauzulama, mesto isporuke robe najčešće će biti u državi prodavca (v. npr. EXW, FOB, CIF, CIP, FCA klauzule), a ređe u državi kupca (v. npr. klauzule DEQ, DDU, DDP), pa će u skladu sa tim najčešće biti nadležan sud prodavca, a ne kupca. Ovome treba dodati da se mesto isporuke može naći i u nekoj trećoj državi članici (npr. prodavac sa sedištem u Briselu zaključi ugovor o prodaji sa kupcem čije je sedište u Pargi (Grčka) prema kome roba treba da se isporuči FOB Roterdam). Ako je nadležan sud prodavca, on sigurno neće imati jaku činjeničnu vezu sa predmetom spora jer će se roba u vreme spora najčešće nalaziti u prebivalištu kupca, a u slučaju da je nadležan sud neke treće države, činjenične veze između tog suda i predmeta spora gotovo da nema. Više, D. Babić, op. cit., str. 135, 147.

³⁰ Vidi, D. Babić, op.cit. str.110.

da tumači podstav (b) odnosno, formulaciju “prema ugovoru”, što bi značilo da onda na osnovu podstava (c) ne bi imalo mesta primeni čl. 5(1)(b), već bi o nadležnosti trebalo odlučiti na osnovu *forum solutionis* iz čl. 5(1)(a) Uredbe.³¹ Ovakvo tumačenje bi međutim, prema nekim mišljenjima, bilo suprotno želji zakonodavca da obezbedi objektivno mesto izvršenja, a s druge strane, ograničilo bi polje primene čl. 5(1)(b).³² Druga mogućnost je da se o mestu isporuke, a time i o nadležnosti, odlučuje primenom unificiranih materijalnih pravila, kao što su Bečka konvencija o prodaji robe iz 1980, UNIDROIT principi međunarodnih trgovačkih ugovora ili primenom Principa evropskog ugovornog prava.³³ Konačno, neki autori predlažu usvajanje određenih autonomnih pojmova o mestu isporuke robe, koji bi se primenjivali u slučaju kada se ne može utvrditi sporazum o mestu ispunjenja.³⁴

U navedenoj situaciji pred sudom je u svakom slučaju zadatak da sam odredi mesto isporuke i to na autonoman način, nezavisno od bilo kog nacionalnog prava, s obzirom da je autonomno tumačenje opšti princip koji primenjuje Sud EU i koji treba da slede i sudovi država članica. Ono podrazumeva klasične metode tumačenja, ali i određene specifičnosti zbog same prirode komunitarnog prava, kao što su komparativno tumačenje, saglasnost sa opštim principima komunitarnog prava, kao i sa standardima osnovnih ljudskih prava.³⁵ Budući da između ovih različitih metoda tumačenja nema striktne hijerarhije, sudovi imaju određenu diskreciju. Međutim, u slučaju nedoumice, konačno se treba rukovoditi razumnim ciljem koji se želi postići određenim propisom. To je stav i Suda EU i pravne doktrine.³⁶ Međutim, ukoliko i tada sud ima sumnju o tumačenom propisu ili pojmu, krajnja instanca za tumačenje je Sud EU.

U slučaju o kome govorimo, sudovi su u procesu autonomnog tumačenja različito određivali pojam mesta isporuke, a samim tim i pitanje svoje nadležnosti. Praksa je dakle, bila različita što je izazvalo pravnu nesigurnost, upravo ono što se želelo izbeći. Neki sudovi su pod ovim pojmom podrazumevali mesto gde je roba predata kupcu, dok su drugi smatrali da je to mesto u kome je roba predata prvom prevoziocu radi dostave kupcu. Te razlike su postojale ne samo između sudova različitih država članica, već i između sudova jednog istog nacionalnog pravosuđa. Tako su na primer, italijanski sudovi u nekim slučajevima pojam isporuke tumačili tako što su upućivali na Bečku konvenciju o međunarodnoj prodaji (čl. 31(a) koja mestom isporuke smatra mesto predaje robe prvom prevoziocu

³¹ Umesto svih, D.Babić, op. cit., str. 137.

³² H. van Lith, op. cit. str. 88.

³³ Vidi: Ferrari, F, op. cit., str. 92.

³⁴ Više, Babić, D., op. cit., str. 137. i sl.

³⁵ U. Magnus u: U. Magnus and P. Mankowski, op. cit., str. 34-39.

³⁶ Ibid, str. 34.

radi dostave kupcu,³⁷ dok su drugi sudovi ovaj pojam tumačili kao mesto u kome je kupac preuzeo kontrolu nad robom (odnosno mesto u kome je roba kupcu stavljena na raspolaganje, što se po pravilu poklapa sa mestom domicila kupca).³⁸ Pozivanje na međunarodne izvore koji nemaju korene u evropskom pravu potvrdio je i italijanski Kasacioni sud.³⁹ Međutim, ovakav pristup je naišao na kritiku jednog dela pravne doktrine (u pitanju je bilo tumačenje pojma ugovora o prodaji, ali se ista ta kritika može odnositi i na pojam isporuke robe). Naime, istaknuto je da se međunarodni procesni instrument evropskog porekla, kao što je slučaj sa Brisel I uredbom, ne može tumačiti u svetlu materijalnopravnog instrumenta čije je poreklo “vanevropsko”, kao što je slučaj sa Bečkom konvencijom. Onda je usledio odgovor drugog dela doktrine da se ova kritika mora odbaciti, između ostalog i zbog toga što je pojam o kome je reč materijalnopravni, a ne procesnopravni i da s toga treba da bude definisan na osnovu materijalnopravnih pravila.⁴⁰

Na sreću, sva ova pitanja su postala bezpredmetna 2010. godine kada je Sud EU u slučaju *Car Trim* odredio pojam mesta isporuke robe.⁴¹ Postupak za prethodno tumačenje pred ovim sudom inicirao je nemački Vrhovni sud koji je zbog kontradiktornih pristupa u tumačenju pojma mesta isporuke, Sudu EU između ostalog, uputio pitanje da li kod ugovora o prodaji koji uključuje prevoz robe, pod navedenim pojmom treba razumeti mesto u kome je izvršena ili je trebalo da bude izvršena fizička predaja robe kupcu, ili pod ovim pojmom treba razumeti mesto u kome je roba predata prvom prevoziocu radi dostave kupcu. Sud EU je u navedenoj odluci od 25. februara 2010. godine zauzeo stav da kod ove vrste ugovora odgovor na pitanje šta se smatra mestom isporuke prvo treba tražiti u odredbama samog ugovora. Ukoliko mesto isporuke nije moguće odrediti na taj način, onda se bez pozivanja na merodavno pravo za taj ugovor (*lex causae*), mestom isporuke smatra mesto u kome je došlo do fizičkog prenosa robe, odnosno mesto u kome je roba stavljena ili je trebalo da bude stavljena kupcu na raspolaganje u krajnjem odredištu. Prema stavu Suda, ovo mesto, odnosno ovaj kriterijum je visoko predvidiv i ispunjava zahtev postojanja bliske veze između ugovora i suda koji treba da rešava spor, budući da je “krajnje odredište” transakcije obič-

³⁷ Odluka Tribunale di Padova (IT) od 10. januara 2006. (2006) EuLF I-36, II-16. Više o ovoj odluci, F. Ferrari, *Remarks on the Autonomous Interpretation of the Brussels I Regulation, in Particular of the Concept of “Place of Delivery” under Article 5(1)(b), and the Vienna Sales Convention (on the occasion of recent Italian court decision)*, Emergence d’un Droit International/Regional des Affaires / Emergence of International/Regional Business Law, No. 1, (2007).

³⁸ Odluka Tribunale di Rovereto (IT) 28. Avgusta 2004, (2005) EuLF I-52, II-46. Više, G.M.Erdelbrock, *The concept of place of delivery according to Article 5(1)(b) of the Brussels I Regulation in the case of distance selling*, The European Legal Forum, Issue 5/6 2006, str. 229. i 230.

³⁹ Ibid, str. 229.

⁴⁰ Vidi, F. Ferrari, op. cit., str. 90.

⁴¹ Case C-381/08 25. February 2010, *Car Trim GmbH v. KeySafety Systems Srl*.

no u mestu gde je locirana roba posle ispunjenja ugovora.⁴² U prilog tome, Sud je istakao da je osnovni cilj ugovora o prodaji robe njen transfer sa prodavca na kupca, odnosno operacija za koju se smatra da nije u potpunosti obavljena sve dok roba ne stigne do kupca, odnosno svoje krajnje destinacije.⁴³

Ne ulazeći u analizu da li je autonomni pojam mesta isporuke najprikladniji ili ne, njegovo uvođenje u sistem komunitarnog prava svakako treba pozdraviti. On bi trebalo da eliminiše pravnu nesigurnost uzrokovanu različitim tumačenjem ovog pojma, zbog čega su sudovi država članica različito rešavali i pitanje svoje nadležnosti.

Mesto isporuke u slučajevima kada se roba isporučuje u više mesta

Pojam mesta isporuke robe nije bilo jedino pitanje koje je izazivalo dileme sudova u primeni čl.5(1)(b) Uredbe, a u vezi sa tim i različite odluke o nadležnosti po ovom osnovu. Još jedno pitanje je izazvalo praktične probleme, a to je kako treba tumačiti mesto isporuke ako se roba parcijalno isporučuje u više mesta. Dakle, u pitanju je jedan kompleksan ugovor prema kome ne postoji jedno, već više mesta izvršenja obaveze isporuke. Koje od njih će biti relevantno za zasnivanje nadležnosti suda? Teoretski, nekoliko opcija je moguće u toj situaciji. Tužiocu se može dati pravo da između svih tih mesta sam izabere jedno i sudu tog mesta podnese tužbu. Druga mogućnost je odrediti samo jedno mesto isporuke čiji bi sud bio nadležan, na primer, mesto koje je u najbližoj vezi sa sudom, a moguće je nadležnost odrediti i na osnovu mesta glavne isporuke. Budući da ova situacija nije rešena članom 5(1)(b) Uredbe, odgovor na ovo pitanje dao je Sud EU u slučaju *Color Drack*.⁴⁴

Zahtev za prethodno tumačenje upućen je u okviru spora između austrijskog društva *Color Drack* (kupca) i nemačkog društva *Lexx International Vertriebs* (prodavca). U ugovoru se *Lexx* obavezao na isporuku robe raznim preprodavcima *Color Drack* u Austriji, a oni na plaćanje odgovarajuće cene. U glavnom postupku spor se vodio zbog neispunjenja ugovorne obaveze od strane *Lexxa* da neprodatu robu uzme natrag i *Color Drack* vrati za nju isplaćenu cenu. *Color Drack* je pokrenuo postupak pred sudom svog sedišta (Austrija) radi isplate. Taj sud se na osnovu čl. 5(1)(b) Uredbe proglasio nadležnim. Nakon žalbe *Lexxa*, apelacioni sud je tu presudu zbog nenadležnosti prvostepenog suda ukinuo.⁴⁵ Vrhovni sud Austrije, koji je rešavao po žalbi koju je *Color Drack* uložio protiv odluke apelacionog suda, odlučio je da prekine postupak i Sudu EU je uputio zahtev

⁴² Case C-381/08 25. February 2010, *Car Trim GmbH v. KeySafety Systems Srl*. bel. 61.

⁴³ Ibid. Više, E. Lein, *Modern Art – The ECJ's Latest Sketches of Art.5 No 1lit. bBrussels I regulation*, Yearbook of Private International Law, Vol. XII (2010), str. 579, 580.

⁴⁴ Case C- 386/05 *Color Drack GmbH v. Lexx International Vertriebs GmbH* (2007 ECR I- 3699.

⁴⁵ Ibid, par. 8–13.

za prethodno tumačenje pitanja da li se član 5(1)(b)Uredbe primenjuje na ugovor o prodaji robe u kome je predviđeno nekoliko mesta isporuke unutar jedne iste države članice, i ako je tako, da li tužilac može, ako se tužba odnosi na sve isporuke, da tuži tuženog pred sudom mesta koje sam izabere.⁴⁶

U izreci odluke o ovom pitanju, Sud je istakao da čl. 5(1)(b)Uredbe treba tumačiti tako da se ta odredba ima primeniti i u slučaju kada postoji više mesta isporuke u jednoj državi članici. U takvom je slučaju za odluku o svim tužbama iz jednog ugovora o prodaji, nadležan sud na čijem se području nadležnosti nalazi mesto glavne isporuke, koje treba odrediti prema privrednim kriterijumima. Nadalje, ako se ne može utvrditi mesto glavne isporuke, tužilac tuženog može tužiti pred sudom mesta isporuke po svom izboru.

U obrazloženju ove odluke, u pogledu prvog pitanja, Sud je naveo da zakonodavac nije imao nameru da generalno isključi mogućnost više nadležnih sudova. On je istakao da merodavnost navedenog člana ne dovodi u pitanje ciljeve koji se žele postići pravilima o međunarodnoj nadležnosti država članica sadržanim u Uredbi. S jedne strane, merodavnost čl. 5(1)(b)Uredbe u navedenom slučaju odgovara cilju predvidljivosti koji se želi postići Uredbom, a s druge strane, odgovara i cilju prostorne blizine na kome se temelje pravila za posebnu nadležnost u slučaju ugovornih sporova. Naime, prema stavu Suda, u slučaju više mesta isporuke u jednoj državi članici taj se cilj prostorne blizine ostvaruje u svakom slučaju, jer su sudovi te države članice nadležni za odluku o tom sporu.⁴⁷ Štaviše, Sud je zauzeo stav da je cilj čl. 5(1) Uredbe da se unificiraju pravila o međunarodnoj i mesnoj nadležnosti, što znači da odredba navedenog člana ima kapacitet da direktno, bez upućivanja na nacionalna procesna pravila, odredi nadležan sud.⁴⁸ U pogledu drugog dela pitanja, Sud je naglasio značaj činjenice da *jedan* sud treba da bude nadležan za sve tužbene zahteve proistekle iz ugovora, i to sud onog mesta koje je u najbližoj vezi sa spornim ugovorom. Prema rezonovanju Suda, to je mesto glavne isporuke, a šta se smatra glavnom isporukom treba odrediti na osnovu privrednih kriterijuma. Dakle, na nacionalnom sudu je da prema podnetim dokazima odredi to mesto, a time i svoju nadležnost. Ukoliko to nije moguće, prema stavu Suda, tužilac može sam da izabere jedno od tih mesta isporuke i sudu izabranog mesta da podnese tužbu, budući da svako od tih mesta ima dovoljno blisku vezu sa materijalnim elementima spora.⁴⁹

Budući da se u slučaju *Color Drack* Sud izjasnio samo u pogledu pitanja koja su mu postavljena, ostalo je nejasno da li isti princip treba slediti i u slučaju kada

⁴⁶ Ibid., par. 15.

⁴⁷ Ibid, par. 29, 31,32, 34, 35.

⁴⁸ Ibid, par. 30. Ovakav stav je naišao na kritiku kojom je izraženo mišljenje da je pitanje koji je sud unutar države članice nadležan, stvar "procesne autonomije države članice na čijoj teritoriji je roba isporučena". Više, U. Grušić, op. cit., str. 5.

⁴⁹ Ibid., par. 38, 40, 41,42.

isporuku treba izvršiti u više mesta koja se nalaze u različitim državama članicama. Na ovo pitanje Sud je takođe dao odgovor i to u slučajevima *Rehder*⁵⁰ i *Wood Floor*.⁵¹ Iako su se oba slučaja odnosila na ugovore o pružanju usluga, a ne na ugovor o prodaji robe, Sud je na navedene slučajeve proširio pravilo ustanovljeno u slučaju *Color Drack*. Naime, stav da se čl. 5(1)(b) Uredbe primenjuje i na slučajeve kada ima više mesta isporuke u jednoj državi, Sud je proširio i na slučajeve kada ima više mesta pružanja usluga i to u različitim državama članicama.⁵² Odlukama u sva tri navedena slučaja, Sud je zapravo istakao principijelni stav da dve alineje podstava (b) (ugovor o prodaji/ugovor o pružanju usluga) imaju jednako mesto u strukturi Brisel I uredbe i da je razumno očekivanje da sudska praksa koja se odnosi na ugovor o prodaji važi i za ugovore o pružanju usluga, i obrnuto.

Ostali mogući problemi vezani za mesto isporuke

Za sud koji treba da odluči o svojoj nadležnosti poteškoće mogu nastati ne samo zbog mogućnosti postojanja više mesta isporuke robe, već i zbog drugih razloga. Tako na primer, može se desiti da je mesto isporuke izričito ili prećutno određeno u ugovoru o prodaji, a da se isporuka fizički izvrši u nekom drugom mestu. Treba li u tom slučaju prednost dati mestu faktičke isporuke i prema toj poveznici odrediti nadležan sud? Suprotno, treba li prednost dati mestu gde je roba trebalo da bude isporučena i čiji bi sud ostao nadležan, odnosno treba li se držati onoga što je ugovorom predviđeno? Konačno, može li se smatrati da pogrešno mesto isporuke sprečava primenu čl. 5(1)(b) i da preko podstava (c) u tom slučaju treba primeniti čl. 5(1)(a) Uredbe?⁵³ Kakav će konačan zaključak biti, u velikoj meri zavisi od ponašanja kupca povodom izvršene isporuke. Generalno, mesto isporuke se može promeniti ako kupac dobrovoljno i bez prigovora prihvati isporuku, odnosno preuzme robu. Takvo ponašanje kupca se može shvatiti kao prećutni sporazum stranaka o mestu ispunjenja koji se sklapa faktičkom isporukom, odnosno preuzimanjem robe.⁵⁴ Međutim, ako je roba isporučena u neugovorenom mestu, a kupac je nije prihvatio u smislu da je time oslobodio prodavca od obaveze da mu je stavi na raspolaganje, relevantno mesto za uspostavljanje nadležnosti u smislu čl. 5(1)(b) Uredbe je ono mesto isporuke koje su stranke ugovorile.⁵⁵ Ovo ipak pod uslovom da stranke nisu ugovorile, i to sa je-

⁵⁰ Case C-204/08 *Peter Rehder v. Air Baltic Corporation* (2009) ECR I-6073.

⁵¹ Case C-19/09 *Wood Floor Solutions Andreas Domberger GmbH v. Silva Trade SA* (2010) ECR 00000.

⁵² *Rehder*, par. 38.

⁵³ Vidi, H. van Lith, op. cit., str. 89, 90; P. Mankowski, op. cit., str. 141.

⁵⁴ P. Mankowski, op.cit., str. 135.

⁵⁵ U. Magnus, *Das UN-Kaufrecht und die Erfüllungsortzuständigkeit in der neuen EuGVO*, Internationales Handelsrecht, 2002, str. 48. Cit. prema: F. Ferrari, op. cit., str. 92.

dinim ciljem uspostavljanja nadležnosti određenih sudova, mesto isporuke koje nema stvarnu vezu sa realnošću ugovora i na kom mestu obaveze koje proističu iz ugovora ne bi mogle da se ispune u skladu sa uslovima samog ugovora.

Takođe, može se desiti da mesto isporuke nije određeno u samom ugovoru, ali da je isporuka robe ipak izvršena. I ova situacija se može različito tumačiti i time dovesti do nadležnosti različitih sudova. Jedna mogućnost je da u tom slučaju ne treba primeniti čl.5(1)(b), već čl. 5(1)(a) Uredbe. Druga mogućnost je da se prema merodavnom pravu za taj ugovor (*lex causae*) odredi da li je isporuka izvršena "prema ugovoru", a treća mogućnost je da umesto svega toga treba prihvatiti mesto gde je isporuka faktički izvršena i prema njemu odrediti nadležnost suda. U akademskim krugovima veći je broj onih koji zastupaju poslednju opciju sa obrazloženjem da ona predstavlja objektivnu poveznicu ugovornog odnosa i suda koji treba da reši spor koji je iz njega nastao. Naravno, ovo pod uslovom da je kupac preuzeo robu, odnosno prihvatio isporuku sa namerom da oslobodi prodavca njegove obaveze da robu dostavi.⁵⁶

Slična pitanja se postavljaju i u slučaju kada roba nije isporučena, a ni mesto gde je to trebalo izvršiti nije određeno ugovorom. Jezičkim tumačenjem podstava (b), koji govori o nadležnosti suda gde se *prema ugovoru* nalazi mesto isporuke robe, dolazi se do toga da u ovom slučaju nema mesta primeni podstava (b), već da preko podstava (c) treba primeniti čl. 5(1)(a) Uredbe. Međutim, ako se pođe od već navedenog stava da od ovakvog pristupa treba odstupiti jer ograničava polje primene podstava (b), a posebno, ako se pođe od činjenice da je Sud EU u slučaju *Car Trim* definisao pojam isporuke robe, onda bi mesto isporuke u navedenom slučaju svakako trebalo odrediti u skladu sa odlukom Suda, što znači da bi u ovom slučaju bio nadležan sud države u kojoj je kupcu trebalo da se roba stavi na raspolaganje, odnosno sud države krajnje destinacije kupoprodajne transakcije.

ZAKLJUČAK

Uvođenje novog pravila, sadržanog u podstavu (b) čl. 5(1) Uredbe, koje se bazira na mestu isporuke kao karakterističnoj prestaciji ugovora o prodaji robe, svakako predstavlja korak napred, kako u odnosu na konvencijsko rešenje, tako i u odnosu na rešenje postavljeno čl. 5(1)(a) Uredbe, i to iz više razloga. Najpre, ovo rešenje u većoj meri garantuje da će se posebna nadležnost zasnovati u sudu koji je činjenično povezan sa predmetom spora što i jeste glavna svrha nadležnosti prema mestu ispunjenja obaveze. S druge strane, mesto isporuke robe je utvrđeno unapred, kao jedina relevantna obaveza za zasnivanje nadležnosti, pa je bez značaja da li je predmet spora neka druga ugovorna obaveza. Dalje, ovakvom odredbom je u većoj meri osigurana predvidljivost u zasnivanju nadležnosti, tako da tužilac unapred zna da tužbu zbog spora nastalog iz ove vrste ugovora može podneti ne samo sudu domicila tuženog, već i sudu mesta u kome je roba isporu-

⁵⁶ Umesto svih, H.van Lith, op.cit., str. 89.

čena ili u kome je trebalo da bude isporučena. Konačno, ova odredba je korak napred u odnosu na konvencijsko i rešenje iz čl. 5(1)(a) Uredbe i zbog toga što vodi koncentraciji nadležnosti, a time i većem stepenu pravne sigurnosti.

Međutim, kako ni jedno rešenje nije apsolutno idealno, to ni kriterijum mesta isporuke robe ne odgovara uvek i u potpunosti svim ciljevima zbog kojih je uveden. Tako, on ne može apsolutno u svim slučajevima osigurati nadležnost suda koji je u činjeničnom smislu povezan s predmetom spora. Ovo naročito ako se mesto isporuke nalazi u trećoj državi, kada će biti nadležan sud koji nema gotovo nikakvu činjeničnu vezu s predmetom spora. Do istog rezultata dovodi situacija kada stranke sporazumom odstupe od navedenog pravila. Takođe, iako na prvi pogled izgleda da je novo pravilo jasnije, preciznije i jednostavnije za primenu, čini se da bez Suda EU i njegovog tumačenja, harmonija odlučivanja ipak i dalje nije osigurana.

MILENA PETROVIĆ, Ph.D.,
Associate Professor, Faculty of Law,
University of Kragujevac

THE PLACE OF DELIVERY IN CROSS-BORDER SALE
OF GOODS CONTRACTS AS THE BASE OF JURISDICTION
UNDER THE BRUSSELS I REGULATION

Summary

In an attempt to bring more legal certainty in allocation of jurisdiction in contractual matters, the European legislator introduced the new provision for the contracts for the sale of goods. Under Article 5(1)(b) of the Brussels I Regulation, the place where, under the contract, the goods were delivered or should have been delivered is the connecting factor and is equally based on the close connection. The obligation to deliver, which is generally considered as the characteristic obligation of sales contract, is the determinative obligation for contract jurisdiction under this provision. Article 5(1)(b) of the Brussels I Regulation is an improvement over the Brussels Convention since it is generally more likely to give jurisdiction to the court with a sufficient factual connection with the dispute, it reduces the fragmentation of jurisdiction and its application results in greater legal certainty. But, notwithstanding the approach to follow an autonomous interpretation of the place of delivery, the new provision does not absolutely simplify things.

MAJA STANIVUKOVIĆ

IDEALIZAM I REALIZAM U PRIZNAVANJU STRANIH SUDSKIH ODLUKA

U V O D

Idealistička koncepcija međunarodnog privatnog prava posmatra pravila o priznanju i izvršenju stranih sudskih odluka isključivo kao instrument međunarodne saradnje. Ona ističe potrebu za priznanjem u prvi plan, navodeći pre svega argumente koji neosporno govore u korist priznanja: pravna sigurnost (izbegavanje kontradiktornih odluka) i ekonomičnost (uštede u vremenu i troškovima koje se ostvaruju otklanjanjem potrebe da se o istoj stvari vodi novi postupak).

Navedeni faktori pospešuju međunarodni promet jer pozitivno utiču na spremnost subjekata da se upuštaju u odnose sa međunarodnim elementom. Ređe se pominju razlozi koji sprečavaju da se ova idealna koncepcija ostvari.

Ne objašnjavaju se uzroci pojave da je u većini zemalja danas, priznanje stranih sudskih odluka otežano postavljanjem određenih uslova koje je teško ispuniti.

Ne pruža se uvid u činjenice koje ukazuju da pravila o priznanju i izvršenju stranih sudskih odluka često služe kao instrument ekonomske zaštite interesa

Dr Maja Stanivuković, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu. Rad je rezultat rada na projektu: "Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo" koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja..

i položaja sopstvene države i subjekata koji obitavaju na njenoj teritoriji, odnosno kao instrument ekonomskog protekcionizma.

Razlozi koji sprečavaju usvajanje univerzalne konvencije

Trenutno stanje stvari u pogledu spremnosti država na priznanje stranih odluka u građanskoj i privrednoj materiji najbolje se može sagledati proučavanjem rada Haške konferencije za međunarodno privatno pravo, jer je ona jedina globalna međunarodna organizacija koja se bavi unifikacijom opštih pravila međunarodnog privatnog prava.

Ovlašni pogled na međunarodne ugovore koje je ona do sada ponudila svetu (ukupno 39) pokazuje da se među njima nalazi samo jedna konvencija koja sadrži opšta pravila o priznanju i izvršenju stranih sudskih odluka u građanskim i privrednim stvarima¹ i dve konvencije o izboru suda i priznanju odluka koje je doneo izabrani sud.²

Zumirani pogled na ove tri konvencije otkriva da su sve tri do sada bile slabo prihvaćene: Konvencija o izboru nadležnog suda iz 1965. godine nije imala nijednu ratifikaciju, Konvencija o priznanju i izvršenju stranih presuda u građanskim stvarima iz 1971. g. imala je samo pet ratifikacija, a njena primena, zbog dodatnih uslova koje postavlja,³ u praksi nije zaživela čak ni među ugovornicima; konačno, najnovija u nizu, Konvencija o izboru nadležnog suda iz 2005. godine ima samo jednu ratifikaciju i posle gotovo deset godina od usvajanja, nije još stupila na snagu.⁴

¹ Hague Convention of 1 February 1971 on the Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters <<http://www.hcch.net>>.

² Hague Convention of 25 November 1965 on the Choice of Court, Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements, <<http://www.hcch.net>>.

³ Na osnovu člana 21, predviđeno je da se odluka doneta u jednoj državi ugovornici neće priznavati niti izvršavati u drugoj državi ugovornici u skladu sa odredbama Konvencije, sve dok te dve države ne zaključe Dodatni bilateralni sporazum kojim će urediti pitanja nabrojana u članu 23 (taj član nabroja 22 stavke u kojima dve države treba da se dogovore). Takođe, na osnovu člana 22, Konvencija se ne primenjuje na priznanje sudskih odluka donetih pre zaključenja Dodatnog bilateralnog sporazuma između relevantnih država. Koliko nam je poznato, države ugovornice nisu zaključivanje međusobno takve dodatne sporazume. Tri prvobitne države ugovornice (Holandija, Portugal i Kipar) su sada članice EU, i međusobno priznaju sudske odluke na osnovu Briselske uredbe. Dve preostale države ugovornice su Kuvajt i Albanija. O glavnim slabostima konvencije videti dokument Salnog biroa: *Some Reflections of the Permanent Bureau on a General Convention on Enforcement of Judgments*, Preliminary Document No. 17 of 17 May 1992. <http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_pd17e.pdf>.

⁴ Ipak, postoje šanse da poslednja Konvencija bude značajan instrument, jer mnoge države razmatraju njenu ratifikaciju. Ponekad je potreban duži period da bi konvencija stupila na snagu. Primera radi, Konvencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe potpisana je 1980. godine,

Tome treba dodati da je ona nastala radi spasavanja još jednog neuspelog projekta unifikacije pravila o nadležnosti i priznanju i izvršenju stranih presuda u građanskim i privrednim stvarima koji je Haška konferencija za međunarodno privatno pravo u međuvremenu, 1992. godine, preduzela na inicijativu SAD.⁵ Iz toga sledi da, za sada, najveći broj država zazire od prihvatanja međunarodne obaveze da prizna odluke stranog suda, čak i kada je strani sud odlučivao na osnovu sporazuma stranaka, kao jednog od najmanje spornih osnova međunarodne nadležnosti.

Prethodna rečenica izgledaće preterano kategorično i netačno onome ko poznaje pravo Evropske unije u oblasti priznanja i izvršenja stranih odluka, ali treba uzeti u obzir da je Unija posebna, zatvorena međunarodna organizacija. Između država koje su članice takve organizacije i koje su povezane zajedničkim ekonomskim interesima, uzajamno priznanje sudskih odluka je moguće, i obebeđeno odredbama međunarodnih ugovora ili nadnacionalnog zakonodavstva, kao što je to slučaj u Uniji na osnovu odredaba Uredbe iz 2012. godine.⁶ Može se navesti još primera: države EFTA vezane su sa državama članicama Unije Luganskom konvencijom,⁷ koja paralelno i na sličan način uređuje ovo pitanje, a postoje i drugi regionalni međunarodni ugovori npr. u Arapskom svetu,⁸ Australiji - No-

a stupila je na snagu u međunarodnom smislu tek osam godina kasnije. Danas ima 81 državu ugovornicu. Prema izveštaju prvog sekretara Haške konferencije, ratifikaciju Konvencije o izboru nadležnog suda, odnosno pristupanje konvenciji, aktivno razmatraju: Evropska Unija, SAD, Kanada, Australija, Ruska Federacija, Argentina, Turska, Kosta Rika i Novi Zeland. Professor Louise Ellen Teitz, Choice of Court Convention, International Recognition and Enforcement of Judgments, and the Draft Hague Principles on Choice of Law, PPT, Tbilisi, Georgia, 26-28 February 2013, dostupno na: <<http://www.hcch.net>>.

⁵ Godine 1992. godine SAD su predložile Haškoj konferenciji da započne rad na stvaranju univerzalne ("svetske") konvencije kojom bi se uredila nadležnost i priznanje i izvršenje presuda u građanskim i trgovinskim stvarima. Pregovori su intenzivno vođeni od 1997. do 1998. godine, da bi kasnije, zbog nemogućnosti da se postigne saglasnost o velikom broju pitanja, zapali u ćorsokak. Formalno su okončani na devetnaestom zasedanju Haške konferencije, 2001. godine. Više o tome M. Stanivuković, Haška konvencija o izboru nadležnog suda - kritička procena, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 2012, Vol. 46, No 3, pp. 121-140.

⁶ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, Official Journal of the European Union, L351/1.

⁷ Lugano Convention of 30 October 2007 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Stupila je na snagu 1. januara 2010. godine i na snazi je između sledećih članica: EU, Danska Švajcarska, Norveška, Island.

⁸ Riyadh Arab Agreement of 6 April 1983 for Judicial Cooperation, <<http://unhcr.org/refworld/docid/3ae6b38d.html>>. Stupio je na snagu 30. oktobra 1985. godine i na snazi je u 19 država.

vom Zelandu,⁹ Zajednici Nezavisnih Država¹⁰ i Latinskoj Americi¹¹. Neohpodno je da između država postoji određeni stepen podudarnosti ekonomskih interesa, srodnosti kulture, pravnih i sudskih sistema i dobro međusobno poznavanje koje predstavlja osnovu za poverenje da bi se prihvatilo izjednačavanje stranih sudskih odluka sa domaćim. Sve to nedostaje između država na globalnom nivou, te je zbog toga za sada bilo nemoguće doći do univerzalnog instrumenta koji bi uredio ovo pitanje, kao što je na primer postignuto u pogledu stranih arbitražnih odluka Njujorškom konvencijom o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka. Na osnovu ove konvencije strana arbitražna odluka se može izvršiti u 150 država.¹² Tako široko prihvaćen instrument ne postoji za strane sudske odluke.

Ipak, u toku je novi pokušaj da se u okvirima Haške konferencije postigne nemoguće, odnosno da se sastavi nacrt univerzalne konvencije o priznanju i izvršenju presuda u građanskim i privrednim stvarima. Rad na ovome poslu naziva se "Projekat o presudama" – *The Judgment Project* i smatra se nastavkom rada koji je počeo još 1993. godine. Sastavljene su dve grupe: radna grupa¹³ i ekspertaska grupa koje imaju zadatak da ponude Savetu Haške konferencije prihvatljiv tekst.¹⁴ Kako se najveći problem za sastavljanje nacrta nalazi se u određivanju uslova nadležnosti stranog suda u pojedinim vrstama sporova (posebne indirektna nadležnosti) ili, kako se sve češće slikovito opisuje, "jurisdikcionih filtera" za priznanje, zadržaćemo se kratko na tom pitanju.

⁹ The 2008 Agreement between the Government of Australia and the Government of New Zealand on Trans-Tasman Court Proceedings and Regulatory Enforcement (Agreement). Stupio na snagu 11. oktobra 2013. godine.

¹⁰ U okvirima ZND zaključeno je takođe više međunarodnih ugovora o pravnoj pomoći u građanskim i privrednim stvarima, a za priznanje odluka najvažniji su Kijeovski ugovor o modalitetima rešavanja sporova vezanih za obavljanje trgovinske delatnosti od 20. marta 1992. godine (stupio na snagu 19. decembra iste godine) i Moskovski ugovor o uzajamnom izvršenju odluka arbitražnih, trgovinski i privredni sudova na teritoriji država članica ZND od 6. marta 1998. godine. Prvi ugovor je na snazi u jedanaest država, a drugi u četiri države. Videti: Eleonora Gerasimchuk, *The Relationship Between the Judgments Project and Certain Regional Instruments in The Arena of the Commonwealth of Independent States*, Preliminary Document No 27 of April 2005 for the attention of the Twentieth Session of June 2005 on Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters.

¹¹ U okviru Organizacije Američkih Država i Merkosura zaključeno je niz međunarodnih ugovora o priznanju i izvršenju stranih sudskih odluka. Najvažnija je Montevideoska konvencija koja je na snazi u deset zemalja. *Inter-American Convention of 8 May 1979 on Extraterritorial Validity of Foreign Judgments and Arbitral Awards*, <<http://www.oas.org>>.

¹² Konvencija je na snazi u 150 država, kao što se može videti na sajtu UNCITRAL-a: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html> [1. septembar 2014].

¹³ Autor ovog članka je predstavnik Republike Srbije u radnoj grupi.

¹⁴ Više to tome videti kod: Louise Ellen Teitz, *op.cit.*

Tokom diskusija u radnoj grupi stvorio se utisak da su mnoge države spremne da se obavežu na priznavanje samo onih stranih odluka koje su donete u rezidentnoj državi tuženog, tj. u državi koja se može smatrati prebivalištem fizičkog ili pravnog lica (država opšte nadležnosti, forum tuženog). S druge strane ne postoji dovoljna spremnost za priznavanje odluka donetih protiv tuženog koji je domaći rezident, bez obzira na osnov po kome je (posebna) nadležnost bila zasnovana. Uobičajeni osnovi posebne nadležnosti kao što su mesto izvršenja ugovora za ugovorne sporove i mesta štetne radnje i posledice za sporove iz vanugovorne odgovornosti za štetu, su za pojedine države neprihvatljivi u kontekstu priznanja stranih odluka (mada te države koriste iste ili slične osnove nadležnosti za zasnivanje međunarodne nadležnosti sopstvenih sudova u tim vrstama sporova). Posebno, kada su u pitanju ugovorni sporovi, smatra se da činjenica da je ugovor ili ugovorna obaveza izvršena na teritoriji suda nije dovoljno jaka veza da bi poslužila kao osnov indirektno nadležnosti stranog suda, odnosno da kontakti tuženog i spora sa teritorijom stranog suda moraju biti značajniji da bi se strana odluka priznala. Na primer, po američkom pravu potrebno je da pored ovoga postoji i dovoljno jaka veza između tuženog i teritorije suda (na primer da je tuženi redovno obavljao poslovnu delatnost na toj teritoriji, ili da je usmerio svoju poslovnu delatnost ka njoj), da bi nadležnost za ugovorni spor bila u skladu sa ustavnim pravilima o zakonitom postupanju (*due process*).¹⁵ Za Evropsku uniju takođe, mesto izvršenja obaveze, koje je usvojeno kao osnov posebne nadležnosti u ugovornim sporovima u članu 7(1) Prve briselske uredbe ne predstavlja dovoljan osnov nadležnosti, da bi se priznavale odluke iz ostalog sveta – traži se nešto više.

Kod odluka donetih u oblasti delikata problem nije toliko u osnovima nadležnosti, koliko u širini materije koja može biti obuhvaćena deliktnom odgovornošću. Iz polja primene buduće konvencije biće u svakom slučaju izuzeti sporovi povodom klevete u sredstvima javnog informisanja, ali postoje i druge vrste sporova u kojima može doći do deliktne odgovornosti domaćeg fizičkog ili pravnog lica za delikte učinjene u inostranstvu koja je neprihvatljiva za državu priznanja (odnosno za pojedine od država koje učestvuju u radu radne grupe).

Kada je u pitanju kleveta izvršena u sredstvima javnog informisanja pokazalo se da su engleski sudovi postali omiljeno mesto za podizanje tužbi za naknadu štete nastale klevetom izvršenom u inostranstvu. Pošto je za klevetu merodavno domaće pravo (*lex fori*), naknade štete pozamašne, a tužioci ne moraju da dokažu da je navod koji je objavljen neistinit (teret dokazivanja istinitosti je na tuženom), tužioci hrle ka engleskim sudovima kao što leptirice lete ka uličnoj svetiljci (*“as a moth is drawn to the light”*).¹⁶ Da bi engleski sud prihvatio nadležnost u ovakvom sporu, dovoljno je da je uvredljivi materijal snimljen sa interne-

¹⁵ Videti o tome opširnije: M. Stanivuković, *Međunarodna nadležnost sudova u pravu SAD, Evropske Unije i EFTA*, Novi Sad, Pravni fakultet, Centar za izdavačku delatnost, 1995.

¹⁶ T.C. Hartley, *International Commercial Litigation*, p. 277-278, citirano prema: P. Bogdan, *General Course on Private International Law*, Reueil des Cours, 2010, str. 198.

ta na računar koji se nalazi u Engleskoj ili da je knjiga kupljena u Engleskoj preko e-knjižare. Drugim rečima, svake novine, knjiga i druga publikacija koji su dostupni preko interneta mogu biti potencijalni izvor tužbe za naknadu štete pred engleskim sudom. Doduše, engleski sud će u tom slučaju rešavati samo o šteti koja nastaje usled širenja klevete u Engleskoj, ali su iznosi naknade visoki. Na primer, u jednom predmetu engleski sud je dosudio naknadu štete i toškove spora od oko \$225,000 jednom poslovnom čoveku iz Saudijske Arabije na osnovu činjenice da su 23 primerka knjige objavljene u SAD-u koja je sadržala uvredljive navode protiv njega (da je izdašno finansirao delatnost Al Kaide), prodata u Engleskoj preko Amazonove internet prodavnice i da je jedno poglavlje bilo dostupno engleskim čitaocima na jednom američkom veb-sajtu.¹⁷ U SAD, često se odbija priznanje ove vrste engleskih odluka, s pozivom na klauzulu javnog poretka, jer se takvim odlukama ograničava sloboda govora predviđena Prvim amandmanom na Ustav SAD.¹⁸ Pre nekoliko godina, kao reakcija upravo na ovu presudu, donet je i poseban savezni zakon kojim se sprečava priznanje stranih odluka o naknadi štete zbog klevete, ako su u neskladu sa ustavnim slobodama.¹⁹

Kao opasne i nepoželjne se takođe navode odluke donete na osnovu deliktne tužbe protiv privrednih društava – velikih transnacionalnih korporacija, zbog kršenja ljudskih prava i zagađivanja životne sredine u stranim zemaljama. Trenutno takve tužbe mogu da se podnesu u državi sedišta korporacije (odnosno u rezidentnoj državi) i eventualno u nekoj trećoj državi sa kojom je korporacija u vezi,²⁰ ali prihvatanjem posebnih osnova nadležnosti u konvenciji, država članica bi se obavezala da će priznavati i odluke o odgovornosti rezidentne korpora-

¹⁷ *Bin Mahfouz v. Ehrenfeld*, [2005] EWHC 1156 (QB), citirano prema: P. Bogdan, p. 198-199.

¹⁸ C.S. Symeonides, *American Private International Law*, Kluwer Law International, 2008, p. 348.

¹⁹ *The Speech Act: The Securing the Protection of our Enduring and Established Constitutional Heritage (SPEECH) Act 124 Stat. 2480–2484*.

²⁰ U skorije vreme tužiocima iz Nigerije pokušali su da pred američkim i holandskim sudom naplate svoja potraživanja protiv holandsko-britanske korporacije Šel (*Royal Dutch Petroleum Co.*) i njenog nigerijskog ogranka, zbog pomaganja i podstrekavanja nigerijske vlada da izvrši kršenje ljudskih prava (mučenje, proganjanje, ubijanje) protivno međunarodnom običajnom pravu, radi suzbijanja otpora protiv agresivnog ulaganja u eksploataciju nafte u toj zemlji. Pravni osnov za tužbu u SAD-u je bio Zakon o tužbenim zahtevima stranih državljana (*The Alien Tort Statute* (28 U.S.C. § 1350) koji predviđa da će okružni sudovi SAD-a biti nadležni za svaku građanskopravnu tužbu koju podnese stranac pod uslovom da je šteta izazvana radnjama koje predstavljaju povredu međunarodnog prava ili međunarodnog ugovora SAD-a. Zakon je donet 1789. godine, a do 1980. godine poslužio je kao osnov nadležnosti u samo dva slučaja. Međutim, od 1980. godine na ovamo, na osnovu ovog zakona podnete su mnoge tužbe protiv stranih državnih službenika (npr. policajaca) i američkih i stranih korporacija, zbog povreda ljudskih prava izvršenih u inostranstvu. U nigerijskom predmetu koji je pokrenut protiv Šela, Vrhovni sud SAD je presudio da ne postoji osnov za eksteritorijalnu primenu ovog zakona, odnosno da se na njemu u ovom slučaju ne može zasnovati nadležnost. Videti predmet *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.* 133 S.Ct. 1659 (2013). *Spisi predmeta mogu se naći na adresi* <<http://www.cja.org/section.php?id=509>>. Pred holandskim sudom pokrenuto je više “nigerijskih” slučajeva protiv iste korporacije radi naknade ekološke štete i tužiocima su bili delimično uspešni. Vide-

cije donete u stranoj državi u kojoj je delikt učinjen (pod uslovom da je to država ugovornica). Takav je primer spor protiv korporacije Teksako/Ševron koji se vodio u Ekvadoru zbog ekološke štete nastale kao posledica eksploatacije nafte u kantonu Lago Agrio (zagađenje vode, tla, uništenje šuma).²¹ Oko 30,000 građana tužilo je Teksako i njegov pravni sledbenik Ševron u SAD-u 1993. godine, a kada je tužba odbijena zbog nenadležnosti, nastavili su bitku pred sudom u Ekvadoru. Ekvadorski sud je presudio u korist tužilaca 2011. godine i dodelio im naknadu štete u iznosu od 8 milijardi dolara. Pošto Ševron nema sredstva u Ekvadoru na kojima bi se moglo narediti izvršenje, tužioci su pokušali da izvrše odluku u više stranih zemalja: u Brazilu, Argentini, Kanadi i konačno u SAD-u. Američki sud je je u martu 2014. godine odbio da prizna odluku s obrazloženjem da je idejstvovana koruptivnim sredstvima (“*The decision in the Lago Agrio case was obtained by corrupt means*”).²² U međuvremenu, Ševron i Teksako su pokrenuli međunarodnu investicionu arbitražu protiv Ekvadora, zahtevajući, između ostalog, da se izvršenje presude o naknadi štete proglasi nesaglasnim sa obavezama Ekvadora na osnovu dvostranog sporazuma o zaštiti ulaganja i međunarodnog prava i da se presuda oglašeni ništavom na osnovu međunarodnog prava.²³

Navedeni razlozi sprečavaju države u kojima se nalazi sedište transnacionalnih korporacija (Švajcarska, Holandija, SAD, UK itd.) da ozbiljno razmatraju mogućnost priznavanja stranih odluka o vanugovornoj odgovornosti za štetu, koja bi bila predviđena jednom univerzalno važećom konvencijom. Priznavanje takvih odluka bi za državu priznanja bio neprihvatljivo sa ekonomskog stanovišta jer bi pretrpela gubitak zbog “odseljavanja” transnacionalnih kompanija sa njene teritorije. Uostalom, za neke od njih, prihvatanje takve obaveze značilo bi da odstupe od znatno restriktivnijih pravila domaćeg prava. Na primer, švajcarski Zakon o međunarodnom privatnom pravu kada je u pitanju priznanje stranih odluka u oblasti delikatne odgovornosti usvaja vrlo restriktivna pravila o nadležnosti. Ne primenjuju se isti kriterijumi kao kod direktne nadležnosti, već su predviđena posebna pravila o indirektnoj nadležnosti. To znači da se nadležnost stranog suda za potrebe priznanja ceni strože nego nadležnost domaćeg suda do koje bi došlo u analognoj činjeničnoj situaciji. Tako, švajcarski sud može biti nadležan za tužbu povodom naknade štete iz delikata po osnovu prebivališta ili uobičajenog boravišta tuženog, kao i po osnovu mesta izvršenja deliktne radnje ili mesta nastanka

ti opširnije: N. Jägers, K. Jesse, J. Verschuuren, “The Future of Corporate Liability for Extraterritorial Human Rights Abuses: The Dutch Case Against Shell”, *AJIL Unbound* 2014.

²¹ Videti osnovne podatke o predmetu na Vikipediji: <http://en.wikipedia.org/wiki/Lago_Agrio_oil_field#cite_note-24>.

²² Order of the United States District Court for the Southern District of New York on Chevron Corporation v. Donziger et al., 14. mart 2014. godine, dostupno na adresi: <<http://www.italaw.com/cases/257>>.

²³ *Chevron Corporation and Texaco Petroleum Corporation v. The Republic of Ecuador*, UN-CITRAL, PCA Case No. 2009-23 dostupno na adresi: <<http://www.italaw.com/cases/257>>.

štetne posledice, a za tužbe povodom delatnosti poslovnih jedinica pravnih lica u Švajcarskoj, i po sedištu poslovne jedinice.²⁴

Međutim, kada je u pitanju priznavanje stranih odluka koje se odnose na deliktne obaveze, priznaju se one koje su donete u mestu radnje ili u mestu posledice pod uslovom da tuženi nema prebivalište u Švajcarskoj.²⁵ To ne znači da Švajcarska ne može uopšte prihvatiti međunarodne obaveze u pogledu priznanja stranih odluka o naknadi štete donetih protiv tuženih domiciliranih u Švajcarskoj – učinila je to ratifikacijom Luganske konvencije prema državama Unije i EFTA – nego samo to, da će ih teško prihvatiti u odnosu na potencijalno širi krug država, odnosno na sve države sveta.

Pouke za nacionalnog zakonodavca

Sagledavanjem realne situacije u pogledu mogućnosti postizanja univerzalnog sporazuma o priznanju i izvršenju stranih sudskih odluka, nacionalni zakonodavac koji takođe donosi norme o priznanju i izvršenju stranih odluka koje će se u odsustvu međunarodnog ugovora primenjivati u odnosu na "čitav svet" suočava se sa dilemom kako da podese ove norme da odgovaraju nacionalnim interesima. Interesi različitih zemalja ovde se mogu razlikovati. Dok nekima odgovara ekonomski protekcionizam, drugima možda više odgovara ekonomski liberalizam, ili nešto između toga. Treba dobro sagledati položaj sopstvene države u međunarodnoj ekonomskoj razmeni da bi se moglo proceniti kolika "propusnost" režima priznanja i izvršenja stranih odluka je optimalna.

Kada je u pitanju naša zemlja, jedno je sigurno, u njoj se ne nalaze sedišta velikih transnacionalnih kompanija i njen primarni interes nije da se zaštite domaći rezidenti od eventualnih nepovoljnih presuda stranih sudova. Interesi Srbije okrenuti su ka ekonomskom razvoju i povećanju izvoza i stranih ulaganja. Pravila o priznanju i izvršenju stranih sudskih odluka mogu da posluže kao instrument razvoja, jer posedovanje efikasnog sistema priznanja i izvršenja stranih sudskih odluka može da bude od koristi za države koje imaju položaj posrednika u prometu između velikih trgovinskih partnera²⁶ ili koje žele da povećaju izvoz robe i usluga, kao i strana ulaganja. Na primer, veći su izgledi da će privredna društva iz Srbije uspeti da izvezu robu ako kupci iz stranih zemalja znaju da će u slučaju nedostataka na robu ili nekvalitetnih usluga moći da računaju na pravnu zaštitu u sopstvenoj zemlji i na izvršenje odluka lokalnih sudova u Srbiji, nego ako su svesni da će svaki eventualni zahtev iz ugovora morati da ostvaruju pred srp-

²⁴ *Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (Etat le 1 juillet 2014)*, član 129.

²⁵ *Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987 (Etat le 1 juillet 2014)*, član 149.

²⁶ M.P. Ramaswamy, "Hong Kong as a Conduit of Commerce between China and United States: The Role of Private International Law with a Specific Reference to Jurisdictional Issues", *US-China Law Review*, Vol. 8(4), 2011, pp. 297-299

skim sudovima, uz angažovanje srpskih advokata ili u skupoj arbitraži. Slično je i sa eventualnim stranim presudama o naknadi štete usled nedostatka na izvezenim proizvodima. Ako je obezbeđeno efikasno priznanje i izvršenje stranih odluka protiv domaćih privrednih društava, ona će imati veće šanse da se uključe u međunarodnu razmenu, jer će sistem priznanja igrati ulogu sličnu akreditivima u pogledu obezbeđenja plaćanja – pružaće sigurnost stranim partnerima da će njihova potraživanja iz ugovora i delikata biti efikasno naplaćena od subjekata u Srbiji. S druge strane, ako liberalizam u priznanju stranih odluka ode suviše daleko i ne bude praćen recipročnim priznavanjem domaćih sudskih odluka u stranim državama iz kojih dolaze poslovni partneri, takva pravna konstelacija mogla bi da škodi domaćoj privredi i da joj oduzme status ravnopravnog učesnika u međunarodnoj trgovini.

Prilikom sastavljanja nacrtu Zakona o međunarodnom privatnom pravu,²⁷ radna grupa je vodila opsežne rasprave o eventualnom napuštanju uslova uzajamnosti²⁸ u priznanju i izvršenju stranih odluka, upravo radi poboljšanja efikasnosti ovog segmenta domaćeg prava. Uslov uzajamnosti trenutno je predviđen Zakonom o rešavanju sukoba zakona iz 1983. godine,²⁹ i predstavlja sigurno jednu od ozbiljnih prepreka za priznanje. Izneti su argumenti da se uzajamnost teško utvrđuje i da se lako zloupotrebljava, da ga je doktrina davno obeležila kao prevaziđen i da napušten u većini zemalja. Takođe, kao jedan od argumenata navedeno je i to da u nekim od susednih zemalja (npr. Makedonija, Crna Gora), uslov uzajamnosti za priznanje stranih presuda više ne traži u novim zakonima o međunarodnom privatnom pravu, pa se i zbog ujednačenosti regionalnog prava povela rasprava o tome da li bi taj uslov trebalo izostaviti i u Srbiji.

Razrešenje dileme traženo je u uporednom pravu da bi se ustanovilo, da li su stvarno, pod udarom teorijske kritike, svi odustali od ovog tradicionalnog uslova za priznanje stranih odluka. Posle sumarnog istraživanja, radna grupa je došla do zaključka da, ako se odluči za zadržavanje uslova uzajamnosti, Srbija neće biti u tome usamljena u Evropi, niti u svetu. Reciprocitet za priznanje stranih odluka zahteva se u zakonodavstvima mnogih zemalja. Primeri su: Turska, Nemačka³⁰, Indija, Japan, Poljska, Singapur, Španija. Neke države idu korak dalje od običnog uslova reciprociteta i traže da postoji međunarodni ugovor kojim se garantuje uzajamno priznanje odluka da bi priznale odluku iz druge zemlje (drža-

²⁷ Radna verzija nacrtu zakona može se naći na veb-sajtu Ministarstva pravde: <<http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php>>.

²⁸ U ovom tekstu, termini uzajamnost i reciprocitet koriste se kao sinonimi.

²⁹ Zakon o rešavanju sukoba zakona, Službeni list SFRJ br. 43 od 23.07.1982, 72 od 3.12.1982. godine i Službeni list SRJ broj 46 od 4.10.1996. godine, čl. 92.

³⁰ Čl. 328(1)(5) Zakonika o građanskom postupku Nemačka ograničava uslov uzajamnosti na odluke donete u imovinskim sporovima (u kojima je zahtev iskazan u novčanom iznosu), sporove o vršenju roditeljskog prava i bračne sporove.

ve "diplomatskog reciprociteta" - npr. Holandija, Austrija, Danska, Norveška, Finska i Švedska). Srbija sa tim državama takve ugovore nema, niti je verovatno da će ih uskoro imati, što znači da bi ukidanje uslova uzajamnosti prema tim državama značilo efektivno prihvatanje neravnopravnosti, jer bi odluke iz tih zemalja mogle da se priznaju i izvrše u Srbiji dok bi obrnuto bilo nemoguće.

Interesantno je da su se sa sličnim dilemama kao naša radna grupa nedavno suočili i pravnici Singapura i Sjedinjenih Američkih Država i da su obe radne grupe došle do zaključka da stari dobri reciprocitet treba zadržati. Kada je u pitanju SAD, izvršen je, u stvari, značajan zaokret u odnosu na raniji sistem. Uniformni zakon (1962) koji je bio usvojen u većini saveznih država predviđao je da se strane odluke koje glase na novčani iznos izvršavaju bez uslova reciprociteta, ali je sada usvojen nacrt novog saveznog zakona (2006) koji uvodi tzv. "defanzivni" uslov reciprociteta.

Nacrt je usvojen u okviru Američkog pravnog instituta,³¹ ugledne organizacije čiji je cilj da u sažetom i u sistematičnom obliku predstavi važeće opšte pravo SAD.³² Dovoljno je reći da su sva poznata imena američkog međunarodnog privatnog prava bila uključena u izradu ovog nacrta. Mada nije verovatno da će američki Kongres u dogledno vreme usvojiti nacrt, ipak se očekuje da će njegove odredbe imati značajnog uticaja na sudsku praksu.³³

Reciprocitet se u ovom nacrtu koristi samo kao odbrana od neizvršenja američkih odluka u inostranstvu. Reč je o tome da su Amerikanci shvatili da se, uprkos liberalnom zakonodavstvu o priznavanju stranih odluka koje je u toj zemlji na snazi već pet decenija (od 1962. g., kada je u većini saveznih država usvojen Uniformni zakon o priznanju stranih novčanih presuda), njihove odluke u inostranstvu često ne priznaju i ne izvršavaju, te su odlučili da uslov reciprociteta upotrebe na novi način, sa ciljem da pospeše priznavanje američkih odluka u inostranstvu i zaključivanje međunarodnih ugovora o priznanju. Odlika ovog novog pristupa je u tome da se izbegava svaka diskriminacija – čak i kad priznanje zahteva domaći, američki državljanin, priznanje će se odbiti ako odluka dolazi iz zemlje koja ne izvršava američke odluke. Druga karakteristika novog pristupa je, da je na zainteresovanoj stranci (protivniku predlagača) da se pozove na nedostatak reciprociteta i da ga dokaže, kao i da su detaljno regulisani načini na koji američki sud može da se uveri o tome da reciprociteta zaista nema.

Zbog značaja teme za naš zakon, vredi se na trenutak zadržati na sadržini ovih odredaba.

Paragraf 7(a) predviđa:

³¹ The American Law Institute, *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments: Analysis and Proposal Federal Statute* (2006), <www.ali.org>.

³² Nešto detaljnije o Američkom pravnom institutu videti u knjizi M. Stanivković, M. Živković, *Međunarodno privatno pravo*, Službeni glasnik, 2013, str. 417.

³³ S. Symeonides, *op.cit.* p. 335.

“Strana sudska odluka se ne priznaje i ne izvršava u SAD ako sud nađe da uporedive/slične (*comparable*) presude suda SAD ne bi bile priznate ili izvršene u državi porekla odluke“.

Paragraf 7(b) predviđa:

“Dužnik po presudi ili drugo lice koje se suprotstavlja priznanju i izvršenju strane sudske odluke u skladu sa ovim članom, ulaže u svoju odbranu prigovor nedostatka uzajamnosti koji mora biti obrazložen u pojedinostima.“

U daljim odredbama uspostavljena je pretpostavka da se američke presude priznaju i izvršavaju u inostranstvu ako lice koje se suprotstavlja priznanju i izvršenju strane sudske odluke ne dokaže suprotno. Teret dokazivanja je na protivniku predlagača. Stranka koja se suprotstavlja priznanju i izvršenju nije dužna da dokaže da slične presude američkih sudova bez svake sumnje nemaju dejstvo u inostranstvu, već treba da dokaže da postoji značajna sumnja da sud države porekla odluke ne bi pružio dejstvo američkoj presudi.

Paragraf 7b dalje precizira:

“To se može dokazati stručnim mišljenjima (svedočenjem stručnjaka – *expert testimony*) ili dokazima o sadržini prava države porekla ili odluka njenih sudova ukoliko su oni jasni.“

Paragraf 7e predviđa:

“Činjenica da nema međunarodnog ugovora koji je na snazi između države porekla i Sjedinjenih Američkih Država i koji se primenjuje na presudu čije se priznanje i izvršenje traži, sama po sebi ne dokazuje da država ne ispunjava uslov reciprociteta na osnovu ovog paragrafa.“

Sud priznanja ne može po službenoj dužnosti pokrenuti pitanje nedostatka uzajamnosti. Međutim, kada stranka uloži odgovarajući prigovor i podnese dokaze, sud dobija značajnu ulogu u utvrđivanju ove činjenice. Prvo, sud treba da odredi šta je “uporediva” presuda. Zatim, treba da odgovori na određena pitanja koja su navedena u nacrtu saveznog zakona da bi ustanovio da li sudovi države porekla pružaju dejstvo uporedivim američkim presudama.

Paragraf 7(c) predviđa:

“Kada odlučuje o činjenicama navedenim u stavu a i b, sud u zavisnosti od slučaja, ispituje da li sudovi države porekla uskraćuju izvršenje: (1) presudama protiv državljana te države koje su donete u korist državljana druge države; (2) presudama koje vode poreklo iz SAD ili iz savezne države SAD; (3) presudama donetim po tužbama za naknadu štete zbog smrti ili telesne povrede; (4) presudama o zakonskoj naknadi štete zaposlenima zbog povreda na radu; (5) posebnim vrstama presuda koje donose američki sudovi koje su slične stranoj presudi čije se priznanje i izvršenje traži.

Sud takođe može uzeti u obzir i druge aspekte prakse sudova države porekla odluke u postupku priznanja odluka, uključujući praksu u pogledu priznavanja odluka iz drugih država (dakle, ne iz SAD – prim. M.S.).“

Nije dovoljan dokaz o nepostojanju reciprociteta da se dokaže da sud države porekla ne priznaje i ne izvršava presude kojima se dosuđuje punitivna ili višestruka naknada štete. To sledi iz paragrafa 7(d):

“Nep priznavanje sudskih odluka o punitivnoj ili višestrukoj naknadi štete ne smatra se uskracivanjem uzajamnosti u izvršenju presuda za potrebe ovog paragrafa ako bi država porekla bila spremna da izvrši onaj deo presude koji se odnosi na naknadu stvarne štete.”

Na taj način američki stručnjaci iskazali su razumevanje prema državama koje nisu spremne da priznaju i izvršavaju američke presude o vanugovornoj odgovornosti u onom delu u kome dosuđuju egzorbitantne iznose u cilju kažnjavanja i preventivnog delovanja.

Uslovi za priznanje odluka po Nacrtu ZMPP

Nacrt Zakona o međunarodnom privatnom pravu koji je radna grupa u junu 2014. godine predala Ministarstvu pravde,³⁴ uređuje uslove za priznanje stranih sudskih odluka u članu 185. Ovde ćemo se osvrnuti na samo dva od njih: uslov uzajamnosti (član 185, st. 3-5) i uslov nadležnosti (član 185, stav 1(b i v)).

Prilikom definisanja uslova za priznanje, radna grupa opredelila se za zadržavanje uslova reciprociteta, ali samo u određenim stvarima:

“Stana sudska odluka doneta u stvarima uređenim glavama IV do VIII Dela drugog ovog Zakona, priznaje se samo ako sud utvrdi da se, pored ispunjenja uslova iz stava 1 ovog člana, odluke suda Republike Srbije donete u ovim stvarima priznaju u državi u kojoj je odluka doneta. (stav 3)”

Uslov reciprociteta/uzajamnosti za priznavanje stranih odluka o sledećim stvarima: stvarnopravni odnosi, hartije od vrednosti koje drže posrednici, intelektualna svojina, ugovorne obaveze i vanugovorne obaveze. Uzajamnost se ne traži za priznavanje sudskih odluka o statusnim, porodičnim i naslednopravnim odnosima.

U sledećem, 4. stavu, uspostavlja se pretpostavka reciprociteta, a teret obaranja pretpostavke stavlja na protivnika predlagača. Konačno, u 5. stavu, upućuje se na shodnu primenu člana 4, stava 4 Zakona, da bi se pojasnilo na koji način stranka u postupku (protivnik predlagača) može dokazati da reciprociteta nema: ona može “o sadržini stranog prava zatražiti objašnjenje od ministarstva nadležnog za poslove pravosuđa, kao i podneti isprave ili stručna mišljenja o sadržini stranog prava.”

Na ovaj način, postignut je kompromis u radnoj grupi između onih članova koji su se zalagali za zadržavanje uslova uzajamnosti i onih koji su bili za njegovo ukidanje. U odnosu na važeću normu uneto je niz poboljšanja. Prvo, norma više nije diskriminatorna po osnovu državljanstva – bez obzira da li priznanje traži domaći ili strani državljanin, uslov uzajamnosti se jednako primenjuje. Važeća norma previđa da nepostojanje uzajamnosti nije smetnja za priznanje strane

³⁴ Autor je član radne grupe za izradu Nacrta Zakona o međunarodnom privatnom pravu Republike Srbije.

sudske odluke ako priznanje traži srpski državljanin, a diskriminacija po osnovu državljanstva nije u skladu sa osnovnim načelima zakonodavstva Evropske unije koje smo se obavezali da ćemo usvojiti. Drugo, proširen je krug materija u kojima se uzajamnost ne traži. Dok su to ranije bile samo odluke donesene u bračnom sporu i u sporu radi utvrđivanja i osporavanja očinstva ili materinstva, nova norma izuzima sve vrste statusnih, porodičnih, pa i naslednopravnih odluka. Moglo bi se osporavati odustajanje od uslova uzajamnosti u materiji vršenja roditeljskog prava, posebno ako se ima u vidu da je na primer u Nemačkoj taj uslov još uvek relevantan kod date vrste odluka, ali je tu preovladalo shvatanje da je brzo rešavanje sporova o roditeljskom pravu koje se između ostalog postiže i efikasnim priznanjem strane odluke, obično u interesu deteta. Treće, pretpostavka uzajamnosti, koja je i ranije postojala, sada je jasnije uređena, stavljanjem tereta dokazivanja na stranku koja se protivi priznanju, koja ima pravni interes da se izostanak uzajamnosti dokaže. Uloga Ministarstva pravde je pomoćna i jasno je da njegova obaveštenja nisu obavezujuća za sud. Ministarstvo pravde će se tako rasteretiti dela poslova, jer će stranke zainteresovane da dokažu da uzajamnosti nema, koristiti i druga predviđena sredstva, posebno ekspertska mišljenja. Nedostatak ove odredbe je što ostavlja relativno kratko vreme protivniku predlagača da pribavi dokaze o nedostatku uzajamnosti. Prvostepeni postupak priznanja je hitan i sud donosi odluku bez ispitivanja uslova uzajamnosti. Protivnik predlagača može da istakne taj razlog tek u žalbi koju je dužan da podnese u roku od 30 dana. Mada to nije jasno rečeno, moglo bi se tumačiti da je istovremeno dužan da podnese i dokaz o nepostojanju uzajamnosti, što je suviše kratak rok za pribavljanje te vrste dokaza.

Nadležnost stranog suda postoji ako za rešavanje spora nije isključivo nadležan sud ili drugi organ Republike Srbije i ako je strani sud svoju nadležnost zasnovao na činjenicama koje i pravo Republike Srbije predviđa kao osnov nadležnosti suda Republike Srbije za rešavanje istog spora. Zadržana je isključiva nadležnost iz sadašnjeg člana 89, stava 1 Zakona o rešavanju sukoba zakona, kao smetnja za priznanje, ali je njen značaj sada nešto drukčiji, jer nacrt ZMPP predviđa isključivu nadležnost u drugim materijama. Ona će postojati za sporove povodom upisa u javne registre koji se vode u Republici Srbiji (član 23), za određivanje i sprovođenje izvršenja strane odluke koja je izvršena ili treba da se izvrši u Srbiji (član 25), u sporovima o punovažnosti osnivanja, ništavosti osnivanja ili o prestanku pravnog lica ili organizacije bez svojstva pravnog lica ili o punovažnosti odluka njihovih organa ako pravno lice ili organizacija bez svojstva pravnog lica ima sedište u Republici Srbiji (član 63, stav 1), za sporove o stvarnim pravima na nepokretnosti, uključujući i sporove nastale iz zakupa nepokretnosti, ako se nepokretnost nalazi u Republici Srbiji (član 124, stav 1), za sporove koji imaju za predmet registraciju ili punovažnost prava na patent, robni ili uslužni žig, in-

dustrijski uzorak i model ili drugih prava industrijske svojine koja se moraju registrovati, ako je u Republici Srbiji podneta prijava za registraciju ili je izvršena registracija ili se na osnovu međunarodnog ugovora ili zakona smatra da je registracija izvršena (član 139, stav 1), za sporove trgovca protiv potrošača koji ima uobičajeno boravište u Republici Srbiji (član 143, stav 3) i za sporove poslodavca protiv zaposlenog koji ima uobičajeno boravište u Republici Srbiji (član 144, stav 2). Primetno je da u porodičnim sporovima (osim ako se odnose na stvarna prava na nepokretnostima), po nacrtu nema više isključive nadležnosti, tako da ona ne može da predstavlja smetnju za priznanje ovih odluka.

Za razliku od važećeg zakona koji ovde staje i u pogledu nadležnosti stranog suda ne traži ništa više od toga, u nacrtu je predviđeno strože ispitivanje nadležnosti, odnosno "sistem ogledala". Sud priznanja ispituje da li bi u analognom slučaju sa inostranim elementom mogao i sam da zasnuje međunarodnu nadležnost i da donese odluku. Time se uvodi neka vrsta reciprociteta i u ispitivanje nadležnosti stranog suda (učini drugome ono što želiš da drugi učini tebi i ne čini drugome ono što ne želiš da drugi čini tebi). S obzirom na to da su norme o direktnoj nadležnosti domaćeg suda u nacrtu modelovane uglavnom po pravilima uredbi Unije, strane odluke iz zemalja Unije će se priznavati ako je nadležnost zasnovana po pravilima iz uredbi. Ako je pak nadležnost zasnovana na egzorbitantnim osnovama iz nacionalnog prava država članica, što Prva briselska uredba dozvoljava u članu 6, takva odluka će se priznati samo ako je i u našem pravu predviđen isti egzorbitantni osnov. Nacrt od egzorbitantnih osnova usvaja mesto nalaženja imovine, pa se može zaključiti da će biti priznate odluke zasnovane na istom osnovu iz Austrije, Češke Republike, Danske, Litvanije, Estonije, Finske, Nemačke i Ujedinjenog Kraljevstva, jer i ove zemlje takođe poznaju forum imovine.

S druge strane, odluke iz Francuske, Luksemburga, Bugarske, Češke Republike, Finske i Malte, ako je nadležnost zasnovana na državljanstvu tužioca, neće biti priznate, jer u Srbiji ova činjenica ne može da posluži kao osnov međunarodne nadležnosti. "Sistem ogledala" je dobro rešenje jer omogućava strankama da unapred predvide ishod postupka priznanja, bar kad je upitanju nadležnost. Već kada pokreću postupak u inostranstvu, mogu da se obaveste da li je isti osnov nadležnosti predviđen i u Srbiji, i ako jeste, da računaju sa priznanjem.

Takođe, filter je relativno propusan zbog široko određene direktne međunarodne nadležnosti domaćih sudova, što garantuje da će i nadležnost stranog suda biti u najvećem broju slučajeva priznata. Isključene će biti praktično samo odluke zasnovane na egzorbitantnim osnovama nadležnosti stranog suda (na primer, kada su u pitanju odluke iz SAD, na ličnom dostavljanju poziva na teritoriji države u kojoj sud rešava). Ovaj filter omogućava da se prizna strana odluka čak i kad je zasnovana na egzorbitantnom osnovu, pod uslovom da postoji neka činjenica na kojoj bi srpski sud mogao da nađe sopstvenu nadležnost. Tako, ako se saobraćaj-

na nesreća dogodila u Francuskoj, a francuski sud je odlučivao s pozivom na državljanstvo tužioca, to još ne znači da će se priznanje odbiti zbog nenadležnosti, jer bi srpski sud mogao da odlučuje po mestu nastanka štete. Svakako da usvajanjem "sistema ogledala" srpski zakonodavac neće biti originalan, jer to rešenje postoji u nemačkoj sudskoj praksi već decenijama,³⁵ ali će učiniti značajan korak ka poboljšanju i finom "uštivanju" ovog uslova za priznanje stranih odluka.

Alternativa usvojenom rešenju bilo je da se napravi lista prihvatljivih osnova nadležnosti koju bi sudije primenjivale prilikom provere nadležnosti stranog suda za potrebe priznanja strane odluke, kao što je to učinjeno u Japanu, prilikom nedavne reforme Zakonika o građanskom postupku. Takav pristup, na koji nailazimo i u Švajcarskoj, mogao bi da značajno suzi krug prihvatljivih odluka i radna grupa ga je konsensusom odbacila.

ZAKLJUČAK

Nacrt Zakona o međunarodnom privatnom pravu pokušava, a nadamo se i uspeva, da uspostavi ravnotežu između idealnog i realnog u oblasti uslova za priznanje stranih sudskih odluka. Polazeći od iskustva da mnoge države ne priznaju sudske odluke iz Srbije i da je daleko dan kada će biti zaključen i stupiti na snagu univerzalni međunarodni ugovor koji bi obezbedio uzajamno priznanje sa većim brojem zemalja, radna grupa je predložila usvajanje "odbrambenog reciprociteta" kao uslova za priznanje stranih odluka donetih u imovinskim stvarima. Cilj usvajanja ovog uslova je dvojak – da se podstaknu druge države da učine prvi korak u priznavanju odluka iz Srbije i da se privredni subjekti koji posluju na domaćoj teritoriji zaštite od nejednakog tretmana.

Uviđajući značaj indirektno nadležnosti kao jednog od osnovnih filtera za zaustavljanje nepoželjnih stranih odluka, autori nacрта su predvideli staro i oprobano rešenje: isključivu nadležnost domaćeg suda u kombinaciji sa sistemom ogledala, koji preslikava osnove direktne nadležnosti domaćeg suda i primenjuje ih u preslikanom obliku na ispitivanje nadležnosti stranog suda. Ovaj filter je porozan i propustiće veliki broj stranih odluka, ali će uslov uzajamnosti korigovati rezultat, zaustavljajući odluke iz zemalja koje nisu voljne da priznaju odluke domaćeg suda. Domaćim privrednicima će u slučaju poslovanja sa partnerima iz tih zemalja ostati uvek na raspolaganju arbitraža, a u odsustvu arbitražnog sporazuma, tužba u državi sedišta tuženog ili uzimanje obezbeđenja pri zaključenju ugovora, koje garantuje mogućnost izvršenja eventualne domaće odluke u zemlji.

³⁵ M. Fricke, Die autonome Anerkennungszuständigkeitsregel im deutschen Recht des 19. Jahrhunderts, Mohr Siebeck, 1993.

MAJA STANIVUKOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, University of Novi Sad

IDEALISM AND REALISM IN THE FIELD
OF RECOGNITION OF FOREIGN JUDGMENTS

Summary

The author discusses the rules of the Serbian Draft Private International Code on recognition and enforcement of foreign judgments, and in particular jurisdiction of the foreign court and reciprocity as requirements for recognition. The discussion starts with an overview of efforts to draft a global judgments convention within the Hague Conference on Private International Law, and the problems encountered in drafting acceptable jurisdictional filters. It then turns to lessons that the Serbian legislator might learn from the experience of other countries and on the use of rules on recognition and enforcement as a factors of economic development.

The final part explains the rules that are adopted in the draft. Reciprocity is retained as a condition for recognition of foreign judgments, but its scope is reduced to money-judgments and a firm presumption of reciprocity is established. It is upon the party resisting recognition to prove the non-existence of reciprocity. Opinions of the Ministry of Justice and expert opinions may be used. Jurisdiction of the foreign court is assessed on the same criteria that the Serbian court would apply to base its own jurisdiction in an international case. Since these are wide, the rule will lead to acceptability of a broad scope of foreign judgments. This “mirror-image” system is complemented by the retention of the rule from the present PIL Code, that a judgment will not be recognized if the case falls into the exclusive jurisdiction of the Serbian Court. The instances of exclusive jurisdiction are exceptional.

ANDREA BORRONI

THE GOOD FAITH IN THE CISG FROM THE SPYGLASS OF COMPARATIVE LAW

1. The CISG: A Brief Overview

In 1928 Ernst Rabel suggested that the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) should start off a harmonization project pertaining to the law on international sale of goods. His proposal led to two draft Conventions¹, adopted in 1964 at the Diplomatic Conference at the Hague². The-

Andrea Borroni, lawyer and a researcher at the Political Science Department “Jean Monnet” of the Second University of Naples.

¹ The Uniform Law of International Sale (ULIS) and the Uniform Law on Formation of Contracts for the International Sale of Goods (ULFC), or the so called “Hague Conventions”. D. SIM, *The Scope and Application of Good Faith in the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, (2001), available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/sim1.html#> (Last visited 16 September 2014). ULIS contained two provisions addressing the issue of its interpretation (art.2 and art.17), indicating that such instrument was intended as an autonomous law on sales which ad to be interpreted and applied independently from domestic laws. (M. J. BONELL, *Article 7*, available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/bonell-bb7.html#i>). Nonetheless, the ‘revolutionary’ approach adopted in the ULIS Convention was partly welcomed and partly rejected by the subsequent UNCITRAL Convention. R. DAVID, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Book II, Ch. 5, in *THE INTERNATIONAL UNIFICATION OF PRIVATE LAW*, (1971), at 138.

² At Hague Diplomatic Conference in 1964, the proposal of including an explicit reference to good faith as a general principle of the Convention was already subject-matter of debate, and was strongly opposed by the French delegate. “Professor Tunc asserted that the principle of good faith might lead to divergent and even arbitrary interpretations by national courts, and thus would impair uniformity”. (A. M. GARRO, *Reconciliation of Legal Traditions in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, available at http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/garro7.html#ga*).

se first conventions were however regarded as the product of Western Europe only; consequently, only 9 States³ ratified them. Four years later, in 1968, the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) resumed work in the same domain, though stressing the need for a broader participation and representation of all world regions as well as of all legal families. The other side of the coin was that such enlarged representation increased also the extent of potential contrasts among the various legal systems and their institutions. The final draft of the Convention was adopted in Vienna in 1980, and came into force in 1988 upon its ratification by 11 Countries; as of June 2014, 81 States have adopted the CISG.⁴ Thus, owing to the pluralistic nature of the signatory States, the Vienna Convention is affected by a well-known interpretation problem, concerning in particular Art.7 and its unclear wording.⁵

The importance of Article 7 relates also to the fact that it lays down a sort of hierarchy of sources on which can be used to solve disputes (*i.e.*, the convention provisions, followed by the general principles underlying the CISG and, as a last resort, domestic laws);⁶ it is in the body of this Article that good faith is mentioned. This however poses a problem in that this article expressly mentioning this notion. Furthermore, its wording is rather controversial, for its first paragraph sets that the concept of good faith has an interpretative role in the Convention⁷, whereas, its second paragraph establishes that the general principles of the Convention, which include the good faith concept, may help settle matters not di-

³ Namely: Belgium, the Federal Republic of Germany, Italy, Luxembourg, the Netherlands and the United Kingdom, Gambia, Israel and San Marino.

⁴ <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html> (Last visited 16 September 2014).

⁵ As to the importance of including a method of interpretation within international Convention, see the analysis carried out by C. SAF, *A Study of the Interplay between the Conventions Governing International Contracts of - Analysis of the 1955 Hague Convention on the Law Applicable to Contracts of International Sales of Movable Goods; the 1980 Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations; and the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, (1999), available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saf.html>.

⁶ The preamble and Article 7 may however be of some help in that regard, since the former sets the purpose of the Convention in general terms, stating that the adoption of the CISG aims at promoting "the development of international trade" by removing legal barriers; whereas, the latter seeks to provide more concrete guidance, introducing the principle of good faith. Cf. Preamble of the CISG and Art. 7, http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html.

⁷ As to the controversial issue of the role of art. 7(1) in the interpretation of the CISG, Eörsi states that a considerable merit of said article lies in the fact that it mandates a modern legal policy in accordance with the exigencies of international trade, namely it prevents any recourse to national law in that phase. Thus, the material required for the interpretation should be taken from the Convention itself and not from external sources, because "CISG is not a law complementary to national laws but is meant to be an exhaustive regulation." G. Eörsi, *General Provisions*, in Galston & Smit ed., *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, (1984). Available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/eors1.html#203>.

rectly addressed in the other CISG provisions. It follows that on the basis of Art. 7 it is very difficult to clearly determine the position actually occupied by good faith within the Convention, and, as argued by G. Eörsi, “it was widely thought that the rule was vague, or at least would remain vague for a long time, and, because of the laconic language of the CISG, would never become unambiguous.”⁸

2. The Good Faith Doctrine In The Global Context

In general, the concept of good faith is a moral principle which helps legal systems to better achieve just results. The main advantages advocated by the proponents of the doctrine of good faith lie in the reduction of costs and the increase in efficiency of the overall economic system: above all, the parties do not have to constantly make plans for every contingency, since they can rely on the doctrine of good faith to fill in unforeseen gaps.⁹

Nonetheless, in order to actually achieve such advantages, the doctrine needs to be well-developed and effective, for if not, its application may worsen rather than improve contractual relationships. As affirmed by Prof. Goode “one may acknowledge the power and attraction of a general idea but the idea may be so general that it is of no practical utility to the merchant”¹⁰. Not to mention the fact that a single unanimously agreed-upon definition of good faith does not exist¹¹, and all existing definitions suffer from the same vagueness inherent to the concept of good faith, making it almost meaningless.¹² The unclear wording of Article 7 increased the already intricate pattern of diverse national approaches to the concept of good faith.¹³ The major differences are, obviously, between the va-

⁸ G. EÖRSI, *A Propos the 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 31 AM. J. COMP. L. 333, 348-349 (1983).

⁹ R. COOTER, *Meador Lecture Series: Doing What You Say: Contracts And Economic Development*, 59 Ala. L. Rev. 1107, 2008.

¹⁰ R. GOODE, *The Concept of “Good Faith” in English Law*, Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero (Rome 1992), No. 2. Available at <http://www.cnr.it/CRDCS/goode.htm>.

¹¹ Among the various definitions attached to it, there are, for instance, “fair conduct” (E. M. HOLMES, *A Contextual Study of Commercial Good Faith: Good Faith Disclosure in Contract Formation*, 39 U. PITT. L. REV. 381, 442 (1978)); “community standards of decency, fairness or reasonableness” (R. THIGPEN, *Good Faith Performance Under Percentage Leases*, 51 MISS.L.J. 315, 320 (1981)); “honesty in fact” (§ 1-201(19) of the Uniform Commercial Code).

¹² R. SUMMERS, “Good faith” in general contract law and the sales provisions of the Uniform Commercial Code, 54 Va. L. Rev. 195 (1968), and R. SUMMERS, *The general duty of good faith-Its recognition and conceptualization*, 67 Cornell L. Rev. 810 (1982). Summer affirms that the term good faith is devoid of any meaning in itself, and it merely carries out the function of “excluder, that is it is used to exclude the various forms of bad faith.

¹³ As to the adoption of the doctrine of good faith by BRIC Countries, different attitudes emerge: (i) under the Indian legal system the principle of good faith exists and has been several

rious legal families, in particular between Common Law¹⁴ and Civil Law Countries¹⁵. However, even within the same legal family divergences as to the role of good faith are apparent.¹⁶ Typically, Civil law Countries give more weight to this concept compared to their Common Law counterparts, and this different attitude likely derives from the influence of Canon Law on the former, which is mainly focused on the moral behaviours of contracting parties.¹⁷ As a result, Civil law systems tend to display a more systematic doctrine of good faith, as opposed to Common law Countries, which mainly rely upon fragmented and independent pieces of legislation and judgements which prevent a unified approach to the matter. In particular, among Civil law Countries, Germany stands out as the

times by the Indian Supreme Court; (ii) in Brazil good faith was adopted in a 1990 reform; (iii) in China, 1999 Contract Law recognized the principle of good faith; (iv) whereas, the Russian Federation, though based its contract law of 1994 on the 1992 Dutch Civil Code, it did not transplant the good faith rule included therein, being reluctant to develop general principles of fairness stemming from Civil Law tradition (Cf. R. COOTER, *supra* note 9). Whereas, In Japan, the principle of good faith is considered the “supreme notion” governing the domain of contract law. It is thus not so surprising that “good faith may require affirmative action”. M. YAMAGUCHI, *The Problem of Delay in the Contract Formation Process: A Comparative Study of Contract Law*, 37 Cornell Int’l L.J. 357, 2004.

¹⁴ For an overview of the general principles of law under Common Law systems, see N. BROWN, *General Principles of Law and the English Legal System*, in Cappelletti (ed.), *New perspectives for a common law of Europe*, (1978), at 174 *et seq.* For a study of Civil Law and Common Law application of good faith, see W. TETLEY, *Good Faith in Contract: Particularly in the Contracts of Arbitration and Chartering*, (2004).

¹⁵ As to the role played by case law and legislation in Common Law and Civil Law systems, respectively, see O. Kahn-Freund, *Common Law and Civil Law, Imaginary and Real Obstacles to Assimilation*, in Cappelletti (ed.), *supra* note 14, at 154). For an overview of the good faith principle from the Italian law perspective, R. Sacco, *La buona fede nella teoria dei fatti giuridici di diritto privato*, (1949).

¹⁶ For an overview of the concept of good faith from a comparative law perspective, see F. De Ly, *Commercial Law As A Refuge From Contract Law: A Comparative And Uniform Law Perspective*, 45 Wayne L. Rev. 1825, (2000).

¹⁷ B. NICHOLAS, *The United Kingdom and the Vienna Sales Convention: Another Case of Splendid Isolation?*, Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero (1993), available at <http://www.cnr.it/CRDCS/nicholas.htm>. Civil law contract theory is pervaded with the concept of good faith since its origins. Starting from the fundamental Roman law maxim *pacta sunt servanda*, which, as reported by Ulpian, required “the observance of [all] agreements that have not been entered into maliciously or contrary to the laws [...] , where no fraud appears.” (Dig. 2.14.7.7 (ULPIAN, EDICT 4)). Afterwards, this maxim was endorsed and further expanded by Canon Law lawyers. (Cf. R. J. SCALISE JR., *Why No “Efficient Breach” in the Civil Law?: A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract*, 55 Am. J. Comp. L. 721, Fall, 2007). Further on, the notion of good faith was applied to the fulfillment of treaty obligations in the earliest formulations of international law. In the 17th century, Hugo Grotius (H. GROTIUS, *DE IURE BELLI AC PACIS*, Book III, Ch. XXI, at 832-44) stressed the importance of the obligation of good faith even in war. M. P. VAN ALS-TINE, *The Death of Good Faith in Treaty Jurisprudence and a Call for Resurrection*, 93 Geo. L.J. 1885, August, 2005.

system where this doctrine has had and still has the widest application,¹⁸ whereas, in France said principle has only been applied to specific domains, such as the *abus de droit*.¹⁹ On the other hand, among Common law jurisdictions, the United States²⁰ and the United Kingdom²¹ appear to be poles apart. The former constitutes an exception to the typical Common law pattern since it has developed a systematic doctrine of good faith, formally acknowledged in two documents, namely: the Uniform Commercial Code (UCC) and the Restatement (Second) of Contracts. Conversely, in the United Kingdom no general doctrine exists and is instead replaced with piecemeal solutions.²²

3. The Doctrine Of Good Faith In The CISG

In the light of the aforementioned differences across the various legal families and within the same family in relation to this concept and along with the vague wording of Art.7, to establish a common definition of this notion in the context of the CISG was a challenge. Furthermore, “the demands of good faith in the international context were different”²³. As explained also in the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (hereinafter, UNIDROIT Principles), on a global level a doctrine of good faith has to be tailored to the needs and conditions of international trade, which, in turn, change depending on a number of elements, such as the sector or the socio-economic environment in which a company operate.²⁴ At this point, let us address the legislative history of Article 7

¹⁸ Art. 242 of the German Civil Code (BGB) sets that contracting parties are required to abide by the principle of good faith and customary practices in fair dealing (*Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte*). Over time Art. 242 of the BGB has given rise to a variety of rules governing a range of different situations, serving as a valuable tool for judicial creativity. Cf. E. ALLAN FARNSWORTH, *Good Faith Performance & Commercial Reasonableness Under the Uniform Commercial Code*, 30 U. CHI. L. REV. 666 (1963), at 678.

¹⁹ D. SIM, *supra* note 1.

²⁰ Concerning the interpretation of art. 7 of the CISG in the regulation of the Inter-American Trade, see S. SALAMA, *Pragmatic Responses to Interpretive Impediments: Article 7 of the CISG, an Inter-American Application*, 38 U. Miami Inter-Am. L. Rev. 225, (2006).

²¹ Cf. N. HOFMANN, *Interpretation Rules And Good Faith As Obstacles To The UK's Ratification Of The CISG And To The Harmonization Of Contract Law In Europe*, 22 Pace Int'l L. Rev. 145, (2010). The author provides potential reasons for the non-ratification of the CISG by the UK, underling in particular the vagueness of good faith as a principle of contract law.

²² British approach to commercial matters is primarily concerned with the promotion of certainty and predictability, and the implementation of a general doctrine of good faith and fair dealing would make judicial decisions unpredictable, owing to its inherent vagueness. R. GOODE, *supra* note 10.

²³ D. SIM, *supra* note 1.

²⁴ Cf. Comment to Article 1.7, available at <http://www.unidroit.org/english/principles/chapter-1.htm>.

so as to obtain a better understanding of the issues with which faced the drafters of the Convention.

3.1. Genesis of Article 7(1)²⁵

The work in the domain of the international sale of goods was resumed by the UN Commission in 1968. In 1972, the representative of Spain first suggested the introduction of the principle of good faith into the Convention; it was, however, only in 1978 that an actual debate on this topic was undertaken by the working group.²⁶

The 8th session proposed the inclusion of a provision establishing the parties' duty to act in good faith. Although most representatives endorsed the introduction of such a provision, during the 9th session concerns were expressed as to its excessive vagueness.²⁷ The working group decided, therefore, to adopt an amended version of the proposed provision²⁸; this was however fiercely opposed during the works of the 11th session, even though a large number of representatives were still in favour. Given the two conflicting stands, the working group sought a trade-off²⁹. This compromise led to the introduction of a newly-reworded provision corresponding to Art.13 of ULIS,³⁰ namely article 6 which mentioned the need "to promote uniformity and the observance of good faith in international trade."³¹

²⁵ For an overview of the history of the Convention and art. 7, see also M. J. BONELL, *supra* note 1.

²⁶ Literature on the topic of the CISG and good faith principle is available at <http://www.cisg.law.pace.edu/>.

²⁷ D. SIM, *supra* note 1.

²⁸ M. J. Bonell, *supra* note 1.

²⁹ The compromise which was reached during the Vienna Convention has been variously defined, for instance, as "uneasy" (M. Bonell), "strange" (G. Eörsi) and a "statesmanlike compromise" (Farnsworth). (A. M. GARRO, *supra* note 2). According to Garro, the compromise is the burial of the very principle of good faith. *Id.* Examples of authors in favour of a literal interpretation of art. 7 are E.A. FARNSWORTH, *The Convention on the International Sale of Goods from the Perspective of the Common Law Countries*, in VV.AA., *La vendita internazionale*, (1981), at 3 ff., whereas, in favour of a more extensive interpretation, see A. ROSETT, *Critical Reflections on the United States Convention on Contracts for International Sale of Goods*, *Ohio State L. Jour.*, (1984), at 265 ff., who maintains that the obligation of good faith is applicable to individual contracts of sale.

³⁰ M. J. BONELL, *supra* note 1.

³¹ The Commission, in its final review of the draft Convention, took a decisive step towards the concrete adoption of a good faith provision: it decided that such a clause had not be confined to formation of the contract, but, at the same time, an obligation of "good faith" had not be imposed loosely and at large. Consequently, the role of principle was restricted to an aid to the interpretation of the provisions of the Convention and such compromise was generally accepted and embodied in Article 7(1). Cf. Article 7, Interpretation of the Convention, Excerpt from J. O. Honnold, *Uniform*

Afterwards, during the 1980 Vienna Conference, attempts were made³², especially by Norway and Italy³³, to revise and enlarge the scope of the principle *de quo*.³⁴ None was successful, and Article 6 became Article 7(1), in its current formulation³⁵: (1) In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.

Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, (3rd ed., 1999), at 88-114. Available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ho7.html#ib>.

³² D. SIM, *supra* note 1. Along with Italy and Norway, also Canada and the German democratic Republic proposed some amendments to the draft Convention. Specifically, Canada suggested to prevent parties from excluding the obligations of good faith, diligence and reasonable care unless they excluded the whole Convention (U.N. Doc. A/CONF.97/C.1/L.10). Whereas, the German Democratic Republic's proposal pertained to the inclusion of pre-contractual liability into the Convention (U.N. Doc. A/CONF.97/C.1/L.95). Both suggestions were rejected for they appear to be two ways to disguise the inclusion of a good faith obligation.

³³ Italy suggested to adopt a new article establishing a broader role to be played by this concept as to the formation, interpretation and performance of the contract. Cf. U.N. Doc. A/CONF.97/C.1/L.59.

³⁴ On the basis of the wording of art. 7 as adopted during the Vienna Convention, the principle of good faith does not expressly concern the conduct of the parties "in the formation and performance of the contract or the interpretation of their intentions" (P. schlechtriem, *Uniform Sales Law - The UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/slechchtriem-07.html#b113a>). Actually, the Convention Working Group had discussed whether to generalize said principle so as to include also the parties' behaviours; however, owing to concerns pertaining to the diverse interpretations and applications of such a general principle under different domestic laws coupled with the lack of appropriate sanctions, the proposal was definitively withdrawn. Thus, abiding by the good faith principle in individual contracts is defined as merely 'desirable'. Nonetheless, Prof. Schlectriem suggests that the function of such a general clause may be fulfilled by the rule on reasonable behaviour. (*Id.*) Whereas, According to Prof. Ziegel, even though art.7(1) does not explicitly refer to the observance of good faith in the formation of the contract, the wording of the paragraph is "sufficiently broad to admit of its inclusion", and he adds that the [Secretariat] Commentary provides several examples of situations in which good faith may be a relevant factor in the formational phase of a contract. J. S. ZIEGEL, *Report to the Uniform Law Conference of Canada on Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, 1981. As to the debate on whether the requirement of "observance of the principle of good faith" (art. 7(1)) applies only to the interpretation of the CISG or may be applicable also to the regulation of contractual dealings, see B. ZELLER, *The Un Convention On Contracts For The International Sale Of Goods (Cisg : A Leap Forward Towards Unified International Sales Laws*, 12 Pace Int'l L. Rev. 79, 2000.

³⁵ Most participants to the Conference held that Article 7(1) represented a satisfactory trade-off across the different positions, so hardly achieved that there was no need for a new debate on the topic. In particular, it was regarded as a compromise between "those who feared that the good-faith standard was too vague and took on too many different meanings in different legal systems, and those who supported the use of a broad standard to police inappropriate conduct. Under the compromise, the parties have no general duty to act in good faith." R. A. HILLMAN, *Applying the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: The Illusive Goal of Uniformity*, 1 Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1995), at 21-49.

3.2 The principle of Good Faith in the Convention: Conflicting Interpretations

In light of the legislative history of Art. 7(1), it may be argued that all attempts to introduce a substantive obligation of good faith were fully rejected.

Nevertheless, confusion as to the role of this principle within the CISG is undeniable not only on the part of the commentators³⁶, but also judges and arbitrators, whose judgments and arbitral awards have increased the chaos concerning the definition of good faith. In particular, six different positions can be actually identified among CISG commentators: (i) the practices of the parties and the international trade usages establish an obligation of good faith. This position, held by some States' representatives, relates to the idea that business practices implicitly entail a reference to the principle of good faith, and consequently its explicit introduction into the Convention was deemed unnecessary.³⁷

³⁶ This issue is addressed also by M.J. Bonell (*supra* note 1), who summarizes the various positions of the commentators to the Convention as to art. 7(1) in two main groups: those who "insist on the literal meaning of the provision and conclude that the principle of good faith is nothing more than an additional criterion to be used by judges and arbitrators in the interpretation of the Convention" (he mentions in this regard Farnsworth and Eörsi), and those who subscribe to a broader interpretation of the reference to good faith encompassing also the conduct of the contracting parties (here, Bonell mentions Schlechtriem and Honnold). *Id.* Additionally, he affirms that of the two stands the second is preferable. Since a number of different provisions in the CISG that represent specific applications of the principle of good faith, good faith may reasonably be regarded as one of the «general principles» underlying the Convention as a whole. "As such it may even impose on the parties additional obligations of a positive character" (*id.*). Furthermore, a specific stand as to the interpretation of the CISG is expressed by Joseph Lookofsky. According to him, "the Convention is a *supranational* statute, a binding piece of international legislation", and as such, the courts of CISG contracting States must abide by the letter of the law. Hence, "when a question arises as to how a given part of the Convention should be understood, the most natural interpretation is likely to be the 'plain meaning' of the treaty text". On the basis of his argument, he affirms that "the *unofficial* 'Secretariat Commentary' to the 1978 draft Convention [should not] be allowed to serve (anywhere) as an authoritative CISG guide". J. Lookofsky, *The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, in J. HERBOTS & R. BLANPAIN ED., INTERNATIONAL ENCYCLOPAEDIA OF LAWS - CONTRACTS, Suppl. 29 (December 2000), at 1-192. Available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/loo7.html#76-1>.

³⁷ In line with this stand, E.A. Farnsworth related the principle of good faith to the doctrine of the 'implied terms', namely obligations or rules, that though not expressly mentioned in the contract, are deemed to govern contractual relationships. E.A. FARNSWORTH, *supra* note 18, at 671. This interpretation is supported by the following case: *Geneva Pharmaceuticals Technology Corp. v. Barr Laboratories, Inc., et al.* A Canadian company (the defendant) manufactured a chemical ingredient to be used in the production of an anticoagulant medication. In 1994 the defendant supplied a U.S. company (the plaintiff) with samples of said ingredient and in 1995 the former issued a letter to the FDA confirming it would serve as a supplier of the ingredient to the latter. Later in 1995, the defendant concluded a confidential contract for the exclusive supply of commercial quantities of the same ingredient to a third company that would not be observed if the defendant were to proceed with sales of commercial quantities to the plaintiff. Nonetheless, when the plaintiff received approval for the manufacture of the medication in 1997 and submitted a purchase order to the defendant, the latter refused such order. At that point, the plaintiff claimed that under CISG it had a contract

(ii) the doctrine of good faith functions as an interpretative guide.³⁸ This represents the literal interpretation of the wording of the Article, and according to it, this doctrine has to be employed only as an instrument to interpret the Convention.³⁹ (iii) the doctrine of good faith acts as a prerequisite for the exercise of rights and remedies laid down in the Convention.

This interpretation rests on Article 7(2), under which good faith is a general principle on which the CISG is based. Hence, parties to a transaction shall act in good faith in order to be entitled to the right or remedies provided for in the Convention.⁴⁰

with the defendant for the sale of commercial quantities of the ingredient and that the defendant had breached said contract. Moreover, he argued that according to industry customary practice the supply of sufficient quantities of a specific ingredient to support an FDA application gives rise to a contract for future supply. The Court agreed with the plaintiff and held that the claim should be decided in compliance with CISG (since the alleged sales contract concerned an international trade of goods). Additionally, it held that, in line with the principle of good faith in international trade stated in Art. 7(1) of the CISG, the Convention displays a strong preference for enforcing customary obligations typically relied upon in the industry (as established also in Art. 9 of the CISG, stating that usages and practices of the industry are automatically incorporated into any agreement, unless explicitly excluded). Case No 98 Civ. 861, 99 Civ. 3607 of 2002. Available at <http://www.unilex.info/case.cfm?id=739>.

³⁸ According to Prof. Schlechtriem, Article 7(1) stipulates three directives to interpretation of the Convention, namely: its international character (and the consequent ban to recourse to domestic standards of good faith), its main purpose which is to promote uniformity in international contract law and the observance of good faith principle in the context of international trade. P. SCHLECHTRIEM, (trans. By M. Koehler), *Interpretation, Gap-Filling And Further Development Of The U.N. Sales Convention*, 16 Pace Int'l L. Rev. 279, 2004.

³⁹ This interpretation is supported by an arbitration case between a German seller and a Spanish buyer who had concluded a contract whereby the latter would be the exclusive distributor in Spain of the equipment produced by the former (ICC Arbitration Case No. 8611 of 1997). Four years after the contract conclusion, the seller terminates the exclusive distribution. The buyer claims for damages due to the seller's failure to deliver the required spare parts. The arbitrator held that the CISG was applicable only to the single sale agreements concluded between the two parties and not to the whole contract of exclusive distribution. Furthermore, he recognized that under German law (art. 433 of the BGB) the seller would have been obliged to deliver the spare parts to the buyer. Additionally, he acknowledged that the matter may fall under the principle of good faith of the CISG. Nonetheless, he claimed that on obligation like the one that would be imposed by German law could not be derived from art. 7(1) of the Convention, since that provision was deemed relevant only to the construal of the Convention itself.

⁴⁰ This interpretation is supported by a 1995 case heard before the OLG München which involved a buyer and a seller which had concluded an agreement for the purchase of 11 cars. The buyer was not able to take delivery of the latter due to currency fluctuations and asked for a deferral. After two and half years, the buyer claims for damages due to non-delivery, on the basis of Articles 45(1)(b), 45(2), 49(1)(a) and 25 of the CISG. The German court holds that no breach of contract has occurred on the part of the seller for the parties had not agreed on a specific date of delivery. Additionally, it maintained that permitting the buyer to avoid the contract after two and half years would actually be a violation of art. 7(1) of the CISG, even though none of the aforementioned Articles require the buyer to make his claim within a specific period of time in order to lawfully avoid the con-

(iv) the doctrine of good faith is a substantive principle on which to rely in case of matters not explicitly governed by the Convention. This position draws on Article 7(2), however, it accords to the concept of good faith a more substantive role, since it is deemed a general principle that must be used to settle matters not addressed in the CISG.⁴¹ (v) the doctrine of good faith serves as a source of rights and obligations which may even contradict or extend those provided for in the Convention.

This interpretation represents a minority opinion, because, even though problems arise as to the possibly conflicting rights, obligations and remedies which are concurrently present both in domestic law and in the Convention, the principle of good faith should not be employed to contradict CISG provisions.⁴²

tract. Therefore, it might be argued that the court's decision has been based on the assumption that all parties must abide by the principle of good faith before invoking the Convention's rights and remedies. This represents however an imposition of a substantive obligation of good faith on the parties, which clearly contradicts Article 7(1). Cf. Oberlandesgericht (Provincial Court of Appeal) München, case number 7 U 1720/94. Decided on 8 February 1995. Case law on UNCITRAL texts (CLOUT), abstract no. 133.

⁴¹ This interpretation is supported by two cases. (i) *CME Cooperative Maritime Etaploise S.A.C.V. v. Bos Fishproducts Urk BV.*, involving a French seller (of fish) and a Dutch buyer. After several complaints over the quality of the fish purchased, the buyer refuses to pay part of the price requested by the seller and claims a set-off for damages. Whereas, the seller sues the buyer for the remaining price. By relying on Art. 49 and Art. 38 of the CISG, the court holds that the buyer is no longer entitled to claim for damages for a lack of conformity in the goods since he has failed to give notice to the other party within a 'reasonable' short time of the discovery of the defects (owing to the perishable nature of the goods and the short-term notice commonly used in case of frozen products). To strengthen its decision, the court affirmed that its conclusions were supported also by the principle of good faith set in the CISG, even though said principle is rather uncertain and can hardly be of any use in such a specific case. Cf. Case abstract at UNILEX, D. 1997-5.1; Pace Law School Institute Of International Commercial Law, CISG Case Presentation: Netherlands 5 March 1997 Arrondissementsrechtbank Zwolle (Cme Cooperative Maritime Etaploise S.A.C.V. V. Bos Fishproducts Urk Bv) (last modified Jul. 14, 1999) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970305n1.html>. (ii) *Bobux Marketing Ltd v Raynor Marketing Ltd*. The parties entered into an agreement for the supply of babies' leather booties. The respondent had the exclusive right to distribute said booties in the U.K. After a disagreement as to the goods, the appellant gave the respondent nine months' notice of termination of the distribution agreement. Clause 19 of the parties' agreement stipulated that the contract could be terminated by the supplier only if the distributor failed to order the minimum quantity of goods. Since, the respondent had met the minimum quantity obligation, the appellant could not terminate the agreement on an implied term of reasonable notice. Nonetheless, the judge dissented and maintained that an obligation on the parties to perform the contract in good faith could be imported into the contract. The Court drew support for the general obligation of good faith from Article 7(1) CISG (and Article 1.7 UNIDROIT Principles). By relying on it, the Court found that the respondent was in breach of contract, since he failed to demonstrate the requisite good faith. Case 1258: CISG 7(1), New Zealand: Court of Appeal of New Zealand, [2002] 1 NZLR 506 (CA) available at <http://www.uncitral.org/clout>.

⁴² This interpretation is supported by the French case of *S.A.R.L. Bri Production "Bonaventure" v. Société Pan Africa Export* involving a French seller and an American buyer for the purchase of jeans. Throughout the negotiations and the performance of the contract, the seller continuously

(vi) the doctrine of good faith functions as an interpretative guide and in case of matters not covered by the Convention, general principles may be derived from it as particular manifestations of this concept; however, this doctrine may never be used to provide for additional rights or obligations. Here, this concept serves as an interpretative guide but does not lead to a general principle extensively applicable in order to settle matters not expressly regulated in the CISG. Conversely, on the basis of this principle various specific rules (such as those against mistake and misrepresentation) may be adopted, which are regarded as manifestations of the concept. Hence, the principle of good faith does not give rise to a substantive doctrine which may autonomously generate rights and duties. Moreover, in its legal sense the reference to 'good faith' in art. 7(1) is deemed to relate to the principles stated in the Convention, which are geared towards the achievement of justice and ethical behaviours in contractual relationships.⁴³

These diverse positions⁴⁴ may be summarized as follows: the doctrine of good faith in the CISG may be described as: (1) a practice of the parties, (2) a tra-

asked about the final destination of the goods (in order to prevent imports to Spain). When the seller came to know that the second delivery of jeans was directed to Spain, he terminated the contract. On the basis of Art. 8, art. 25 and 73(2), the buyer's failure to observe the seller's request was regarded by the court as a breach of contract on the part of the buyer, which, in turn, entitled the seller to avoid the contract. Moreover, the court awarded a compensation for damages to the seller because it held that the conduct of the buyer was in violation of the principle of good faith laid down in art. 7 of the CISG, and, amounted also to an abuse of process, since the buyer was the plaintiff in the proceedings. It follows that the court maintained that in compliance with art. 7, if a party was clearly at fault he had not to institute judicial proceedings. This was however an inappropriate interpretation and application of the principle of good faith for the CISG regulates some aspect of substantive contract law, but it does not cover matters of civil law procedure, such as the abuse of process. Hence, the court overlooked this significant distinction and wrongly expanded the scope of the CISG. Cf. Case abstract at UNILEX, D. 1995-7; case abstract at Case law on UNCITRAL texts (CLOUT), abstract no. 154.

⁴³ This interpretation is supported by the arbitral award SCH-4318 involved an Austrian seller and a German buyer. The parties concluded a contract for the sale of rolled metal sheets, but owing to defects in the goods sold, the buyer resorted to arbitral proceedings so as to be compensated for damages. However, the buyer had not subscribed to the contractual stipulations pertaining to the examination of goods and the notice of non-conformity, and moreover, he sent notice to the seller only six months after the delivery of the goods. The buyer argued that the seller was estopped from raising the defence. The tribunal acknowledged that the issue of estoppel was not expressly settled by the CISG provisions and that may therefore referred to the general concept of good faith in the CISG. Nonetheless, in order to avoid the difficulties arising from the complex matter of good faith in the Convention, the tribunal held that the principle of estoppel represented one of the general principles of the CISG (Art. 16(2)(b) and art. 29(2) along with art. 7(2)) that can be ascribed to the broad moral concept of good faith. Cf. case abstract at UNILEX, D. 1994-13; case abstract at Case law on UNCITRAL texts (CLOUT), abstract no. 94.

⁴⁴ These different stands have been triggered by internal weaknesses inherent within the Convention as well as the attitudinal problems with which decision-makers are constantly faced. Specifically, political compromises, mental reservations along with the lack of a supporting frame on which to rely in order to uniformly resolve interpretation problems amount to the major internal

de usage, (3) a substantive general principle⁴⁵, or (4) an interpretative tool.⁴⁶ Let us consider them in detail. 1. Contracting parties may establish 'good faith' practices on which to base their transactions; however, such practices are subject to a number of variables pertaining to the different elements of each contract. Therefore, given the fragmentation, it cannot be reasonably argued that a general doctrine of good faith exists. 2. This interpretation rests on Article 9(2) of the CISG, which requires contracting parties to subject their contract or its formation to "[the] usage[s] of which [they] knew or ought to have known and which in international trade [are] widely known to, and regularly observed by, parties to contracts of the type involved in the particular trade concerned"⁴⁷. Hence, according to the proponents good faith is a form of trade usage, derived from the modern *lex mercatoria*.⁴⁸ This position seems to lack a valid and well-grounded theoretical basis: a principle is different from a usage, which requires some precise and rather fixed patterns; moreover, given the vagueness of this principle, deriving an international obligation of good faith on the basis of art. 9 is deemed to be unsafe.⁴⁹ 3. Many commentators maintain that good faith serves as a general principle, which, in turns, ascribes to it, a more substantive role. This position draws on the wording of Article 7(2) and instead sets aside (or at least minimizes) the interpretative role of good faith stated in Art. 7(1). The main shortcoming of this position lies in the fact that it treats the concept of good faith as self-evident, while, in reality, said notion is subject to a variety of different meanings and interpretations. The idea of good faith as a general principle of the CISG is underpinned by the acknowledgement that most provisions of the Convention are based on it, such as for instance, art. 16(2)(b)⁵⁰ or art. 29(2)⁵¹. An alternative, though less popular, ar-

shortcomings affecting the CISG. At the same time, in case of disputes, adjudicators, though exhorted by the CISG to bear in mind the need for uniformity in the application of the Convention, naturally tend to draw on the principles and practices of their domestic laws, giving rise to conflicting approaches. D. SIM, *supra* note 1.

⁴⁵ Cf. *Part One: Sphere Of Application And General Provisions: Chapter II General Provisions (Articles 7-13): Article 7*, 30 J.L. & Com. 42, Special Issue, 2012. Paragraph 13 thereof lists a number of cases in which courts have interpreted the concept of good faith as a general principle of the CISG.

⁴⁶ D. SIM, *supra* note 1.

⁴⁷ Art. 9(2) CISG, available at <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/V1056997-CISG-e-book.pdf>

⁴⁸ K. Highet, *The Enigma of the lex mercatoria*, in Thomas. E. Carbonneau ed., *Lex Mercatoria And Arbitration*, at 133,135 (1998).

⁴⁹ D. SIM, *supra* note 1.

⁵⁰ Art. 16 (2)(b) sets that "an offer cannot be revoked: [...] (b) if it was reasonable for the offeree to rely on the offer as being irrevocable and the offeree has acted in reliance on the offer."

⁵¹ Art. 29(2) reads "a contract in writing which contains a provision requiring any modification or termination by agreement to be in writing may not be otherwise modified or terminated

gument supporting this position pertains to the explicit reference to the principle of good faith in art. 7(1). According to it, the concept of good faith shall be regarded as an instrument to settle matters, which, though falling under the scope of the CISG, are not expressly covered by its provisions. Even this argument, as put forth by some commentators, lacks in consistency for, at least, three reasons.

First, it cannot be claimed that good faith (or any other concepts) is a general principle of the CISG simply because it is mentioned in Article 7(1) (or in any other provisions). If this were the case, the CISG would be based on a huge number of general principles. However, commentators supporting this argument tend to interpret any mention of justice and reasonable behavior as a reference to the principle of good faith, thereby subscribing to an extremely general notion of good faith. Such a notion has, on the one hand, nearly no practical use, and, on the other, it is too abstract “to capture the subtle differences among the various rights and obligations that are said to be comprised in the concept of good faith”⁵². Furthermore, attempts to specify the content of this general principle (such as the one made by Prof. Schlechtriem who equated good faith with ‘reasonableness’ only) fail as a consequence of its multifaceted nature. It follows that seeking to establish or inferring an all-round, substantive doctrine of good faith is undesirable, since any definition is too general and, consequently meaningless, whereas any attempt to add a more concrete aspect to the principle turns out to be too constraining. Rather than focusing on elaborating a (unfeasible) substantive legal doctrine based on good faith, this concept has to be borne in mind while developing the principles in the Convention that represent specific manifestations of it.⁵³

Secondly, given the vagueness surrounding the exact ‘content’ of the good faith principle, imposing a substantive obligation of good faith on contracting parties would undermine one of the CISG primary goals, that is to promote certainty, predictability and stability in the domain of international trade⁵⁴. Since a great deal of importance is attached to the achievement of such an objective, the notion of good faith should be cautiously employed.⁵⁵

by agreement. However, a party may be precluded by his conduct from asserting such a provision to the extent that the other party as relied on that conduct.”

⁵² D. SIM, *supra* note 1.

⁵³ *Id.*

⁵⁴ It is worth reminding that the sphere of international trade, despite being geared towards the fulfillment of the certainty and predictability standard, it is also governed by the principle of fairness and fair dealing, which under certain circumstances lessens the effects of the former objective.

⁵⁵ Generally, rules are deemed to be more suitable than standards to promote uniformity of interpretation, especially in multi-jurisdictional contexts, while standards may be serve the purpose of gap-filling. In this regard, if I may be permitted to reference my own work, see A. BORRONI, *The Re-Birth of Forum Shopping in the EU and Comparative Juxtapositions in Jurisdictional Approaches*, in *Atti e contributi del simposio scientifico internazionale*, vol I: *Prospettive e modelli della coo-*

Thirdly, assuming that good faith is a general principle of the CISG openly contradicts the legislative history of Article 7. As explained earlier in this essay, the adoption of a provision relating to the concept of good faith in the final draft of the Convention was a hard-won compromise between two conflicting stands. Consequently, arguing *a posteriori* that Art. 7(2) gives the principle of good faith the role of a general principle would subvert said difficult trade-off.⁵⁶

4. To regard good faith as an interpretative tool seems to be in line with both the literal wording and the legislative history of art. 7(1), while it permits to avoid all controversial issues connected to a substantive general doctrine of good faith. However, if the term 'good faith' as used in Art. 7(1) were aimed at aiding in the interpretation of the CISG, some meaning should be ascribed to it. Neither the *travaux préparatoires* nor the academic literature are of any help in this regard.⁵⁷ This expression as used in Article 7(1) shall therefore be interpreted "as a compendious term referring to the collection of more specific good faith principles in the Convention."⁵⁸

4. The principle of good faith in UNIDROIT Principles⁵⁹

Given the broad scope of the principle of good faith, other uniform law instruments have relied upon it in drafting their provisions as well.⁶⁰ Among these,

perazione di giustizia nel mediterraneo, at 77-144. It follows that, rather than adopting an uncertain general principle of good faith, it would be advisable, at least for the time being and until an international doctrine of good faith will be fully developed, to have recourse to the various domestic notions of good faith as to settle specific matters.

⁵⁶ As it clearly emerges from *travaux préparatoires* of the Convention (*available at* <http://www.cisg.law.pace.edu/>).

⁵⁷ The most appropriate meaning may therefore be selected from the various definitions of good faith available from external source. Nonetheless, choosing one definition over another does not seem to be the right solution either, since each definition captures a specific facet of the concept of good faith, not included in the others.

⁵⁸ D. SIM, *supra* note 1.A consistent interpretation, application and enforcement of the CISG and its principle of good faith may be achieved through some specific undertakings. First of all, it would be advisable to adopt an official commentary to the Convention that would provide the necessary assistance to its interpretation, similar to the commentary to UNIDROIT Principles and the one to the latest version of Louisiana Civil Code. Moreover, in order to enhance the uniform application of the CISG it would be very helpful to collect and disseminate case reports (to this end, some work has already been done and three major collections of case law *i.e.*: CLOUT or "Case Law on UNCITRAL Texts" UNILEX and the Pace Database on the CISG and International Commercial Contract Law). *Id.* A further solution, in my opinion, would be to arrange *ad hoc* academic courses pertaining to good faith matters.

⁵⁹ For an overview on the topic, see L. F. Gutierrez Falla, *Good Faith in Commercial Law and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, 23 Penn St. Int'l L. Rev. 507, 2005.

⁶⁰ Among the other international instruments dealing with principle of Good Faith there are: (i) the Principles of European Contract Law, (ii) the U.S. Uniform Commercial Code (UCC)

various UN regulatory instruments display similarities with the wording of Art. 7, such as for instance, Article 5 of the UN Convention on Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit of 1995 and Article 3(1) of the UN Model Law on Electronic Commerce of 1996.⁶¹

The concept of good faith is also mentioned in the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, whose Article 1.7 establishes that: (1) *each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade*: (2) *The parties may not exclude or limit this duty*.⁶²

In the context, according to the comment on art. 1.7 of UNIDROIT Principles, the notion of good faith and fair dealing represents a fundamental idea inspiring a number of subsequent provisions (e.g. Art. 1.8, art. 2.2.10, art. 3.2.7, art. 5.3.4, art. 6.1.3, art. 7.1.7, art. 9.1.3, etc.). By virtue of said primacy, under UNIDROIT Principles contracting parties are required to abide by the duty of good faith and fair dealing⁶³ “throughout the life of the contract, including the negotia-

and (iii) the Draft Proposal for a Common Frame of Reference (DCFR). (i) The Principles of European Contract Law (PECL) grant good faith a twofold role: the principle supports the interpretation and Supplementation of PECL provisions (similar to CISG) and binds contracting parties to observe reasonable standards of good faith and fair dealing. (Cf. J. Felemegas, *Editorial Remarks: Comparative Editorial Remarks On The Concept Of Good Faith In The CISG And The PECL*, 13 Pace Int'l L. Rev. 399, 2001, and O. LANDO, *CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law*, 53 Am. J. Comp. L. 379, 2005). (ii) UCC imposes a general obligation of good faith on the contracting parties under Section 1-203 thereof (for a comprehensive analysis of UCC and PECL provisions see H. FLECHTNER, *Comparing the General Good Faith Provisions of the PECL and the UCC: Appearance and Reality*, 13 Pace International Law Review, (2001), at 295-33 and also, O. LANDO, *Salient Features Of The Principles Of European Contract Law: A Comparison With The UCC*, 13 Pace Int'l L. Rev. 339, (2001); for a general treatise on international instruments see E. ALLAN FARNSWORTH, *Duties Of Good Faith And Fair Dealing Under The UNIDROIT Principles, Relevant International Conventions, And National Laws*, available at http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=122100#fn91). (iii) The Draft Proposal for a Common Frame of Reference (DCFR), promoted by the EU Commission, was originally meant to be draft of a “European Civil Code”. Art.1:103(1) of the DCFR sets the definition of the standard of ‘good faith and fair dealing’ and under paragraph (2) thereof it is laid down that it is deemed contrary to good faith and fair dealing “for a party to act inconsistently with that party’s prior statements or conduct when the other party has reasonably relied on them to that other party’s detriment”. (For an overview on this instrument, see M. J. BONELL, *The Cisg, European Contract Law And The Development Of A World Contract Law*, 56 Am. J. Comp. L. 1, (2008), and also, M. W. Hesselink, *Symposium: The Challenge of Recodification Worldwide: The Common Frame of Reference as a Source of European Private Law*, 83 Tul. L. Rev. 919, 2009). For an overview of the use of good faith in international instruments, see and W. Tetley, *supra* note 14.

⁶¹ R. A. Hillman ed., *Cross-References to other Uniform Laws and Instruments*, available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/hillman.html#6>.

⁶² <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>.

⁶³ Comment to Art. 1.7 provides the following example: as a rule, under a contract of sale of high-technology equipment the purchaser loses his right to rely on any defect in the item purchased if he fails to give due notice to the seller specifying the nature of the defect and without undue delay

tion process”⁶⁴. The extension of the obligation of good faith even during negotiations goes well beyond the scope of the same concept under the CISG; however, it is worth emphasizing that the decisive criterion in the preparation of the UNIDROIT principles was not just which rule was adopted by the majority of countries (‘common core-approach’⁶⁵) [as it was in CISG instead], but which of the rules under consideration had the most persuasive value and/or appeared to be particularly well-suited for cross-border transactions (‘the better rule-approach’).⁶⁶

A further clarification as to the correct interpretation of the principle of good faith and fair dealing is provided in the comment on art.1.7. It is stated that in the context of the UNIDROIT principles, the application of said notion can rely on domestic standards of good faith only if these are “generally accepted among the various legal systems”⁶⁷. Besides, this also implies that this principle must be interpreted in light of the special conditions of international trade.⁶⁸

Despite the different wording of art. 7 of the CISG and Art. 1.7 of UNIDROIT Principles, a close analysis of the two provisions shows that “there is only a slight gradual difference in weight that the CISG and the Principles grant to good faith”⁶⁹. Under both systems, domestic concepts or standards of good faith cannot be applied, and, both provide for a number of detailed provisions specifying good faith (or bad faith) conducts.⁷⁰ Given the nature of this principle as a

after the discovery of said defects. Nonetheless, if the purchaser is not familiar with the kind of technology purchased (since in his Country the latter is almost unknown) and consequently gives misleading information to the seller as to the defects in the goods purchased, he does not lose his right to rely on the defect, because, since he lacked the necessary technical knowledge, the seller could not have expected him to identify the exact nature of said defects. Cf. <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>.

⁶⁴ Cf. Comment to Art. 1.7 UNIDROIT <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>.

⁶⁵ The analysis of the good faith principle through the common core approach has been carefully carried out by Zimmerman & Whittaker in S. Whittaker & R. Zimmerman ed., *Good Faith in European Contract Law*, (2000), that was also the first work of the Trento common core project.

⁶⁶ M.J. Bonell, *An International Restatement Of Contract Law: The Unidroit Principles Of International Commercial Contracts* (2nd Ed., 1997).

⁶⁷ Cf. Comment to Art. 1.7 UNIDROIT <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>

⁶⁸ *Id.* As to the mandatory nature of the concept of good faith and fair dealing under UNIDROIT principles, this demonstrates the utmost importance ascribed to it by drafters in guiding the parties’ behavior.

⁶⁹ U. Magnus, *Remarks on good faith*, available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni7.html#um>.

⁷⁰ Such provisions pertain to the following domains: Precontractual Obligations in the Negotiation Process, Formation and Modification of Contract, Material Validity, Interpretation of Contracts, Express Contractual Obligations, Implied Obligations, Non-performance Caused by Creditor, Mitigation of Damage. Cf. U. MAGNUS, *supra* note 69. According to the author, by

source of soft law coupled with the relative similarity of the concept of good faith under the CISG and these Principles, the decisions based on Art. 1.7 may be used as a tool to better understand the practical implications of Art. 7.

5. The Principle of Good Faith as a Creative Tool

Providing a precise definition of the concept of good faith seems to be not only challenging but to some extent impossible. Focusing on its historical evolution “produces a bundle of definitions varying in scope, and depending on where a dispute takes place.”⁷¹

Notwithstanding these inherent difficulties, the issue of good faith in the CISG cannot be set aside or merely overlooked, but it must be differently addressed so as to supply adjudicators with a workable definition. In other words, the principle of good faith as to be molded into an operative concept in order to enable courts and arbitral tribunals to make use of said creative tool, while contemporarily achieving a uniform interpretation of the Convention. Therefore, the CISG, as a supranational instrument, requires “a useable definition that extends beyond national boundaries”⁷². It follows that a uniform international meaning and function of the principle of good faith would serve the twofold purpose of permitting adjudicators around the globe to cease drawing on national standards of good faith, thereby allowing them to reach the sought-after uniformity. Obviously, the greatest difficulty lies in determining what obligations good faith concretely entails.

By taking into account the various domestic interpretations and applications of the duty of good faith, it emerges that contracting parties are bound to act (ii) honestly, both while contracting and afterwards, (ii) fairly and (iii) in a reasonable manner in line with the customary practices of international trade. So defined, the concept of good faith may actually become a ‘concrete’ concept, and as such, it may be used by legal formants to the purpose of both adjudicating cases and implementing CISG principles. It follows that even though good faith is an elusive concept (especially as employed within the CISG), it may be bridled in a usable definition, namely: “an expectation and obligation to act honestly and fairly in the performance of one’s contractual duties”, coupled with “the duty to act reasonably and to avoid a breach of the trusting relationship that exists between

combining the UNIDROIT Principles and the CISG, one can get a “good impression what good faith in international commercial relations should and could mean”. *Id.*

⁷¹ P. J. Powers, *Defining the Undefinable: Good Faith and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, available at <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/powers.html#>.

⁷² *Id.*

contracting parties”.⁷³ Nonetheless, legal practitioners may be requested to undertake additional endeavors.

Concluding Remarks: A De Iure Condendo Outlook

The need for a uniform interpretation and application of the CISG is particularly intense within the current globalized context. Individuals interact and trade across boundaries and this leads to a system in which justice and fairness have a substantial role to play. To secure just and fair dealings⁷⁴, contracting parties may rely on specific practices, such as the conclusion of preliminary agreements to act in good faith or the inclusion of contractual clauses binding them to tackle any difficulty or disagreement on the basis of the good faith principle.⁷⁵

Cooperation among parties to a contract is therefore necessary, and shall also encompass an often disregarded third party, the adjudicators. The main trend in today’s transnational contracts, as implicitly endorsed also in the Vienna Convention, is to maintain long-term contractual relationships rather than concluding spot-based contracts, which were the product of the *laissez faire* doctrine underpinning the principle of certainty and predictability prevailing in commercial transactions in the first half of the 20th century. However, since the 70s an opposite relational concept has increasingly made its way in the domain of international transactions, that is the principle of fairness and fair dealing. As a result of this change, the tendency has been to replace strict contracts with more flexible ones, which allow the parties to mold their respective rights and obligation to better suit their concrete needs.⁷⁶

Furthermore, if contracting parties decide to include the obligation to act in good faith in their agreement, this will give the adjudicators more leeway in that they will be allowed to reshape contracts in the pursuit of the most equitable solutions. This would, in turn, discourage parties from stipulating unfair agreements, so that “opportunism [would] then be ruled out for the sake of greater

⁷³ *Id.*

⁷⁴ As opposed to the classical conceptualization of contracts, a new notion has been recently developed in contract law, *i.e.* the idea of ‘relational contract’. This notion takes into account not only the parties’ agreement but also their relationship within the broader context of the surrounding environment, the role played by each party, the customary practices, etc. For a more detailed analysis, again, if I may be permitted to reference my own work, see A. Borroni, *Neo contractualism and comparative law*, in Moreteau, Romanach, Zuppi ed., *Essays in Honor of Saul Litvinoff*, at 431-466.

⁷⁵ S. Litvinoff, *Good faith*, 71 Tul. L. Rev. 1645, (1996-1997).

⁷⁶ P.G. Monateri, *Ripensare Il Contratto: Verso Una Visione Antagonista Del Contratto*, (2004), available at <http://www.jus.unitn.it/cardozo/review/>.

efficiency”⁷⁷. This would end up ascribing a fully different role to the principle of good faith, making it more effective; as a result, this concept would become a creative instrument for adjudicators to rely on in order to settle disputes. The two main examples of such use are represented by art. 258 of the Dutch Civil Code and the procedure for the ‘adaptation of contract’ adopted by ICC Rules of Arbitration in 1978.

Art. 258 of the Dutch Civil Code mandates that on petition by one of the contracting parties, the judge can modify the effects of a contract.⁷⁸ On the other hand, the procedure for the adaptation of contract applies in the event of disagreement among the parties, *lacunae*, unexpected circumstances or hardship.⁷⁹ Under ICC Rules, in these cases, if the parties do not reach an agreement, they may ask for the intervention of a third party who then reviews the contractual terms and if a deadlock is acknowledged, an equitable resolution is then proposed. Nonetheless, parties are not bound by such resolution, but are only required to examine it in good faith. This ‘obstacle’ may be however overcome by explicitly tasking the third party with the adaptation of the contract, thereby allowing him to stand in for the management and the partners.⁸⁰

Both examples entail the direct involvement of a court or arbitral tribunal, turning them into the third party to the contract. Hence, giving courts and arbitrators more latitude to use the principle of good faith to modify the provisions of a contract would emphasize the role of this principle in enhancing honesty and fairness not only in domestic trade, but also in international transactions, since it would become a legal rule of immediate and practical application.

⁷⁷ S. Litvinoff, *supra* note 76.

⁷⁸ Additionally, the judge may also decide to set aside the contract in whole or in part due to unforeseen circumstances which “are of such a nature that the contracting party, according to criteria of reasonableness and equity, may not expect that the contract be maintained in an unmodified form.” A. S. Hartkamp, *Judicial Discretion Under the New Civil Code of the Netherlands*, 40 *Am. J. COMP. L.* 554 (1992), at 556. For a comparative analysis of the topic, see C. Tabor, *Dusting Off the Code: Using History to Find Equity in Louisiana Contract Law*, 68 *La. L. Rev.* 549, (2008).

⁷⁹ W. L. Craig, W.W. Park, J. Paulsson, *International chamber of commerce and arbitration*, (1985), 55-57. See also E. Mezger, *The ICC rules for the adaptation of contracts*, in N. Horn (ed.), *The adaptation and renegotiation of contracts in international trade and finance*, (1985), at 205. Nonetheless, in practice, this innovative procedure has not been obtained concrete application so far. N. Horn, *Procedures Of Contract Adaptation And Renegotiation In International Commerce*, in N. Horn (ed.), *The adaptation and renegotiation of contracts in international trade and finance*, (1985), at 180.

⁸⁰ Such a clause represents a valid alternative to litigation in case of disputes or deadlocks as to the management of a business/enterprise, especially within an economic context like the Italian one, characterized by small and medium enterprises, most of which are family-run businesses.

ANDREA BORRONI

Lawyer and a researcher at the Political Science Department
“Jean Monnet” of the Second University of Naples

THE GOOD FAITH IN THE CISG
FROM THE SPYGLASS OF COMPARATIVE LAW

Summary

Over the last decades many attempts have been made in order to harmonize the domain of international trade law, in the light of an increased awareness that the lack of a uniform supranational law goes to the detriment of international trade as a whole.

Any harmonization effort should however be carefully planned and directed, otherwise it exacerbates rather than provide a solution to a piecemeal international regulatory framework. This was the case with the inclusion of the controversial provision on good faith (Article 7) into the 1980 Convention on Contract for the International Sale of Goods (CISG). The vagueness of the wording of Article 7, along with the elusive nature of the concept of good faith, have generated several diverse interpretations and applications of the CISG, increasing the confusion in the domain.

The essay addresses the issue of good faith in the CISG taking into account both the challenging genesis of Article 7 and the difficulties pertaining to its uniform interpretation, followed by a brief analysis of good faith within the context of another international instrument, *i.e.* UNIDROIT Principles, in order to finally propose a new approach to, as well as a new role of, good faith in international trade law.

MARIJA KRVAVAC

UGOVOR O ARBITRAŽI I OSPORAVANJE NADLEŽNOSTI ARBITRAŽE

U V O D

Ugovor o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži je takav ugovor kojim se ugovorne strane obavezuju da spor imovinskopravne prirode koji je nastao ili može nastati iz njihovog pravnog odnosa, koji spada u domen međunarodnih trgovinskih odnosa, ugovornih ili vanugovornih, povere na rešavanje i odlučivanje od njih izabranoj arbitraži.¹ Punovažan sporazum stranaka o arbitraži predstavlja osnov za derogaciju nadležnosti suda i prorogaciju nadležnosti arbitraže.

Arbitražno pravo poznaje sledeće modele ugovora o arbitraži: kompromis (arbitražni sporazum), arbitražnu (kompromisornu) klauzulu u nekom ugovoru ili generalni arbitražni sporazum.² Princip autonomije ugovora o arbitraži u odnosu na materijalnopравни (glavni) ugovor opšte je prihvaćen u savremenom arbitražnom pravu. Doktrina stoji na stanovištu da je reč o građanskopravnom ugovoru s procesnopравnim posledicama, odnosno ugovoru koji od momenta za-

Dr Marija Krvavac, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Prištini, sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici.

¹ Perović J., Ugovor o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži, Beograd, 2002, s. 42.

² Zakon o arbitraži R Srbije od 16 maja 2006. "Sl. glasnik RS", br. 46/2006, predviđa da sporazum o arbitraži za rešavanje nastalih ili budućih sporova može biti sadržan u odredbi ugovora (arbitražna klauzula) i u posebnom ugovoru. V. čl. 9. st. 2 ZA.

ključenja deluje prema drugoj ugovornoj strani i stvara procesna dejstva vezana za nadležnost za rešavanje spora. Na savremenim teorijskim shvatanjima nastao je koncept autonomije arbitražnog ugovora koji je danas dominantan,³ čime je podela na arbitražnu klauzulu i arbitražni sporazum izgubila praktičan značaj.

Najznačajniji međunarodni arbitražni dokumenti izričito polaze od principa autonomije ugovora o arbitraži. Značajna je odredba Model-zakon UNCITRAL-a koja prihvata jednako dejstvo kompromisa i kompromisorne klauzule a ugovor o arbitraži definiše kao ugovor o podvrgavanju spora arbitraži.⁴ Arbitražna klauzula predstavlja ugovor *sui generis*, tako da eventualna ništavost glavnog ugovora, čiji je sastavni deo, ne povlači i ništavost arbitražne klauzule. Moderni nacionalni zakoni prihvataju da je ugovor o arbitraži autonoman, kao i sistemi koji nemaju zakonsko rešenje, te praksa sudova zemalja precedentnog prava.

Većina nacionalnih zakona u ovoj materiji sadrži standardne odredbe koje predviđaju ugovaranje arbitražnog rešavanja svih ili određenih sporova, onih koji su nastali ili bi mogli nastati iz određenog pravnog odnosa, ugovornih ili vanugovornih.

U međunarodnim poslovnim transakcijama arbitražna klauzula se neretko vezuje za tipske ugovore i opšte uslove poslovanja. Oni su prvenstveno u funkciji otklanjanja nesigurnosti za stranke, na taj način što detaljno uređuju prava i dužnosti strana ugovornica dok one same pristaju da svaki eventualni spor iznesu pred arbitražu. Uprkos tome što se primenom tipskih ugovora i opštih uslova poslovanja donekle ograničava sloboda ugovaranja, nesporan je njihov značaj za prevazilaženje problema patoloških arbitražnih klauzula, odnosno klauzula sa nejasnom, nepreciznom i protivurečnom sadržinom, koje su česte u praksi. Imajući to u vidu strankama i zastupnicima koji ne poznaju materiju arbitražnog rešavanja sporova, preporučuje se pozivanje na standardne ugovore o arbitraži (arbitražne klauzule i kompromise).

Bez valjano zaključenog arbitražnog sporazuma stranaka nema osnova za zasnivanje nadležnosti arbitraže. U slučaju postojanja punovažnog ugovora o arbitraži državni sud kojem je podneta tužba u istom sporu i među istim strankama na prigovor tuženika treba da se oglasi nenadležnim, odbaci tužbu i uputi stranke

³ Robert J. L'arbitrage droit interne, droit international privé, Paris, 1993, 249; Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B., Traité de l'arbitrage commercial international, Paris, Litec, 1996, 213; Redfern A., Hunter M., Law and Practice of International Commercial Arbitration, London: Thomson, 2004.; Varadi T., Knežević G., Bordaš B., Pavić V., Međunarodno privatno pravo, Beograd, 2008, 590.

⁴ UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration je usvojen na zasjedanju UNCITRAL-a 1985. godine u Beču; Rezolucijom Generalne skupštine UN od 11. septembra 1985. preporučen je svim državama članicama. V. čl. 7/1 Model-zakona UNCITRAL-a.

na arbitražu.⁵ Punovažnost ugovora o arbitraži ceni se odvojeno od glavnog ugovora. Ipak, ugovor o arbitraži mora poticati iz određenog pravnog odnosa, u pravilu onog koji se zasniva glavnim ugovorom, tako da apstraktna arbitražna klauzula kojom se ugovara arbitraža za sporove iz svih budućih pravnih odnosa koji bi među strankama mogli nastati, ostaje bez pravnog dejstva. Za punovažnost ugovora o arbitraži neophodno je da su ugovorne strane bile sposobne da zaključe takav ugovor, što je jedan od opštih uslova obligacionog prava. Sposobnost stranaka da ugovore arbitražu proizilazi iz njihove poslovne sposobnosti, saglasno kognitivnim normama prava merodavnog za sposobnost fizičkih i pravnih lica.

Model-zakon UNCITRAL ne postavlja pitanje sposobnosti stranaka da zaključe ugovor o arbitraži i da budu stranke u arbitražnom postupku, nasuprot Evropskoj konvenciji o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži koja uređuje posebno sposobnost subjekata javnog prava.⁶ Konvencija pravi razliku između subjektivnih i objektivnih uslova za punovažnost ugovora o arbitraži i predviđa da nesposobnost stranaka prema merodavnom zakonu može predstavljati razlog za poništaj arbitražne odluke. Ocena sposobnosti stranaka da zaključe ugovor podleže odredbama personalnog prava, bez obzira na pravo merodavno za arbitražnu odluku. Naš Zakon o arbitraži (u daljem tekstu ZA) predviđa da je sporazum o arbitraži ništav ako stranke nisu imale potrebna svojstva i sposobnost za njegovo zaključenje. Subjektivna sposobnost podleže pravu države kojoj određeno lice pripada, primenom kolizionih normi Zakona o međunarodnom privatnom pravu (u daljem tekstu ZMPP) u određivanju merodavnog prava za ocenu pravne i poslovne sposobnosti fizičkih lica, kao i za pravna lica koja podležu pravu njihove državne pripadnosti. Ugovor o arbitraži je punovažan samo ako je predmet na koji se odnosi moguć, određen i dozvoljen.

Pored toga, neophodno je da je ugovor dorečen, potpun i precizan što garantuje pravnu sigurnost na temelju jasnih odredbi o nadležnosti arbitraže, sedištu, načinu imenovanja i opozivanja arbitara, pravilima postupka, merodavnom pravu. Predmet spora mora biti arbitrabilan odnosno podoban za arbitražno rešavanje. U tom pogledu Model-zakon sadrži malo izričitih odredbi u kojima ukazuje na trgovačke sporove, dok je arbitrabilnost ostalih sporova određena stavovima nacionalnog zakonodavstva kroz koje se, u manjoj ili većoj meri, izražava briga o domaćem javnom poretku, tako da svaka država može da izuzme odre-

⁵ Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards doneta je u Njujorku 7. juna 1958; Čl. II (3) Njujorske konvencije o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka.; "Sl. list SFRJ" Dodatak br. 11/81.

⁶ European Convention on International Commercial Arbitration je usvojena u Ženevi od strane Ekonomske komisije UN za Evropu 21. aprila 1961. godine a stupila na snagu 1964. g.; V. Art. II Evropske konvencije o MTA., "Sl. list SFRJ" Dodatak br. 12/63.

đene sporove iz okvira nadležnosti arbitraže. Pored toga, granice arbitrabilnosti mogu obuhvatiti i sporove koji su u isključivoj sudskoj nadležnosti, što je, između ostalih, slučaj sa našim zakonodavstvom koje predviđa ugovaranje arbitraže za rešavanje imovinskog spora po pravima u kojima stranke slobodno raspolažu, osim sporova za koje je predviđena isključiva nadležnost suda. Sporove sa elementom inostranosti za čije je rešavanje nadležno isključivo domaće pravosuđe izričito reguliše srpski ZMPP. Većina odredbi u isključivoj nadležnosti redovnih sudova tiču se sporova koji nisu arbitrabilni pa ovaj preduslov punovažnosti ugovora o arbitraži retko predstavlja predmet rasprave u praksi.

Uparedno međunarodno arbitražno pravo u većini prihvata da punovažan ugovor o arbitraži mora biti zaključen u pismenoj formi, što je u skladu sa njegovim značajem i funkcijom a u suprotnosti sa potrebom primene modernih sredstava komunikacije, posebno u međunarodnoj trgovini. Arbitražna praksa, koja prati razvoj trgovačkih transakcija, nastoji da ublaži stroga pravila o pismenoj formi ugovora o arbitraži, dok međunarodni arbitražni dokumenti prihvataju princip "omekšane" pismene forme ugovora o arbitraži pa stranke imaju mogućnost zaključivanja sporazuma različitim sredstavima elektronske komunikacije.

Odlučivanje o nadležnosti

Neophodan preduslov za odlučivanje o meritumu spora jeste postojanje nadležnosti arbitraže, za koju je karakterističan poseban način ispitivanja. Arbitražni sud može odlučivati o svojoj nadležnosti povodom njenog osporavanja u dva oblika. Jedan je u teoriji poznat kao delimično osporavanje u slučaju da se prigovor nenadležnosti arbitražnog suda nije odnosi na sam predmet spora tj. domašaj arbitražnog sporazuma, odnosno kada se ne osporava sam ugovor o arbitraži. Nasuprot tome, potpuno osporavanje nadležnosti postoji u slučaju prigovora da je sporazum ništav, da ga tužena strana nije zaključila ili da je reč o sporu koji nije arbitrabilan. Princip autonomije arbitražnog ugovora podrazumeva nezavisnu pravnu sudbinu ugovora o arbitraži koji ne mora biti nužno zahvaćen ništavošću glavnog ugovora. Pravo arbitra da odlučuje o nadležnosti nameće se kao prirodno rešenje sa svom svojom problematikom. Doktrina "nadležnost o nadležnosti" (Kompetenz-Kompetenz) temelji se na pravu arbitara da sami odlučuju o prigovorima nenadležnosti, dok bi u suprotnom tuženi mogao da pokrene o nadležnosti potencijalno dugi sudski postupak i na taj način ugrozi jednu od najvažnijih prednosti arbitraže, brzinu odlučivanja.

Do sredine XX veka dominantno je bilo učenje da arbitraža ne može odlučivati o svojoj nadležnosti, polazeći od suverenog prava države da odlučuje o nadležnosti državnog suda ili arbitraže na svojoj teritoriji u konkretnom slučaja-

ju. Usvajanje Evropske konvencije o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži označilo je šire prihvatanje kompetencija arbitara da odlučuje o svojim kompetencijama. Konvencija daje ovlašćenja arbitrima, čija je nadležnost osporena, da mogu nastaviti s arbitražom i odlučivati o svojoj nadležnosti, pod rezervom sudske kontrole. Iz toga proizilazi da arbitraža može odlučivati i o valjanosti arbitražnog ugovora. U teoriji se postavlja pitanje može li sud da ispita postojanje ugovora o arbitraži, a samim tim i postojanje osnova za arbitražnu nadležnost, imajući u vidu da arbitražni sud još nije konstituisan. Nacionalna zakonodavstva imaju različita rešenja, tako da negde sudovi moraju da ustuknu pred formiranim arbitražnim sudom, a ukoliko on još nije konstituisan da ispituju sporazum o arbitraži samo sumarno, na prvi pogled (*prima facie*) što znači da je prednost na strani arbitraže.⁷

Druga nacionalna prava predviđaju za sud mnogo šira ovlašćenja u preispitivanju postojanja arbitražne nadležnosti na osnovu kojih može prvi da ispituje da li nadležnost postoji ili ne.⁸ Model-zakon UNCITRAL i Njujorška konvencija se ne opredeljuju za neka od ovih rešenja, ali definitivno dopuštaju da arbitraža može rešavati o prigovorima koji se odnose na njenu nadležnost.⁹ Model-zakon stavlja poseban naglasak na *Kopetenz-Kompetenz*, pa arbitraža pod rezervom naknadne sudske kontrole može odlučivati o sopstvenoj nadležnosti kada se osporava valjanost ugovora o arbitraži, kao i povodom prigovora da arbitraža nije nadležna da odlučuje u konkretnom sporu. ZA u posebnoj odredbi pojačava značaj *Kompetenz-Kompetenz* i predviđa da se sud može oglasiti nadležnim samo ako su manjkavosti arbitražnog sporazuma "očigledne". Ovo jasno ukazuje na to da se zakonodavac opredelio za sumarno ispitivanje arbitražnog sporazuma (*prima facie*).¹⁰ Princip *Kompetenz-Kompetenz* upućuje na ovlašćenja arbitara da prvi odlučuju o nadležnosti arbitraže, ne isključujući naknadnu sudsku kontrolu. Naime, ovaj princip se definiše tako da se arbitrima daje mogućnost da prvi izreknu sud i odluče o činjenicama relevantnim za sopstvenu nadležnost.¹¹ U okviru svoje nadležnosti o nadležnosti arbitri daju i ocenu eventualnih nedostataka saglasnosti volje stranaka da spor povere arbitraži na rešavanje. Stranke koje žele da izbegnu nadležnost arbitraže ulažu prigovor nakon kojeg se u praksi najčešće pozivaju na mane izjave volja u trenutku zaključenja ugovora. Prigovor nenadležnosti može se podneti po pravilu najkasnije u odgovoru na tužbu.

⁷ Čl. 1458 Francuskog CCP.

⁸ Čl. 1032 (2) Nemačkog ZPO.

⁹ Čl. 8 MZ i Čl. II NYK.

¹⁰ Čl. 14 ZA

¹¹ Fouchard, Gaillard, Goldman, op. cit, s. 418.

Stranka koja sporazum smatra ništavim ili nepostojećim može odmah da se obrati sudu. U pojedinim zemljama, kao što je Nemačka ili Engleska, moguće je deklaratornom tužbom zahtevati donošenje odluke da je ugovor o arbitraži ništav ili da je nepostojeći.¹² Prema domaćem ZA državni sud može u vezi arbitraže preduzimati samo one radnje koje su izričito propisane u ZA,¹³ što znači da deklaratorna tužba povodom nadležnosti arbitraže nije dozvoljena. Osim toga, stranka može odmah da se obrati sudu i umesto pred arbitražom tužbeni zahtev istaći pred sudom ukoliko smatra da je arbitražni sporazum očigledno manjkav. Međutim, ukoliko tuženi podnese prigovor postojanja ugovora o arbitraži sud je dužan da se oglasi nenadležnim i predmet prepusti arbitraži, osim ako nađe da je "očigledno ništav, da je bez dejstva ili da ga nije moguće izvršiti." Sud će se oglasiti nenadležnim isključivo po prigovoru tuženog, a ukoliko on to ne učini smatraće se da je prećutno prihvatio nadležnost suda.

Stranke imaju mogućnost da osporavaju nadležnost arbitraže i nakon što je arbitražna odluka doneta. U tom slučaju reč je o sredstvu za poništaj odluke arbitraže ili prigovoru protiv priznanja dejstva strane arbitražne odluke. Ovaj model osporavanja nadležnosti se aktivira samo ako je nadležnost arbitraže osporavana od samog početka. Ukoliko se tuženi upusti u spor i ne istakne prigovor nenadležnosti u toku arbitražnog postupka, smatra se da ugovor o arbitraži postoji, tako da se to pitanje ne može naknadno otvarati.¹⁴

Arbitraža je uvek nadležna da odlučuje o sopstvenoj nadležnosti, ali ta nadležnost nije isključiva što ukazuje da je osporavanje moguće i pred arbitražom i pred sudom. Funkcija sudske kontrole i donošenje odluka o nadležnosti jeste da spreči prekoračenje nadležnosti. Shodno ZA odluka o nadležnosti se može doneti kao odluka o prethodnom pitanju ili u okviru odluke o predmetu spora.¹⁵ Arbitri imaju diskreciono ovlašćenje da uzimajući u obzir sve okolnosti odluče hoće li odmah da uzmu u raspravljanje prigovore o nadležnosti i o njima odlučuju ili će o prigovorima rešavati paralelno sa meritumom spora. Ako donesu rešenje kojim prihvataju prigovor i otklanjaju nadležnost, stranka se može obratiti nekom drugom forumu ili arbitražnom sudu u odnosu na koji postoji punovažan ugovor o arbitraži. Odluka arbitražnog suda kojom se isti oglosio nenadležnim je pravosnažna i konačna. Ukoliko arbitri pitanje nadležnosti rešavaju uz meritum spora odluka mora sadržati i rešenje kojim se odlučuje o prigovoru nenadležnosti, čime će arbitražni postupak biti konačan, a eventualno preispitivanje odluke arbitara

¹² Čl. 1032 (2) Nemačkog ZPO; Čl. 32 (2) Engleskog ZA.

¹³ Čl. 7. ZA.

¹⁴ Čl. 4. MZ; Čl. 12 (5) ZA.

¹⁵ Čl. 30. (1) ZA.

moguće samo po tužbi za poništaj arbitražne odluke ili po prigovoru u postupku priznanja i izvršenja strane odluke. Ukoliko arbitri donesu arbitražnu odluku bez rešenja o pitanju nadležnosti podnosioc prigovora može zatražiti od državnog nadležnog suda da odluči o tom pitanju. Dakle, stranka može podneti zahtev sudu kojim traži da se utvrdi da arbitražni sud nije nadležan jer ugovor o arbitraži ne postoji ili nije punovažan. Stranka se može obratiti sudu samo u pogledu odluke o prethodnom pitanju tako da sud odlučuje o arbitražnoj nadležnosti samo ako je arbitraža konstatovala da je nadležna. U skladu sa tim, sud može da donese identičnu odluku ili da odluči da nadležnosti nema.

Pokrenut sudski postupak o nadležnosti arbitražnog suda, odnosno punovažnosti i postojanju ugovora o arbitraži ne sprečava arbitražni sud da nastavi postupak i donese odluku. Uprkos tome, arbitri mogu, prema vlastitoj oceni, i da zastanu sa postupkom dok odluka suda ne postane pravnosnažna.

Uticao sudskog postupka o istoj stvari na arbitražni postupak

Stranke koje su ugovorile arbitražu zasnivaju nadležnost vansudske institucije i na taj način derogiraju nadležnost državnog suda. Ukoliko su podnele tužbu u istom sporu kod državnog suda isti bi na prigovor tuženog trebao da se oglasi nenadležnim, osim ukoliko je ugovor nepunovažan ili je prestao da važi, odnosno ne može biti ispunjen. Prigovor stranke mora da bude podnet pre upuštanja u raspravljanje o predmetu spora osim ako utvrdi da je sporazum u arbitraži očigledno ništav, da je bez dejstva ili da ga nije moguće izvršiti.¹⁶ Državni sud postupajući po prigovoru tuženog a u nedostatku istog može se smatrati da je tuženi saglasan sa namerom tužioca da se ne drži ugovora o arbitraži. Pre pokretanja arbitražnog postupka, ili u toku postupka stranka može da podnese sudu zahtev za donošenje privremenih mera koji sud može da uvaži.

Primena ugovora o arbitraži uslovljena je postojanjem punovažnog ugovora o arbitraži tj. mogućnošću njegovog ispunjenja. Pod tom pretpostavkom sud se može oglasiti nenadležnim, a ukoliko je postupak započet, da ukine sprovedene radnje i da odbaci tužbu.

Prema opštim pravilima, ako je tužba podneta sudu arbitražni postupak se može pokrenuti ili nastaviti, ukoliko je ranije pokrenut, tako da arbitražna odluka može biti doneta dok je sudski postupak još u toku. Reč je o vrlo značajnom pravilu imajući u vidu da se na taj način osigurava dejstvo arbitražnog postupka, odnosno sprečava nesavesan tuženi da podnošenjem tužbe sudu ospori ili blokira tok arbitražnog postupka. S druge strane, sud može da odluči da nije bilo mesta

¹⁶ Čl. 14 ZA.

arbitražnom rešavanju spora što može biti kasnije korišćeno u postupku poništaja arbitražne odluke. O postojanju arbitražnog ugovora sud odlučuje rešenjem kojim odbija prigovor nadležnosti, kao o prethodnom pitanju, tako da ono ne proizvodi dejstvo *ne bis in idem* kao pravosnažna odluka suda o meritumu stvari o kojoj se vodi arbitražni postupak.

Osporavanje nadležnosti arbitraže u vidu spora među strankama tiče se va-
ljanosti ugovora o arbitraži i arbitralnosti. Tuženi koji osporava nadležnost ar-
bitraže mora da uloži prigovor o nepostojanju ili nepunovažnosti ugovora o arbi-
traži o kojem odlučuju pre svega arbitri a eventualno, naknadno sud u posebnom
postupku. Osim toga, tuženi ima mogućnost da kao tužilac u istoj stvari pokre-
ne sudski postupak kod državnog suda, dok tužilac iz arbitražnog postupka mora
prigovor nenadležnosti podneti najpre u sudskom postupku. U tom slučaju o
nadležnosti odlučuje sud kao o prethodnom pitanju, kada se oglašava nenadlež-
nim ako utvrdi da su stranke ugovorile arbitražu, ili odbija nadležnost ukoliko
nađe da je ugovor o arbitraži ništav, da je nepostojeći ili se ne može izvršiti. O pi-
tanju postojanja i punovažnosti ugovora o arbitraži odlučuje kao o svakom dru-
gom prethodnom pitanju. Ukoliko državni sud ne prekine postupak, već odbije
prigovor nenadležnosti, arbitri mogu da nastave postupak i da o istom pitanju do-
nesu meritornu odluku. S druge strane, sud takođe može nastaviti postupak i do-
neti pravosnažnu odluku ukoliko smatra da arbitri nisu bili ovlašćeni da arbitri-
raju u tom predmetu.¹⁷ Mogućnost da sud odlučuje o postojanju i punovažnosti
ugovora o arbitraži savremena arbitražna zakonodavstva preuzela su iz Model-za-
kona UNCITRAL-a, a time i određena otvorena pitanja.

Naime, Model-zakon ne govori o tome da li sud treba da se oglasi nenadlež-
nim ili prekine postupak, ali je činjenica da tužba podneta sudu u istom sporu ne
sprečava pokretanje arbitražnog postupka, niti nastavak već pokrenutog arbitraž-
nog postupka. Pojedini sudovi su stali na stanovištu da je njihova obaveza da pre-
kinu parnični postupak, ako se o istoj stvari odlučuje o statusu arbitražnog ugo-
vora u arbitražnom postupku, dok su drugi smatrali da imaju diskreciono pravo
da postupak nastave.¹⁸ U većini nacionalnih sistema uloga suda je uzdržavanje
od rešavanja o suštini spora, dok u nekim sud može imati i aktivnu ulogu tako
što može da zabrani tužiocu da vodi postupak protiv tuženog pred sudom dru-
ge države, ukoliko je među strankama u sporu ugovorena arbitraža na teritoriji
toga suda.¹⁹ Pitanje dvostruke nadležnosti za odlučivanje o nadležnosti arbitraž-

¹⁷ Više o tome Knežević G., Pavić V., Arbitraža i ADR, Beograd, 2009, s. 71.

¹⁸ Više Uzelac, Jurisdiction of the Arbitral Tribunal: Current Jurisprudence and Problem Areas under the UML, 2005, s. 154-164.

¹⁹ Bliže Stanivuković M., Konstituisanje arbitražnog tribunala u uporednom pravu, Zbornik radova 50 godina STA, Beograd 1997, s. 86.

nog suda zahteva najprimereniji način rešavanja. U primeni Njujorške konvencije izdvojilo se stanovište da ugovori o arbitraži kojima se ugovara arbitraža u inostranstvu spadaju u oblast primene ove konvencije i da postoji obaveza suda da stranke uputi na arbitražu.²⁰ U tom smislu mnoga zakonodavstva država članica predviđaju za sud obavezu da uputi stranku na arbitražu u slučaju kada je ugovorena strana arbitraža.²¹ Međutim, Model-zakon i Njujorška konvencija dopuštaju da sud pred kojim je pokrenut postupak u istoj stvari može inicijalno odlučivati da li je ugovor o arbitraži punovažan, da li proizvodi dejstvo i da li se može izvršiti. Reč je o standardu koji u potpunosti prihvata najveći broj nacionalnih sistema.

Relevantni propisi i sudska praksa nameću zaključak da arbitražna nadležnost utemeljena valjanim ugovorom o arbitraži ima prioritet nad sudskom nadležnošću, s tim da se tuženi u pokrenutom sudskom postupku mora pozvati na taj ugovor pre upuštanja u raspravljanje o meritumu spora. Ukoliko postoji ugovor o arbitraži državni sud treba da prepusti nadležnost za rešavanje spora arbitraži, tako da mnoga zakonodavstva po pravilu određuju da arbitraža prva odlučuje o svojoj nadležnosti za raspravljanje konkretnog spora, dok sud ima pravo da tu odluku naknadno u celosti preispita i o tome donese konačnu odluku.

Ugovor o arbitraži i Uredba br. 44/2001 EZ o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima

Konvencija o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (Briselska konvencija) stupila je na snagu, za tadašnjih šest članica EEZ, 1. februara 1973. Godine.²² Ugovorom o osnivanju EEZ iz 1957. države članice su se obavezale da će pristupiti međunarodnim pregovorima ako se pokaže potreba za ostvarivanjem međunarodnih pogodnosti njihovih državljana, koji bi imali za cilj pojednostavljenje postupka uzajamnog priznanja i izvršenja sudskih i arbitražnih odluka. Član 1. Briselske konvencije ima za predmet objektivne granice, odnosno polje primene iz kojeg je izričito isključena arbitraža.

Od marta 2002. godine na gotovo celom području Evropske Unije Briselsku konvenciju je zamenila Uredba br. 44/2001 od 22.decembra 2000. o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim stvarima, po-

²⁰ U skladu sa čl. II st, 3, Njujorške konvencije.

²¹ Npr. Savezni zakon o arbitraži SAD, par. 206; Zakon o arbitraži Finske čl. 1 u vezi sa članom 51. i dr.

²² Doneta je 1968. g. na osnovu čl. 220 Rimskog ugovora. Sadrži pored odredaba o nadležnosti sudova države ugovornice i pravila o priznanju međunarodne nadležnosti sudova ostalih država ugovornica. Uz konvenciju je doneto dva Protokola i to Protokol o određenim pitanjima nadležnosti i Protokol o tumačenju konvencije po Evropskom sudu.

znata kao Brisel I Уредба.²³ Ovaj dokument sekundarnog komunitarnog zakonodavstva donet je sa ciljem postepenog uspostavljanja prostora slobode, sigurnosti i pravde, kao jedna od mera u oblasti pravosudne saradnje, koja je potrebna za ispravno funkcionisanje unutrašnjeg tržišta.²⁴

Sud države članice prema Uredbi Brisel I u taksativno navedenim slučajevima ispituje po službenoj dužnosti da li je u konkretnom slučaju nadležan. Izuzimanjem arbitražnog suđenja iz polja primene Uredbe, u smislu i duhu Briselske konvencije, "građanske i trgovačke stvari" su samo one o kojima raspravljaju državni sudovi, nezavisno od vrste postupka. Dakle, pravna stvar o kojoj se odlučuje u arbitražnom suđenju, i pored toga što je trgovačka, ne spada u područje primene Uredbe Brisel I.

Zakonodavstvo EU na području međunarodnog privatnog prava derogira veliki deo izvora unutrašnjeg prava zemalja članica. Ipak, oni se pravilno mogu razumeti samo u svetlu odluka, odnosno prakse Suda EU. Kada govorimo o praksi ovog Suda u predmetima vanugovorne odgovornosti za štetu nadležnost se tiče odlučivanja po zahtevu za naknadom štete, koja se ne temelji na ugovoru već na protivpravnim radnjama, predmetima vanugovorne odgovornosti ili sličnim predmetima.²⁵ U vezi s tim je prethodna odluka koja na ilustrativan način daje tumačenje Suda EU kada je reč o mogućnosti suda jedne države članice da nekom licu zabrani pokretanje ili nastavak postupka pred sudom druge države članice u sporu povodom kojeg je zaključen punovažan ugovor o arbitraži.

U sudskom sporu koji je zahtevao tumačenje Uredbe Brisel I postavljeno je pitanje ovlašćenja suda države članice da izda nalog kojim stranci zabranjuje pokretanje ili nastavak postupka pred sudom druge države članice s obrazloženjem da je taj postupak u suprotnosti sa ugovorom o arbitraži.²⁶ Zahtev se pojavio u sudskom sporu između Allianz SpA i Generali Assicurazioni Generali SpA, s jedne strane i West Tankers Inc. s druge strane u kojem je reč o vanugovornoj odgovornosti za štetu. U decembru 2000. brod vlasništva West Tankers-s koji je unajmila firma ERG Petroli Spa udario je u Sirakuzi u pristanište u vlasništvu Erga i prouzrokovao štetu. Englesko pravo je dogovoreno kao merodavno za ugovor o najmu a isti je sadržao i odredbu o arbitraži kojim je bio predviđen arbitražni postupak u Londonu. Erg je od svojih osiguravača, Alijanz i Generali zatražio odštetu u visini osigurane svote i pokrenuo u pogledu preostalog iznosa arbitraž-

²³ Briselska konvencija se još uvek primenjuje u odnosima između Danske i država članica EU; OJ L 12, 16.01. 2001, s. 1-23; SL 2001, L 12, s-1.

²⁴ Preambula Uredbe, tačka 1. I 2.

²⁵ V. Čl. 5. st 3. Uredbe.

²⁶ C. Jessel-Holst, H. Sikirić, V. Bouček, D. Babić, Međunarodno privatno pravo- Zbirka odluka suda EU, Zagreb, 2014, s. 445-455.

ni postupak protiv West Tankers-a u Londonu, koji je tvrdio da ne odgovara za štetu prouzrokovanu sudarom. Nakon što su Alijanz i Generali isplatili Ergu odštetu u skladu sa ugovorima o osiguranju 2003 podigli su tužbu protiv West Tankers-a pred sudom Tribunale di Sirakusa kako bi ostvarili povraćaj iznosa isplaćenih Ergu. U tužbi su naveli da su zakonskim prenosom potraživanja prema članu 1916. italijanskog Zakona o parničnom postupku na njih prešla prava Erga. Protiv ove tužbe Tankers je podneo prigovor nenadležnosti navedenog suda na osnovu postojanja ugovora o arbitraži. Istovremeno 2004 West Tankers je pokrenuo postupak pred sudom High Court of Justice, Queen's Bench Division radi utvrđivanja da se prema zaključenom ugovoru o arbitraži spor sa Alijanz i Generali mora rešavati u arbitražnom postupku.

Osim toga, West Tankers je zatražio izdavanje naloga kojim se stranama u sporu zabranjuje korišćenje nekog drugog postupka osim arbitražnog i nalaže da nastave postupak koji je pokrenut pred italijankim sudom. Engleski sud je prihvatio te zahteve i doneo traženi "anti-suit injunction". Protiv ove presude Alijanz i Generali su uložili pravno sredstvo sudu House of Lords u kome su istakli da je donošenje takvog naloga u suprotnosti sa Uredbom broj 44/2001. U vezi s tim, House of Lord je uputio na ranije presude u kojima je odlučeno da nalog kojim se jednoj stranci zabranjuje pokretanje ili nastavak postupka pre sudom države članica ne može biti spojiv sa sistemom koji je uspostavljen ovom Uredbom, jer ona sadrži celovit skup odredbi o podeli nadležnosti između sudova država članica. Reč je o načelu koje se ne može proširiti na arbitražu koja je prema čl. 1 st. 2 tč. d) Uredbe u celini isključena iz njenog polja primene. Upravo zbog toga House of Lord je smatrao da postupak pred Tribunale de Sirakusa ne može biti u suprotnosti sa Uredbom zato što je celokupno područje arbitraže izvan sfere njene primene, dok praksa donošenja "anti-suit injunctions" doprinosi, prema praksi sudova Ujedinjenog Kraljevstva,²⁷ konkurentnosti Evropske zajednice u odnosu na priznate arbitražne centre u svetu. House of Lords je obustavio postupak i postavio pitanje Sudu radi donošenje prethodne odluke: da li je spojivo sa Uredbom br. 44/2001 da sud neke države članice donese nalog kojim zabranjuje osobi da pokrene ili nastavi postupak u drugoj državi članici zato što je takav postupak u suprotnosti sa ugovorom o arbitraži?

West Tankers i Vlada UK smatraju da nalog nije nespojiv sa Uredbom jer arbitraža nije u području njene primene. Pripadnost području primene Uredbe utvrđuje se prema pravnoj primeni prava koji se štite dotičnim postupkom. Međutim, uprkos tome što neki postupak ne spada u području primene Uredbe može imati posledice koje dovode u pitanje njeno praktično dejstvo kao što je

²⁷ Presuda Case C-116/02 Gasser (2003) ECR I-14693 and Case C-159/02 Turner (2004) ECR I-3565.

sprečavanje ostvarivanja ciljeva, ujednačavanja propisa u međunarodnoj nadležnosti u građanskim i trgovačkim predmetima i slobode kretanja odluka donetih u takvim predmetima. Sud smatra da je potrebno počti od toga da ako neki postupak prema predmetu spora spada u područje primene Uredbe br. 44/2001 onda i prethodno pitanje koje se odnosi na primenjivost ugovora o arbitraži i njegovu valjanost, isto tako spada u područje primene Uredbe. Briselska konvencija je takođe predviđala da se kao usputno pitanje, koje spada u polje primene, može ispitati punovažnost arbitražnog ugovora, na koji se neka stranka poziva kako bi osporila međunarodnu nadležnost suda, kao tužena prema odredbama konvencije. Iz toga proizilazi da prigovor nenadležnosti koji je podneo West Tankers sudu Tribunale di Sirakusa zasnovan na postojanju ugovora o arbitraži kao i punovažnosti tog ugovora spada u područje primene Brisel I Uredbe i da je isključivo na tom sudu da odluči o prigovoru i o svojoj vlastitoj nadležnosti. Stoga je "anti-suit injunction" donesen u glavnom postupku u suprotnosti s međusobnim poverenjem država članica u pogledu njihovih pravnih sistema i organa pravosuđa na kojima počiva sistem nadležnosti iz Uredbe br. 44/2001. Tribunal u Sirakusi na osnovu ovog naloga bio bi sprečen da ispita valjanost ili primenjivost ugovora o arbitraži tako da bi jedna strana mogla izbeći postupak pozivajući se na arbitražni sporazum, dok tužilac koji tvrdi da je taj sporazum nepunovažan, nepostojeći ili da se ne može izvršiti ne bi imao mogućnost pristupa sudu pred kojim je pokrenuo postupak prema čl. 5 st. 3 Brisel I Uredbe, te bi tako bio lišen sudske pravne zaštite.

Dakle, "anti-suit injunction" kakav je donet u glavnom postupku nije spojiv s Uredbom br. 44/2001 niti sa odredbom čl. II st. 3 Njujorške konvencije o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka prema kojem je sud države ugovornice kojim je podnet na rešavanje spor o nekom pitanju o kojem su stranke zaključile ugovor o arbitraži onaj koji upućuje stranke na arbitražu, na zahtev jedne od njih, osim ako ne utvrdi da je taj sporazum ništav, da je bez dejstva ili se ne može izvršiti. Imajući u vidu da zbog poštovanja međunarodnih obaveza koje su preuzele države članice.²⁸ uredbe ne smeju uticati na konvencije koje se odnose na posebna pravna područja, čije su države članice, kao i nacionalni pravni okvir i izvore

²⁸ To je 25 uvodna izjava Uredbe br. 44/2001; Članom 1 stavovima 1 i 2 Uredbe određuje se: "(1) ova se uredba primenjuje na građanske i trgovačke stvari bez obzira na vrstu suda. Uredba posebno ne obuhvata poreske, carinske ili upravne stvari. (2) ova se uredba ne primenjuje na: ... d) arbitražu." Članom 5 ove uredbe predviđeno je da: "Osoba sa prebivalištem u nekoj državi članici može biti tužena u drugoj državi članici: ... 3. U sporovima o vanugovornoj odgovornosti za štetu ili odgovornosti koja je izjednačena s tom odgovornosti, pred sudom mesta gde se štetni događaj dogodio ili gde bi se mogao dogoditi; ..."

nacionalnog prava UK²⁹ Sud je odlučio da je izdavanje naloga od strane suda jedne države članice kojim se nekoj osobi zabranjuje pokretanje ili nastavak postupka pred sudovima druge države članice sa obrazloženjem da je taj postupak u suprotnosti sa ugovorom o arbitraži, nespojivo sa Uredbom br. 44/2001 (C-185/07 od 10. februara 2009).

ZAKLJUČAK

Za rešavanje sporova sa elementom inostranosti, pod određenim uslovima može biti nadležna i arbitraža. Materija međunarodne trgovačke arbitraže podleže sporazumu stranaka o poveravanju spora arbitraži kao i pravilima autonomnog arbitražnog prava. U praksi se stranke obraćaju arbitraži u nadi da će tako brže ostvariti zaštitu sopstvenih interesa i sačuvati barem donekle njihovu nominalnu vrednost. Međunarodna trgovačka arbitraža je postala razrađen instrument međunarodnog pravosuđa i tako prevazišla karakter obične manifestacije odbijanja državnog suda. Ugovaranjem arbitraže stranke su zaobišle odgovarajući nacionalni pravni sistem primenjujući autonomnu regulativu.

Savremeno arbitražno pravo počiva na opštim načelima koja prihvataju da su arbitri ovlašćeni da sami odlučuju o svojoj nadležnosti, kao i da je ugovor o arbitraži nezavisan od glavnog ugovora tako da ne mora biti zahvaćen eventualnom ništavnošću ugovora u kojem se nalazi. Brojni su preduslovi za punovažno utemeljenje arbitražne nadležnosti tako da njeno osporavanje može imati za posledicu usporavanje ili potpuno zaustavljanje arbitražnog postupka. Postupak odlučivanja o prigovorima nenadležnosti podleže posebnim rokovima kao i pravilom o ograničenoj sudskoj kontroli odluke kojom se arbitri oglašavaju nadležnim. Pravo arbitara da odluče o sopstvenoj nadležnosti nije ni apsolutno ni konačno, tako da o tom pitanju može odlučivati i sud u posebnom sudskom postupku. Nakon donošenja odluke nadležnost arbitraže se može osporavati pred sudom u tužbi za poništaj, ili po zahtevu za priznanje i izvršenje strane arbitražne odluke.

²⁹ Članom 37 stav 1 Supreme Court Act 1981 određeno je: "High Court može odlukom (privremenom ili konačnom) izdati sudsku zabranu... u svim slučajevima u kojima smatra primerenim" Arbitration Act 1996. predviđa u članu 44: (1) ako strane ne dogovore drugačije sud u pogledu ili u vezi sa arbitražnim postupkom ima ista ovlašćenja da donosi naloge u niže navedenim područjima kao što to ima u pogledu sudskih postupka ili u vezi sa istima. (2) to su područja: ... e) donošenje privremene mere..."

MARIJA KRVAČA, Ph.D.,
Professor, Faculty of Law, University of Priština
Kosovska Mitrovica

ARBITRATION AGREEMENT AND JURISDICTION OF ARBITRAL TRIBUNAL

Summary

The last half of century is characteristic with the creation of universal rules which have become common standards of the contemporary arbitration law. Unification of the international rules created international arbitration legislation.

State courts are unavoidable when proofs about the arbitration proceedings need to be obtained. Cooperation between state courts and arbitration is undisputedly unavoidable.

Arbitration agreement is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not. A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed.

Arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. Arbitral tribunal may rule on a plea referred either as a preliminary question or in an award on the merits. If the arbitral tribunal rules as a preliminary question that it has jurisdiction, any party may request the court specified to decide the matter. The arbitral tribunal has jurisdiction if the parties have so agreed and if the matter concerns rights which the parties may freely dispose.

DEJAN JANIĆIJEVIĆ,
LJUBICA NIKOLIĆ

MEĐUNARODNI JAVNI POREDAK U ARBITRAŽI

U V O D

Arbitražni postupak najčešće se okončava odlukom kojom se konačno rešava o istaknutim zahtevima stranaka. Kod najvećeg broja arbitražnih odluka uopšte se i ne javlja problem priznanja ili potvrde s obzirom na to da se stranke dobrovoljno ponašaju u skladu sa njihovim dispozitivom.¹ Ipak, najbolji pokazatelj svrsishodnosti vođenja arbitražnog postupka jeste njegova sposobnost da ishodi odlukom koja će, ukoliko je to neophodno, biti priznata od strane svakog relevantnog nacionalnog suda.

Arbitražna odluka nije sudska presuda,² niti je put do njenog prinudnog izvršenja indetičan postupku izvršenja odluka državnih sudova. Za izvršenje strane arbitražne odluke potrebno je aktivirati prinudni državni mehanizam izvršenja koji pripada jurisdikciji različitoj od one kojoj pripada organ koji je doneo odluku i samo ukoliko postoji mogućnost za uspešno izvršenje arbitražne odluke u ova-

Dejan Janićijević, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu.

Ljubica Nikolić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu.

¹ Videti Lalive, *Enforcing Awards in ICC, 60 Years of ICC Arbitration* (1984) ("dobrovoljno pridržavanje arbitražnih odluka prevazilazi 90 procenata").

² Slučaj *Fotochrome, Inc. vs Copal Co., Ltd* (1975) "strana arbitražna presuda se ne može sama po sebi tretirati kao strana sudska presuda.

kvom ambijentu, stranka koja je u arbitražnom postupku postiga uspeh moći će da računa na to da će zaista i ostvariti ono što je naloženo dispozitivom.³

Imajući ovo u vidu, a u cilju podsticanja arbitražnog rešavanja međunarodnih trgovinskih sporova, Njujorška konvencija o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka⁴ je u članu III ustanovila pretpostavku izvršnosti stranih arbitražnih odluka koja podleže samo ograničenom broju izuzetaka taksativno navedenih u članu V.

Jedan od ovih izuzetaka od opšteg načela izvršnosti je i javni poredak, koji je uz arbitrabilnost spora, voljom kreatora ovog pravnog akta, podignut na viši stepen značaja u odnosu na ostale, s obzirom na to da sud priznanja jedino o postojanju ove dve vrste nedostataka vodi računa po službenoj dužnosti.

Koncept javnog poretka, primenljiv na strane arbitražne odluke, često se označava kao internacionalni javni poredak ili *ordre public international*. Naziv internacionalni mogu bi da navede na zaključak da je reč o jednom nadnacionalnom instrumentu. Ipak, kako se u najvećem broju slučajeva praktično ne radi ni o čemu drugom do javnom poretku odnosno države primenjenom na strane odluke, čija sadržina i primena zavise od svake države pojedinačno, o istinskoj interacionalnosti, a pogotovu supranacionalnosti, ne može biti ni govora.⁵

POJAM JAVNOG PORETKA

Prilično je teško dati dovoljno preciznu i sadržajnu definiciju javnog poretka. Problem definisanja još više se komplikuje u kontekstu priznanja i izvršenja stranih arbitražnih odluka. Bez obzira na to, javni poredak bio je predmet brojnih pokušaja definisanja od strane teoretičara koji su se bavili ovom materijom,

³ Born and Westin ("izvršenje arbitražne odluke odnosi se na implementaciju prinudnih mehanizama od strane nacionalnih sudova ili drugih nosioca vlasti u cilju efektivacije odluke").

⁴ Konvencija o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka doneta je 10. juna 1958. Godine u Nju Jorku.

⁵ U pogledu javnog poretka koji se primenjuje na strane odluke i onog kome podležu odluke domaćih arbitražnih sudova, francuski sudovi su razvili teoriju "ublažavajućeg efekta javnog poretka" ili "*effet attenué de l'ordre public*". Ovde se zapravo radi i o povlačenju razlike između, sa jedne strane, reakcije javnog poretka na efekte prava koje je već stečeno u inostranstvu, i sa druge strane, reakcije javnog poretka na sticanje prava u Francuskoj. U prvom slučaju, zahtevi javnog poretka mogu biti umanjeni ili ublaženi, ali u drugom oni se primenjuju sa punom svojom snagom. *Fouchard*, međutim, smatra da ovoj teoriji nema mesta u međunarodnom arbitražnom pravu stoga što se sudska kontrola poštovanja javnog poretka sprovodi u vrlo malom obimu čak i kad se odluka donese u Francuskoj, pa tako ne ostaje nimalo prostora za dalja ublažavanja kad su u pitanju odluke koje su donesene u inostranstvu. Sa druge strane, Profesor *Mayer* smatra da je međunarodni javni poredak uži od unutrašnjeg javnog poretka zato što se prvi fokusira samo na najfundamentalije norme.

kao i nosilaca sudske vlasti u različitim zemljama. Najčešće citirana definicije javnog poretka je ona sudije *Joseph-a Smit-a*, izložena u njegovom obrazloženju odluke u predmetu *Parsons and Wittrmore v. Societe Generale de l'Industrie du Papier RAKTA and Banck of America*⁶ iz 1974. godine, gde je on naveo da izvršenje strane arbitražne odluke može biti odbijeno na temelju javnog poretka "samo kada bi ono vređalo najosnovnija shvatanja morala i pravde države foruma".

Prema interpretaciji Engleske kuće lordova iz 1853. godine, javni poredak predstavlja "pravni princip koji predviđa da nijedan subjekt ne može zakonito raditi ono što ima tendenciju da bude štetno po javnost, ili protivni javnom dobru".⁷ U kontekstu izvršenja arbitražne odluke, Engleski Apelacioni sud je u slučaju *D.S.T v. Rakoli*⁸ iz 1987. godine zauzeo stav da "pitanja javnog poretka nikada ne mogu biti dovoljno iscrpno objašnjena i da im treba uvek pristupiti sa ekstremnim oprezom... Potrebno je da se pokaže da postoji neki element nezakonitosti ili da bi izvršenje odluke bilo nedvodmisljeno štetno za javno dobro ili, što je isto tako moguće, da bi izvršenje bilo potpuno uvredljivo za običnog i dobro informisanog pripadnika javnosti u čije se ime vrše ovlašćenja države".

Nemački sud je 1990. godine takođe definisao javni poredak restriktivno, koristeći se pojmovima osnovnih pravnih pravila i idejom pravde i to na ovaj način: "Povreda esencijalnih principa Nemačkog prava (*ordre public*) postoji samo ako se arbitražna odluka protivi pravilu koje je osnovno za javni ili komercijalni život, ili ako je u kontradikciji sa nemačkom idejom pravde u fundamentalnom smislu. Obična povreda normi materijalnog ili procesnog prava učinjena od strane arbitražnog tribunala nije dovoljna da konstituiše takvu povelu."⁹

El-Ahdabu svom delu *Opšti uvod u arbitražu u evropskim zemljama*¹⁰ piše da je u muslimanskom pravu "princip javnog poretka zasnovan na poštovanju opšteg duha šerijatskog prava i njegovih izvora", kao i na principu da "pojedinci moraju poštovati svoje sporazume osim ako oni ne zabranjuju ono što je dozvoljeno ili dozvoljavaju ono što je zabranjeno".

Analize arbitražne prakse pokazuje da pozivanje na javni poredak retko doводи do odbijanja priznanja i izvršenja arbitražnih odluka, što je po *Van den Ber-*

⁶ 508F. 2d 969 (Sencond Circut,1974).

⁷ Slučaj *Egerton vs Brownlow*.

⁸ Slučaj *Deutsche Schachtbau und Tiefbohrgesellschaft mbh vs Ras Al Khaiman National Oil Company* (1987).

⁹ Odluka doneta 12.07.1990. godine

¹⁰ *El-Ahdab, General Introduction on Arbitration in Arab Contries*, International Hanbook on Commercial Albitration (1988), Vidi takođe *El-Ahdab, Enforcement of Arbitral Awards in the Arab Cantries* (1995).

gu¹¹ uzročno povezano sa linijom razgraničenja koja se povlači između domaćeg i međunarodnog javnog poretka.

Međunarodni javni poredak najčešće se shvata uže u odnosu na domaći, unutrašnji javni poredak. Svako pravno pravilo koje pripada unutrašnjem javnom poretku (*ordre public interne*) nije obavezno i deo spoljnog (*ordre public externe*), ili međunarodnog javnog poretka (*ordre public international*). Sanders piše da se “međunarodni javni poredak, prema opšte usvojenoj doktrini, svodi na povrede uistinu fundamentalnih koncepata pravnog poretka u datoj državi.”¹²

Međunarodni javni poredak (nasuprot unutrašnjem javnom poretku) sve više nalazi primenu kao značajan koncept u zakonodavstvima i sudskim odlukama u velikom broju zemalja. Na primer u Francuskoj, jedan od taksativno navedenih osnova za odbijanja priznanja arbitražnih odluka je i protivnost odluke “*ordre public interne*”¹³, a i u pravu Portugala postoji slična odredba.¹⁴ Međutim, u svojim komentarima Francuske legislative, Fouchard, Gaillard i Goldman zapažaju da “Međunarodni javni poredak koji se odnosi na priznanje i izvršenje stanih arbitražnih odluka može samo da znači Francuski koncept međunarodnog javnog poretka, ili, drugim rečima, skup vrednosti čiju povredu Francuski pravni poredak na može da toleriše, čak ni u međunarodnim predmetima”. Kako portugalsko zakonodavstvo izričito govori o “principima portugalskog međunarodnog javnog poretka”, očigledno je da sadržina i primena međunarodnog javnog poretka u Francuskoj i Portugaliji ostaju zavisni od shvatanja nacionalnih sudova ovih zemalja, pa se ne može reći da je ijedno od ovih zakonodavstava ispoljilo težnju ka harmonizaciji i primeni međunarodnih standarda u ovoj materiji.

Koncept transnacionalnog ili istinski internacionalnog javnog poretka ima još uži sadržaj, ali njega karakteriše težnja ka univerzalnoj primeni, u kojoj do izražaja dolaze fundamentalna načela prirodnog prava, principi univerzalne pravde, *ius cogens* međunarodnog privatnog prava i opšta pravila morala usvojena od strane onog korpusa država koje sebe nazivaju civilizovanim nacijama.¹⁵

Iako nisu poznati primeri sudskih odluka gde je eksplicitno primenjen koncept “transnacionalnog javnog poretka”, postoji nekoliko odluka gde se sudovi

¹¹ Van der Berg, *Refusal of Enforcement under the New York Convention of 1958: the Unfortunate Few* (1999).

¹² Sanders, “*Commentari*” in 60 Years of ICC Arbitration – A Look at the future.

¹³ Članovi 1498 i 1502 naslova V Novog francuskog kodeksa civilne procedure (1981); Vidi Mayer, *La Sentence contraire a l'ordre public au fond* (1994) i Fouchard, Gaillard i Goldman, *On International Commercial Arbitration* (1999).

¹⁴ Član 1096(f) portugalskog Kodeksa civilne procedure (1986).

¹⁵ Videti Goldman, *Les Conflictes des Lois dans l'arbitrage international de droit prive* (1963) i Buchanan, *Public policy and International Commercial Arbitration* (1988).

nedvosmisleno, iako prećutno, pozivaju na ovaj koncept. Tako je na primer Milanski Apelacioni sud zauzeo stav da je javni poredak na koji se odnosi član V(2) Njujorške konvencije, u stvari međunarodni javni poredak,¹⁶ odnosno “korpus univerzalnih principa koji dele nacije sličnih civilizacijskih nivoa, koje teže zaštititi fundamentalnih ljudskih prava, često otelotvorenih u međunarodnim deklaracijama i konvencijama”. Isto tako, Švajcarski federalni tribunal je u jednom predmetu koji datira iz 1994. godine¹⁷ zauzeo stav u korist “univerzalne koncepcije javnog poretka” koji odluka vređa ukoliko je u suprotnosti sa fundamentalnim moralnim principima priznatim u svim civilizovanim društvima.

REGULISANJE JAVNOG PORETKA

Nijedan od međunarodnih pravnih izvora koji se odnose na izvršenje arbitražnih odluka ne govori izričito o međunarodnom ili transnacionalnom javnom poretku, što ukazuje na nepostojanje težnje za harmonizacijom koncepta javnog poretka na univerzalnom međunarodnom planu. Uprkos tome, bez obzira na specifičnosti koje su primetne u formulacijama koje postoje u različitim nacionalnim zakonodavstvima, a koje se kreću od izričitog upućivanja na međunarodni javni poredak pa sve do pozivanja na domaće, nacionalne norme, sudska praksa velikog broja država, uopšteno govoreći, zauzela je poziciju da u odnosu na strane arbitražne odluke treba primenjivati restriktivni koncept javnog poretka.

Međunarodne konvencije

Donošenju Njujorške konvencije o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka iz 1958. godine, kao nosećeg stuba međunarodne trgovinske arbitraže, prethodila je izrada preliminarog nacrtu koji je obavila Međunarodna trgovinska komora. Tokom višegodišnjeg rada zaključeno je da sistem ustanovljen Ženevskom konvencijom o izvršenju arbitražnih odluka iz 1927. godine više ne zadovoljava narasle potrebe međunarodne trgovine.

Ekonomski i socijalni savet Ujedinjenih nacija je stoga, oformio *ad hoc* komitet koji je pripremio nacrt konvencije koji je, izvorno, za regulisanje pitanja javnog poretka preporučio odredbu koja je primenu javnog poretka ograničila na odluke “jasno nekompatibilne sa javnim poretkom i fundamentalnim pravnim principima (*ordre public*) zemlje u kojoj se na odluku poziva”, koja se u stvari, zasniva na formulaciji Ženevske konvencije. Iako ovakva formulacija nije u potpu-

¹⁶ Odluka od 4. decembra 1992. god.

¹⁷ Odluka od 30. decembra 1994. godine, (1995), Bulletin, ASA 217.

nosti prihvaćena,¹⁸ Komiitet je u svom izveštaju naveo da je, korišćenjem reči “jasno” i “fundamentalno”, u stvari, nameravao da ograniči primenu ove odredbe na slučajeve u kojima bi priznanje ili izvršenje bili “značajno protivni osnovnim principima pravnog sistema zemlje u kojoj se na odluku poziva.”¹⁹ Konačna formulacija člana V(2) konvencije glasi “javni poredak odnosne države” što govori o tome da se kreatori konvencije nisu bavili harmonizacijom koncepta javnog poretka i ustanovljavanjem zajedničkog međunarodnog standarda.

Ženevska konvencija iz 1927. godine²⁰ sadržala je odredbu da će odluka biti izvršiva ukoliko nije “protivna javnom poretku ili pravnim principima zemlje u kojoj se na nju poziva” (član 1(e)). Za razliku od Njujorške konvencije, odredba ove konvencije izričito je predviđala “pravne principe” kao osnov odbijanja priznanja i izvršenja stranih arbitražnih odluka. Panamska konvencija iz 1975. godine²¹, primenjuje formulaciju “javni poredak te države”, Konvencija iz Montevidea iz 1979. godine²² ide nešto dalje pa zahteva da odluka mora biti “manifestno protivna principima i zakonima javnog poretka (*orden publico*) države izvršenja” (član 2(h)), Rijadska Konvencija iz 1983. godine²³ prediđa da izvršenje može biti odbijeno ukoliko je odluka “protivna šerijatskom pravu²⁴, javnom poretku ili dobrom moralu” zemlje potpisnice u kojoj se izvršenje zahteva (član 37), a Amanska konvencija iz 1987. godine²⁵ pominje jednostavno “javni poredak”.

Vašingtonska (ICSID) konvencija iz 1965. godine²⁶ je specifična jer ne govori eksplicitno o javnom poretku, već član 52 ustanovljava različite osnove za

¹⁸ Član V(2), u obliku u kome je usvojen govori o “odlukama koje su protivne javnom poretku te zemlje”. Bilo je izvesnih debata o pitanju da li je ova promena proširila ili suzila domen primene javnog poretka, videti Van den Berg, *The New York Convention of 1958* (1981).

¹⁹ Izveštaj komiteta za izvršenje međunarodnih arbitražnih odluka od 28.03.1955. godine, UN doc. E-AC.42-4 Rev.1.

²⁰ Konvencija o izvršenju stranih arbitražnih odluka, doneta u Ženevi 1927. godine, od strane Lige Naroda.

²¹ Inter-Američka konvencija o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži, doneta u Panami 1975. godine. Ova konvencija je zasnovana na nacrtu Njujorške konvencije i ratifikovana od strane petnaest Latinsko-Američkih zemalja i Sjedinjenih Država.

²² Inter-Američka konvencija o ekstrateritorijalnoj važnosti stranih presuda i arbitražnih odluka, doneta u Montevideu 1979. godine.

²³ Konvencija o sudskoj saradnji između država Arapske lige, doneta u Rijadu 1983. godine, koja je trebalo da nasledi Konvenciju Arapske lige iz 1952. godine. Ranija konvencija je još uvek na snazi u mnogim zemljama jer one još uvek nisu ratifikovale konvenciju iz 1983. godine.

²⁴ Šerijatsko pravo se ne pominje u ranijim odluci iz 1952. godine

²⁵ Konvencija Arapske lige o izvršenju arbitražnih odluka, doneta u Amanu 1987. godine.

²⁶ Konvencija o rešavanju investicionih sporova između država i državljana drugih država, doneta 1965. godine.

poništenje arbitražnih odluka koji obuhvataju korupciju arbitražnog suda, ozbiljno odstupanje od fundamentalnih pravila procedure, kao i propuštanje arbitražnog tribunala da obrazloži odluku. Iako je jasno da prva dva razloga nevosmisleno spadaju u domen međunarodnog javnog poretka, izvršenje odluke donete po pravilima ICESD-a ne može biti osporeno pred sudovima države izvršenja različite od države pripadnosti arbitražne odluke.

Model zakona UNCITRAL-a o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži, usvojen 1985. godine, predviđa javni poredak kao osnov poništenja arbitražne odluke od strane sudova u državi mesta arbitraže (član 36), što je, u osnovi, u skladu sa članom V(2) Njujorške konvencije.

OHADA (*L'Organisation pour l'Harmonisation du Droit des Affaires*) je organizacija za harmonizaciju prava otvorena za zemlje članice Organizacije Afričkog jedinstva. 1999. godine, Savet ministara OHADA-e usvojio je Uniformni arbitražni zakon (*Uniform Arbitration Law*), čiji član 31 predviđa da se priznanje i izvršenje arbitražnih odluka ima odbiti ukoliko je "odluka manifestno protivna pravilima međunarodnog javnog poretka država članica"²⁷. Ovaj zakon, u stvari, predstavlja jedan od retkih pokušaja da se harmonizuje javni poredak u okviru grupacije od nekoliko suverenih država.

Moglo bi se reći da je Briselska konvencija o priznanju i izvršenju presuda u građanskim i trgovinskim stvarima, koja se ne odnosi neposredno na arbitražne odluke, sa ciljem postizanja harmonizacije u ovoj oblasti, ustanovila sličan režim time što je predvidela, da se pitanja javnog poretka, između ostalih, poveravaju na rešavanje Evropskom sudu pravde. U premetu *Krombach vs Bamberski* (mart 2000. godine), Evropski sud pravde je, pozivajući se na ciljeve konvencije, među kojima je i jedinstvena primena prava, naveo sledeće: "Tako na sudu nije da definiše sadržinu javnog poretka države ugovornice, ipak se od njega zahteva da preispita granice u okviru kojih sudovi država ugovornica mogu da se pozivaju na taj koncept u svrhu odbijanja priznanja presude koju je doneo sud druge države ugovornice".

Nacionalna zakonodavstva

Načini označavanja javnog poretka kao prepreke priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka variraju u nacionalnim zakonodavstvima različitih država, a ove terminološke razlike imaju značajne praktične implikacije.

²⁷ Član 26 predviđa da odluka može biti poništena "Ako je arbitražni tribunal povredio pravilo međunarodnog javnog poretka države potpisnice sporazuma."

Zakonodavstva Francuske²⁸, Portugala²⁹ i nekih drugih zemalja izričito koriste formulaciju “principi međunarodnog javnog poretka”, naglašavajući na taj način distinkciju između domaćeg i međunarodnog javnog poretka. Slična intencija razgraničenja između javnog poretka koji se primenjuje na domaće odluke i javnog poretka koji se odnosi na strane arbitražne odluke, manifestovana je i u Rumunskom zakonodavstvu³⁰.

Najveći broj zakonodavstava govori o javnom poretku (*ordre public*) “odnosne države” (što je ujedno i formulacija njujorške konvencije), dok se u nekim državama koristi formulacija “javni poredak” (*ordre public*) i dobar moral” (Japan)³¹, a zakonodavstva većine arapskih država upućuju na javni poredak i Šerijatsko pravo.

Postoji odrađeni broj država čije zakonodavstvo eksplicitno i ne pominje javni poredak. Na primer, Austrijsko pravo povlači oštru razliku između obavezujućih zakona³² i “osnovnih principa austrijskog pravnog sistema”³³, švedsko zakonodavstvo stipuliše da izvršenje strane odluke može biti odbijeno kad sud nađe da bi “bilo očigledno nekompatibilno sa osnovnim idejama švedskog sistema da se takva odluka prizna i izvrši”³⁴ a poljsko zakonodavstvo predviđa da odluka neće biti izvršena ako “vređa legalitet i društvenu koegzistenciju u Narodnoj Republici Poljskoj”³⁵. Zakonodavstvo Republike Koreje zahteva da strana odluka bude u saglasju sa “dobrim moralom i društvenim redom Republike Koreje”³⁶

²⁸ Član 1502 Naslova V Kodeksa civilne procedure (1981).

²⁹ Član 1096 (f) Naslova V Kodeksa civilne procedure

³⁰ Članovi 168(2) i 174 Zakona 105-1992 o uređivanju odnosa iz oblasti međunarodnog privatnog prava, koji predviđaju da će se izvršenje odbiti ako odluka “vređa javni poredak rumunskog međunarodnog privatnog prava”

³¹ Član 118(3) Kodeksa civilne procedure (1996), koji navodi da strana odluka ne može biti protivna javnom redu ili dobrom moralu u Japanu.

³² Član 6 Federalnog statuta o međunarodnom privatnom pravu iz 1978. godine predviđa da “odredba stranog zakona ne sme biti primenjena ako bi njena primena dovela do rezultata nepomirljivih sa osnovnim načelima austriskog javnog poretka.”

³³ Član 595 (1).6 Kodeksa civilne procedure iz 1983. godine. Uslučaju iz 1983. godine, austrijski sud je zauzeo stav da član V(2)(b) Njujorške konvencije ne uviđa razliku između domaćeg i međunarodnog javnog poretka pošto on upućuje jasno na slučajeve kada je odluka protivna javnom poretku države gde će se odluka izvršiti. U dva skorašnja slučaja sudovi su usvojili stav da je pravo EU deo austrijskoj javnog poretka.

³⁴ Švedski arbitražni zakon iz 1999. god.

³⁵ Članovi 712 (1)(4), 1146 i 1150 Kodeska civilne procedure iz 1964. godine. Autori ipak primećuju da se ovim odredbama mora dati veoma usko tumačenje i da se imaju primeniti samo u slučaj u povrede primarnih pravila poljskog pravnog sistema

³⁶ Član 203 Kodeksa civilne procedure iz 1991. god.

dok je u Kini, predviđeno da će se izvršenje odbiti ukoliko je odluka “protivna socijalnim i javnim interesima.”³⁷

Na samom karaju ovog spektra, kako u pogledu terminologije koja se koristi u nacionalnim propisima, tako i u pogledu primene, zakonodavstvo Brazila predviđa da će izvršenje strane arbitražne odluke biti odbijeno ako “odluka vređa nacionalni javni poredak”,³⁸ čime se nedvosmisleno ukazuje na to da u ovoj zemlji nema ni govora o primeni bilo kakvih internacionalnih normi i principa u ovoj materiji.

Sudska praksa

Sudska praksa i stručni i naučni komentari pokazuju da sudovi mnogih država primenjuju restriktivniji koncept međunarodnoj javnog poretka u odnosu na domaći javni poredak.

U državama *Civil Law* sistema, pored već pomenutih zakonodavstava Francuske i Portugala, koja se izričito pozivaju na “međunarodni javni poredak”, sudovi većine evropskih država u svojoj praksi nedvosmisleno primenjuju ovaj koncept (Nemačka, Danska, Holandija, Španija, Švajcarska, Švedska i dr.).

I zemlje *Common Law* sistema su ograničile domašaj koncepta javnog poretka u međunarodnim predmetima. Sjedinjene Američke Države, koje su u skoriye vreme zakonodavno efektivirale Njujoršku i Panamsku konvenciju³⁹, primenjuju restriktivni koncept javnog poretka. U tom smisli ilustrativna je odluka sudije *Smith*-a u čuvenom slučaju *Parsons and Whittemore* iz 1974. godine, u čijem je obrazloženju rečeno da izvršenje strane arbitražne odluke treba biti odbijeno “kada bi ono povredilo najosnovnija shvatanja moralnosti i pravde države foruma”. Iste godine, Vrhovni sud SAD je u slučaju *Scherk vs Alberto-Culver CO.*⁴⁰ odbio zahtev za poništenje arbitražnog sporazuma koji se odnosio na međunarodni trgovinu, iako bi arbitražno rešavanje takvog spora predstavljalo povredu javnog poretka SAD da se radilo o unutrašnjoj trgovini, čime je praktično potvrđeno po-

³⁷ Član 206 poglavlja 28 Zakona o civilnoj poroceduri iz 1991. godine. Videti Houzhi and Shengchang, *Peoples Republic of China, Handbook* iz 1998. godine, gde autori navode sledeće: “javni i socijalni intres je za sada podložan striktnoj interpretaciji i što se tiče kineske domaće arbitraže i komercijalne arbitraže sa elementom inostranosti (međunarodne). Koncept međunarodnog javnog poretka još uvek nije razvijen u odlukama kineskih sudova. Videti takođe Wang, *One Country, Two Arbitration Systems* (1997).

³⁸ Član 39 II Zakona broj 9.307-1996. Brazil nije potpisnik Njujorške konvencije. Vidi Netto, *Brazil, Handbook* iz 1998. godine, gde autor navodi da je u Brazilu pojam međunarodnog javnog poretka nepoznat.

³⁹ US Federal Arbitration Act, sekcije 201 i 301.

⁴⁰ 417 U.S 506 (1974).

stojanje razlike između unutrašnjeg i međunarodnog javnog poretka u SAD. I u Engleskoj, iako arbitražni zakon (*English Arbitration Act*) iz 1996. godine predviđa da priznavanje odluke koja podleže pravilima Njujorške konvencije može biti odbijeno ako “bi bilo protivno javnom poretku da se odluka prizna i izvrši”,⁴¹ sudovi su u pitanjima međunarodne trgovinske arbitraže u praksi prihvatili restriktivni koncept javnog poretka.⁴²

MERODAVNI JAVNI POREDAK

Problem indetifikacije merodavnog javnog poretka prilikom odlučivanja o priznanju i izvršenju srane arbitražne odluke od velikog je značaja. Za potrebe ovog rada naročito je interesantno pitanje može li se od suda priznanja i izvršenja tražiti da, osim javnog poretka države kojoj pripada, uzme u obzir i javni poredak neke druge države, one čijim je propisima regulisan arbitražni postupak, ili da primeni supranacionalni javni poredak ili javni poredak države na čijoj se teritoriji nalazi mesto arbitraže. Gotovo univerzalan odgovor na ovo pitanje jeste da je relevantan samo javni poredak države foruma tj. zemlje u kojoj se odlučuje o priznanju i izvršenju. O ovom pitanju izjasili su se i pravna teorija i sudska praksa. Tako na primer u Francuskoj, *Fouchard* smatara da nijedan sud ne bi trebalo da uzima u obzir pravila nacionalnog javnog poretka inostrane jurisdikcije, profesor *Bockstiegel* piše da u Nemačkoj povreda inostranih zakona ili javnih poredata ne može biti povod za poništenje arbitražne odluke, a u Indiji, u slučaju *Renusagar Power Co. Ltd vs General Electric CO*⁴³, Vrhovni sud Indije je zauzeo stav da reči “javni poredak” umesto “javni poredak Indije” ne znače da je sud slobodan da ispituje punovažnost odluke procenjujući da li ona vređa javni poredak zemlje u kojoj je donesena ili zemlje čijim je pravom uređen ugovorni odnos između stranaka.

Tedencija razvoja prakse u zemljama članicama Evropske Unije, predstavlja odstupanje u tom pogledu, koje se međutim, ispoljava samo unutar pravnih sistema država članica. Reč je o već pomenute dve odluke austrijskog Vrhovnog suda

⁴¹ Sekcija 103(3), a odluke koje podležu pravilima Ženevske konvencije reguliše sekcija 99 ovog akta i II deo Arbitražnog akta iz 1950. godine, uključujući i sekciju 37 koja predviđa da “izvršenje stoga ne sme biti protivno javnom poretku i evropskim zakonima”.

⁴² Videti Mustill and Boyd, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England* (1989), Sutton, Ken-Dail and Gill, *Russel on Arbitration* (1997), i Meakin, *Arbitration Law* (1997). Poznatiji slučajevi koji se odnose na ovu materiju su: *Soleimany vs Soleimany* (1998), *Wescare Investments Inc. vs Jugoinport-SDPR Holding Co* (1999), *Omnium de Traitement et de Valorisation SA vs Hilmarton Ltd* (1999), *Minmetals Germany GmbH vs Ferco Steel Ltd* (1999).

⁴³ AIR 1994 SC 860.

u kojima je iznet stav da bilo koja odredba prava Evropske Unije koja je direktno primenljiva u zemljama članicama automatski predstavlja i deo austijskog nacionalnog javnog poretka⁴⁴.

I pozicija sudova u Engleskoj je u neku ruku izuzetak u tom smislu što engleski sudovi neće izvršiti ugovor za koji je merodavno pravo strane prijateljske države, ili kojim je predviđeno izvršenje ugovornih obaveza u takvoj državi, ako je izvršenje ugovorne obaveze nezakonito prema pravu takve države⁴⁵ (slučaj *Soleimani vs Soleimani* iz 1998. godine). Ipak, u praksi je vrlo malo ovakvih slučajeva i oni su u praksi ograničeni na situacije gde je izvršenje ugovornih obaveza nezakonito kako prema pravu strane države, tako i prema engleskom pravu. Engleski sudovi će, isto tako, uzeti u obzir javni poredak strane države kada se od njih zahteva izvršenje ugovora čija je moralnost osporena (na primer ugovor o kupovini ličnog uticaja). Međutim i ugovori koji se odnose na podmićivanje i korupciju, trgovinu opojnim drogama i terorizam (kao i odluke kojima se ovakvim ugovorima priznaje dejstvo) predstavljaju povredu javnog poretka Engleske, šta god da propisuje pravo kojim se uređuje ugovorni odnos strana ili pravo mesta izvršenja ugovora, pa ni u ovim slučajevima nema odstupanja od opšteg pravila o relevantnom javnom poretku.

ISPITIVANJE POSTOJANJA POVREDE JAVNOG PORETKA

Sudeći prema formulaciji člana V(2) Njujorške koncencije,⁴⁶ sud priznanja i izvršenja strane arbitražne odluke može ispitivati postojanje povrede javnog poretka kako po prigovoru stranke, tako i po službenoj dužnosti (*ex officio*), vodeći pri tome računa i o supstantivnim i o proceduralnim kategorijama ovog instituta.

Da bi se utvrdilo da li će priznanje ili izvršenje arbitražne odluke predstavljati povredu supstantivnog javnog poretka, sud u najvećem broju slučajeva neće morati da u svom ispitivanju ide dalje od same arbitražne odluke. Sa tim u vezi, okolnosti pod kojima bi sud bio ovlašćen da ponovo otvori razmatranje činjeničnih pitanja kada se protivnik priznanja i izvršenja poziva na povredu materijalnog prava (u konkretnom slučaju korupciju) bile su predmet razmatranja u predmetu o kojem su rešavali engleski sudovi – *Westacare Investments Inc. Vs Jugoinport-SDPR Holding Co. Ltd* iz 1999. godine. Izvršenje arbitražne odluke arbitražnog suda Međunarodne trgovinske komore donete u Ženevi primenom švajcarskog

⁴⁴ 3 Ob. 115-95, od 23. februara 1998. godine i 3 Ob. 2372-96 od 5. maja 1998. god.

⁴⁵ Videti *Rally Bros. vs Compania Naviera Sota y Aznar* (1999) i *Regazzony vs K.C Sethia Ltd* (1998).

⁴⁶ “Priznanje i izvršenje arbitražne odluke može biti isto tako odbijeno ako nadležni autoritet u zemlji gde se priznanje i izvršenje zahteva utvrdi ...”

prava bilo je osporeno na osnovu tvrdnje da je ugovor o konsultativnim uslugama iz kojeg je proistekao spor, između ostalog, uključivao i podmićivanje kuvajtskih državnih službenika od strane konsultanata, sa ciljem zaključenja ugovora o prodaji naoružanja, što je predstavljalo povredu kuvajtskog prava i javnog poretka. Iz tog razloga izvršenje arbitražne odluke donete u korist konsultanata bilo bi u suprotnosti sa engleskim javnim poretkom. Arbitražni tribunal je jednoglasno utvrdio da nezakonitost ne postoji, ali pošto je zahtev za poništenje arbitražne odluke odbijen od strane Švajcarskog federalnog suda, tuženi je želeo da iznese nove dokaze u prilog svoje tvrdnje o postojanju mita pred engleski sud u postupku priznanja i izvršenja. Po pitanju da li sud treba da dozvoli ponovno razmatranje činjeničnih pitanja, sudija *Colman* je, rešavajući u prvostepenom postupku, zaključio da snaga principa javnog poretka, koja se ogleda u poštovanju konačnosti arbitražne odluke u najvećoj mogućoj meri i na taj način održavanju na snazi stranih arbitražnih odluka i obeshrabljivanju relitigacije, u ovom konkretnom predmetu nadmašuje princip javnog poretka koji se odnosi na suzbijanje međunarodne korupcije. Ovaj sudija je naglasio da ovaj njegov zaključak ne bi trebalo tumačiti kao indicaciju stava da komercijalni arbitražni sud treba da zatvori oči pred korupcijom u međunarodnoj trgovini, već pre kao izraz poverenja u to da su međunarodni arbitražni sudovi velikog kalibra, kao što je međunarodni arbitražni sud Međunarodne arbitražne komore, kojima je pitanje nezakonitosti ugovora iz razloga korupcije povereno na rešavanje, na adekvatan način rešili to pitanje, pa bi u svetlu Njujorške konvencije, bilo potpuno neprimereno da se sud izvršenja poziva na ponovno presuđenje o ovom pravnom pitanju u kontekstu podobnosti arbitražne odluke za priznanje i izvršenje⁴⁷.

Pariski apelacioni sud je po svemu sudeći, u većoj meri spreman na vršenje kontrole u punom obimu. U predmetu *European Gas Turbines vs Westman International Ltd* iz 1993. godine, *European Gas Turbines* je zahtevao poništenje odluke arbitražnog suda Međunarodne trgovinske komore u Parizu na osnovu toga što su odlukom priznati efekti ugovora čiji je stvarni predmet bio trgovina uticajem i mito. Sud je stao na stanovište da kontrola jedne međunarodne arbitražne odluke od strane domaćeg suda prema članu 1502.5 Kodeska civilne procedure (koji se odnosi na *ordre public international*) obuhvata sve pravne i činjenične elemente, uključujući i procenu punovažnosti ugovora.

Odluka Ženevskog apelacionog suda u predmetu *Hilmarton vs OTV* je specifična u ovom pogledu s obzirom na to da je taj sud u ovom slučaju, protivno odluci arbitražnog tribunala, zaključio da ne postoji povreda javnog poretka. Naime arbitražni tribunal je našao da je ugovor o konsultativnim uslugama izme-

⁴⁷ Apelacioni sud je zauzeo isti stav u predmetu *Sonic SACI vs Novokuzneck Aluminium Plant* (1998).

đu stranaka bio protivan švajcarskom javnom poretku usled toga što je u lobiranju za dobijanje ugovora *Hilmarton* prekršio imperativne propise alžirskog prava koji su zabranjivali bilo kakvu intervenciju posrednika u dobijanju javnog ugovora. Ženevski apelacioni sud je poništio ovu odluku na osnovu stava da je doneta arbitrerno. U odsustvu dokaza o postojanju mita ili korupcije, prema švajcarskom pravu koje je u ovom slučaju bilo merodavno materijalno pravo, ugovor ovakve sadržine nije predstavljao povredu javnog poretka. Ovakva odluka Apelacionog suda je potvrđena i na višoj instanci, pred Švajcarskim federalnim sudom.

Povreda proceduralnog javnog poretka je takođe razlog odbijanja priznanja i izvršenja strane arbitražne odluke o kojem sud vodi računa *ex officio*. U predmetu *Minmetals Germany GmbH vs Ferco Steel Ltd* iz 1999. godine, *Ferco* je pokušao da se suprostavi izvršenju arbitražne odluke pozivajući se na povredu proceduralnog javnog poretka, konkretno, na povredu pravila procedure koja se ogleda u onemogućavanju uvida u dokazni materijal ovoj stranci. *Ferco* je izjavio pravni lek Pekinškom sudu koji je potvrdio arbitražnu odluku, a u postupku pred engleskim sudom sudija *Colman* je zauzeo stav da stranka koja kao razlog osporavanja ističe činjenicu da je arbitražna odluka manljiva ili da je arbitražni postupak nepropisno sproveden mora prethodno da iskoristi sva pravna sredstva koja su joj na raspolaganju prema propisima mesta arbitraže, a da se ovaj princip mora shvatiti kao jedna od najznačajnijih rukovodnih ideja politike engleskih sudova koje se odnose na izvršenje stranih arbitražnih odluka. Sudija je naveo sledeća pitanja koja su od značaja kada se odbrana od izvršenja temelji na isticanju povrede pravila proceduralnog javnog poretka: priroda proceduralne nepravilnosti; da li je protivnik izvršenja iskoristio sva pravna sredstva koja su mu bila na raspolaganju prema propisima mesta arbitraže; da li je protivniku izvršenja u mestu arbitraže bilo na raspolaganju konkretno sredstvo koje koristi da bi se odbranio od izvršenja arbitražne odluke; da li su sudovi strane jurisdikcije u postupku po pravnom sredstvu koje je protivnik izvršenja iskoristio definitivno odlučili da održe na snazi arbitražnu odluku; ako je protivnik izvršenja propustio da iskoristi sredstvo koje mu je bilo na raspolaganju u mestu arbitraže, da li je to propuštanje posledica njegovog nemara.

U predmetu *Westacre*, jedan od razloga protivljenja izvršenju arbitražne odluke bio je taj što je odluka doneta na osnovu falsifikovanih dokaza i kao takva protivna javnom poretku. Engleski sud je, međutim, zauzeo stav da se stranci neće dozvoliti da u postupak pred engleskim sudom uvede dodatne dokaze kojima bi potkrepila svoju tvrdnju o postojanju povrede ukoliko se ne utvrdi da stranka koja trvrdi da postoji prevara nije imala mogućnosti da se pozove na povredu u toku arbitražnog postupka, i da su dokazi kojima se potkrešljuju navodi o postojanju krivokletstva u toj meri uverljivi da bi bilo razumno očekivati da

bi to bilo od odlučujućeg značaja prilikom donošenja arbitražne odluke. Ovaj sud je izneo i dodatni zahtev koji se odnosi na nedostupnost dokaza stranci u vreme kada je bilo moguće iste iskoristiti u postupku pred sudom kontrole u mestu arbitraže da bi se njima potkrepio zahtev za poništenje arbitražne odluke, ukoliko je vođenje takvog postupka bilo stranci na raspolaganju. Međutim, po ovom pitanju ne postoji drfinitivan i opšteprihvaćen stav, na šta ukazuje i to što se ni sve sudije veća koje je odlučivalo u ovom predmetu nisu složile sa ovako ustanovljenim pravilima.

Ipak, u jednom predmetu, u kojem je, ovoga puta, odlučivao američki sud, predviđen je sličan test. To je slučaj *Bonar vs Dean Witter Renolds Inc.* iz 1988. godine,⁴⁸ gde su ustanoljena sledeća pravila: Krivotvorenje mora biti ustanovljeno jasnim i ubedljivim dokazima; mora se pokazati da je prevaru bilo nemoguće otkriti uz poklanjanje dužne pažnje pre i u toku arbitražnog postupka; mora se pokazati da je povreda materijalno povezana sa predmetom arbitraže.

Ova odluka i dalje predstavlja važeći precedent u pravu Sjedinjenih Američkih Država.

Navedene odluke sudova SAD i Engleske ukazuju na to da, bez obzira na dužnost suda da o postojanju povreda javnog poretka vodi računa po službenoj dužnosti, stranka u arbitražnom postupku može izgubiti pravo na pozivanje na povredu javnog poretka. I Francuski sud u slučaju *Gemanco vs SAEPA, CA Paris*, iz 1989. godine, kao i apelacioni sud SAD u slučajima *AAOT Foreign Economic Association (VO) Trchnostory Eksport vs Interational Development and Trade services, Inc.*⁴⁹ gde se poražena stranka protivila izvršenju arbitražne odluke Ruskog arbitražnog suda u SAD iz razloga što je posedovala dokaze da su službenici arbitražne institucije koja je imenovala arbitre bili korumpirani, pri tom se oslanjajući na član V(2)(b) Njujorške konvencije, potvrdili su stanovište da se, ukoliko je propuštena mogućnost osporavanja arbitražne odluke iz ovih razloga pred arbitražnim sudom koji je rešavao o spornoj stvari, prigovor više ne može isticati.

ZAKLJUČAK

Lakša izvršivost arbitražnih odluka u državama različitim od države arbitražnog suda ili države porekla arbitražne odluke jedna je od nespornih prednosti arbitražnog rešavanja sporova proisteklih iz međunarodnih transakcija u odnosu na postupke pred državnim sudovima. Stoga, neki teoretičari smatraju da bi propisi Njujorške konvencije koji se odnose na javni poredak mogli da onemoguće

⁴⁸ 835 F. 2d 1378 (11 th Circ., 1988).

⁴⁹ 139 F. 3d 980 (2nd Circ., 1998).

širu primenu arbitražnog rešavanja međunarodnih trgoviskih sporova i time potkopaju osnovni cilj Konvencije.

Javni poredak predstavlja maglovitu kategoriju neprecizno određene sadržine, što sudovima izvršenja omogućava diskreciono tumačenje i primenu ovog instituta rukovođenu usko nacionalnim interesima.

Međutim, nesporno je da su kreatori Konvencije, u skladu sa nesumljivom intencijom što šire afirmacije međunarodne arbitraže, težili da ograniče domen javnog poretka koliko je to bilo moguće. I međunarodna arbitražna praksa pokazuje da su pokušaji odbrane od izvršenja arbitražne odluke pozivanjem na javni poredak retko kada bili uspešni. Ipak mora se priznati da nekonzistentnost u tumačenju i primeni javnog poretka zaista pruža neuspešnoj stranci mogućnost da još jednom pokuša da izbegne izvršenje obaveza nametnutih odlukom donetom na njenu štetu.

Kao prihvatljivi načini prevazilaženja problema vezanih za tumačenje i primenu javnog poretka, mogu se izdvojiti dva rešenja. Prvo se zasniva se na predlogu *Holtzmann* (*A Task for the 21 st Century: Creating a New Interational Court for resolving Disputes on the Enforceability of Arbitral Awards* (1995)), i *Schwebela* (*The Creation and Operation of Interational Court of Arabitral Awards* (1995)) za osnivanje "Međunarodnog suda za arbitražne odluke" (*Interetional Court of Arbitral Awards*), koji bi se između ostalog, bavio i pitanjima izvršivosti arbitražnih odluka. Međutim stvaranje ovakvog suda bi od strane mnogih država bilo shvaćeno kao ograničenje njihovog suvereniteta i iz tog razloga ovakva ideja nije naišla na širu podršku međunarodne zajednice. Drugi, možda lakše ostvrljiv način postizanja veće predvidljivosti i pravne sigurnosti na ovom planu bio bi da, po pitanju koje bi izuzetne okolnosti opravdale odbijanje priznanja i izvršenja arbitražnih odluka od strane nacionalnih sudova, međunarodna arbitražna zajednica kroz izgradnju arbitražne prakse postigne univerzalni konsezus koji bi nacionalni sudovi poštovali. Tako bi se "neobuzdani konj", kako je još 1824. godine u predmetu *Richardson vs Mellish* (1824.) jedan jedan engleski sudija okarakterisao javni poredak, stavio pod kontrolu i usmerio ka ostvarivanju opšteprihvaćenih ciljeva.

DEJAN JANIČIJEVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law University of Niš
LJUBICA NIKOLIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law University of Niš

INTERNATIONAL PUBLIC POLICY IN ARBITRATION

Summary

As a subject of theoretical examination and comparative legal analysis of the International Arbitration jurisprudence, public policy deserves special attention, due to the unequivocal determination of its' content as well as to the lack of uniform interpretation of its' content by the courts of different nationalities. Through the prism of public policy as an institute of international arbitration law are reflected the interests of different states before whose courts appears the problem of its' application – on the one hand, the interest of the state as a bearer of sovereign powers to prevent enforcement of a decision which contradicts domestic legislation and values on its' territory, and on the other, the interest of the state as a part of international legal community, to respect the finality of foreign arbitral awards, which is in accordance with the needs of international legal relations, as well as the affirmation of international arbitration. The search for the right solution of this problem resulted in determination of legislators and courts in numerous countries to apply a concept of public policy which is narrower, or at least different in terms of content, to that applied on domestic arbitral awards.

TONI DESKOSKI,
VANGEL DOKOVSKI

ARBITRABILNOST SPOROVA U VEZI SA KLEVETOM I UVREDOM U ARBITRAŽNOM PRAVU REPUBLIKE MAKEDONIJE

U V O D

U pravnom sistemu Republike Makedonije, kao i u svim državama koje su nastale raspadom SFRJ, kleveta i uvreda su tradicionalno bile tretirane kao krivična dela, a fokus pravne zaštite je bio usmeren ne samo prema zaštiti oštećenog pojedinca, već i ka širem društvenom interesu. Upravo je širi društveni interes bio razlog da kleveta i uvreda budi klasifikovane kako krivična dela protiv časti i ugleda pojedinca. Akcent je bio stavljen na kažnjavanju pričinitelja štete, a jedna od predviđenih sankcija bila je zatvorska kazna. U zadnjih nekoliko godina, širom prostora nekadašnje Jugoslovenske federacije, započeo je trend dekriminalizacije klevete i uvrede i uvođenja građansko-pravne odgovornosti za štetu koja nastaje na osnovu njih. Kao deo tog procesa su i u Republici Makedoniji kleveta i uvreda danas posebna vrsta građansko-pravnih delikata za koje je krivična odgovornost isključena. Pri tom, moramo napomenuti da se radi o specifičnom području, koje je tesno povezano sa slobodom govora i slobodom informisanja, imanentnih za svako demokratsko društveno uređenje.

Dr Toni Deskoski, profesor Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi", Univerzitet "Sv. Kiril i Metodij" Skopje, Republika Makedonija.

Mr Vangel Dokovski, saradnik Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi", Univerzitet "Sv. Kiril i Metodij" Skopje, Republika Makedonija.

Dekriminalizacija klevete i uvrede i uvođenje koncepta građansko-pravne odgovornosti za štetu koja ja njima učinjena, imalo je za posledicu i promenu vrste sudskog postupka u kojem se daje zaštita prava povređenom licu. Naime, umesto u domenu krivičnog postupka sada ovo pitanje spada u domen građansko-pravnog postupka, odnosno o njemu se odlučuje u parnici. Predmet istraživanja u ovom radu će biti mogućnost rešavanja sporova u vezi sa klevetom i uvredom putem arbitraže. Pritom, istraživanje će biti zasnovano na sledećim pretpostavkama:

a) kleveta i uvreda su dela za koja je neophodno obezbediti pravnu zaštitu u postupku koji garantuje jednak položaj stranaka i neutralnost i nepristrasnost foruma koji odlučuje;

b) pravna zaštita od klevete i uvrede je podobna da bude predmet arbitraže, odnosno sporovi koji proizilaze iz klevete i uvrede, podobni su da budu rešavani putem arbitraže;

c) u uslovima kada je sve veći broj nosilaca javnih funkcija koji pokreću postupak za zaštitu od klevete i uvrede protiv pojedinaca koji nisu nosioci vlasti, potrebno je obezbediti forum koji će biti nezavisan od stranaka i od državnog aparata;

d) nužno je obezbeđenje mogućnosti da o kleveti i navredi odlučuju lica koja imaju stručna poznavanja iz ove problematike, čime se ostavlja prostora za balansiranje između slobode govora, slobode delovanja, slobode misli i moralnog integriteta, časti i ugleda pojedinca.

POJAM ARBITRABILNOSTI

Punovažni arbitražni sporazum je temelj nadležnosti arbitraže za rešavanje određenog spora. Saglasnost stranaka izražena u arbitražnom sporazumu je osnovna obaveza stranaka da se podlože arbitraži. Arbitražni sporazum, kao i svaki drugi sporazum mora ispunjavati uslove postavljene u pozitivnim pravnim propisima da bi bio punovažan. Prvo, sporazum mora biti sklopljen od strane lica koji ispunjavaju opšte pravne pretpostavke u pogledu sposobnosti da sklope takvu vrstu sporazuma (*capacité de comprometre*).¹ I drugo, sporazum se mora odnositi na spor (sporove) koji je podoban da bude rešen putem arbitraže, odnosno mora se raditi o predmetu spora za koji država smatra da je podoban za rešavanje putem arbitraže.² Ova dva uslova zajedno čine svojstvo "arbitrabilnosti" (od latinskih reči: "arbitratio", koji označava arbitražu i "bilis", koji označava mogućnost, podobnost), a koji se uslovi postavljaju zbog zaštite opšteg interesa.

¹ Više o sposobnosti za sklapanje arbitražnog sporazuma vidi: Perović Jelena, Ugovor o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži, Beograd, 1998, c. 88-89.

² Tako: Moses L. Margaret, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, 2008, s. 31.

U pravnoj se doktrini razgraničavaju dve vrste arbitrabilnosti: a) *subjektivna* - koja se odnosi na sposobnost lica da budu stranke u arbitražnom postupku (arbitrabilnost *ratione personae*); i b) *objektivna* - koja se odnosi na podobnost predmeta spora da bude podložen arbitraži (arbitrabilnost *ratione materiae*).³ Subjektivna arbitrabilnost treba da odgovori na pitanje koj se može podložiti arbitraži, dok objektivna arbitrabilnost determinira šta može biti predmet arbitraže.⁴

Prema Konvenciji o priznanju i izvršenju stranih arbitražnih odluka, iz Njujorka 1958. godine (u daljem tekstu: Njujorška konvencija), pitanje arbitrabilnosti se može postaviti pred državnim sudom kada se od suda traži da prizna arbitražni sporazum, proglasi se nenadležnim i uputi stranke na arbitražu (član II), kao i u postupku priznanja i izvršenja strane arbitražne odluke (član V).⁵

Subjektivna arbitrabilnost (arbitrabilnost ratione personae)

Subjektivna arbitrabilnost, kao što je već bilo napomenuto, predstavlja sposobnost jednog lica da bude stranka u arbitražnom postupku. Ona obuhvata podjednako sve modalitete zbog kojih, kod stranaka može odsustvovati sposobnost za punovažno sklapanje arbitražnog sporazuma i to: "nedostatak sposobnosti da se bude stranka u arbitražnom postupku i nedostatak poslovne sposobnosti za punovažno sklapanje arbitražnog sporazuma"⁶

Objektivna arbitrabilnost (arbitrabilnost ratione materiae)

Dopuštanjem slobode stranaka da ugovaraju arbitražu kao način za rešavanje njihovih međusobnih sporova, država se odriče jednog od svojih esencijalnih atributa – nadležnosti svojih sudova da raspravljaju i odlučuju u sporovima o građanskim subjektivnim pravima. Ipak, država za sebe zadržava pravo da propiše da su samo državni sudovi nadležni da raspravljaju i odlučuju za određene vrste sporova. Za takve se sporove kaže da su nearbitrabilni. Podobnost jednog spora da

³ Hanotiau Bernard, L'arbitrabilité, Recueil des cours de L'Académie de droit international de la Haye, 2002, Tome 296, s. 43. Isto i Sajko Krešimir, Arbitration Agreement and Arbitrability Solutions and Open Issues in Croatian and Comparative Law, 3 Croatian Arbitration Yearbook, 1996, (<http://web.lexis-nexis.com> 2000), s. 3.

⁴ Böckstiegel Karl-Heinz, "Public Policy and Arbitrability", во збирката: Sanders Pieter (editor), Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration, ICCA Congress Series No. 3, Deventer, 1987, s. 181.

⁵ Vidi: Arfazadeh Homayoon, Arbitrability under the New York Convention: The Lex Fori Revisted, Arbitration International, Vol. 17, No. 1, 2001, s. 73.

⁶ Tako: Patocchi Paolo Michele, The 1958 New York Convention, The Swiss Practice, objaveno во збирката: The New York Convention of 1958, A Collection of Reports and Materials, ASA Special Series, No. 9, Zürich, 1996, s. 168.

bude podložen arbitraži, u pravnoj se doktrini naziva objektivna arbitrabilnost. Isto tako, pojedini autori navode da ovaj termin “*izražava kvalititet koji treba poseđovati jedna pravna materija, pitanje ili spor, da bi bio podložen jurisdikcionoj vlasti arbitara*”.⁷ Opravdanje propisivanja isključive sudske nadležnosti zasniva se na shvatanju da je određena materija neophodna za osnovno funkcionisanje pravde ili vođenje biznisa i zbog toga je ona isključivo rezervisana za državne sudove.⁸

Propisi kojima se reguliše objektivna arbitrabilnost su imperativne prirode, pri čemu se njima najčešće definišu sporovi za koje nije dozvoljeno ugovarati arbitražu. Ukoliko stranke i pored zabrane sklope arbitražni sporazum za spor koji nije arbitrabilan, takav sporazum neće biti punovažan. Na osnovu toga, u pravnoj se doktrini konstatuje da je “arbitrabilnost u stvari uslov za punovažnost arbitražnog sporazauma, a samim time i za nadležnost arbitara.”⁹

Međunarodne arbitražne konvencije ne sadrže nikakvu smernicu pogledu određivanja kruga pitanja koja bi mogla biti obuhvaćena nearbitrabilnošću sporova. To je sasvim razumljivo, s obzirom da su razlike između pojedinih nacionalnih zakonodavstava u pogledu shvatanja i primene koncepta arbitrabilnosti sporova prevelika. Baš zbog toga, sudije iz različitih jurisdikcija pitanje dali je predmet spora arbitrabilan razgledaju iz različitog aspekta.¹⁰ Svaka država zavisno od vlastite procene, u svom zakonodavstvu određuje područja u kojima neće biti dopušteno da stranke ugovaraju arbitražu. U pravnoj se teoriji ističe da “nearbitrabilni karakter određenih pitanja leži u neraskidivoj vezi koja postoji između njih i osnova ekonomskog i socijalnog poretka države čiji sud dobija zadatak da štiti tu vezu.”¹¹ Tradicionalno, kao oblasti koje su rezervisane za rešavanje od strane državnih sudova smatraju se anti-monopolsko zakonodavstvo, punovažnost prava iz industrijske svojine (patenti, zaštitni znaci i dr.), zaštita potrošača, berzanske transakcije vrednosnim papirima, statusni sporovi trgovačkih društava, zabrane za trgovinu sa inostranstvom, osiguranje, transport i sl.¹²

⁷ Level Patrice, L'arbitrabilité, Revue de l'arbitrage, 1992, s. 213.

⁸ Tweeddale Andrew, Tweeddale Keren, Arbitration of Commercial Disputes, International and English Law and Practice, Oxford University Press, 2005, s. 110-111.

⁹ Hanotiau Bernard, L'arbitrabilité, Recueil des cours de L'Académie de droit international de la Haye, 2002, Tome 296, s. 39.

¹⁰ Baron M. Patrick, Liniger Stefan, A Second Look at Arbitrability, Approaches to Arbitration in the United States, Switzerland and Germany, Arbitration International, Vol. 19, No. 1, 2003, s. 27.

¹¹ Hascher Dominique, “Les Conditions d'arbitrabilité et la jurisprudence”, Competition and Arbitration Law, dossier de l'Institut de la CCI, 1992, s. 151 – citirano prema: Hanotiau Bernard, op. cit., s. 40.

¹² Opširnije za pitanje ograničenja arbitrabilnosti sporova vidi: Hanotiau Bernard, op. cit., s. 117-243.

Redfern/Hunter navode da se “koncept arbitrabilnosti, kao što se ispravno naziva, odnosi na ograničenja javnog poretka nad arbitražom, kao metoda za rešavanje sporova. Svaka država može odlučiti, prema svojoj ekonomskoj i socijalnoj politici, koja pitanja mogu biti rešavana putem arbitraže, a koja ne. U međunarodnim situacijama, arbitrabilnost uključuje balansiranje nekoliko suprotstavljenih političkih ciljeva. Zakonodavci i sudovi u svakoj zemlji moraju uravnotežiti značaj očuvanja oblasti od javnog interesa (kao što su ljudska prava ili krivično-pravna pitanja) u nadležnosti sudova, naspram javnog interesa koji se izražava u ohrabrenju pristupanja pred arbitražu u trgovačkim stvarima.”¹³

Granice objektivne arbitrabilnosti

U zadnjih nekoliko decenija, paralelno sa razvitkom prava *in favor arbitrandum*, odvija se i proces proširenja granica arbitrabilnosti na određene vrste sporova. U pravnoj teoriji se ističe da nacije “ruše barijere ka kompletno autonomnoj arbitraži alarmantnom stopom. Ove zemlje više ne gledaju na arbitražu kao na uzurpaciju suvereniteta njihove vlasti, čak niti njihovih palata pravde.”¹⁴

Postoje nekoliko kategorija sporova, u vezi sa kojima se najčešće postavlja pitanje arbitrabilnosti. To su: sporovi u vezi sa pravima iz intelektualne svojine, anti-monopolski sporovi, sporov u vezi sa trgovanjem vrednosnih papira, sporovi u vezi sa stečajnim postupcima, sporovi vezani za krivično-pravna pitanja (davanje mita i korupcija) i akcionarski sporovi.

OBJEKTIVNA ARBITRABILNOST U PRAVNOM SISTEMU REPUBLIKE MAKEDONIJE

Republika Makedonija ima odvojene unutrašnje propise koji regulišu međunarodnu i unutrašnju arbitražu. Međunarodna trgovačka arbitraža regulisana je Zakonom o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži Republike Makedonije iz 2006 godine (u daljem tekstu: ZMTA).¹⁵ Unutrašnja arbitraža je još uvek regulisana Zakonom o parničnom postupku.¹⁶ Prema ZMTA, arbitraža je međunarodna ukoliko: 1) je barem jedna od stranaka, u vreme zaključenja arbitražnog sporazuma, fizička osoba sa prebivalištem ili trajnim boravištem izvan teritorije Republi-

¹³ Redfern Alan, Hunter Martin, *International Commercial Arbitration*, 2-nd edition, 1992, s. 137.

¹⁴ Sever Jay R., *The Relaxation of Inarbitrability and Public Policy checks on U.S. and Foreign Arbitration: Arbitration out of Control?*, *Tulane Law Review*, no. 65, June 1991 (<http://web.lexis-nexis.com> 2000), s. 29.

¹⁵ Zakon za međunarodna trgovska arbitraža na Republika Makedonija, “Služben vesnik na Republika Makedonija”, br. 39/2006.

¹⁶ Zakon za parničnata postapka, “Služben vesnik na Republika Makedonija”, br. 79/2005, 110/2008 и 83/2009 i 7/2011 (prečišćeni tekst).

ke Makedonije, ili pravna osoba sa sedištem izvan teritorije Republike Makedonije ili 2) se mesto u kojem treba da se izvrši značajan deo obaveza iz trgovačkog odnosa ili mesto sa kojim je predmet spora u natesnijoj vezi, ne nalazi na teritoriji Republike Makedonije.¹⁷

Objektivna arbitrabilnost sporova regulisana je u članu 1, stavovi 2 i 6 ZMTA, u kojima je propisano: "... Međunarodna trgovačka arbitraža, na osnovu sporazuma stranaka, rešava sporove o pravima o kojima stranke slobodno raspoložu. ... Ovaj zakon ne odnosi se na pitanja za koje je zakonom propisano da je za rešavanje određenih sporova isključivo nadležan sud Republike Makedonije."

ZPP sadrži sličnu formulaciju, kojom se predviđa da se unutrašnja arbitraža može ugovoriti "za sporove o pravima o kojima stranke slobodno raspoložu ... ako zakonom nije opredeljeno da određnu vrstu sporova rešava isključivo drugi sud".¹⁸ Ovim je normama arbitrabilnost postavljena dosta široko. Pred arbitražom mogu biti podloženi svi sporovi koi ispunjavaju sledeća dva uslova: a) da se radi o sporu o pravima kojima stranke slobodno raspoložu i b) da se radi o sporu za koji zakonom nije propisana isključiva nadležnost suda Republike Makedonije. "Tendencija proširivanja kategorija arbitrabilnih sporova ... predstavlja odraz široko rasprostranjenog pokreta u komparativnom pravu",¹⁹ kojem se priključio i makedonski pravni poredak.

Sporovi o pravima kojima stranke slobodno raspoložu

U nacionalnim arbitražnim pravnim sistemima, po pravilu postoji jedna opšta odredba, koja određuje kriterijum na kome je postavljena objektivna arbitrabilnost sporova, a zatim se propisuju i posebne odredbe koje isključuju arbitrabilnost za neke od sporova koji ispunjavaju opšti kriterijum arbitrabilnosti. U pravnom sistemu Republike Makedonije objektivna arbitrabilnost sporova veže se za ona prava kojima stranke slobodno raspoložu (ZMTA, član 1 stav 2 i ZPP član 441, stav 1). Upotreba ovakve opšte formulacije karakteristično je i za veliki broj drugih nacionalnih pravnih sistema, kao na primer, Francuske,²⁰ Holandije,²¹ Hrvatske,²²

¹⁷ Član 1, stav 3 ZMTA.

¹⁸ ZPP, član 441 stav 1.

¹⁹ Gaillard Emmanuel, Savage John (editors), Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration, The Hague, 1999, op. cit., s. 337.

²⁰ Član 2059 u vezi sa članom 2060 Francuskog Građanskog zakonika (Code civile).

²¹ Član 1020, stav 3 Holandskog Zakona o arbitraži iz 1986 година.

²² Član 3 Hrvatskog Zakona o arbitraži iz 2001. godine.

Slovenije,²³ Grčke,²⁴ Italije²⁵, Brazila²⁶, Bugarske²⁷ i drugi. U Nemačkoj²⁸ (kao i u Austriji,²⁹ Belgiji³⁰ i Sloveniji³¹), predviđeno je da su sva imovinsko-pravna potraživanja arbitrabilna, a zahtevi koji nisu imovinsko-pravne prirode mogu biti predmet sporayuma o arbitraži samo ako stranke mogu o njima zaključiti poravnanje.

U Švajcarskoj je usvojen liberalniji režim, koji dopušta arbitrabilnost za sve sporove koji se tiču ekonomskih interesa.³²

Srpski Zakon o arbitraži iz 2006. godine (u daljem tekstu: SZA) predviđa da se arbitraža može ugovoriti za rešavanje imovinskog spora o pravima kojima stranke slobodno raspolažu, osim sporova za koje je određena isključiva nadležnost sudova.³³

Odredbu člana 1, stav 2 ZMTA, kao i onu iz člana 5, stav 1 SZA ne bi trebalo tumačiti restriktivno, u smislu da obuhvata jedino one sporove o pitanjima koja su regulisana dispozitivnim pravnim pravilima. Mnogo je prihvatljivije liberalnije doktrinarno tumačenje sfere arbitrabilnosti,³⁴ prema kome se pred arbitražu mogu izneti svi sporovi u kojima stranke mogu zaključiti poravnanje, i pored toga što eventualno spor proizilazi iz odnosa koji je regulisan imperativnim propisima. Tu bi spadali sporovi iz ugovornih odnosa, kao i sporovi iz izvanugovornih odnosa, pre svega vanugovorne odgovornosti za štetu.³⁵ Okolnost da je spor regulisan imperativnim normama, trebalo bi jedino da utiče na određivanje merodavnog materijalnog prava po kome će se spor rešiti od strane arbitara. Tako, ukoliko je spor koji je samo delimično regulisan prisilnim propisima iznesen pred

²³ Član 4, stav 1 Slovenačkog Zakona o arbitraži iz 2008. godine.

²⁴ Član 867 Grčkog Zakona o građanskom postupku.

²⁵ Član 808 Italijanskog Zakona o građanskom postupku.

²⁶ Član 1 Brayilskog Zakona o arbitraži iz 1996. godine.

²⁷ Član 2 Bugarskog Zakona o međunarodnoj trgovačkoj arbitraži iz 1988, izmenjenog u dopunjenog 1993. godine.

²⁸ Član 1031, stav 1 Knjige X Nemačkog Zakona o građanskom postupku (ZPO) od 1997. g.

²⁹ Član 582 stav 1 Šestog dela, Četvrte Glave Austriskog Zakonika o građanskom postupku iz 2006. godine.

³⁰ Član 1676 stav 1, Šeste Glave Belgijskog Zakonika o Građanskom postupku iz 2013. g.

³¹ Član 4, stav 1 Slovenačkog Zakona o arbitraži iz 2008. godine.

³² Član 177, stav 2 Švajcarskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu iz 1987. godine.

³³ Član 5, stav 1 Srpskog Zakona o arbitraži iz 2006. godine.

³⁴ Tako: Dika Mihajlo, Republika Hrvatska i jedinice lokalne samouprave kao stranke u međunarodnoj trgovačkoj arbitraži, *Pravo u gospodarstvu*, br. 1-2/1995 – citirano prema: Čulinović-Herc Edita, *Arbitrability of Unfair Competition Disputes*, *Croatian Arbitration Yearbook*, no. 3, 1996, (<http://web.lexis-nexis.com> 2000), s. 9.

³⁵ Sajko Krešimir, *op. cit.*, s. 6.

arbitražu, arbitri će biti dužni da primene te norme, koje su prema njihovoj pravnoj prirodi deo javnog poretka.³⁶ Mogućnost raspolaganja određenim pravom, trebalo bi stoga, posmatrati u kontekstu postupka - ako bi strane mogle neposredno ili posredno raspolagati određenim pravom izvan postupka (otuđiti ga ili steći ga jednostranim ili dvostranim pravnim delom) odnosno u nekom postupku, sudskom ili upravnom (priznajući zahtev, odreći se zahteva ili zaključiti sudsko poravnanje o zahtevu), onda se načelno radi o sporu koji je arbitabilan.³⁷ Otuda, "spor o pravima kojima se slobodno raspolaze" i "spor o kome se može zaključiti poravnanje", trebalo bi tumačiti kao sinonime.

U vezi sa arbitabilnošću sporova u makedonskom pravu, kao posebno interesantno postavlja se pitanje dali se pred arbitražom mogu odlučivati krivično-pravna pitanja, koja se postavljaju kao prethodna pitanja u vezi sa sporom za koji je pokrenuta arbitraža. Na primer, ponekad se pri rešavanju sporova iz trgovačkih ugovora pred arbitražom postavi kao prethodno pitanje: dali je ugovor zaključen putem koruptivnih radnji neke od stranaka? Pitanje dali određena radnja ugovornih stranaka predstavlja krivično delo koje je zabranjeno, spada u domen materijalnog krivičnog prava. U starijoj arbitražnoj i sudskoj praksi, usvojeno je bilo stajalište da se pred arbitražom ne mogu rešavati ova pitanja, odnosno da ona nisu arbitabilna.³⁸ Ali, u novije vreme, u pravnoj teoriji i sudskoj praksi pojedinih država, preovlađuje suprotno stajalište, prema kome, pokretanje pitanja postojanja protivpravnosti (zabrane krivičnim zakonodavstvom) u okviru određenog spora pred arbitražom, ne isključuje nadležnost arbitara da reše spor, uključujući i prethodno pitanje o suprotnošću određene radnje strana sa krivičnim propisima.³⁹ U sudskoj praksi Sjedinjenih Američkih Država (SAD), odlučeno je na primer, da se pred arbitražom mogu rešavati sporovi u kojima je uključeno i pitanje dali je određena radnja stranaka suprotna Zakonu o zabrani reketarskih i koruptivnih organizacija (Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act - RICO Act) u slučaju *Kerr-Mcgee Refining Corp. v. Triumph Tankers Ltd* iz 1990. godine.⁴⁰ U datom predmetu, sud je potvrdio arbitražnu odluku kojom je tužiocu dosuđe-

³⁶ Taka: Dika Mihajlo, Strana ulaganja i arbitraža, Naša zakonitost, br. 5/1989, s. 569.

³⁷ Triva Siniša, Uzelac Alan, Hrvatsko arbitražno pravo, Zagreb, 2007, s. 29.

³⁸ Tako: Wetter Gillis J., Issues of Corruption before International Arbitral Tribunals: the authentic text and true meaning of Judge Gunnar Lagergren's 1963 Award in ICC Case No. 1110, *Arbitration International*, Vol. 10, Issue no. 3, 1994, s. 277.

³⁹ Vidi: Moses Margaret L., op. cit., c. 31; Gaillard Emmanuel, Savage John (editors), Fouchard, Gaillard, Goldman, op. cit., c. 348.

⁴⁰ Presuda Okružnog suda Njujorka (United States District Court, S.D. New York) od 10.07.1990 godine, NO. 84 CIV. 3299 (WCC), 740 F.Supp. 288 (1990).

na naknada štete prema RICO Act-u. U Engleskoj sudskoj praksi, slična je odluka doneta u slučaju Fiona Trust v Yuri Privalov.⁴¹

Ovakva stajališta Amerčkih i Engleskih sudova nisu naišla na zakonodavnu potkrepu u Republici Makedoniji, tako da se u makedonskom arbitražnom pravu krivično-pravne stvari smatraju objektivno nearbitrabilnima.

*Sporovi za koje je zakonom propisana isključiva nadležnost suda
Republike Makedonije*

Isključiva nadležnost sudova određene države, u savremenim se arbitražnim zakonodavstvima retko propisuje kao ograničenje objektivne arbitrabilnosti, odnosno kao osnova za nepodobnost spora da bude podnet pred arbitražu. Tako na primer, ona nije propisana u arbitražnom zakonodavstvu Austrije, Francuske, Nemačke, Švajcarske, Italije, Brazila, Belgije, a u novije vreme i u Hrvatskoj i Sloveniji.

U pravnom sistemu Makedonije, isključiva je nadležnost sudova za prvi put uvedena kao ograničenje objektivne arbitrabilnosti u Saveznom Zakonu o praničnom postupku (SZPP) iz 1956 godine,⁴² a potom je bila zadržana i u svim sledećim redakcijama SZPP-a. Kao što je već prethodno navedeno u ovom radu, ovo je ograničenje arbitrabilnosti sadržano i u članu 1, stav 6 ZMTA koji se primenjuje na međunarodnu arbitražu, kao i u članu 441 stav 1 ZPP koji se primenjuje na unutrašnju arbitražu. Isključiva nadležnost suda Republike Makedonije u sporovima sa međunarodnim elementom regulisana je prvenstveno Zakonom o međunarodnom privatnom pravu (u daljem tekstu: ZMPP).⁴³ U njemu je predviđeno da isključiva nadležnost suda Republike Makedonije postoji, jedino kada je to izričito propisano zakonom.⁴⁴

Pojedinačne situacije za koje ZMPP propisuje isključivu nadležnost sudova Republike Makedonije, pretežno se odnose na sporove koji nisu arbitrabilni *ratione materiae*, odnosno tiču se sporova o pravima kojima stranke ne mogu raspolagati slobodno.⁴⁵

⁴¹ Fiona Trust & Holding Corporation & ors v. Yuri Privalov & ors [2007] EWCA Civ 20.

⁴² Član 437, stav 1 ZPP-a iz 1956 godine ("Službeni list FNRJ", br. 4/57).

⁴³ Zakon za međunarodno privatno pravo, "Služben vesnik na Republika Makedonija", br. 87/2007 i 156/2010.

⁴⁴ ZMPP, član 54.

⁴⁵ ZMPP propisuje sledeće situacije takvog tipa isključive nadležnosti suda Republike Makedonije: u sporovima radi utvrđivanja postojanja ili nepostojanja braka, poništaja braka ili razvoda, pod uslovom da je tuženi bračni drug Makedonski državljanin sa prebivalištem u Republici Makedoniji (član 73, stav 2); u sporovima za utvrđivanje ili osporavanje očinstva ili materinstva, ukoliko je podnesena tužba šprotiv deteta koje j Makedonski državljanin sa prebivalištem ili boravištem

U pogledu sporova o pravima o kojima stranke mogu slobodno raspolgati, isključiva nadležnost suda Republike Makedonije propisana je:

– u sporovima o pravu svojine i o drugim stvarnim pravima na nepokretnosti, u sporovima zbog smetanja poseda na nepokretnosti, kao i u sporovima nastalim iz zakupnih ili najamnih odnosa na nepokretnosti, ili iz ugovora o korišćenju stana ili poslovnih prostorija, ako se nepokretnost nalazi na teritoriji Republike Makedonije⁴⁶;

– u sporovima o osnivanju, prestanka i statusnih promena trgovačkog društva, drugog pravnog lica ili udruženja fizičkih ili pravnih lica, kao i u sporovima koji se odnose na punovažnost odluka njihovih organa, ukoliko društvo, drugo pravno lice ili udruženje ima sedište u Republici Makedoniji⁴⁷;

– u sporovima u vezi sa upisima u javnim registrima koji se vode u Republici Makedoniji⁴⁸;

– u sporovima u vezi sa prijavljivanjem i punovažnošću prava industrijske svojine, ako je prijava bila podnesena u Republici Makedoniji.⁴⁹

Isključiva nadležnost domaćih sudova kao osnov za ograničenje objektivne arbitrabilnosti podložena je otvorenoj kritici u pravnoj teoriji država u kojima se primenjivao nekadašnji SZPP. Glavni argument takve kritike je sastojao u tome što je ovo ograničenje ušlo u naše “parnično pravo u vreme njegovog pripadanja krugu zemalja socijalističkog paternalizma”.⁵⁰ To je bio razlog da se u novim arbitražnim zakonima Hrvatske i Slovenije ova negativna pretpostavka za zaključenje arbitražnog sporazuma ukine. Za razliku od toga, Srpski Zakon o arbitraži iz 2006 godine, podjednako kao i član 1, stav 6 ZMTA, zadržao je isključivu nadležnost domaćih sudova kao smetnju za dogovaranje arbitraže. Čini se da je ovakav obazriviji pristup Makedonskog i Srpskog zakonodavca primereniji, jer se njime u suštini isključuje samo mali broj pitanja iz kruga objektivne arbitrabilnosti, a za koje je zakonodavac ustanovio da postoji snažan državni interes da budu raspravljena i odlučivana isključivo od strane domaćih državnih sudova.

u Republici Makedoniji (član 76, stav 2); u sporovima o čuvanju, podizanju i vaspitanju dece koja su pod roditeljskim staranjem, ako su tuženi i dete makedonski državljani i oboje imaju prebivalište u Republici Makedoniji (član 78, stav 2); u stvarima starateljstva državljana Republike Makedonije (član 88).

⁴⁶ ZMPP, član 69.

⁴⁷ ZMPP, član 65,

⁴⁸ ZMPP, član 66.

⁴⁹ ZMPP, član 67.

⁵⁰ Tako: Triva Siniša, Uzelac Alan, op. cit., s. 33.

ARBITRABILNOST SPOROVA O KLEVETI I UVREDI
U REPUBLICI MAKEDONIJI NAKON ZAKONODAVNE REFORME
IZ 2012. GODINE

U 2012. godini, u Republici Makedoniji izvršena je zakonodavna reforma kojom su dekriminalizovane radnje kojima se nanosi uvreda ili kleveta. Donet je Zakon o građanskoj odgovornosti za uvredu i klevetu,⁵¹ a paralelno je izvršena izmena Krivičnog zakonika kojom su ukinute odredbe kojima su bile inkriminirane kleveta i uvreda.⁵² Na taj način, došlo je do promene vrste odgovornosti za klevetu i uvredu, od kričnopravne u građanskopravnu, a samim tim i vrste sudskog postupka u kojoj se daje pravna zaštita onima koji su povređeni ovim delima. Umesto u krivičnom postupku, postojanje klevete ili uvrede se nakon stupanja na snagu Zakona o građanskoj odgovornosti za uvredu i klevetu utvrđivati u parničnom postupku, u saglasnosti sa novom pravnom prirodom odgovornosti počinioca uvrede ili klevete. Novina je i to što je ukinuta mogućnost da se naknada štete koja je izazvana klevetom i uvredom traži u krivičnom postupku na osnovu odredaba o imovinskoj odgovornosti za učinjeno krivično delo, tako da se sada naknada štete može ostvariti jedino u parničnom postupku umesto u jednom od ova dva alternativna postupka.

Zakon o građanskoj odgovornosti za uvredu i klevetu uređuje građansku odgovornost za štetu nanесenu časti i ugledu fizičkog ili pravnog lica klevetom i uvredom. (član 1) Pri tom, u njemu je uvrštena i garancija slobode izražavanja i informisanja kao jedna od bitnih osnova demokratskog društva. (član 50) Ovaj Zakon sadrži ne samo materijalnopravne već i procesnopravne odredbe. Predmet regulisanja su definicije uvrede i klevete, isključenje odgovornosti za uvredu i klevetu, teret dokazivanja, vrste i obim štete koja se može nadoknaditi povređenom licu, rok za podnošenje zahteva za odgovornost i naknadu štete za klevetu i uvredu i dr. Praktično, ovaj propis je postavljen kao *lex specialis* kako u odnosu na Zakon o obligacionim odnosima, tako i odnosu na Zakon o parničnom postupku.

Zakon o građanskoj odgovornosti za uvredu i klevetu propisuje da za uvredu odgovara onaj ko sa namerom da omalovaži, izjavom, ponašanjem, objavljivanjem ili na drugi način izrazi o drugom ponižavajuće mišljenje, kojim se povređuju njegovi čast i ugled (član 6). Za klevetu odgovara onaj ko za drugu osobu sa utvrđenim ili očiglednim identitetom, sa namerom da nanese štetu njegovoj časti i ugledu, pred trećim licem iznosi ili prenosi neistinite okolnosti koje su štetne za njegovu čast i ugled, a zna ili je bio dužan znati i mogao je da zna da su neistinite. (član 8)

⁵¹ Zakon za građanska odgovornost za kleveta i navreda, "Služben vesnik na Republika Makedonija", br. 143/2012.

⁵² Zakon za izmeni i dopolnuvanja na Krivičniot zakonik, "Služben vesnik na Republika Makedonija", br. 142/2012.

U novonastaloj situaciji koja je izazvana dekriminalizacijom uvrede i klevete, postavlja se pitanje, dali je jedna od njenih posledica otvaranje vrata arbitrabilnosti za uvredu i klevetu? Odgovor na ovo pitanje se mora potražiti najpre u pravilima kojima se reguliše arbitrabilnost sporova. Kao što je već napomenuto u ovom tekstu, makedonsko arbitražno pravo postavlja dva osnovna uslova za arbitrabilnost sporova: prvo, mora se raditi o sporu o pravima kojima stranke slobodno raspolažu⁵³ i drugo, ne sme se raditi o sporu za koji je propisana isključiva nadležnost suda Republike Makedonije.⁵⁴

Po tužbenom zahtevu o odgovornosti za uvredu i klevetu sud mora doneti odluku o dva pitanja: najpre, tome dali se radnja koju je učinilo lice prema kome je usmeren zahtev za odgovornost može kvalifikovati kao kleveta ili uvreda, a zatim, ako je odgovor na prvo pitanje pozitivan, koja se vrsta štete šteta i u kojem obimu treba nadoknati? Prvo pitanje je do zakonodavne reforme iz 2012 godine bilo u domenu krivičnog prava i o njemu je mogao odlučivati samo sud u krivičnom postupku. Tužbeni zahtev za utvrđivanje postojanja klevete ili uvrede u parnici je bio isključen. To jasno nameće zaključak da se nije radilo o arbitrabilnom pitanju, imajući u vidu rigidni stav makedonskog arbitražnog prava u pogledu mogućnosti odlučivanja o krivično-pravnim pitanjima koje su vezane za glavni spor u toku arbitražnog postupka. S druge strane, pravo na naknadu štete izazvane krivičnim delom, uključujući i uvredom ili klevetom, se i u takvoj situaciji smatralo imovinskopравnim (građanskopравnim) zahtevom, za koje je oštećeno lice moglo, pod uslovima utvrđenim u Zakonu o krivičnom postupku optirati dali će ga postaviti u krivičnom postupku, ili pak pokrenuti parnicu.⁵⁵ Zakon o obligacionim odnosima izričito propisuje da se pravo na naknadu štete izazvane krivičnim delom smatra pravom kojim stranke slobodno raspolažu.⁵⁶ Isto tako, naknada štete izazvane krivičnim delom nije nikada spadala u isključivu nadležnost makedonskog suda, što vodi do zaključka da su ispunjeni oba uslova za njenu arbitrabilnost, odnosno da se radi o sporovima koji su se mogli i po starom zakonodavstvu izneti pred arbitražu.

Dekriminalizacijom uvrede i klevete u 2012. godini, čak i prvo pitanje, odnosno postojanje uvrede ili klevete, prebačeno je u građanskopравni korpus, pri

⁵³ Član 1, stav 2 ZMTAiI član 441 stav 1 ZPP.

⁵⁴ Član 1, stav 6 ZMTA.

⁵⁵ Ovi uslovi su propisani u članovima 110-118 Zakona o krivičnom postupku ("Služben vesnik na Republika Makedonija" br. 150/2010).

⁵⁶ Vidi: član 1131, stavovi (1) i (2) Zakona o obligacionim odnosima ("Služben vesnik na Republika Makedonija" br. 18/2001, 78/2001, 04/2002, 59/2002, 05/2003, 84/2008 i 81/2009) u kojima je propisano: "(1) Predmet poravnanja može da bude svako pravo kojim se može raspolagati. (2) *Punovažno je poravnanje o imovinskim posledicama krivičnog dela.*" (podvlačenje je dodato)

čemu se sudska zaštita ostvaruje u građanskom (parničnom) postupku.⁵⁷ Samim tim, ono je transformisano u pravo kojima stranke slobodno raspolazu, čime je pak ispunjen prvi uslov za njegovu arbitrabilnost na osnovu odredbe iz člana 1, stav 2 ZMTA i člana 441, stav 1 ZPP-a. Isto tako, Zakonom o građanskopravnoj odgovornosti klevetu i uvredu, a ni drugim zakonima Republike Makedonije, nije predviđena isključiva nadležnost makedonskog suda za sporove koji se odnose na klevetu i uvredu, što vodi do ispunjenja i drugog uslova za objektivnu arbitrabilnost po članu 1 stav 6 ZMTA i članu 441 stav 1 ZPP. Možemo zaključiti da su prema pozitivnom stanju u arbitražnom zakonodavstvu Republike Makedonije, sporovi u vezi sa uvredom i klevetom arbitrabilni, nezavisno od toga dali se radi o sporu bez međunarodnog elementa o kome treba odlučivati unutrašnja arbitražna regulisana ZPP-om, ili je reč o sporu koji se po pravilima o međunarodnoj arbitraži iz ZMTA.

U pogledu rešavanja sporova u vezi sa uvredom ili klevetom pred unutrašnjom arbitražom u Republici Makedoniji treba imati u vidu jednu specifičnost u pogledu vrste arbitraže koja se može ugovoriti. Naime, ZPP propisuje da se sporovi bez međunarodnog elementa o pravima kojima stranke slobodno raspolazu mogu iznositi pred stalnim izabranim sudovima (arbitražama) koji su osnovani pri privrednim komorama i pri drugim organizacijama predviđenim zakonom.⁵⁸ To znači da se u unutrašnjoj arbitraži može ugovoriti jedino arbitražna institucija, dok *ad hoc* arbitraža nije dostupna strankama. Ovakva odredba je ostatak iz vremena socijalističke ekonomije i uređenja, kada je postojao monopol nad organizovanjem privrednih subjekata u jedinstvenu privrednu komoru, koja je bila tretirana kao paradržavni organ, a samim tim i arbitraža (izabrani sud) koji je funkcionisao u njenom okviru je imao isti tretman. Danas je ovakvo zakonsko rešenje potpuno neadekvatno, pogotovu što *ad hoc* arbitraža pruža strankama određene prednosti u odnosu na institucionalnu arbitražu, pa je zato neophodno da ono bude ukinuto u prvoj reviziji ZPP-a.

PREDNOSTI ARBITRAŽNOG REŠAVANJA SPOROVA NASTALIH IZ UVREDE ILI KLEVETE

U pravnoj se teoriji identifikuje veliki broj prednosti koje arbitraža kao alternativni način rešavanja sporova ima u odnosu na državne sudove. Među njima posebno se ističu tajnost raspravljana, prihvaljiva sredina i pomirljiv ton pri ra-

⁵⁷ Član 19, stav 4 Zakona o građanskopravnoj odgovornosti za uvredu i klevetu predviđeno je da se postupak pokreće tužbom oštećenog lica u roku od tri meseca od danakada je tužitelj saznao ili je trebalo da sazna o uvredljivoj ili klevetničkoj izjavi i o identitetu lica koje je izazvalo štetu, ali ne kasnije od jedne godine od dana kada je izjava data pred trećim licem.

⁵⁸ Član 441 stav 1 ZPP-a.

spravljanju, jednostavnost procesnih formi, bryinu i relativnu jeftinoću postupka, nevezanost arbitra za državni aparat i mogućnost da se imenuju arbitri koji imaju stručnost za područje iz kojeg je nastao spor među strankama.⁵⁹ Sve one vrede i za arbitražno rešavanje sporova nastalih iz klevete ili uvrede.

Arbitražno rešavanje sporova u vezi sa uvredom i klevetom pruža i jednu dopunsku prednost, koja može u mnogome uticati na demokratski ambijent u Republici Makedoniji. Naime, Republika Makedonija, kao država u tranziciji, ima ozbiljnih izazova u pogledu vladavine prava, a među njima je možda najteži problem obezbeđivanja nezavisnosti sudova od uticaja političkog uticaja drugih grana vlasti, pre svega izvršne vlasti.⁶⁰ Paralelno sa tim, u zadnjih hekoliko godina drastično je porastao broj sudskih postupaka (pre 2012 krivičnih, a nakon toga građanskih) u kojima se kao oštećena strana pojavljuju državni funkcioneri, pre svega nosioci funkcija u izvršnoj vlasti, dok su tuženi najčešće novinari, urednici medijuma, opozicioni političari ili javne ličnosti. Kao rezultat javne kritike, sprovedena je dekriminalizacija uvrede i klevete, što se već nakon samo dve godine pokazalo nedovoljnim, jer zakonodavna reforma nije odstranila osnovni problem – javnu percepciju da ne postoji nepristrasnost i nezavisnost foruma koji odlučuje o ovim zahtevima.⁶¹ U takvoj situaciji, arbitraža, samim tim što je privatno pravno telo, koje je nezavisno od državnog aparata, a u čijem konstituisanju stranke imaju uticaja, pruža optimalne mogućnosti kao neutralni forum za rešavanje sporova u vezi sa uvredom i klevetom. Saglasnost stranaka da njihov spor u vezi sa klevetom ili uvredom bude rešavan od strane privatnih lica, u čijem imenovanju one same učestvuju, u velikoj bi meri moglo povratiti poverenje u donetu odluku, čak i od strane gubitnika. To bi imalo kao posredni rezultat unapređenje slobode izražavanja, kao jedne od ključnih komponenti demokratskog ambijenta u Republici Makedoniji.

ZAKLJUČAK

Dekriminalizacija klevete i uvrede i donošenje posebnog zakona o građanskoj odgovornosti za klevetu i uvredu u Republici Makedoniji u 2012 godini, dovela je do promene pravne prirode odgovornosti počinioca ove dve radnje. Umesto dotadašnje krivično-pravne prirode, odgovornost je postala građansko-pravnom. Shodno tome, danas se u parničnom postupku raspravlja ne samo o naknadi štete nastale od ovih dve radnji, već i o tome dali je učinjena radnja klevete

⁵⁹ Tako: Lasić Mile, *Arbitražno pravo*, Mostar, 2013, s. 20-21.

⁶⁰ Vidi: European Comission, 2013 Progress Report, za Republiku Makedoniju, s. 39 – dostupno na web sajtu: http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/key_documents/2013/package/mk_report_2013.pdf.

⁶¹ *Ibidem*, s. 45.

ili uvrede. Ova je promena imala uticaja i na arbitrabilnost sporova koji se odnose na klevetu ili uvredu. Sa obzirom na to da se sada radi o isključivo građansko-pravnom odnosu, stranke mogu ugovoriti arbitražu, kao alternativni način za rešavanje ovih vrsta sporova. Dozvoljeno je ugovaranje unutrašnje i međunarodne arbitraže, u zavisnosti od činjenica spornog odnosa. Ukoliko se radi o sporu bez međunarodnog elementa, stranke mogu ugovoriti jedino arbitražnu instituciju osnovanu u sklopu neke od privrednih komora, dok je *ad hoc* arbitraža kod ovih sporova isključena. *De lege ferenda*, potrebno je ukinuti ovo ograničenje u pogledu rešavanja sporova pred unutrašnjom arbitražom.

Pored ostalih prednosti koje nudi u odnosu na državno-sudsku zaštitu, u pogledu sporova nastalih iz uvrede ili klevete i jednu dopunsku prednost, arbitražno rešavanje pruža nudi jednu dopunsku prednost, koja može imati veliki uticaj na razvoj demokratskog ambijenta u Republici Makedoniji. Nezavisnost arbitara od državnog aparata i njihovo učesće u konstituisanju arbitražnog tribunal, omogućuje poverenje stranaka u neutralnost foruma koji rešava o njihovom sporu, posebno u situacijama u kojima je oštećeno lice državni funkcioner, a počini-lac sporne radnje novinar, politički konkurent ili javna ličnost, a radnja je izvršena preko sredstava javnog informisanja. Na taj način se može značajno unapređiti sloboda izražavanja i sloboda informisanja, a u isto vreme pružiti adekvatna zaštita ugledu i časti pojedinca, što je i bio ključni cilj dekriminalizacije klevete i uvrede. Put ka arbitrabilnišću sporova nastalih u vezi sa klevetom ili uvredom je otvoren stranama ovih sporova, a na njima ostaje odluka dali i kako će je iskoristiti.

TONI DESKOSKI, Ph.D.,

Associate Professor, Faculty of Law "Iustinianus Primus", University
"Ss Cyril and Methodius", Skopje, Republic of Macedonia

VANGEL DOKOVSKI, LL.M.,

Teaching and research fellow, Faculty of Law "Iustinianus Primus", University
"Ss Cyril and Methodius", Skopje, Republic of Macedonia

ARBITRABILITY OF DISPUTES ARISING OUT OF DEFAMATION OR INSULT IN MACEDONIAN ARBITRATION LAW

Summary

Objective arbitrability (arbitrability *ratione materiae*) involves determining which types of disputes may be resolved by arbitration. Since arbitration is an alternative dispute resolution with public policy consequences, traditionally, some types of disputes are reserved for the states courts. Such disputes are in the field of bankruptcy, family law and criminal law.

The authors are emphasizing that until 2012, defamation and insult were provided as criminal acts under the Criminal Law of Macedonia. In such a situation, the issue whether a statement of a person constituted a defamation or an insult, was not arbitrable. However, the types of damages that could be awarded to the injured person, and their amount, was an arbitrable issue. In 2012 defamation and insult were repealed from the Criminal Law, and a new Law on civil law liability for defamation and insult was enacted. Therefore, these two issues have become fully arbitrable. In the last part of the article, the authors are analyzing whether arbitration is an adequate forum for resolving disputes arising out of defamation or insult. It is concluded that arbitration is especially suitable in disputes where one of the parties is a state official, and the other party is a journalist or other private person, because of the neutrality that arbitration provides, since the arbitrators are not state employees, unlike state judges. Also the parties in the arbitral procedure are able to choose arbitrators with particular subject matter expertise in the area of freedom of speech.

JELENA VUKADINović

SUDSKA NADLEŽNOST U SPOROVIMA IZ UGOVORA O MEĐUNARODNOJ DISTRIBUCIJI

– S posebnim osvrtom na predmet Corman-Collins –

POSTAVLJANJE PROBLEMA

Distribucija predstavlja složeni ekonomski i pravni posao koji se realizuje ugovorom o distribuciji. Njegova složenost se ogleda kako u pogledu nastanka, tako i u pogledu pravnog dejstva. Prava i obaveze ugovornih strana iz posla distribucije nastaju iz jednog okvirnog sporazuma i niza kasnijih pojedinačnih ili konkretnih ugovora nastalih na osnovu posebnih naloga ili narudžbina u skladu sa okvirnim ugovorom. Tako preuzete obaveze su složene prirode i sastoje se iz niza faktičkih i pravnih radnji različite sadržine koje se u opštem smislu mogu grupisati u dve široke kategorije. Jednu grupu obaveza čine one koje su karakteristične za ugovore o prodaji uobičajene robe, dok drugu grupu čine prava i obaveze koje karakterišu ugovore o pružanju usluga. One su sadržane u osnovnoj obavezi snabdevača ili dobavljača da u dužem vremenskom periodu i u skladu sa pojedinačnim ugovorima “snabdeva” distributere ugovorenim “proizvodima”, dok se distributer obavezuje da “distribuirati” tako dobijene proizvode. Obaveze “snabdevanja” i “distribuiranja” su složene obaveze ne samo po broju konkretnih radnji ili činjenja koje u okviru njih treba preduzeti ili ispuniti, već, i pre svega, po njihovoj pravnoj prirodi.

Mr Jelena Vukadinović, Saarbrücken, Institut za uporedno pravo, Ekonomski fakultet, Beograd.

Ako posao distribucije sadrži elemenat inostranosti, koji se u praksi najčešće manifestuje kroz postojanje različitih mesta poslovanja ugovornih strana ili kroz pravno dejstvo ugovora na teritoriji dve ili više država, u pitanju su ugovori o međunarodnoj distribuciji. Kod ugovora o međunarodnoj distribuciji se, osim pitanja pravnog dejstva, kao sporna mogu postaviti i pitanja merodavnog prava prema kome će se ceniti da li su ugovorne strane ispunile svoje obaveze, kao i pitanje nadležnog suda koji će o tome konačno odlučivati.

Pitanje nadležnog suda je upravo istaknuto kao osnovno u predmetu *Corman Collins*,¹ čija presuda čini predmet ovog rada. Presuda u predmetu *Corman Collins* je od značaja iz više razloga.

Prvo, u pitanju je bio ugovor između ugovornih strana čija su se mesta poslovanja nalazila na teritorijama različitih država, što je poslu dalo međunarodni karakter i samim tim uslovalo primenu pravila Međunarodnog privatnog prava. Pravila Međunarodnog privatnog prava su za ovaj slučaj bila sadržana u Uredbi Brisel I, ali ih je trebalo pravilno protumačiti.

Drugo, mesta poslovanja su se nalazila na teritorijama država članica Evropske unije u kojoj je posao distribucije regulisan dvema grupama propisa: propisima o zaštiti konkurencije i Uredbom Brisel I. Za ova razmatranja su od značaja, pre svega, rešenja sadržana u Uredbi Brisel I, i to u delu koji se odnosi na "opšte odredbe" o nadležnosti (čl. 2) i u delu koji je naslovljen kao "posebna nadležnost" (čl. 5. Uredbe), jer po ovim pitanjima može doći do sukoba nadležnosti što otvara pitanja litispendencije.

Treće, jedna od ugovornih strana, u konkretnom poslu: distributer, a kasnije tužilac u pokrenutom sporu, je imala mesto poslovanja u Belgiji, u kome je posao distribucije i sudska nadležnost u slučaju sporova regulisan posebnim zakonom. Otuda se kao sporno, postavilo i pitanje kako rešiti eventualni sukob nadležnosti u slučaju da su u belgijskom pravu i u pravu EU predviđena različita rešenja.

Pomenuta pitanja čine sadržinu ovog rada, a biće analizirana i komentarisana kroz stavove koje je u predmetu *Corman Collins* zauzeo Sud pravde EU (u daljem tekstu Sud pravde) i mišljenje opšteg pravobranioca. Njihovo razumevanje pretpostavlja i da se prethodno nešto kaže o pojmu i pravnoj prirodi ugovora o distribuciji.

¹ Predmet *Corman-Collins SA v La Maison du Whisky SA*, presuda od 19. 12. 2013. nije još objavljena. Korišćen tekst na stranici Suda pravde EU <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?pro=&nat=or&oqp=&dates=&lg=&language=en&jur=C%2CT%2CF&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&num=C-9%252F12&td=%3BALL&pcs=Oor&avg=&page=1&mat=or&jge=&or=&cid=766350>

Pojam i značaj ugovora o distribuciji

Prodaja robe u međunarodnoj trgovini² se obavlja uglavnom preko posrednika koji na određenoj teritoriji u svoje ime ili u ime nalogodavca prodaju robu. Sva ova lica se mogu označiti opštim imenom posrednika. Prednosti prodaje preko posrednika su višestruke. Proizvođač se odlučuje da angažuje posrednika koji dobro poznaje lokalne poslovne prilike, uživa reputaciju i poštovanje potrošača na određenom tržištu, specijalizovan je za prodaju određene vrste robe, što sve zajedno doprinosi većem prihodu, promociji proizvoda i pozicioniranju određenog brenda na domaćem tržištu.³ Proizvođač može angažovati različite vrste posrednika koji će ga predstavljati na domaćem tržištu. Jedan od posrednika je i distributer⁴ sa kojim zaključuje ugovor o distribuciji.

Ugovor o distribuciji spada u kategoriju modernih⁵ ugovora privrednog prava koji se često koristi u međunarodnoj poslovnoj praksi. I pored činjenice da se dugo i u velikom broju koristi i u unutrašnjem i u međunarodnom prometu, ugovor o distribuciji je neimenovani pravni posao, pa se o njegovoj pravnoj prirodi može govoriti samo na osnovu stavova u pravnoj teoriji i, delimično, u sudskoj praksi. U pravnoj teoriji su podeljena mišljenja o njegovoj pravnoj prirodi, naročito posle slučaja *Corman Collins*.

Karakteristike obaveze iz ugovora o distribuciji

Ugovor o distribuciji je generalni ugovor⁶, koji služi kao pravni okvir, kojim se jedna ugovorna strana, isporučilac - proizvođač, snabdevač ili dobavljač, obavezuje da će u trajnijem periodu snabdevati drugu ugovornu stranu, distributera, proizvodima za dalju prodaju na određenom tržištu, a druga strana se obavezuje da te proizvode kupuje radi njihove prodaje drugim licima, potrošačima, na odre-

² Prodaja robe na stranom tržištu se može organizovati osnivanjem organizacionih oblika domaćeg društva u inostranstvu ili uspostavljanjem ugovornih odnosa između domaćeg prodavca i stranog kupca. Vid. R. Vukadinović, "Pojam i pravna priroda ugovora o distribuciji", *Pravni život*, br. 3-4/2008, str. 51. i dalje.

³ M. Parivodić, *Ugovor o ekskluzivnoj distribuciji u pravima Jugoslavije i Evropske unije*, Beograd, 1996, str. 14.

⁴ U zavisnosti od predviđenog odnosa prema proizvođaču ali o kupcu posrednice se mogu podeliti na: agente, distributere, privremene posrednike i predstavnike prodaje. Podela je preuzeta od R. Vukadinović, *Međunarodno poslovno pravo*, Kragujevac, 2013, str. 593, napomena br.2.

⁵ J. Perović, "How to secure Contract Performance? Distribution, Franchise nad Financial Leasing in Serbian Law", *Ekonomika preduzeća*, br. 3-4, mart-april 2012, Beograd, 2012, str. 149.

⁶ Razliku između okvirnih i generalnih ugovora v. kod S. Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1990, str. 229-230.

đenom tržištu i da za to plati cenu.⁷ Ugovor može imati različite pojavne oblike: ugovor o ekskluzivnoj distribuciji, ugovor o selektivnoj distribuciji i ugovor o ekskluzivnoj kupovini.

Ugovorom o ekskluzivnoj distribuciji snabdevač se obavezuje da proizvodi snabdeva samo jednog distributera na određenoj teritoriji ili za određenu grupu potrošača (klijenata). Ugovorom o selektivnoj distribuciji snabdevač se obavezuje da snabdeva proizvodima samo distributere koji su odabrani na osnovu određenih kriterijuma. Ugovorima o ekskluzivnoj kupovini distributer se obavezuje da proizvode kupuje samo od snabdevača ili od nekog drugog lica koji je određen od strane snabdevača.⁸

Slično kao i drugi dvostrano obavezujući ugovori i ugovor o distribuciji stvara prava i obaveze za obe ugovorne strane. Osnovna obaveza snabdevača se sastoji u "snabdevanju" distributera naručenim proizvodima i obaveštavanju distributera tokom trajanja ugovora o karakteristikama proizvoda, cenama, rokovima snabdevanja i drugim elementima i okolnostima koje su od značaja za distributera. Distributer ima obavezu da proizvode koji su predmet ugovora "distribuirati" na ugovorenoj teritoriji, da proizvode nabavlja samo od ugovorenog dobavljača, da izvan ugovorene teritorije ne traži kupce i da plati cenu.⁹

Pravna priroda ugovora

S obzirom da se posao distribucije sastoji od jednog opšteg sporazuma i više pojedinačnih ugovora, potrebno je razlikovati njihovu pravnu prirodu. Opšti sporazum o distribuciji predstavlja pravni okvir ili kišobran sporazum (*umbrella agreement*). U pravnoj teoriji prevladava stav da ovakav sporazum ne predstavlja potpuni ugovor o prodaji, već služi kao osnova za zaključivanje individualnih ugovora o prodaji, licenci, nalogu. Po nekim elementima, opšti sporazum liči na opšte uslove poslovanja, ali nije rezultat jednostrane izjave jedne od strana, već dogovor strana o uslovima budućeg snabdevanja, odnosno kupovine ugovorenih proizvoda.

Međutim, on sadrži samo neke elemente budućih ugovora, ali ne predviđa na koji način će do zaključenja individualnog ugovora doći, niti na koji način će ugovorene obaveze biti ispunjavane. Njime se utvrđuju samo opšti elementi i opšti uslovi njegovog izvršenja.¹⁰ Iz ovih razloga se na njega ne može primeniti Kon-

⁷ Čl. IV.E 5: 101 Nacrta Zajedničkih okvira za upućivanje; čl. 620. Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije.

⁸ Čl. IV.E-5:101 Nacrta Zajedničkih okvira za upućivanje.

⁹ R. Vukadinović, *n. delo*, str. 603-604.

¹⁰ S. Perović, *n. delo*, str. 229.

vencija UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe (u daljem tekstu Bečka konvencija).¹¹

Kad je reč o individualnim ugovorima koji se mogu zaključiti na osnovu pojedinačnih naloga i u skladu sa opštim sporazumom, preovladava shvatanje da se na prava i obaveze ugovornih strana može primeniti Bečka konvencija.¹² U pitanju je tzv. "složeni ugovor" ili ugovor sa složenim prestacijama.¹³ Njegova složena priroda ne proizilazi samo iz činjenice da proizvodi niz različitih prava i obaveza za ugovorne strane, već zbog toga što, sa jedne strane, potiču iz ugovora o prodaji i ugovora o vršenju usluga i, sa druge strane, što su različitog ranga. U pogledu merodavnog prava, to ima za posledicu da se na obaveze koje su karakteristične za ugovor o prodaji može primeniti Bečka konvencija, ali ne i za one koje karakterišu ugovor o pružanju usluga. Bečka konvencija će se primeniti samo ako na njena rešenja kao na merodavno pravo upućuju pravila međunarodnog privatnog prava. Ona su sadržana u Uredbi (EZ) br. 593/2008 Evropskog parlamenta i Saveta, od 17. 06. 2008 o pravu merodavnom za ugovorne obaveze (Uredba Rim I).¹⁴ Uredba predviđa da se u pogledu određivanja merodavnog prava, u slučaju kada ono nije izabrano, pojmovi "pružanje usluga" i "prodaja robe" tumače jednako.¹⁵ Prema odredbama člana 4. Rimske uredbe, za ugovor o prodaji kao i za ugovor o pružanju usluga merodavno je pravo države u kojoj prodavac, odnosno davalac usluge imaju uobičajeno boravište. Za ugovor o distribuciji, merodavno je pravo države u kojoj distributer ima uobičajeno boravište. Pod uobičajenim boravištem pravnog lica se smatra mesto glavne uprave, a kod fizičkih lica, mesto njihovog glavnog poslovanja. Kao merodavno, se uzima mesto u vreme sklapanja ugovora.

¹¹ M. J. Bonell and F. Liguori, *The UN Convention on the International Sale of Goods: A Critical Analysis of Current International Case Law*, *Revue de droit uniforme/Uniform Law Review*, 1997, str. 385-395; P. Huber, *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners*, Sellier, european law publ., 2007, str. 48; J. Perović, *Applicability of the CISG to International Distribution Agreement*, *Liber Amicorum Thomas Meyer*, Beograd, 2009, str. 320; J. Perović, *Selected Critical Issues Regarding the Sphere of Application of the CISG*, *Annals FLB – Belgrade Law Review*, Year LIX, 2011, No. 3, str. 187 i dalje. Ipak, J. Perović navodi presude u kojima su neki sudovi i ovaj ugovor tretirali kao ugovor na koji se može primeniti Bečka konvencija.

¹² V. P. Schechtriem, I. Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, Oxford, 2005, str. 26-28, napomena br. 15-16. i sudsku praksu u napomeni br. 28. I pored toga, konstatuje se da je granica između opšteg ugovora i pojedinačnih ugovora o distribuciji "vrlo tanka i neodređena".

¹³ V. U. Grušić, *Jurisdiction Complex Contracts under the Brussel I Regulation*, str. 2. Dostupno na <http://ssrn.com/abstract=1915561>. Poslednji pristup: 25.8. 2014.

¹⁴ Rome I Regulation (Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008.

¹⁵ Uvodne odredbe tač. 17.

Međutim, s obzirom da je u pitanju “složeni ugovor”, i nakon što se odredi merodavno pravo, potrebno je praviti razliku između prava i obaveza koje su karakteristične za ugovore o prodaji i ostalih obaveza. Na prava iz ugovora o distribuciji koje su slične obavezama iz ugovora o prodaji može se primeniti Bečka konvencija ili pravila unutrašnjeg nacionalnog prava. Tako se u Prednacrtnu Građanskog zakonika Srbije predlaže da se pravila o prodaji mogu primeniti na obaveze snabdevača koje se odnose na prodaju proizvoda (isporuka, odgovornost za materijalne i pravne nedostatke i sl.)¹⁶ a kod obaveza distributera, na one koje se odnose na prodaju proizvoda (cena, uslovi plaćanja i sl.)¹⁷

Probleme i razlike u tumačenju stvaraju “ostale obaveze” iz ugovora o distribuciji koje nisu karakteristične za ugovore o klasičnoj prodaji. U pitanju su obaveze koje se mogu opštim imenom označiti kao “saradnja na organizovanju i unapređenju zajedničke prodaje.”¹⁸ Pod ovim obavezama se podrazumeva obaveza snabdevača na obaveštavanje i očuvanje reputacije proizvoda (prema Prednacrtnu Građanskog zakonika Srbije), i obaveza distributera na “promociju i zaštitu interesa snabdevača.”¹⁹ Navedene obaveze su više karakteristične za ugovor o delu ili vršenju usluga, nego za klasične ugovore o prodaji.²⁰ Ugovorne strane su slobodne da ugovore primenu pravila o prodaji i na ove odredbe ugovora, kao što su odredbe o pružanju usluga oglašavanja i reklamiranja, zabranu direktne prodaje, zabranu reeksporta u treće države i slično. Ako to ne učine, primeniće pravila merodavnog prava koja važe za ugovore o pružanju usluga.

Posebnu vrstu obaveza predstavlja obaveza distributera da uloži najbolje napore da promoviše i reklamira proizvode snabdevača na određenoj teritoriji u skladu sa opštim upustvima snabdevača, da čuva njegovu reputaciju, kao i da štiti interese snabdevača sa pažnjom dobrog privrednika.²¹

Ugovor o distribuciji ima karakteristike i ugovora o pružanju usluga. Ugovori o uslugama spadaju u ugovore o nalogu koje odlikuje davanje naloga jedne strane drugoj da za njen račun izvrši određeni pravni ili drugi posao. U opštem smislu, ugovor o uslugama predstavlja ugovor kojim se jedna strana, davalac usluge, obavezuje da obavi određeni posao koji se može sastojati od radnji ili usluga, drugoj strani, naručiocu, a druga strane se obavezuje da za to plati odgovaraju-

¹⁶ Čl. 626. Prednacrta.

¹⁷ Čl. 637. Prednacrta.

¹⁸ R. Vukadinović, *n. delo*, str. 598.

¹⁹ V. članove 628-631. Prednacrta Građanskog zakonika Srbije (za obaveze snabdevača) i član 633. za obaveze distributera.

²⁰ R. Vukadinović, *n. delo*, str. 598.

²¹ J. Perović, “Ugovor o međunarodnoj distribuciji”, *Pravo i privreda*, br.4-6/2010, str. 366, v. napomenu br. 25.

ću naknadu ili proviziju.²² Distributer kao i svaki drugi nalagoprimalac ima obavezu da uspostavi i organizuje prodajne kapacitete i prodajna mesta kao i niz drugih sporednih obaveza u cilju bolje prodaje proizvoda. Obeležja ugovora o pružanju usluga se kod ugovora o distribuciji kao opšteg ugovora ogledaju i u obavezi distributera da obaveštava snabdevača o svim okolnostima relevantnim za tržište i ispunjenje ugovora.²³

Postojanje niza prava i obaveza koja su različita po pravnoj prirodi i praktičnom značaju komplikuje ne samo rešavanje pitanje sukoba zakona, jer otvara dilemu da li na svaku obavezu primeniti posebno i za nju karakteristično pravo ili naći karakterističnu obavezu prema čijim pravilima merodavnog prava odrediti i druge sporedne i sa njom povezane obaveze,²⁴ već i pitanje sukoba jurisdikcija.

Pitanje merodavnog prava

Međutim, pre nego što budu komentarisana rešenja koja postoje u pogledu merodavnog prava i nadležnog suda, u konkretnom predmetu *Corman Collins* potrebno je kao prethodno raspraviti pitanje da li je u pitanju ugovorni odnos sa elementom inostranosti ili neki drugi odnos unutrašnjeg prava. U zavisnosti od toga, rešenje se može tražiti ili samo u nacionalnim izvorima, u konkretnom slučaju u belgijskom zakonu o distribuciji, ili i u međunarodnim izvorima. Pod međunarodnim izvorima se podrazumevaju Uredba Rim I i Uredba Brisel I.²⁵ Prva Uredba reguliše pitanje merodavnog prava, a druga, pitanje nadležnog suda.

Što se tiče primene Uredbe Rim I, Sud pravde se o tome izjasnio posredno u odgovoru na prvo pitanje koje mu je u zahtevu za odlučivanje o prethodnom pitanju postavio belgijski privredni sud. Ne ulazeći u detalje predmeta, Sud je zauzeo stav da je u pitanju "ugovorna obaveza" iz odnosa sa elementom inostranosti. Pojam "ugovora" odnosno "ugovorne obaveze" je kao autonomni i jednoobrazni pojam nezavisan od nacionalnih prava, široko tumačen kao svaka "pravna obaveza na koju je slobodno pristala jedna strana prema drugoj strani."²⁶ U takvoj ugovornoj obavezi mora biti sadržan sukob zakona, odnosno ugovorni odnos mora biti povezan sa jednim ili više pravnih sistema (član 1. Uredbe Rim I). U konkretnom slučaju, u pitanju su bile ugovorne strane iz različitih država: Belgija i Francuske.

²² N. Jovanović, "Ugovori o prometu usluga", *Pravo energetike*, zbornik radova, Beograd, 2005, str. 83.

²³ V. više J. Perović, *n. delo*, str. 369.

²⁴ V. U. Grušić, *n. delo*, str. 1-17.

²⁵ Regulation (EU) No 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.

²⁶ V. C-27/02, *Petra Engler v Janus Versand GmbH* [2005] ECR I-481.

Što se tiče pravne prirode ugovorne obaveze, ugovorne strane su se sporele da li su u pitanju obaveze iz ugovora o prodaji ili iz ugovora o distribuciji. Zavisno od toga, Rimskom uredbom su predviđena različita rešenja u pogledu izbora merodavnog prava. Za ugovore o distribuciji, Uredbom je kao merodavno pravo predviđeno pravo države u kojoj distributer ima uobičajeno boravište (čl. 5, st. 1, f). Za ugovore o prodaji robe ili usluga, kao merodavno pravo je predviđeno pravo države u kojoj prodavac ima uobičajeno boravište, odnosno u kojoj davalac usluga ima uobičajeno boravište. Pod uobičajenim boravištem društava i drugih pravnih lica se podrazumeva mesto njihove glavne uprave. Kod fizičkih lica je to glavno mesto poslovanja. U oba slučaja, za određivanje merodavnog boravišta merodavno je vreme sklapanja ugovora.

Što se tiče nacionalnih izvora,²⁷ čija rešenja mogu doći u obzir za primenu, već je rečeno da je posao distribucije regulisan jedino u Belgiji pomenutim Zakonom o jednostranom raskidu ugovora o isključivoj distribuciji na neodređeno vreme.²⁸ U slučaju spora u vezi raskida ugovora o ekskluzivnoj distribuciji koji proizvodi dejstvo na teritoriji ili delu teritorije Belgije, Zakonom je predviđena isključiva nadležnost belgijskog suda i obavezna primena belgijskog prava.

PITANJE NADLEŽNOG SUDA

Rešenja Uredbe Brisel I

Uredbom je za lica sa prebivalištem u nekoj državi članici kao opšta, predviđena nadležnost suda te države, bez obzira na njihovo državljanstvo. Pored opšte, za sporove nastale iz pojedinih vrsta odnosa, propisane su i posebne nadležnosti. Pošto se konkretni slučaj odnosio na ugovor (o distribuciji), za ova razmatranja su od značaja pravila o nadležnostima koja važe za ugovore. Za sve sporove iz ugovora, Uredbom je propisana nadležnost suda u mestu u kome je obaveza u pitanju ispunjena ili u kome bi trebala biti ispunjena (čl. 5(1)(a) Uredbe Brisel I). Već je rečeno da između stranaka nije bilo sporno da je u pitanju spor iz ugovor-

²⁷ U pravu Republike Srbije ugovor o distribuciji nije bio regulisan kao posebni ugovor, ali je predviđen u Prednactu novog Građanskog zakonika. Od međunarodnih izvora, postoje izvori tzv. mekog prava u formi model zakona koji nemaju obavezujuću snagu, već služe kao primer i pomoć prilikom sastavljanja ovog ugovora. U pravu Evropske unije posao distribucije je regulisan u okviru pravila konkurencije i blok izuzetaka u okviru restriktivnih sporazuma. V. Commission Regulation (EU) No. 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, EU OJ L 102/1.

²⁸ Belgian Law of 27 July 1961 on the unilateral termination of exclusive distribution agreements of indefinite duration. *Wet 27 juli 1961 betreffende de eenzijdige beëindiging van de voor onbepaalde tijd verleende concessies van alleenverkoop*, B. S., 5 oktober 1961, zoals gewijzigd door Wet 13 april 1971, B. S. 21 april 1971.

nog odnosa, tj. da je u pitanju ugovorna obligacija. Međutim, ugovorne strane su sporile oko dva pitanja. Prvo, da li nadležnost suda treba odrediti prema pravilima belgijskog Zakona o distribuciji ili prema pravilima Uredbe Brisel I i, u slučaju da se primenjuju pravila Uredbe Brisel I, da li njena pravila koja se tiču ugovora o prodaji ili ugovora o distribuciji.

Za sporove iz ugovora o prodaji robe, pod mestom ispunjenja obaveze se podrazumeva mesto u državi članici u kome je u skladu sa ugovorom roba isporučena ili je trebala biti isporučena. Sličnom, ali ne uvek i istom rešenju vodi i pravilo koje je predviđeno za ugovore o pružanju usluga. Kod ugovora o pružanju usluga, pod mestom ispunjenja obaveze se podrazumeva mesto u državi članici u kome su usluge pružene u skladu sa ugovorom ili su trebale biti pružene.

SLUČAJ CORMAN COLLINS

Činjenično stanje i sporna pitanja

Belgijska kompanija Corman Collins i francuska kompanija La Mason du Whicky poslovno su saradivale u periodu dužem od deset godina, u kome je belgijska kompanija kupovala šest različitih vrsta viskija od francuskog prodavca. Roba je preuzimana u Francuskoj sa namerom dalje preprodaje u Belgiji. U vreme njihove poslovne saradnje, Corman Collins je na teritoriji Belgije, gde je imao svoje poslovno sedište i obavljao svoju delatnost koristio ime La Mason du Whicky Belgique, dok je na internetu koristio adresu "www. wisky. be". O dobrim poslovnim odnosima koji su postojali između ove dve kompanije govori i činjenica da su u magazinu koji uređuje ćerka kompanije La Mason du Whicky bili i da su reklamirani podaci belgijske kompanije.²⁹

Decembra 2010, francuska kompanija La Mason du Whicky zabranjuje belgijskoj kompaniji da koristi ime La Mason du Whicky Belgique, zahtevajući pri tom ukidanje internet domena www. wisky. be. Nešto kasnije, početkom 2011 godine, francuska kompanija je obavestila Corma Collins da će dati ekskluzivno pravo prodaje dve vrste viskija koje je Corma Collins redovno kupovala, drugoj kompaniji, i uputila belgijsku kompaniju da naredne porudžbine upućuje toj kompaniji.

Belgijska kompanija nije bila zadovoljna ovakvim ponašanjem ugovornog partnera i pokrenula je postupak pred belgijskim privrednim sudom zahtevajući naknadu štete zbog toga što je smatrala da je ugovor raskinut bez ostavljanja naknadnog roka, pozivajući se na belgijski Zakon o jednostranom raskidu ugovora

²⁹ <http://www.whiskymag.com/directory/detail/corman-collins.34565.html>

o ekskluzivnoj distribuciji na neodređeno vreme.³⁰ Svoj poslovni odnos sa francuskom kompanijom tužilac je tumačio kao ugovor o ekskluzivnoj distribuciji.

Tuženi (francuska kompanija) je ovakav oblik poslovne saradnje tumačila kao ugovor o prodaji. U odgovoru na tužbu tuženi je osporio mesnu nadležnost belgijskog suda i pozvao se na primenu Uredbe Brisel I, navodeći da je, prema odredbama člana 2. ove Uredbe nadležan sud mesta prebivališta tuženog u državi članici EU.³¹ Belgijski sud je svoju nadležnost temeljio na stavu da je spor nastao iz ugovora o ekskluzivnoj distribuciji, i u tom smislu naveo da je belgijska kompanija bila registrovana za preprodaju robe kupljenu od tuženog na teritoriji Belgije. U obrazloženju takvog stava sud se pozvao na belgijski zakon o ekskluzivnoj distribuciji, koji se primenjuje na ugovore o ekskluzivnoj distribuciji³², ugovore koji su kvazi ekskluzivne prirode³³ kao i na obične ugovore o distribuciji.³⁴

Ugovor o distribuciji je u Zakonu definisan kao ugovor u kome se isporučilac obavezuje da prenese pravo prodaje jednom ili više lica, koji će robu koja je proizvedena ili distribuirana od strane davaoca distribucije, prodavati u svoje ime i za svoj račun. Zakon predviđa da za punovažni nastanak ovog ugovora nije neophodna pisana forma. U slučaju raskida, predviđeno je pravo distributera da u slučajevima kada ugovor o distribuciji proizvodi pravno dejstvo na celoj ili na delu teritorije Belgije, traži naknadu pretrpljene štete bilo pred sudom države u kojoj se nalazi njegov domicil, bilo pred sudom države u kojoj se nalazi domicil ili sedište principala. Odredbama istog člana 4. belgijskog zakona, predviđeno je i da će sud, nakon što je pokrenut postupak, primenjivati isključivo belgijsko pravo.³⁵ Cormal Collins je iskoristila ovo pravo i pokrenula postupak protiv francuske kompanije pred belgijskim privrednim sudom. Tuženi je osporio nadležnost belgijskog suda tvrdeći da poslovni odnos ne predstavlja ugovor o distribuciji i zahtevao je da se nadležni sud odredi u skladu sa Briselskom uredbom I. Prema

³⁰ *Moniteur belge* od 5. oktobra 1961, str. 7518. i dopune od 13. aprila 1971. godine, objavljene u *Moniteur belge* od 21. aprila 1971, str. 4996.

³¹ V. čl. 2 Briselske uredbe.

³² Pod ugovorima o ekskluzivnoj distribuciji podrazumevaju se ugovori u kojima se jedna ugovorna strana- proizvođač odnosno isporučilac, obavezuje da će snabdeti robom drugu stranu, dok se druga strana obavezuje da će robu prodavati bilo određenim potrošačima ili na ograničenoj teritoriji.

³³ Kvazi ugovorom o ekskluzivnoj distribuciji, distributer stiče pravo prodaje gotovo svih proizvoda ili se njegova prodaja odvija na gotovo celokupnoj teritoriji.

³⁴ Ugovor o distribuciji koji ne sadrži ograničenje po pitanju teritorije, proizvoda ili potrošača predstavlja običan ugovor o distribuciji.

³⁵ Primena belgijskog nacionalnog prava omogućava da se zahteva znatno veća naknada šteta, nego prema nekim drugim nacionalnim pravima.

Uredbi Brisel I, nadležnost pripada sudu mesta izvršenja karakteristične prestacije u ugovorima o prodaji i ugovorima o pružanju usluga.

U takvoj situaciji, belgijski sud je prekinuo postupak i kao sud države članice EU, obratio se Sudu pravde zahtevom za odlučivanje o prethodnom pitanju. U zahtevu je od Suda pravde tražio da odgovori na sledeća pitanja.

1) Treba li član 2. Uredbe, eventualno zajedno s članom 5. stav 1. podstav (a) ili (b), tumačiti u smislu da se protivi pravilu o nadležnosti kakvo je sadržano u članu 4. belgijskog zakona od 27. jula 1961., koje predviđa nadležnost belgijskih sudova kada distributer ima sedište u Belgiji i kada distribucija proizvodi celokupno ili deo dejstva na tom području, nezavisno od sedišta principala, kada je taj poslednji tuženi? Drugačije rečeno, da li član 2. Uredbe zajedno sa članom 5 mora biti tumačen tako da isključuje istovremenu primenu člana 4. belgijskog nacionalnog zakona koji predviđa ekskluzivnu nadležnost belgijskog privrednog suda.

2) Treba li član 5. stav 1. podstav (a) Uredbe tumačiti u smislu da se primenjuje na ugovor o distribuciji robe na osnovu koga jedna strana kupuje proizvode od druge kako bi ih preprodala na državnom području druge države članice?

3) U slučaju negativnog odgovora na to pitanje, treba li član 5. stav 1. podstav (b) Uredbe, tumačiti u smislu da se odnosi na ugovor o distribuciji, kao što je onaj koji je sklopljen između stranaka?

4) U slučaju negativnog odgovora na dva prethodna pitanja, odnosi li se, u slučaju raskida ugovora o distribuciji, sporna obaveza na prodavca-principala ili na kupca-distributera?

Stavovi Suda pravde

U prvom postavljenom pitanju od Suda pravde je zahtevano da se izjasni da li Uredba Brisel I ima veću pravnu snagu od nacionalnog zakona Belgije koji sadrži imperativne odredbe o isključivoj nadležnosti belgijskog suda. U odgovoru na ovo pitanje, Sud pravde je naveo da je u skladu sa Preambulom Uredbe, cilj donošenja ovog akta unifikacija pravila o nadležnosti sudova u građanskim i trgovačkim stvarima.³⁶ Prema tački 8 Preambule, primena Uredbe se predviđa u svim slučajevima u kojima tuženi ima prebivalište u jednoj od država članica Unije.³⁷ Sa druge strane, Uredbom je u članu 2, kao opšte predviđeno pravilo o opštoj nadležnosti suda prema mestu tuženoga ako se nalazi u nekoj od država članica. Od ovog opšteg pravila o nadležnosti se može odstupiti samo u slučajevima koji su prema odredbama odeljka 2-7. poglavlja I ove Uredbe predviđeni kao posebne nadležnosti. Što se tiče mogućnosti primene nacionalnog prava, na kome je

³⁶ Tač. 2. Preambule.

³⁷ Tač. 19. Presude.

insistirao tužilac, Sud pravde je tu mogućnost isključio pozivajući se na odredbe člana 3. tač. 2, Uredbe, kojima je propisano da se protiv lica sa prebivalištem u nekoj od država članica ne primenjuju unutrašnji propisi o nadležnosti. Ovome bi trebalo dodati da je u prethodnoj tački 18. Sud već utvrdio da u spornom odnosu postoji međunarodni, odnosno intrakomunitarni elemenat koji je potreban za primenu Uredbe.³⁸

U konačnom odgovoru na prvo pitanje Sud ističe da se u predmetima u kojima spor sa međunarodnim elementom “ulazi u materijalno područje primene Uredbe, što se u predmetnom slučaju ne osporava, i kada tuženi ima domicil u jednoj od država članica, kao što je to u glavnom postupku, pravila o nadležnosti predviđena Uredbom se moraju, u načelu, primeniti i prevagnuti nad nacionalnim pravilima o nadležnosti.”³⁹

O drugom i trećem postavljenom pitanju Sud je raspravljao zajedno. Pitanje se svelo na tumačenje da li se odredbe člana 5(1)(b) Uredbe koje se odnose na ugovor o prodaji i na vršenje usluga, mogu primeniti i na ugovor o distribuciji i na osnovu njih odrediti nadležan sud, ili sud nadležan za odlučivanje o tužbi iz takvog ugovora treba odrediti primenom člana 5(1)(a) Uredbe. U odgovoru na postavljena pitanja, Sud je prvo ponovio da se tačke vezivanja iz člana 5(1)(b) Uredbe moraju tumačiti na autonomni način, ali i uzimajući u obzir ciljeve koji su postavljeni pred Uredbu, kako bi se pojačala njena jednoobrazna primena. U skladu sa ovim kriterijumima, Sud pravde je pristupio kvalifikaciji spornog odnosa, polazeći od karakteristične prestacije⁴⁰ kod individualnih ugovora i sporni odnos kvalifikovao kao ugovor o pružanju usluga. Sud je pošao od pojma “usluga” i podsetio da su u pravu EU usluge definisane kao delatnosti koje se pružaju u zamenu za naknadu.⁴¹ “Delatnost” obuhvata činjenje, a ne propuštanje koja se u konkretnom predmetu sastoji u karakterističnoj obavezi distributera koji, ne samo što garantuje distribuciju principalovih proizvoda, nego i širi distribuciju. Zahvaljujući garanciji isporuke proizvoda na osnovu ugovora o distribuciji i eventualno uključenosti u principalovu poslovnu strategiju, naročito u unapređenje prodaje, elemente čije postojanje treba da utvrdi nacionalni sudija, distributer može klijentima ponuditi usluge i prednosti koje im ne može ponuditi običan preprodavac i na taj način principalovim proizvodima osvojiti veći deo lokalnog

³⁸ Sud se pri tome pozvao na raniju praksu u predmetu C-327/10 *Hypotečni banka* [2011] ECR I-11543, tač. 29.

³⁹ Tač. 22. Presude.

⁴⁰ Sud se pozvao na ranije ustanovljenu praksu i odluku u predmetu C-381/08 *Car Trim* [2010] ECR I-1255, tač. 31. i 32.

⁴¹ C-533/07 *Falco Privatstiftung and Rabitsch* [2009] ECR I-3327.

tržišta.”⁴² I u pogledu “naknade” kao drugog elementa pojma usluge, Sud ističe da se i ovaj pojam mora široko tumačiti, a kao elemente ugovora o vršenju usluga navodi i to da isporučilac (principal) bira distributera, čime distributer stiče prednosti na tržištu jer samo on (ili ograničeni broj) može da prodaje ugovorene proizvode, pri čemu uživa i privilegije jer ima pravo pristupa reklamnim materijalima ili pravo na prenos know how, obuke ili olakšavanja otplate. “Skup tih vrednosti, čije postojanje treba da utvrdi sudija koji sudi u glavnom postupku, za distributera predstavlja ekonomsku vrednost koja može biti bitan element naknade.”⁴³ Na osnovu toga, Sud je zaključio da se ugovor o distribuciji može kvalifikovati kao ugovor o pružanju usluga za potrebe primene pravila o nadležnosti sadržanog u drugoj alineji člana 5. stav 1 podstav(b) Uredbe.⁴⁴

Međutim, kako nacionalni sud nije uputio Evropskom sudu pravde pitanje da li zaista sporni odnos predstavlja ugovor o distribuciji, na nacionalnim sudovima je da zakluče da li se u konkretnom slučaju radi o ugovoru o ekskluzivnoj distribuciji, pa će zavisno od toga biti određena i nadležnost suda. U slučaju da nacionalni sud nađe da činjenično stanje spora odgovara ugovoru o ekskluzivnoj distribuciji, nacionalni sud će postupiti po odluci Evropskog suda pravde.

Komentar

Pitanje određivanja nadležnog suda koji će rešavati sporove nastale iz tzv. složenih ugovora je jedno od složenijih pitanja i u unutrašnjem, a naročito u međunarodnom privatnom pravu. Otuda ne postoji jedinstveno shvatanje ni u pravnoj teoriji, ni u sudskoj praksi. Dokaz tome je i relativno “sveža” odluka Suda pravde Evropske unije u predmetu *Corman Collins*.

Pod složenim ugovorima se podrazumevaju ugovori u kojima ugovorne strane preuzimaju ne samo veliki broj obaveza, već i po pravnoj prirodi raznorodne obaveze koje se izvršavaju u više mesta.⁴⁵ Brojnost obaveza je najčešće posledica dugog trajanja ugovora kod kojih se obaveze iste vrste ponavljaju sve dok traje ugovor. Međutim, od većeg značaja je njihova složenost koja potiče iz činjenice da se jednim ugovorom želi postići više ciljeva, pa se ugovora izvršavanje više raznorodnih obaveza u više mesta. Primera radi, od izvršenja ugovora o prodaji robe se očekuje da ostvari dva osnovna cilja. Kupac očekuje da dobije robu saobraznu ugovoru kojom može slobodno raspolagati, a prodavac, da dobije ugovorenu cenu. Međutim, ako prodavac kao isporučilac robe želi da utiče na kupca u pogle-

⁴² Tač. 38. Presude.

⁴³ Tač. 40. Presude.

⁴⁴ Tač. 41. Presude.

⁴⁵ V. U. Grušić, *n. delo*, str. 2.

du toga kako će roba biti dalje preprodavana, upakovana, reklamirana i, uopšte, stavljena na tržište (pod čijim znakom i slično) za dalji promet, takvim poslovima kupac i prodavac su preuzeli mnogo više obaveza nego kod običnog ugovora o prodaji. U takve složene (i moderne) ugovore spada i ugovor o distribuciji i franšizingu. Složenost se manifestuje u brojnim dilemama, između ostalih, i kako odrediti merodavno pravo i merodavni forum za rešavanje sporova. U predmetu *Corman Collins* Sud pravde se bavio samo pitanjem nadležnosti suda.

O pitanjima sukoba nadležnosti prema rešenjima koja su bila predviđena u Briselskoj konvenciji, od 1968. godine, koja je prethodila Uredbi Brisel I, Sud pravde EU je prvi put odlučivao u predmetu *Shenavai v Kreisler*⁴⁶ u kome je istakao da bi primena ranije zauzetog stava u predmetima *De Bloos*⁴⁷ i *Tessili*,⁴⁸ naterao tužioce da sporove iz složenih ugovora pokrenu pred više sudova zavisno od vrste i ranga obaveze u pitanju.

U navedenim predmetima Sud je nadležnost sudova određivao zavisno od ranga obaveze iz kojih je spor potekao, pri čemu su sve obaveze iz ugovora bile klasifikovane kao glavne i sporedne ili obaveze istog ranga. Kako je ovakvo rešenje vodilo do nadležnosti više sudova, i samim tim bilo nepraktično, Sud je promenio raniji stav i kod određivanja nadležnosti pošao od pravila *accessorium sequitur principale*.⁴⁹ Primena ovog principa kod složenih ugovora, kakav je ugovor o distribuciji, podrazumeva da se u svakom ugovoru može odrediti glavna ili osnovna obaveza koja se izvršava u jednom mestu,⁵⁰ što je u osnovi prihvaćeno u Uredbi Brisel I. Pod osnovnom i glavnom obavezom se u suštini podrazumeva karakteristična prestacija koja je kao tačka vezivanja poznata u međunarodnom privatnom pravu. Kod ugovora o prodaji je to mesto isporuke, a kod ugovora o pružanju usluga, mesto gde je usluga pružena ili je trebala biti pružena. Nakon što su se redaktori Uredbe Brisel I opredelili za navedenu tačku vezivanja problem kvalifikacije se sveo na određivanje pravne prirode spornog odnosa, a u slučajevima ugovora o prodaji, na određivanje pojmova "isporuke" i "mesta isporuke" ili "mesta pružanja usluge". U konkretnom slučaju *Corman Collins* Sud pravde nije dao tumačenje ovih pojmova, ali je nacionalne sudove uputio na svoju raniju praksu.

⁴⁶ C- 266/85 Hassan Shenavai v Klaus Kreisler [1987] ECR 239.

⁴⁷ C- 14/76 A. De Bloos, SPLR v Société en Commandite par Actions Bouyer [1976] ECR 1497.

⁴⁸ C- 12/76 Industrie Tessili Italiana Como v Dunlop AG [1976] ECR 1473.

⁴⁹ C-266/85 *Shenavai* [1987] ECR 239, tač. 19.

⁵⁰ V. predmet C-256/00 Besix SA v Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar GmbH & Co. KG (WABAG) and Planungs- und Forschungsgesellschaft Dipl. Ing. W. Kretzschmar GmbH & KG (Plafog) [2002] ECR I-1699, tač. 28.

Tako je Sud pravde u, već pomenutom, predmetu *Color Drack*⁵¹, dao tumačenje mesta izvršenja kod ugovora o prodaji, kod kojih prodavac svoju obavezu ispunjava u više mesta u okviru jedne države članice EU. U ovoj odluci Sud je zauzeo stav o tzv. "centralizovanom" ili jednom mestu izvršenja koje je relevantno za određivanje nadležnosti suda u smislu člana 5.(1)(b) Uredbe, bez obzira što je prodavac isporučivao robu u više mesta.⁵² U kasnijoj odluci donetoj u predmetu *Rehder*,⁵³ Sud pravde je isti stav zauzeo i kada su se mesta ispunjenja ugovornih obaveza nalazila u više država članica EU. Centralizaciju ili sažimanje više mesta u jedno, Sud je izvršio prema kriterijumu najtešnje veze koju sud u određenom mestu ima u odnosu na izvršenje karakteristične obaveze na osnovu ekonomskih kriterijuma.⁵⁴

Međutim, na nacionalnom sudu je zadatak da u svakom konkretnom slučaju odredi da li je prema datim kriterijumima nadležan za rešavanje konkretnog spora. Pri tome će nacionalni sudovi i dalje morati prvo da odrede pravnu prirodu spornog odnosa i zavisno od toga svoju nadležnost odrediti kao opštu ili posebnu, u skladu sa odredbama člana 2. ili odeljaka 2-7. Uredbe Brisel I.

Ono što nakon odluke u predmetu *Corman Collins* neće biti više sporno i predmet kvalifikacije jeste pravna priroda ugovora o distribuciji koji je definitivno svrstan u ugovore o vršenju usluga. Sud pravde je ovom odlukom načelno otklonio opasnost tzv. "fragmentacije nadležnosti" tako što se umesto više mesta izvršenja opredelio za "glavno mesto izvršenja." Pod glavnim mestom izvršenja Sud je smatrao mesto izvršenja "karakteristične obaveze."⁵⁵ Međutim, osim što je ponovio stav da će se mesto izvršenja odrediti prema "ekonomskim kriterijumima", Sud pravde ih nije odredio. Tako se u slučaju kada prodavac, u skladu sa ugovorom, isporučuje istu robu u više mesta, ali u jedno od njih isporučuje mnogo veću količinu nego u ostala mesta, da li količina isporučene robe opredeljuje to mesto kao mesto glavne isporuke.

Očigledno je da Sud pravde kao karakteristične prestacije smatrao poslovnu saradnju u dužem vremenskom periodu koja se sastojala u međusobnim obavezama distributera da "osigura distribuciju principalovih proizvoda".

⁵¹ V. C-386/05 *Color Drack GmbH v Lexx International Vertriebs GmbH* [2007] ECR I-3699.

⁵² Tač. 39.

⁵³ C-204/08 *Peter Rehder v Air Baltic Corporation* [2009] ECR I-6073. U pitanju je bio ugovor o zastupanju (commercial agency) između gospodina *Rehdera* (sa prebivalištem u Nemačkoj) i *Air Baltic Corporation*, litvanskog avioprevoznika.

⁵⁴ Tač. 40.

⁵⁵ U. Grušić, *n. delo*, str. 14.

JELENA VUKADINOVIĆ, LL.M.,
Saarbrücken, Institute of Comparative Law,
Faculty of Economics, Belgrade

JURISDICTION IN INTERNATIONAL DISTRIBUTION AGREEMENT
– WITH SPECIAL REFERENCE TO CORMAN COLLINS CASE –

Summary

Distribution contract as an agreement of the modern commercial practice provides a legal framework for various forms of distribution transactions. On the basis of this framework agreement, the parties enter into further, individual contract for the sale of goods each time when goods suppose to be supplied to the distributor. In these cases the issue will often arise if the distributor is a mere buyer reseller or if he must be qualified as a distributor who provides at the same time a service to the supplier. The qualification as purchaser or, on the contrary, as provider of services has important consequences. Do distribution agreements fall under the special jurisdiction under article 5(1) of the Brussels I Regulation; does this involve a sale of goods, a service or neither of these? These questions were answered by the European Court of Justice in its judgment of 19 December 2013, C-9/12 (Corman-Collins v La Maison du Whisky). This paper is devoted to the issue of jurisdiction, with special reference to Corman Collins case.

JELENA BELOVIĆ

PRAVIČNOST I PRINCIP NAJBЛИŽE VEZE U MEĐUNARODNOM PRIVATNOM PRAVU

ULOGA PRINCIPA NAJBЛИŽE VEZE

Uloga principa najbliže veze je multifunkcionalna. U disciplini međunarodnog privatnog prava on se može javiti najpre kao osnov kolizionopravnog regulisanja privatnopravnih odnosa sa elementom inostranosti, zatim kao posebna tačka vezivanja ali i kao korektiv u vidu generalne ili specijalne klauzule izuzetka.¹ Pored ove osnovne, u literaturi srećemo i na razuđeniju podelu uloga navedenog principa.²

Princip najbliže veze kao osnov kolizionog metoda

Princip najbliže veze je utkan u samu osnovu kolizionopravnog metoda obzirom da kolizione norme, na implicitan ili eksplicitan način, predstavljaju njegovu konkretizaciju. Međutim, pojedina koliziona pravila su izuzeta iz ove formu-

Dr Jelena Belović, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Prištini, Kosovska Mitrovica.

¹ Više u: Kostić M., "The "Closest Connection Principle" in 1983 PIL Code in Theory and Practice", Dvadeset godina Zakona o međunarodnom privatnom pravu (ur. Mirko Živković), Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, 2004., str. 105-117.

² Tako prof. Simeonides nabraja sledeće uloge principa najbliže veze: *a. the closest connection as the principal connecting factor, b. the closest connection as a presumption, c. the closest connection as a tie-breaker, d. the closest connection as a last resort, e. the closest connection as a gap-filler for unprovided cases, f. the closest connection as a base for general and specific escapes...* više u: Simeonides S.C., "Codification and Flexibility in Private International Law", *General Reports of the XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law*, Springer Science+Bussines Media, 2011, str. 1-43.

le, i zasnovana su na drugim principima (odnosno drugim metodama kreacije) sa ciljem da se zaštite određene društvene vrednosti. Principi od značaja za savremeno međunarodno privatno pravo, koji u zakonskom tekstu razlažu načelo pravičnosti i pravne sigurnosti jesu: princip zaštite slabije strane i princip *in favorem validitatis*, odnosno *in favorem negotii*.³

Princip zaštite slabije strane. – Princip zaštite slabije strane dosledno je sproveden u instrumentima evropskog međunarodnog privatnog prava, kao i u velikom broju nacionalnih pravnih instrumenata posvećenih rešavanju sukoba zakona, naročito kada je reč o savremenim kodifikacijama. Najsveobuhvatnija zaštita je u tom pogledu ostvarena u domenu potrošačkih prava.

Postoje dva načina na koji kolizione norme mogu da pružaju zaštitu subjektu koji se u pravnom odnosu ili sporu percipira kao slabija strana. Moguće je, najpre, predvideti primenu prava države kojoj pripada lice koje se štiti, npr.: *lex personalis* deteta, *lex personalis* poverioca izdržavanja, *lex personalis* primoca tehnologije, itd... Takva zaštita naziva se kategorijalnom i apstraktnom i ona nužno ne obezbeđuje uvek povoljniji tretman favorizovane strane u konkretnom slučaju, zato što pravo države npr. poverioca izdržavanja, može u datom slučaju biti pravo koje je manje povoljno za lice koje izdržavanje traži. Drugi način je efikasniji i podrazumeva napuštanje klasične kolizione tehnike, i izvesno udaljšavanje od normi koje imaju tzv. *jurisdiction-selecting* karakter. Drugim rečima, ovaj način pretpostavlja korišćenje tački vezivanja čija merila uzimaju u obzir i sadržinu zakona koji se nalaze u sukobu, a ne samo prostorne veze između spornog odnosa i tangiranih prava.⁴ Reč je o kolizionim normama u kojima se traži *najbliža veza u funkcionalnom smislu*, odnosno o normama koje sadrže elemente materijalnog prava, i u kojima princip najbliže veze ima za cilj postizanje odre-

³ Na današnjem stupnju pravno-civilizacijskog razvoja i napretka potrebna je koegzistencija i pluralizam metoda ne samo u ovoj već i u drugim naučnim oblastima. U izveštaju američkog prof. Symeonidesa (*Symeonides*) na XV međunarodnom kongresu za uporedno pravo (*International Congress of Comparative Law*), održanom u Bristolu 1998. godine, pod simboličkim naslovom: "Međunarodno privatno pravo na kraju XX veka: Progres ili Regres?", rečeno je: "Nijedan sistem međunarodnog privatnog prava ne može pretendovati na metodološko čistunstvo, i mali broj sistema to pokušava. Pluralizam metoda ne treba smatrati simptomom pogoršanja, već znakom zrelosti. Moderna pravna misao je shvatila da nijedan pravni metod pojedinačno nije savršen i da nijedan metod ne može rešiti sve probleme međunarodnog privatnog prava. Sva tri metoda su potrebna i ukoliko su usklađena na pravi način mogu zajedno stvoriti mnogo bolji sistem nego bilo koji od njih samostalno. Ekletizam i pluralizam s toga, ne treba više izbegavati."... Symeonides S.C., "Private International Law at the end of the 20th Century: Progress or Regress?". ed. Symeonides, The Hague, London, Boston, 2001, str. 21; Batiffol, "Le Pluralisme des methods en droit international privé", *Recueil des Cours*, 137, 1973, 75.

⁴ Varadi T., "Napomene o pravnim instrumentima za zaštitu "slabije strane" u ugovorima međunarodnog privatnog prava", *Anali*, br. 3-4, 1985, str. 341.

đenog materijalnog rezultata. Takva kolizijska pravila kojima se dozvoljava pridavanje značaja i sadržaju potencijalno merodavnih materijalnih normi, jedna su od evropskih osobenosti odgovora na "slepu" primenu prava određenog putem apstraktne alokacije.⁵

Primena favorabilnog prava, prema pojedinim autorima⁶, znači korekciju principa najbliže veze, odnosno njegovo prilagođavanje specifičnostima nekih vrsta privatnopravnih odnosa, tako što se kao faktor koji utiče na određivanje merodavnog prava pojavljuje favorabilnost. Smatramo da je u ovakvoj konstataciji pogrešno postavljen redosled stvari. Naime, princip zaštite slabije strane je u savremenom međunarodnom privatnom pravu jednako važan kao i princip najbliže veze. Ova dva principa ne nalaze se u odnosu subordinacije, već u odnosu koordinacije. Sasvim je druga ravan rasprava o korektivnoj funkciji principa najbliže veze koja koriguje rezultate kolizijskih normi postavljenih na osnovu principa najbliže veze. Međutim, u pogledu kolizijskih normi postavljenih na osnovu principa zaštite slabije strane korekcija uglavnom nije dopuštena.

Princip in favorem negotii i princip in favorem validitatis. – Principi *in favorem negotii* i *in favorem validitatis*, imaju za cilj održavanje na snazi nekog pravnog posla, odn. oblika pravnog posla. Njihova razrada teži pravnoj sigurnosti transakcija. Sa oslonom na ove principe, koji predstavljaju odstupanje od principa najbliže veze nude se uglavnom dve ili više solucija u vidu tački vezivanja koje mogu biti postavljene alternativno ili subsidiarno. Postavljanje alternativnih tačaka vezivanja predstavlja prvi oblik fleksibilizacije kolizijskih pravila koji se vezuje za prvu polovinu dvadesetog veka. Sa sistemskog aspekta ova pravila obezbeđuju fleksibilnost, u tom smislu što iako vezuju sistem za određeni rezultat, ona ipak ne vezuju sistem za pravo određene države.⁷ U literaturi⁸ nalazimo na interesantno mišljenje, koje nalazi da zakonodavci koristeći alternativna kolizijska pravila, umesto da odrede pravo koje je najbliže vezano, zapravo posustaju, i priznaju da nijedna od navedenih veza nije dovoljno jaka i uverljiva.

U našem, još uvek važećem ZRSZ-u iz 1980. godine⁹, princip *in favorem negotii* sadržan je u odredbi čl. 14. koji se odnosi na pitanje pravne i poslovne spo-

⁵ Župan M., *Pravo najbliže veze u hrvatskom i evropskom međunarodnom privatnom i ugovornom pravu*, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2006, str. 16.

⁶ Muminović E., *Problem najtešnje povezanosti u međunarodnom privatnom pravu*, doktorska disertacija, Sarajevo, 1991, str. 251.

⁷ Symeonides S.C., *op. cit.*, str. 16.

⁸ Visser F., "General Course on Private International Law", *Recueil des Cours*, vol. 232, 1992, str. 120.

⁹ 15. jula 2014. godine objavljena je konačna verzija Nacrta Zakona o međunarodnom privatnom pravu, www.mpravde.gov.rs.

sobnosti fizičkih lica. U cilju održavanja pravnog posla na snazi data je alternativa za slučaj da fizičko lice nije poslovno sposobno po pravu države čiji je državljanin, odnosno po svom *lex nationalis* pravu¹⁰. Alternativno, to lice smatraće se poslovno sposobnim ako ga takvim smatraju pravila *lex loci actus-a*. Dakle, ako su u pitanju odnosi ugovorne prirode, zbog potreba sigurnosti prometa primenjen je princip *in favorem negotii (contractus)*.¹¹

Što se tiče forme pravnog posla i pravne radnje sa oslonom na princip *in favorem validitatis*, uglavnom se i uporednopravno, nude dve alternative date u *lex cause* i *lex loci actus*.¹² Princip *in favorem validitatis*, bio je postavljen i u čl. 9. Rimске konvencije o merodavnom pravu za ugovorne obaveze iz 1980. godine¹³, koji reguliše merodavno pravo za formu ugovora, a u skladu sa kojim se takođe nude dve alternative.¹⁴ Uz neznatne izmene princip *in favorem validitatis* potvrđen je i u čl. 11. Rim I Uredbe, kao i u čl. 21. Rim II Uredbe¹⁵.

Jasno da je svrha navedenih kolizionih pravila da održe na snazi pravni posao. Razlog za održavanje pravnog posla na snazi pravdan je interesima stranaka, odnosno definiše se i kao: “*pokušaj da se ispune njihova razumna očekivanja*”.¹⁶ Održavanje pravnog posla na snazi pravda se i činjenicom da su propisi o formi u svakoj državi različiti, prilagođeni tradiciji, moralu i stepenu razvoja pravnog sistema.

Princip najbliže veze kao tačka vezivanja

Princip najbliže veze ima dvojaku prirodu (*principle/rule*). U isto vreme figurira i kao princip, ali i kao pravilo. Ukoliko pođemo od opšteprihvaćene pode-

¹⁰ Alternativa se odnosi na pravne poslove ugovorne, a ne i na pravne poslove porodične i naslednopravne prirode

¹¹ Dika, Knežević, Stojanović, *Komentar zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*, Beograd, 1991, str. 55.

¹² Vidi: čl.7 i čl.31 ZRSZ-a.

¹³ Rimska konvencija o merodavnom pravu za ugovorne obaveze iz 1980. godine, OJ L 266 od 9. oktobra 1980. godine.

¹⁴ 1) ako je ugovor zaključen između ugovornih strana koje se nalaze u istoj državi, ugovor je formalno punovažan ako ispunjava uslove koje propisuje *lex cause* ili *lex loci contractus*, 2) ako su se ugovarači u vreme zaključenja ugovora nalazili u različitim državama, merodavno je alternativno: *lex cause* ili pravo zemalja u kojima se ugovarači nalaze. Na osnovu ovog pravila postoji mogućnost da se čak tri pravna sistema javljaju kao alternativa u pravcu održavanja ugovora na snazi.

¹⁵ U pogledu formalne punovažnosti jednostrane radnje koja je povezana sa vanugovornom obavezom, nude se dve alternative: *lex cause* i *lex loci actus*.

¹⁶ Ehrenzweig A., “Contracts in the Conflict Laws: Validy”, *Columbia Law Review*, vol. 59, no. 7, 1959, str. 978.

le tački vezivanja, a na osnovu širine ovlašćenja foruma, njih možemo podeliti na: a) neposredno vezujuće i b) okvirne tačke vezivanja. Princip najbliže veze pripada drugonavedenoj kategoriji. Okvirne tačke vezivanja su dobile šire priznanje u angosaksonsom pravnom sistemu gde su sudije imaju kreativniju ulogu u rešavanju sporova u oblasti međunarodnog privatnog prava. Još jedna moguća klasifikacija tačaka vezivanja, jeste njihova podela na: a) faktore vezivanja objektivnog karaktera i, b) one koje su plod volje učesnika u pravnom prometu (autonomija volje strana). U duhu ove podele princip najbliže veze bi mogli označiti kao subjektivno-objektivnu tačku vezivanja, jer se do merodavnog zakona dolazi na osnovu niza činjenica koje se objektivno mogu lokalizovati u prostoru, ali odluku o tome koja su činjenice presudne donosi sud ceneći njihovu pravnu relevantnost i potreban broj.¹⁷ Kao tačka vezivanja princip najbliže veze je afirmisan u oblasti ugovornih odnosa.

Kada je princip najbliže veze u funkciji tačke vezivanja, konačnu odluku o merodavnom pravu daje sud zasnivajući svoju odluku na osnovu niza jezičkih, teritorijalnih i poslovnih kriterijuma između privatnopravnog odnosa sa merodavnim pravom. U doktrini postoji mišljenje da kada je reč o utvrđivanju najbliže veze u ugovornom statutu, sledeće činjenice moraju biti uzete u obzir: mesto zaključenja ugovora, mesto izvršenja ugovornih obaveza, mesto gde su vođeni pregovori, domicil (sedište) ugovornih strana, mesto osnivanja kada je reč o pravnim licima, mesto gde se ostvaruju ciljevi poslovnog angažmana, državljanstvo ugovornih strana, sadržina ugovornih odredbi, prorogaciona klauzula, arbitražna klauzula, činjenica da li je neka od ugovornih strana vlada neke države... itd.¹⁸ Utvrđivanje najbliže veze se može oslanjati i na pravnu prirodu spornog odnosa: ako je sporna punovažnost ugovora-veću težinu će imati mesto zaključenja ugovora, ako je sporna kamata-veći je značaj mesta izvršenja ugovora i sl.¹⁹ U anglosaksonskoj sudskoj praksi se najčešće, sa oslonom na ovaj princip, kao merodavno određuje pravo one države u kojoj je podneta tužba, odnosno države u kojoj nastupaju posledice spora.

Loše strane principa najbliže veze kao tačke vezivanja jesu mogućnost različitog tumačenja od strane organa primene, što u krajnjoj liniji može dovesti do pravne nesigurnosti.

¹⁷ Ročkomanović M., "Princip najbliže veze i rešavanje slučajeva međunarodnog privatnog prava-od bazične ideje do realizacije svrhe kolizionih normi", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, Niš, 2007, str. 4.

¹⁸ Yu Sh., Xiao Y., Wang B., "The Closest Connection Doctrine in the Conflict of Laws in China", *Chinese Journal of International Law*, 2009, str. 432.

¹⁹ Dika M., Knežević G., Stojanović S., *op. cit.*, str. 79.

Nesumnjivo da je afirmaciji uloge principa najbliže veze kao tačke vezivanja doprinela Rimski konvencija o merodavnom pravu za ugovorne obaveze iz 1980. godine. Princip najbliže veze je članom 4. RK bio predviđen kao subsidijarno rešenje, ali u kombinaciji sa generalnom pretpostavkom da je za ugovor merodavno pravo one države u kojoj se nalazi sedište odnosno boravište nosioca karakteristične prestacije iz ugovora. Takva koliziona norma, koja predstavlja kombinaciju principa najbliže veze i neke čvrste tačke vezivanja, naziva se otvorena-*via media* koliziona norma. Metod iz koga izrasta otvorena koliziona norma rodio se iz braka tradicionalnog i anglosaksonskog metoda rešavanja sukoba. Bez obzira na činjenicu ko je u ovom braku dominantan (pretežan), kvalitet je bio nov.²⁰ Princip najbliže veze je prisutan kao tačka vezivanja i van sfere ugovornih odnosa, i to najčešće u kombinaciji sa nekom čvrstom tačkom vezivanja. Takavu vrstu kolizi- onih rešenja najčešće srećemo u bračnim²¹, statusnim i vanugovornim²² odnosi- ma. U sferi statusnih odnosa, princip najbliže veze ima specifičnu ulogu usmere- nu na rešavanje “*viška*” problema u situacijama kada je reč o osobama koje imaju više od jednog državljanstva-bipatridi. Ova praksa nije svojstvena samo našem pravu²³, već nju poznaju i druge evropske kodifikacije²⁴. Karakteristika ovih reše- nja jeste davanje prednosti domaćem državljanstvu u slučaju kada je reč o bipatri- du koji pored stranog ima i domaće državljanstvo. Ovako formulisana odredba, sa aspekta prava najbliže veze, može dovesti do neadekvatnog rezultata u praksi, obzirom da se u konkretnom slučaju može primeniti pravo koje objektivno nema blisku vezu sa spornim slučajem, a koje pretenduje na primenu samo iz razloga što u konstelaciji “domaće-strano državljanstvo” ovo prvo odnosi prednost. Jedini

²⁰ Knežević G., “Merodavno pravo za trgovački ugovor o međunarodnoj prodaji robe”, doktorska disertacija, Beograd, 1989, str. 154.

²¹ Vidi čl. 48. Savezni zakona o međunarodnom privatnom pravu Švajcarske iz 1987. go- dine, (reprinted in 37 American Journal of Comparative Law, 187, 1989, translated by Jean Clau- de Cornu, Stephane Hankins and Symeon Symonides); čl. 25. japanskog Zakona o međunarodnom privatnom pravu sa izmenama iz 1999. godine (*Horei*); čl.3 Haške Konvencija o zakonu koji se primenjuje na bračni imovinski režim iz 1978. godine, čl. 5 OJ L 343/10, Uredba o merodavnom pravu za razvod braka, br. 1259/ 2010.

²² U deliktном statutu princip najbliže veze se ne javlja u vidu tačke vezivanja u svom či- stom obliku. Upućujući na pravo koje sa pitanjem ima najznačajniju vezu § 145 američkog Dru- gog Zbornika prava nastoji da bliže odredi kriterijume za primenu principa najbliže veze u pogledu merodavnog prava za delikte. Zavisno od okolnosti slučaja nude se sledeće opcije: a) *lex loci delicti commisi*, b) *lex loci damni*, c) prebivalište, boravište, državljanstvo, mesto registracije, mesto poslo- vanja stranaka, d) sedište odnosa između stranaka, ukoliko takav odnos postoji.

²³ Vidi: čl. 11 ZRSZ-a.

²⁴ Vidi: čl. 9 austrijskog ZMPP iz 1978. godine; čl. 10 slovenačkog ZMPPP iz 1999. godine; čl. 3, st. 2, t. 1 belgijskog Zakona iz 2004.

pravi izuzetak od pravila da domaće državljanstvo ima primat nad drugim stranim državljanstvom, čini švajcarski Zakon.²⁵ Naime, u švajcarskom Zakonu pravi se razlika prema tome da li je reč o pitanju: a) utvrđivanja nadležnosti sopstvenih sudova, b) priznanju i izvršenju stranih sudskih odluka, ili c) utvrđivanju merodavnog prava (pitanja koja se odnose na sukob zakona). Dok kod prva dva pitanja švajcarsko državljanstvo odnosi primat u smislu da je ono dovoljno za zasnivanje nadležnosti švajcarskih pravosudnih organa, dotle u potonjem slučaju (c) Švajcarska smatra švajcarsko državljanstvo dovoljnim samo ukoliko je ono istovremeno i tzv. efektivno državljanstvo, tj. državljanstvo države s kojom dato lice stoji u najbližoj vezi.²⁶

Princip najbliže veze kao korektiv

Korekcija prava, odnosno rezultata do kojeg dovode pravne norme pozitivnog prava nije imanentna samo ovoj pravnoj disciplini. Pravna norma je po svojoj prirodi opšteg karaktera i nije u stanju da vodi računa o osobenosti svakog pojedinačnog slučaja. Kada je svojevremeno Hobs (*Hobs*) primetio da “*svi zakoni... potrebuju tumačenje*”, time je naslutio jedno njihovo svojstvo koje je davno otkrio Platon, a detaljno ga ispitali savremeni pravni mislioci. Reč je o načelnoj i neizbežnoj nedovršenosti zakona.²⁷ Odmah se naravno postavlja i pitanje kako se zakon upotpunjuje ako je u načelu nepotpun i nedovršen. To se postiže tek u odnosu na slučaj koji zakon uređuje.

Poredeći strukturu i prirodu kolizionih normi sa uobičajenim pravnim pravilima u jednom pravnom sistemu, možemo izdvojiti nekoliko osobenosti koje se odnose na koliziona pravila. Kolizionu normu odlikuju tri osnovna obeležja: njen indirektni karakter (dvostrana kolizionna norma ne rešava određeno pravno pitanje, već samo posreduje u njegovom rešavanju, tako što ukazuje na pravni poredak prema kome će to pitanje biti regulisano), bilateralnost (dvostrani karakter koliziona norme ogleda se u načelnoj mogućnosti ravnopravne primene domaćeg i stranog prava), i neutralnost kao obeležje (kolizionna norma je samo tehničko pravilo koje rešava sukob zakona prema unapred postavljenom kriterijumu, koji nije vezan za rezultat u supstancijalnom domenu).²⁸ Međutim, iako po svojoj strukturi osobene, ni koliziona norme nisu imune na korekciju. Instituti klasičnog međunarodnog privatnog prava, kao što su institut javnog poretka, *fraus legis* i *renvoi* potvrđuju ovu činjenicu. Navedeni instituti, a naročito ustanova jav-

²⁵ Čl. 23 Saveznog zakona o međunarodnom privatnom pravu Švajcarske iz 1987. godine.

²⁶ Dika, Knežević, Stojanović, *op. cit.*, str. 47.

²⁷ Stanković O., “O sudskoj praksi”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1-2/1977, str. 204.

²⁸ Stanivuković M., Živković M., *Međunarodno privatno pravo – opšti deo*, Beograd, 2004, str. 239.

nog poretka, vrše korekciju kolizionih normi kao protivtežu interesima koji vode harmoničnoj saradnji pravnih sistema. Na taj način dovodi se u pitanje obeležje neutralnosti kolizionih normi, obzirom da njihov meritorni rezultat i te kako postaje relevantan u svetlu sigurnosnog korektiva kao što je institut javnog poretka.

Još jedan vid korekcije kolizionih normi, onaj koji se zasniva na principu najbliže veze,²⁹ i tehnički se ispoljava kroz postavljanje klauzule izuzetka, predstavlja značajno sredstvo u fleksibilizaciji kolizionih normi i njihovom “otvaranju” u pravcu konkretnog slučaja. U zavisnosti od širine zahvata klauzula izuzetka može biti postavljena kao generalna (opšta) ili specijalna (posebna) klauzula izuzetka. Glavni argument za uvođenje klauzule izuzetka jeste potreba za donošenjem pravičnog rešenja u konkretnom slučaju. Naime, nekada čvrsto koliziono pravilo ne odgovara atipičnom slučaju, pa je potrebno pokrenuti mehanizam klauzule izuzetka kako bi se čvrsto koliziono pravilo korigovalo i slučaj rešio u skladu sa okolnostima konkretnog slučaja, iz razloga što spor gravitira ka pravu različitom od onoga na koje ukazuje koliziona norma. Koncept najbliže veze, koji predstavlja potporu klauzule izuzetka treba shvatiti kao relativan, plastičan pojam, zavistan od prostora i vremena, koji naročito pogoduje dinamičnim sferama društvenog života (ugovorni i vanugovorni odnosi). Osim u oblasti sukoba zakona, klauzule izuzetka nisu nepoznanica i u oblasti sukoba jurisdikcija. U ovoj oblasti one se javljaju kao ekvivalent teoriji *forum non conveniens*, što u prevodu znači-neprikladan forum.³⁰ Sa pozivom na *forum non conveniens*, postupajući

²⁹ O značaju ove korekcije govori i činjenica da je osnovna tema XIV Međunarodnog kongresa za uporedno pravo (*International Congress of Comparative Law*) održanog u Atini 1994. godine, nosila naziv “*Klauzule izuzetka u domenu sukoba zakona i sukoba jurisdikcija-ili princip proksimiteta*” (“*Exception Clauses in Conflicts of Laws and Conflicts of Jurisdictions-or the Principle of Proximity*”). Generalni izveštaj sa ovog Kongresa, kao i ostali nacionalni izveštaji koji slede, posvećeni su korektivnoj funkciji principa najbliže veze u dve oblasti prava: oblast sukoba zakona i sukoba jurisdikcija. Namera pisaca ovih izveštaja bila je da načine svojevrstu sintezu detaljnih nacionalnih izveštaja posvećenih klauzulama izuzetka viđenim kao sredstvo kojim se ostvaruje korektivna funkcija principa najbliže veze. Jedan aspekt ovih izveštaja odnosi se na indentifikovanje oblasti u kojima je opravdano propisivati klauzule izuzetka. Posebna pažnja posvećena je obradi sledećih pitanja koje nacionalni zakonodavci imaju na umu prilikom optiranja za specijalne klauzule izuzetka: a) da li je (ne)propisivanje klauzule izuzetka u sistem međunarodnog privatnog prava, rezultat doktrinarnih pretpostavki u odnosnoj državi ili ne; b) da li se koncept klauzule izuzetka oslanja, funkcioniše i daje efekte zasnivajući se na realizaciji “principa proksimiteta” ili na potrazi za primenom “boljeg” prava, odnosno obezbeđivanjem boljeg materijalnog rezultata; c) pitanje ntervecije putem klauzule izuzetka u domenu sukoba jurisdikcija.

³⁰ Na našim prostorima ovom temom se bavila prof. dr Milena Petrović, više u: Petrović M., *Ograničenje međunarodne sudske nadležnosti: odabrana pitanja*, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac, 2009.

sud može da odbije nadležnost konstatovanjem da neka druga jurisdikcija predstavlja mnogo prikladnije i prirodnije mesto da se spor raspravi.

ZNAČAJ PRINCIPA NAJBLIŽE VEZE

Nakon sagledavanja različitih funkcija principa najbliže veze, nije teško izvesti zaključak o njegovom nespornom značaju u disciplini međunarodnog privatnog prava. Značaj principa najbliže veze može se sagledati u svetlu: funkcionalnog, sistemskog i vrednosnog aspekta.

Funkcionalni aspekt – razvoj prava

U funkcionalnom smislu, značaj principa najbliže veze ogleda se u činjenici da se tumačenjem njegovog pojma došlo do niza novih rešenja u pogledu regulisanja sukoba zakona. Sudac u areni međunarodnog privatnog prava ima u određenom smislu i ulogu zakonodavca, pa stoga ne samo da primenjuje već i razvija pravo, popunjava nizbežne praznine pravnog sistema stvarajući pravila i potpravila.³¹ Najbolji primer kako se sa oslonom na princip najbliže veze razvija pravo vidljiv je na primeru pretakanja Rimske konvencije iz 1980. godine u Rim I Uredbu. Ako se ostavi po strani priroda principa najbliže veze u čl. 4 RK, tumačenje ove odredbe od strane nacionalnih sudova država potpisnica rezultiralo je usvajanjem niza novih rešenja u čl. 4 Rim I Uredbe. Tako su u Uredbi postavljene posebne odredbe za ugovore o pružanju usluga³², ugovor o franšizi³³, ugovor o distribuciji³⁴.

Ove odredbe donete su sa oslonom na evolucionističko tumačenje³⁵ čl. 4 Rimske konvencije od strane nacionalnih sudova obeleženog njihovim nastojanjem da prilagode pravo životu, odnosno nastojanju da pronađu najbližu vezu za novonastale kategorije ugovora. Zapravo, nove odredbe jesu rezultat primene jed-

³¹ Visher F., "General Course on Private International Law", *Recueil des Cours d'Academie de droit International*, vol. 232, 1992, str. 196.

³² Čl. 4, (b) Rim I Uredbe

³³ Čl. 4, (e) Rim I Uredbe.

³⁴ Čl. 4, (f) Rim I Uredbe.

³⁵ Za primer evolucionističkog tumačenja uzimamo značenje reči "stvar" u definiciji krađe kao krivičnog dela. Pre nego što je pronađena električna energija, reč "stvar" imala je jasno značenje - ono ni u kom slučaju nije obuhvatalo električnu energiju. Prema tome, kada je ova energija pronađena, statičko tumačenje norme o krađi tuđe stvari onemogućavalo je da se pod rečju "stvar" razume i električna energija. Tako je bilo onemogućeno kažnjavanje krađe takve energije. Međutim, u doba kada je ova energija pronađena, reč "stvar" je promenila značenje i dobila opet jedno jasno značenje - električna energija je takođe stvar i ulazi u značenje te reči... Lukić R., Košutić B., op. cit., str. 405.

nog od osnovnih kanona hermeneutike, *aktuelnosti razumevanja*. Međutim, ne pogoduje svim kolizionim normama evolucionističko tumačenje. Možemo zaključiti da je ono rezervisano za one kolizione norme koje se zasnivaju na principu najbliže veze. Nasuprot njih, kolizione norme sa materijalnopravnom orijentacijom koje traže najbližu vezu u funkcionalnom smislu (a čiji je cilj postizanje određenog rezultata), treba uvek ciljno tumačiti. Kolizione norme koje imaju za cilj postizanje povoljnijeg prava za neku stranku ili zaštitu njihovih interesa donele su na osnovu unapred postignutog konsenzusa, koji je u datoj kolizionoj normi na izvestan način konzerviran, ne ostavljajući prostora za evolucionističko tumačenje.

U pojedinim slučajevima, načelo zaštite slabije strane nedvosmisleno stoji kao osnov kolizionog pravila. Nekada se on ne navodi, već to proizilazi iz smisla i svrhe kolizionopravnog rešenja, koji se utvrđuju na osnovu ciljnog tumačenja.³⁶

Sistemski aspekt

Prema učenju o logičkoj zatvorenosti pravnog sistema, pravni sistemi su zatvorene i celovite strukture u kojima nema mesta pravnim prazninama. U tom smislu, postojanje pravnih praznina je samo prividno, jer ako nema posebni-je, konkretnije norme, ipak je taj slučaj obuhvaćen opštijom, apstraktnijom normom, odnosno načelom. Ipak, postoje i drugačija mišljenja.³⁷

Prevedeno na teren međunarodnog privatnog prava, princip najbliže veze u svojstvu načela i u sadejstvu sa drugim načelima služi popunjavanju pravnih praznina u međunarodnoprivatnopravnoj oblasti. Na eksplicitan način ova je uloga

³⁶ Npr. čl. 3 Haške konvencije o pravu koje se primenjuje na obaveze izdržavanja prema deci iz 1956. godine, određuje da ako dete po pravu svog redovnog boravišta (čl.1) nema pravo na izdržavanje, tada se primenjuje unutrašnje kolizionopravno rešenje nadležnog organa. Podaci o Haškim konvencijama mogu se pronaći na adresi: www.hcch.net/e/conventions/index.html

³⁷ Problem pravnih praznina, kako ga Perelman (*Haim Perelman*) shvata, značajan je najpre zato što pokazuje specifičnost pravne logike pojmljene u njegovom smislu, kao i deformacije koje pravnoj logici mora nametnuti gledište koje se svodi na formalnu logiku primenjenu na pravo. Naime, pojmu pravne praznine u pravu odgovara pojam nepotpunosti u pravnom sistemu. Ovaj je nepotpun kada je nemoguće dokazati, polazeći od aksioma i pravila izvođenja tog sistema, da je jedno tvrđenje bilo istinito bilo lažno. To tvrđenje je, dakle, nezavisno od sistema i može mu se dodati kao aksiom, a da sam sistem ne postane protivurečan, tj. nekoherentan. No isto tako se može postupati i sa negacijom istog tvrđenja. Sama činjenica da je tvrđenje nezavisno od sistema, da u njemu nema osnova prema kome bi se ono smatralo istinitim ili lažnim, ukazuje da u njemu nema osnova koji utvrđuje da sistem treba proširivati tom tvrdnjom, a ne njenom negacijom, te da ne postoji tehnika zasnovana na formalnoj logici koja omogućuje izbor i uključivanje jedne od mogućih tvrdnji u formalni sistem. Popunjavanju pravnih praznina formalna logika ne može pomoći... Hasanbegović J., *Perelmanova pravna logika kao nova retorika*, magistarski rad, Beograd, 1986, str. 254-255.

principu najbliže veze data u ruskom Građanskom Zakoniku iz 2001. godine³⁸, a na implicitan način to je učinio i austrijski³⁹ zakonodavac.

Ukoliko se prihvate rešenja u predloženom Nacrtu novog Zakona o međunarodnom privatnom pravu u Republici Srbiji sva je prilika da će princip najbliže veze igrati veoma značajnu ulogu u popunjavanju pravnih praznina.⁴⁰

Vrednosni aspekt ili umesto zaključka

Ideja pravičnosti može biti predmet filozofskog, sociološkog i pravnog posmatranja.⁴¹ U poslednjih nekoliko decenija može se registrovati obnovljeno interesovanje za pojam pravde u recentnoj literaturi.⁴² Pravda i pravičnost, kao

³⁸ Čl. 1186, st. 3 Građanskog Zakonika Ruske federacije, "R. Gazeta", br. 49, 4553 od 28/11/2001 (kolizione norme nalaze se u odeljku VI ovog Zakona, u članovima od 1186-1224) glasi: "Ukoliko je merodavno pravo nemoguće oderditi prema stavu 1. ovog člana, primenjuje se pravo koje ima najtešnje veze sa građansko-pravnim odnosom koji sadrži elemenat inostranosti".

³⁹ Vidi: § 1, (1) i (2), Saveznog zakona o međunarodnom privatnom pravu Austrije iz 1979. godine. Međutim, to je samo jedno od tumačenja prirode i funkcije odredbi sadržanih u § 1 austrijskog Saveznog zakona. Postavlja se pitanje nije li zapravo ovde reč o skrivenoj generalnoj klauzuli izuzetka, koja ovlašćuje sud da u određenim slučajevima može odstupati od unapred postavljениh kolizionih pravila, ukoliko slučaj ima "bližu vezu" sa nekim drugim pravom različitim od onoga na koje ukazuje kolizionna norma? Sudska praksa tumačila je ovu odredbu u oba navedena pravca. Odluka *Oberste Gerichtshof in Osterreich (OGH)* od 7.11.1985. godine u kojoj je raspravljano o odstupanju od prava mesta sedišta dužnika karakteristične prestacije (§ 36). Iz obrazloženja: "U ovom slučaju ne postavlja se pitanje odstupanja od redovno merodavnog prava jer nedostaju indicije da odlučujuća činjenica iz ovog člana ne predstavlja najtešnju povezanost i da je novčana obaveza u ovom slučaju karakterističnija"; U jednoj odluci Vrhovnog suda Austrije od 21.11. 1989. godine, gde se odlučivalo sa oslonom na §1, čak je istaknuto da "princip najbliže veze sadržan u §1(1) nema samo funkciju popunjavanja pravnih praznina, već da ga jednako treba uzeti u obzir i prilikom tumačenja kolizionih normi"... Kokkini-Latridou D., *op. cit.*, str. 10.

⁴⁰ Čl. 36 Nacrta koji nosi naziv *Popunjavanje pravnih praznina* glasi: *Ako u ovom Zakonu nema odredbe o merodavnom pravu za odnos iz člana 1 stava 1 ovog Zakona, shodno se primenjuju odredbe ovog Zakona ili opšteprihvaćena načela i pravila međunarodnog privatnog prava.* Ukoliko ovaj član uporedimo sa čl.2 važećeg ZRSZ-a, primetna je redukcija u pogledu izvora koji mogu poslužiti popunjavanju pravnih praznina. Nacrt ne navodi *načela pravnog poretka Srbije* u smislu izvora koji može služiti popunjavanju pravnih praznina, što može navesti na zaključak da je prevashodni značaj dat načelima i pravilima međunarodnog privatnog prava. Radna grupa se opredelila za alternativnu primenu navedenih izvora, pa možemo zaključiti da je cilj ove odredbe svrsishodno popunjavanje pravnih praznina, kome je prikladnije šire tumačenje ove odredbe.

⁴¹ Marković B.S., "Pravičnost kao izvor prava", *Arhiv*, knjiga LV, 1939, str. 20.

⁴² Kohen (G.A. Cohen), Fajnberg (J. Fejnberg), Rajner (F. Reiner), Miler (D. Miller), Vlastos (G. Vlastos), Jung (M.I. Young), Nilsen (K. Nielsen), Rešer (N. Rescher), Lamont (J. Lamont), Rili (J. Riley), Okin (S.M. Okin), Akerman (B.A. Ackerman), Beri (B. Barry), Remer (J. Roemer), Boksil (B.R. Boxill), Fiškin (J.S. Fishkin), Hubin (D.C. Hubin), Kelzen (H. Kelsen), Hefe (O. Hof-

društvene vrednosti predstavljaju vrednosni izvor pravnih normi. U izvesnim slučajevima samo pozitivno pravo dozvoljava, čak i nalaže sudiji da se oslanja na svoju savest, odnosno da odlučuje po pravičnosti. U ovakvim slučajevima radi se o pravičnosti koja se pojavljuje *secundum legem*, kao dopuna i korektiv prava.

Istorija pokazuje da između pozitivnog prava i pravde postoje odnosi nape-
tosti. Pozitivno pravo teži važenju bez obzira na to da li je pravedno ili nepraved-
no. U tom kontekstu, možda je najracionalnije mišljenje o pravdi izložio Radbruch,
kada konstatuje da: “treba da tražimo pravdu i da istovremeno vodimo računa o
pravnoj sigurnosti jer je i ona sama jedan deo pravde; treba da ponovo izgradi-
mo pravnu državu, koja će po mogućstvu zadovoljiti obe ideje.”⁴³ Aristotel tako-
đe, kao posebnu vrstu pravde ističe zahtev za jednakošću i poštovanjem zakona.
Opšte mesto u filozofiji predstavlja Aristotelova podela pravde na distributivnu i
komutativnu pravdu (*iusticia commutativa* i *correctiva*), pod kojima se podrazu-
mevaju sledeći zahtevi: jednako postupanje u jednakim i nejednako postupanje
u nejednakim slučajevima.⁴⁴ Korektivna pravda je prema Aristotelu rezervisana
za ugovore i izjednačuje strane ugovornice u pravima koja iz ugovora proističu.⁴⁵

Iako postoje mišljenja da pravičnost nije imanentna međunarodnom pri-
vatnom pravu,⁴⁶ smatramo da ovo shvatanje nije održivo, naročito kada se imamo
na umu korektivnu pravdu. Zahtevi za jednakim postupanjem u jednakim, i ne-
jednakim postupanjem u nejednakim slučajevima mogu se istaći i na kolizionom
planu. Ukoliko se kolizione norme isključivo konstruišu sa oslonom čvrste tačke
vezivanja ovim zahtevima nije moguće udovoljiti! Iz tog razloga princip najbliže
veze u kombinaciji sa čvrstom tačkom vezivanja služi kao korektiv za sve one ati-
pične slučajeve koji zahtevaju nejednako postupanje, a njihov krajnji cilj jeste po-
stizanje pravičnog rešenja. Osnovna dilema vezana za kolizionu sferu jeste koju
pravdi korekcija treba da zadovolji: tzv. kolizionu ili materijalnu pravdu? Klasič-
ne teorije u oblasti sukoba zakona slagale su se da koliziona pravila jesu usmerena
na zadovoljenje pravde, ali ne materijalne već *kolizione* pravde. Sve one kretale su

fe), itd... Kaluđerović Ž., *Helensko poimanje pravde*, Izdavačka knjižarnica Zorana Stojanovića, Novi
Sad, 2010, fn. 3.

⁴³ više u: Lukić R., Košutić B., *Uvod u pravo*, Sl. glasnik, Beograd, 2006, str. 87.

⁴⁴ Aristotel, *Nikomahova etika*, Globus, Zagreb, (prevod: Tomislav Ladan), 1988, str. 31.

⁴⁵ Ono pravedno “koje ispravlja” drugačijeg je oblika, za prvu vrstu pravde kažemo da pred-
stavlja geometričku, a druga predstavlja aritmetičku sredinu. Sud dotične stranke uzima kao jed-
nake; to dovodi A u položaj A+C, a B u položaj B-C. Sudija ima zadatak da pronade aritmetičku
sredinu između tih, a to postiže prenoseći C od A na B. Tako (jer uzima da je A=B) dobijamo ari-
tmetičku sredinu... *Ibid*, str. 95.

⁴⁶ Varadi T., “Pravičnost u međunarodnom privatnom pravu”, *Zbornik matice srpske za
društvene nauke*, br. 58, 1973, str. 31-43

se u pravcu potrage za odgovarajućom državom čije će pravo biti merodavno, a ne za odgovarajućim pravom, i u tom smislu, za odgovarajućim rezultatom.⁴⁷ Veza je tražena pre svega u kvantitativnom, a ne u kvalitativnom smislu. Početkom XX veka, ova naizgled solidna tvrdnja počela je da se "ljulja". Krajnji rezultat ovih promišljanja polazi od premise da se privatnopravni odnosi koji sadrže elemenat inostranosti kvalitativno ne razlikuju od potpuno "domaćih" slučajeva i da sudije ne treba da budu oslobođene odgovornosti da i ove slučajeve rešavaju pravično. Rešavanje slučajeva na pravičan i fer način treba da bude cilj jednako materijalnih i kolizionih pravila.⁴⁸

Na evropskom kontinentu ova promišljanja pozadina su u razradi značajnih principa kojima savremeno međunarodno privatno pravo pridaje značaj, kao što su princip zaštite slabije strane i principi *in favorem validitatis*, odnosno *in favorem negotii*, ali su i razlog za fleksibilizaciju kolizionih pravila putem klauzula izuzetaka, a sa oslonom na princip najbliže veze. Mišljenja smo da princip zaštite slabije strane i principi *in favorem validitatis* kao i *in favorem negotii* jesu ustanovljeni u cilju zadovoljenja materijalne pravde, ali smo isto tako i mišljenja da tradicionalni kontinentalni duh limitira korektivnu funkciju principa najbliže veze na postizanje koliziona pravde u pojedinačnom slučaju. Da međunarodno privatno pravo nije lišeno vrednosnog aspekta u smislu materijalne pravde svedoči nam i postojanje ustanove javnog poretka. Posredno, to znači da je u krajnjoj liniji ostvarenje materijalne pravde jednako i cilj kolizionih normi istovetno kao i u slučaju normi materijalnog prava. Sadržinu javnog poretka u našem pravu čine "ustavom utvrđene osnove društvenog uređenja", u čijem sastavu se nalaze i načela univerzalne pravde i međunarodno priznatih vrednosti. Sa pozivom na ustanovu javnog poretka može se otkloniti primena stranog prava, što nije ništa drugo do korekcija i intervencija u kolizionu metod, ali ne sa stanovišta načela najbliže veze, već sa stanovišta jednog drugačijeg vrednosnog osnova. I prema opšteprihvaćenom stanovištu u uporednom međunarodnom privatnom pravu klauzula javnog poretka je klauzula izuzetka (*clause d'exception*, *Ausnahmeklausel*), koja se ima restriktivno tumačiti i obazrivo primenjivati.⁴⁹

⁴⁷ Symeonides S.C., "American Choice of Law at the Dawn of the 21th Century", *Willamette Law Review*, vol. 37, 1, 2001, str. 61.

⁴⁸ Symeonides S.C., "Result-Selectivism in Private International Law", *Romanian Journal Of Private International Law and Comparative Private Law*, 2008, str. 3.

⁴⁹ Dika, Knežević, Stojanović, *op. cit.*, str. 19.

JELENA BELOVIĆ, Ph.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law,
University of Priština, Kosovska Mitrovica

EQUITY AND THE CLOSEST CONNECTION PRINCIPLE
IN THE FIELD OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW

Summary

Unlike the other legal rules, the collision rules indirectly regulates disputed legal relationships with the foreign element, referring to the competent legal framework that would resolve the concrete legal issue.

The closest connection principle is a singularity of Private International Law. As the topic of this study, it is viewed in the light of opposition of the principles of legal certainty and equity. The struggle between these two principles in the law is old as law itself. The basic idea is to create Private International Law techniques that would represent a different relationship between the principle of legal certainty and the principle of equity; the formula that will not indicate option-legal certainty or equity, but accumulation legal certainty and equity.

KATARINA JOVIČIĆ

NEMOGUĆNOST IZVRŠENJA UGOVORA O MEĐUNARODNOJ PRODAJI ROBE I PRAVNE POSLEDICE U TOM SLUČAJU

U V O D

Kada dužnik ne izvrši svoju ugovornu obavezu¹ tada poverilac, pod predviđenim uslovima, stiče pravo da protiv njega upotrebi određena pravna sredstva. Koje će to pravno sredstvo ili sredstva biti zavisi od okolnosti konkretnog slučaja, ali gotovo u svakoj situaciji neispunjenja ugovora, bilo to u celini ili delimično, dužnik poveriocu duguje i naknadu štete. Njegova obaveza da poveriocu nadoknadi štetu, koja stupa na mesto neispunjene ugovorne obaveze, je sankcija koju dužnik snosi u toj situaciji i ta sankcija predstavlja ugovornu odgovornost.²

Pravo na naknadu štete zbog neizvršenja ugovora ni jedan pravni sistem ne dovodi u pitanje, ali se poveriocu ono u određenim situacijama ograničava ili onemogućava i, u najopštijem smislu, u pitanju su slučajevi kada dužnik ne ispunjava ugovor zato što ga u tome ometaju neke okolnosti ili događaji koje on nije

Dr Katarina Jovičić, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu.

¹ Kod ugovora o međunarodnoj prodaji robe neizvršenje se mora posmatrati ne samo u kontekstu onoga što je ugovorom izričito predviđeno, već i s obzirom na pravila relevantnih nacionalnih i međunarodnih izvora prava, pre svih običaja, nacionalnih propisa i međunarodnih ugovora koji, prema merodavnom pravu, uređuju odnos u pitanju.

² “Obaveza na naknadu štete može postojati uz osnovnu ugovornu obavezu ili može zaminiti osnovnu ugovornu obavezu. Ali, bez obaveze na naknadu štete ne može postojati odgovornost. Odgovornost mora značiti određeni dodatni teret za dužnika, i to teret koji će pogoditi njegovu imovinu”. Jankovec, I., *Ugovorna odgovornost*, Poslovna politika, Beograd, 1993, str. 12.

izazvao, niti ih je mogao predvideti ni savladati. One mogu biti raznovrsne i njihov uticaj na ugovornu odgovornost nije jednak. Tako se u teoriji i u praksi razlikuju okolnosti koje izvršenje ugovora čine nemogućim, od onih koje ne sprečavaju njegovo izvršenje, ali ga znatno otežavaju.³ Po pravilu, ovo pitanje regulisano je zakonom, ali se ugovorna odgovornost može isključiti ili ograničiti i samim ugovorom, putem tzv. klauzula neodgovornosti (klauzule egzoneracije)⁴.

Pravila o ugovornoj odgovornosti su tesno povezana sa pravilima o nemogućnosti izvršenja ugovora, jer se uvek kad dužnik ne ispuni ugovor postavlja pitanje da li je on odgovoran za štetu koja je usled toga nastala ili ne, a to, po pravilu, zavisi od toga da li je neizvršenje posledica okolnosti da je ugovor postalo nemoguće ispuniti i da li je dužnik za to odgovoran.⁵ Osim što utiče na ugovornu

³ Ovde je, u suštini, reč o razlikovanju nemogućnosti izvršenja ugovora od situacije kada je ugovor moguće ispuniti, ali je to za dužnika postalo preterano teško zbog toga što su se promenile okolnosti značajne za izvršenje u odnosu na stanje koje je postojalo u vreme njegovog zaključenja (doktrina *clausula rebus sic stantibus*, o kojoj će biti više reči u nastavku rada).

⁴ Da bi se sprečile zloupotrebe u korišćenju ugovornih klauzula kojima se ugovorna odgovornost isključuje ili ograničava sva prava postavljaju okvire i granice slobodi ugovaranja u odnosu na to pitnaje, kako uopšte, tako i kod pojedinih ugovora i za pojedine ugovorne obaveze. U našem pravu, na primer, to pitanje uređuje član 265. ZOO, po kome se ugovorom ne može isključiti odgovornost dužnika za nameru ili krajnju nepažnju, ali i za običnu nepažnju ako je takav sporazum proizašao iz monopolskog položaja dužnika ili uopšte iz neravnopravnog odnosa ugovornih strana. Videti: Mitrović, D., *Klauzule neodgovornosti u međunarodnoj trgovačkoj kupoprodaji*, Institut za uporedno pravo, Beograd, 1966; Perović J. *Klauzula o višoj sili u međunarodnim privrednim ugovorima*, u, *Pravni život* br. 11/2011, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, str. 221–239.

⁵ U uporednom pravu nema jedinstvenog stava o tome koje okolnosti oslobađaju dužnika od ugovorne odgovornosti. Tako, na primer, u švajcarskom pravu to je slučaj kada činidba postane nemoguća usled okolnosti za koje dužnik ne odgovara (član 119. Obligacionog zakonika); u austrijskom pravu kada stvar slučajno propadne (§1447 ABGB); u francuskom pravu kada je izvršenje postalo nemoguće usled više sile ili slučaja (član 1148. CC); u holandskom pravu ako neispunjenje ne proističe iz krivice dužnika, niti mu se može pripisati odgovornost za neispunjenje na osnovu zakona, drugog pravnog akta ili opšteg mišljenja (član 6:75 BW); u engleskom pravu ako propadne individualno određena stvar posle zaključenja ugovora a pre nego je rizik prešao na kupca (član 7. *Sale of Goods Act*); u američkom pravu ako je propala identifikovana roba bez krivice ijedne strane pre nego što je rizik prešao na kupca, odnosno kad posle zaključenja ugovora nastupe neočekivani događaji (članovi 2-613. i 2-615. Jednoobraznog trgovinskog zakonika SAD; u našem pravu kad ispunjenje obaveze postane nemoguće usled okolnosti zbog kojih dužnik ne odgovara (član 354. ZOO); u Bečkoj konvenciji: kad je do neizvršenja došlo zbog smetnje koja je bila van kontrole dužnika, a koja se nije razumno mogla predvideti u vreme zaključenja ugovora, niti izbeći niti savladati (član 79.), itd. Razlike u određenju uslova pod kojima se dužnik oslobađa ugovorne odgovornosti u značajnoj meri posledica su činjenice da neka prava ugovornu odgovornost zasnivaju na krivici dužnika, dok ona u drugima ima manji značaj, ili uopšte nije relevantna Prvo shvatanje, koje je poznato kao subjektivna ugovorna odgovornost, polazi od načelnog stava da je dužnik odgovoran za neizvršenje samo ako mu se takvo ponašanje može pripisati u krivicu. Drugo gledište, poznato kao objek-

odgovornost, nemogućnost ispunjenja ugovora proizvodi i druge pravne posledice, među kojima je najvažnija ta što, usled toga, ugovorna obaveza može prestati.

KADA SE SMATRA DA UGOVOR NIJE MOGUĆE IZVRŠITI

Definisati pojam nemogućnost ispunjenja ugovora je veoma teško, ne samo zato što je u pitanju opšti pojam pa bi se svako njegovo preciziranje moglo ispostaviti kao nedovoljno, već i zato što se on vremenom menja, tako da ono što je danas nemoguće može sutra postati moguće i obratno. U našoj literaturi se ovime detaljnije bavio Ivica Jankovec, koji je, polazeći od činjenice da se pod “nemogućnošću” u svakodnevnom životu podrazumeva nešto što se ne može dogoditi, ili što se ne sme uraditi, ili što je preterano teško,⁶ nemogućnost ispunjenja ugovora odredio na sledeći način: “Ako želimo da primenimo ovu opštu definiciju nemogućnosti na ugovorne odnose, mogli bismo reći da nemogućnost ispunjenja ugovorne obaveze označava situaciju u kojoj ugovorna obaveza iz nekih prirodnih ili pravnih razloga, s obzirom na okolnosti konkretnog slučaja, ne može biti ispunjenja onako kako glasi, u tom smislu što dužnik ne može izvršiti dugovanu činidbu.”⁷

O nemogućnosti ispunjenja, kao obliku neizvršenja ugovora, govorimo kada dužnik ne izvrši ugovornu obavezu zato što je to postalo nemoguće, usled nekih okolnosti koje su nastupile, po pravilu, posle zaključenja ugovora.⁸ Ona može biti objektivna, tj. takva da ugovor ne bi moglo ispuniti ni drugo lice u po-

itivna ugovorna odgovornost, zasniva se na shvatanju da je dužnik odgovoran za svako odstupanje od ugovora i ne može se osloboditi od odgovornosti samo na osnovu okolnosti da nije kriv za neizvršenje već je, pored toga, neophodno i da je priroda teškoće, prema objektivnim kriterijumima, takva da onemogućava ispunjenje ugovora.

⁶ Prema Rečniku srpskog jezika, izraz “nemoguće” znači: “koji ne može biti, koji se ne može ostvariti, neverovatan... koji je suprotan utvrđenim pravilima...”. *Rečnik srpskog jezika*, Matica srpska, Novi Sad, str. 817.

⁷ Jankovec, I., *Vidovi i posledice nemogućnosti ispunjenja ugovorne obaveze*, op. Institut društvenih nauka, Centar za pravna i politikološka istraživanja, Beograd, 1982, str. 28. Opširnije o elementima definicije nemogućnosti: ibidem, str. 29–31.

⁸ Ako je ugovor bilo nemoguće ispuniti već u času zaključenja, onda se smatra da obaveza nije ni nastala. Ovo pravilo, međutim, nije univerzalno u uporednom pravu već se, posebno kada je o ugovoru o prodaji reč, zapaža tendencija izjednačavanja pravnih posledica nemogućnosti ispunjenja bez obzira na momenat njenog nastupanja. Takvo shvatanje obrazlaže se potrebom zaštite poverioca koji je, pouzdajući se u zaključeni ugovor, mogao preduzeti neke radnje u cilju njegovog izvršenja i s tim u vezi podneti određene troškove, koji bi trebalo da mu budu nadoknađeni. Tako, na primer, § 311.a(1) BGB, član 3.3. UNIDROIT Načela za ugovore u međunarodnoj trgovini, član 4:102 Načela evropskog ugovornog prava. Videti: Perović, J. *Klauzula o višoj sili u međunarodnim privrednim ugovorima*, op. cit., str. 223.

ložaju dužnika, na primer, kada propadne stvar koja je predmet ugovora,⁹ ali i subjektivna, ako je samo dužniku nemoguće da ugovor ispuni.

Nemogućnost može biti posledica faktičkih okolnosti, na primer, ako roba na koju se ugovor odnosi bude uništena u požaru, ili poplavi, ali ona, takođe, može nastupiti i kada se nekim propisom zabrani ispunjenje onoga što je ugovorom predviđeno, na primer, zabrani se uvoz ili izvoz robe koja je predmet ugovora, ili kada se ne pribave zahtevane dozvole ili odobrenja koje su uslov punovažnosti ugovora ili njegove uspešne realizacije.¹⁰ Prema tome se razlikuje faktička od pravne nemogućnosti ispunjenja ugovora. Neki pravni sistemi, pored toga, posebno uređuju i situaciju kada određene, nepredviđene okolnosti učine da dužniku postane nedostižno, odnosno, previše teško da ispuni ugovornu obavezu tako da bi on, njenim izvršenjem (izvršenje je faktički i pravno moguće) mogao biti i ekonomski upropašćen. Reč je o doktrini *clausula rebus sic stantibus*, koja dužniku daje pravo da zahteva izmenu ugovora, pa čak i njegov raskid u toj situaciji. Ovu doktrinu ne poznaju sva prava, na primer, francusko, austrijsko, švajcarsko pravo, kao ni Bečka konvencija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe.¹¹

⁹ Pretpostavlja se da su u pitanju individualno određene stvari.

¹⁰ U uporednom pravu nema jedinstvenog stava o pitanju pravnog značaja tih odobrenja i dozvola, već se mogu izdvojiti tri različita shvatanja. Po prvom, odobrenje odnosno dozvola nema uticaja na valjanost zaključenja ugovora, već to utiče na njegovo izvršenje. Drugim rečima, ugovor je punovažno zaključen ali ga nije moguće izvršiti i u toj situaciji strana, koja je bila dužna da pribavi ova dokumenta, odgovara drugoj strani za naknadu štete. Drugo shvatanje, suprotno tome, polazi od toga da ugovor zaključen bez odobrenja ili dozvole nema pravno dejstvo jer je ništav, ali se može osnažiti ako odobrenje ili dozvola bude pridobijena naknadno. Po trećem shvatanju ugovor za koji je potrebno pribaviti odobrenje ili dozvolu zaključen je pod odložnim uslovom tako da će on postati punovažan ako i kada odobrenje odnosno dozvola budu dobijeni. Videti: Đurović, R., *Međunarodno privredno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 2000, str. 264-265; Mitrović, D., *Okolnosti koje sprečavaju izvršenje ugovora o međunarodnoj prodaji robe*, Pravni opus, Izbor iz radova 1957-2007, op. cit., str. 123-146.

¹¹ Kada je o nemačkom pravu reč, to se odnosi na period do 2002. godine (kada je izvršena reforma nemačkog ugovornog prava). U tim pravima je preovladalo shvatanje da bi primena doktrine *rebus sic stantibus* predstavljala negaciju "autonomije volje". Ona je, smatra se, suprotna načelu slobode ugovaranja, koje između ostalog podrazumeva da strane ugovornice slobodno prihvataju i snose rizik gubitaka u poslovanju (videti: Krulj, V., *Raskidanje ili izmena ugovora zbog promenjenih okolnosti*, u, Blagojević, B., Krulj, V. (redaktori), Komentar Zakona o obligacionim odnosima, Savremena administracija, Beograd, 1983, str. 398-401). U pravima *common law* ova doktrina se vrlo restriktivno primenjuje. U vodećem engleskom slučaju *Davis Contractors Ltd. v. Fareham U.D.C.*, (1956) A.C. 696 (H.L.), sud je istakao da su u trgovinskim transakcijama određeni rizici uobičajeni, te da teškoće u izvršenju ugovora ili materijalni gubici, sami po sebi, ne predstavljaju bitnu povredu ugovora Izvod iz odluke suda dostupan je na <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1956/3.html>. I savezni sudovi u SAD su na stanovištu da kod ugovora o prodaji porast troškova ne oslobađa prodavca od obaveze od izvršenja i da on taj rizik mora uzeti u obzir prilikom zaključenja ugovora. Tako je sud u predmetu *Publicker Indus. v. Union Carbide Corp.*, 17 UCC Rep. Serv. 989 (E.D.Pa.

Suprotno tome, ona je zastupljena u nemačkom, italijanskom, portugalskom, grčkom, srpskom, holandskom i drugim, može se kazati modernijim pravima, uključujući i UNIDROIT načela za ugovore u međunarodnoj trgovini i Načela evropskog ugovornog prava.¹²

Smetnje u izvršenju jednog ugovora ne moraju biti trajne, već je moguće da su prolaznog karaktera, pa se prema tome razlikuje privremena od trajne nemogućnosti ispunjenja ugovora. Privremena nemogućnost gotovo redovno vodi kašnjenju dužnika sa ispunjenjem¹³ (premda je moguće da privremena nemogućnost ispunjenja vremenom postane trajna¹⁴) pa ako je dužnik za to odgovoran, onda je u obavezi da poveriocu nadoknadi štetu, a ako nije, onda tu obavezu nema.

1975) odlučio da gubitak od 5,8 miliona dolara ne čini ugovor necelishodnim niti može osloboditi stranu od obaveze da izvrši ugovor pozivanjem na višu silu. Porast troškova sam po sebi ne vodi do oslobađanja od ugovora, osim ako je to posledica nastupanja nepredvidivih okolnosti koje ugrožavaju samu suštinu ugovora. O ovom i o drugim slučajevima u kojima se sud određuje prema necelishodnosti izvršenja ugovora kao razlogu za oslobađanje od ugovora u američkom pravu videti: Helewitz, J., *Basic Contract Law for Paralegals*, Aspen Publishers, New York, 2007, str. 284-288. Doktrina *clausula rebus sic stantibus* nije zastupljena ni u Konvenciji UN o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe iz 1980. godine (Bečka konvencija). S obzirom na tu pravnu prazninu pitanje eventualnog oslobađanja dužnika od obaveze da poveriocu nadoknadi štetu zbog neizvršenja ugovora, do čega je došlo zbog promenjenih okolnosti, treba rešavati u skladu sa odredbama člana 79. (koji reguliše pitanje oslobađanja od ugovorne odgovornosti), dok sve ostale poveriočeve zahteve (za izvršenje ugovora ili za njegov raskid) treba rešavati u skladu sa odredbama koje uređuju odgovarajuća pravna sredstva prodavca ili kupca. Videti: Yesim M. A., *Art. 79*, u, Kröll, Stefan., Mistelis, Loukas., Perales Viscasillas, Pilar., (eds.), *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, C.H.Beck, Hart Publishing, 2011. str. 1068-1069.

¹² Videti: § 313 BGB (ovo pitanje je u nemačkom pravu regulisano tek 2002. godina, u okviru reforme građanskog i ugovornog prava), članove 1467-1469. italijanskog CC, član 437. portugalskog CC, član 388. grčkog Građanskog zakonika, član 133. srpskog ZOO, član 6:258 holandskog BW, član 6.2.2. UNIDROIT Načela i član 6:111 Načela evropskog ugovornog prava.

¹³ Imajući u vidu da docnja u izvršenju i nemogućnost izvršenja ugovora ne proizvode iste pravne posledice, veoma je važno utvrditi da li je i kada došlo do promene. U pravnoj teoriji postoje dva osnovna shvatanja o odnosu privremene nemogućnosti ispunjenja ugovora i docnje: po prvom, nastupanje dužničke docnje se odlaže za vreme dok traje privremena nemogućnost ispunjenja ugovora (ovo shvatanje u našem pravu zastupaju, na primer, Konstantinović i Jakšić, navedeno prema Jankovec, I., *Vidovi i posledice nemogućnosti ispunjenja ugovorne obaveze*, op. cit, str. 115), dok po drugom, docnja nastupa i kad je ispunjenje ugovorne obaveze privremeno nemoguće (u našem pravu ovo mišljenje zastupaju, na primer, Loza i Jankovec, navedeno prema Jankovec, I., ibidem. U našem pravu izgleda da dileme nema jer je članom 324. st. 1. ZOO predviđeno da docnja nastupa kada dužnik nije ispunio ugovornu obavezu u roku, čini se da se sa jačim argumentima može braniti drugo shvatanje, premda se ne može reći ni da je bez osnova prvo shvatanje.

¹⁴ U italijanskom pravu, na primer, postoji odredba koja predviđa da privremena nemogućnost može dovesti do raskida ugovora kada teškoće postoje tako dugo da dužnik više ne može biti odgovoran za izvršenje, ili poverilac izgubi interes da primi dugovano (stav 2. člana 1256. CC).

Kada nemogućnost ispunjenja ugovora nije potpuna, već dovodi do toga da obaveza iz ugovora ne može biti ispunjena samo u jednom delu, tada je reč o delimičnoj nemogućnosti izvršenja ugovora. U ovom slučaju najvažnije pitanje je da li takva, delimična nemogućnost izvršenja ugovora, pogađa ceo ugovor, ili samo njegov deo koji nije moguće ispuniti jer od odgovora na to pitanje zavisi da li će ugovorna obaveza biti ugašena u celini, ili samo u delu koji nije moguće ispuniti.

Pojam nemogućnosti ispunjenja ugovora poznaju brojni nacionalni izvori prava za ugovor o međunarodnoj prodaji robe, premda ne svi,¹⁵ a ne koristi ga ni Bečka konvencija o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe. Prema nekim mišljenjima, upotreba ovog pojma u zakonskom tekstu nije ni potrebna, čak može biti ograničavajuća zato što ga je zbog njegove nedovoljne elastičnosti teško prilagoditi potrebama konkretnog slučaja.¹⁶ S tim u vezi se ukazuje da je sasvim dovoljno da se u zakonu ne spominje nemogućnost, već da se posledice neizvršenja ugovorne obaveze vežu neposredno za odgovornost dužnika tako što bi se opštim pravilom utvrdila njegova načelna obaveza da nadoknadi štetu ako ne ispuni ono na šta se ugovorom obavezao, dok bi se posebnim pravilom predvidelo da se dužnik oslobađa od te obaveze ako uspe da dokaže da je ugovor povredio iz razloga za koje nije odgovoran.¹⁷ Upravo na taj način pitanje ugovorne odgovornosti uređuje Bečka konvencija, koja kao opšte pravilo predviđa da dužnik koji nije ispunio ugovor odgovara drugoj strani za štetu.¹⁸ Ovo opšte pravilo korigovano je posebnom odredbom kojom se predviđaju izuzeci od njegove primene, ali se ti izuzeci ne vezuju za činjenicu da je ispunjenje obaveze postalo nemoguće (jer Konvencija ne koristi taj pojam).¹⁹

¹⁵ Pojam nemogućnosti ispunjenja ugovora u zakonski tekst uključuju, na primer, austrijsko pravo (§ 1447 ABGB), nemačko pravo (§ 275 BGB), italijansko pravo (čl. 1218. i 1256. CC), naš Zakon o obligacionim odnosima (član 137, 138, 262. ZOO). I za francusko pravo se može konstatovati da izričito predviđa nemogućnost ispunjenja ugovora, s tim što ono umesto tog izraza koristi termin "viša sila" (član 1148. CC). Jednoobrazni trgovački zakonik SAD, na primer, ne koristi pojam nemogućnost, već oslobađanje dužnika od ugovorne odgovornosti vezuje za slučaj kada je izvršenje postalo neizvodljivo (*impracticable*) zbog nastupanja nekog događaja čije je nenastupanje bilo osnovna pretpostavka za zaključenje tog ugovora, ili zbog pokoravanja u dobroj veri važećim propisima strane ili domaće države, bez obzira da li će isti kasnije biti proglašeni nevažećim (član 2-615).

¹⁶ Šmalcelj, Ž., *Pravopolitička vrijednost pojma "nemogućnosti" činidbe u obveznom pravu*, Naša zakonitost br. 7-8/76, str. 98-115, navedeno prema: Jankovec, I., *Vidovi i posledice nemogućnosti ispunjenja ugovorne obaveze*, op. cit., str. 186.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ Videti član 45. i član 61. Konvencije.

¹⁹ Član 79. stav 1. Bečke konvencije glasi: "Ako jedna strana ne izvrši neku od svojih obaveza, ona neće biti odgovorna za neizvršenje ako dokaže da je do neizvršenja došlo zbog smetnje koja je bila van njene kontrole i da od nje nije bilo razumno očekivati da u vreme zaključenja ugovora

PRAVNE POSLEDICE NEMOGUĆNOSTI ISPUNJENJA UGOVORA

Jedna od najznačajnih pravnih posledica nemogućnosti ispunjenja ugovora jeste da se ugovorna obaveza, koju nije moguće izvršiti, gasi.²⁰ Da bi ova posledica nastupila, obično je potrebno da dužnik nije odgovoran za nemogućnost ispunjenja ugovora, pa poverilac tada gubi ne samo pravo da zahteva izvršenje ugovora, već i pravo na naknadu štete.²¹ Kada se ugasi obaveza jedne ugovorne strane, tada je pitanje da li to utiče i na obavezu druge ugovorne strane u dvostranoobavezujućem ugovoru. Polazeći od načela jednake vrednosti davanja kod tih ugovora, dolazi se do zaključka da bi, u tom slučaju, trebalo da se ugasi i obaveza druge ugovorne strane, a takvu posledicu opravdava činjenica da je otpao pravni osnov za njeno izvršenje.²²

smetnju uzme u obzir, da izbegne ili savlada takvu smetnju i njene posledice". UNIDROIT Načela slede primer Bečke konvencije kada uređuju pitanje oslobađanja dužnika od ugovorne odgovornosti (član 7.1.7), za razliku od Načela evropskog ugovornog prava koja to pitanje, iako regulišu na bitno sličan način, izričito upotrebljavaju i termin "nemogućnost ispunjenja" (član 8:108).

²⁰ Tako, na primer, § 275. stav 1. BGB; član 119. stav 1. švajcarskog Obligacionog zakonika; član 354. ZOO. Do gašenja ugovora u švajcarskom i srpskom pravu dolazi po sili zakona dok u nemačkom pravu, shodno § 326 stav 5. BGB, raskid nastupa isključivo na osnovu izjave poverioca. I Bečka konvencija, kao nemačko pravo, ne predviđa automatski raskid ugovora već isključivo po zahtevu poverioca, pa to važi i u situaciji kada je ugovor postalo nemoguće ispuniti. Takvo rešenje prihvataju i UNIDROIT Načela za ugovore u međunarodnoj trgovini (član 7.3.1. i dalje) kao i Načela evropskog ugovornog prava (član 9:301 i dalje).

²¹ U pravima koja koriste pojam nemogućnost izvršenja ili pojam više sile poverilac, redovno, pored toga što gubi pravo da od dužnika koji je uspeo da se oslobodi od ugovorne odgovornost zahteva naknadu štete, gubi i pravo na zahtev za izvršenje ugovora zato što bi takav zahtev bio besmislen s obzirom da je izvršenje ugovorene obaveze postalo nemoguće. To, međutim, nije slučaj u pravima koja ne koriste pomenute termine već, kao Bečka konvencija na primer, opisno predviđaju pod kojim uslovima se dužnik oslobađa od ugovorne odgovornosti, a da to ni jednom rečju ne vezuju za pojam nemogućnosti izvršenja ili više sile. Na taj način se ovo pitanje regulišu na fleksibilan način, pa je poverilac može, uprkos tome što je dužnik oslobođen od ugovorne odgovornosti, zadržati pravo da od njega zahteva i da ispuni ugovor. Na primer, kada prodavac kasni sa isporukom zbog smetnji koje su van njegove kontrole, a nije bilo razumno od njega očekivati da u vreme zaključenja ugovora te smetnje uzme u obzir, da ih izbegne ili savlada njihove posledice, tada on može biti oslobođen od obaveze da nadoknadi štetu, ali to ne podrazumeva da je on istovremeno oslobođen i od obaveze da izvrši ugovor ako kupac postavi takav zahtev.

²² Ovo pravilo je regulisano zakonom, na primer, u našem pravu (član 137. ZOO), ali samo ako ni jedna strana nije odgovorna za nemogućnost ispunjenja (identično pravilo je sadržalo ranije nemačko pravo u §323 stav 1. BGB, ali se ono nije zadržalo nakon izmena i dopuna BGB-a 2002. godine), dok švajcarsko pravo predviđa da se gasi samo obaveza dužnika koju je postalo nemoguće ispuniti (član 119. stav 1. Obligacionog zakonika), što je i pravilo francuskog prava (član 1302. CC). U francuskoj pravnoj teoriji se smatra da se pitanje sudbine obaveze druge ugovorne strane u ovom slučaju svodi na pitanje snošenja rizika, premda ima i mišljenja da se obaveza druge ugovorne stra-

U našem pravu je, međutim, izričito predviđen izuzetak od pravila da se ugovorna obaveza, koju nije moguće izvršiti, gasi ako su predmet obaveze stvari određene po rodu.²³ To je i logično kada se ima u vidu da je predmet obaveze u tom slučaju širi od predmeta ispunjenja ugovora, jer se obaveza dužnika ne odnosi na sve stvari određene vrste pa propast predmeta ispunjenja ne znači istovremeno i propast predmeta obaveze.²⁴ Propašću takve stvari ne nastupa objektivna nemogućnost ispunjenja ugovora, jer bi neko drugo lice to moglo učiniti da je ugovorna strana. Zbog toga se pitanje pravnih posledica neispunjenja ugovorne obaveze u ovom slučaju rešava prema opštim pravilima za neispunjenje obaveze, a ne prema pravilima o nemogućnosti ispunjenja.²⁵

Ako je, međutim, dužnik odgovoran za nemogućnost ispunjenja, onda ugovor ne prestaje, već na mesto obaveze koju nije moguće ispuniti stupa obaveza naknade štete. U našem pravu poverilac ne stiče automatski pravo na naknadu štete u ovoj situaciji, već samo ako je ugovor raskinuo ili je izvršio svoju činidbu.²⁶ Činjenica da je dužnik u docnji sa izvršenjem svoje obaveze, a da za to vreme nastupi nemogućnost njenog ispunjenja, takođe, vodi istoj posledici (ne mesto obaveze koju nije moguće ispuniti stupa obaveza naknade štete) jer je dužnikova odgovornost, u tom slučaju, apsolutna.²⁷

ne gasi zato što je otpala kauza ugovora (navedeno prema: Jankovec, I., *Vidovi i posledice nemogućnosti ispunjenja ugovorne obaveze*, op. cit., str. 77–78).

²³ Član 355. ZOO.

²⁴ Videti: Perović, S., *Obligaciono pravo*, Službeni list SFRJ, Beograd, 1981, str. 110–111; Jankovec, I., *Ugovorna odgovornost*, op. cit., str. 181–186.

²⁵ Poverilac u ovoj situaciji može da zahteva ispunjenje ugovora ili njegov raskid, pod predviđenim uslovima, a u svakom slučaju ima pravo i na naknadu štete (član 124. ZOO). Razlikovanje između subjektivne i objektivne nemogućnosti ispunjenja ugovora, međutim, nije karakteristično i za druga prava (ono je bilo predviđeno, na primer, ranijim nemačkim pravom (§ 279 BGB), ali je to pravilo brisano u okviru izmena i dopuna BGB-a 2002. godine).

²⁶ Naš ZOO nema odredbu kojom se izričito predviđa da je dužnik, koji je odgovoran za nemogućnost ispunjenja ugovora, dužan da poveriocu usled toga nadoknadi štetu. Ipak, ta njegova obaveza nije sporna jer ona proizlazi na osnovu opšteg pravila člana 154. stav 1. ZOO, po kome "ko drugome prouzrokuje štetu dužan je nadoknaditi je ukoliko ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivice". Ipak, da bi poverilac ostvario to pravo neophodno je da je ili izvršio svoju ugovorenu činidbu, ili da je ugovor raskinuo. On ne može samostalno postaviti zahtev za naknadu štete umesto ispunjenja u tom slučaju (naknada štete *in lieu*) zato što naše pravo ne predviđa automatski raskid ugovora zbog nemogućnosti ispunjenja za koju je dužnik odgovoran. Videti: Jankovec, I., *Vidovi i posledice nemogućnosti ispunjenja ugovorne obaveze*, op. cit., str. 82–86, Jovičić, K. *Odnos zahteva za naknadu štete zbog neizvršenja ugovora o prodaji robe sa drugim pravnim sredstvima poverioca*, u, *Strani pravni život*, br. 1/2013, Institut za uporedno pravo, Beograd, 2013, str. 79–95.

²⁷ U našem pravu ovo pitanje uređuje član 262. stav 4. ZOO, a isto pravilo predviđa i član 103. stav 1. švajcarskog Obligacionog zakonika; kao i § 287 BGB, član 1221. stav 1. italijanskog CC.

Do nemogućnosti izvršenja ugovora može doći i usled okolnosti za čije je nastupanje odgovoran poverilac i dužnik se, u tom slučaju, može osloboditi od obaveze da izvrši ugovor, ili mu se ugovorna obaveza može umanjiti,²⁸ dok se pitanje odgovornosti za naknadu štete rešava prema opštem pravilu o podeljenoj odgovornosti za štetu, pa ona strana koja je manje odgovorna za to ima pravo na srazmernu naknadu štete.²⁹

Izložena, opšta pravila o pravnim posledicama nemogućnosti ispunjenja ugovorne obaveze u dvostranim ugovorima nastupaju i kada se, zbog nemogućnosti, ne izvršavaju obaveze iz ugovora o prodaji. Međutim, kada je o obavezama prodavca da isporuči robu reč, činjenica da se ona ne može izvršiti zbog toga što je propala stvar na koju se ugovor odnosi, a da za to nije odgovorna ni jedna ugovorna strana, povlači primenu posebnih pravila.

U našem pravu je, sem toga, predviđeno da se dužnik oslobađa od odgovornosti za štetu ako dokaže da bi stvar koja je predmet obaveze slučajno propala i da je on svoju obavezu na vreme ispunio (stav 5. člana 262. ZOO).

²⁸ Ovo pitanje se retko uređuje zakonom i u tom smislu karakteristično je nemačko pravo (§ 326. stav 2. BGB), ali i naše pravo. Tako je članom 138. stav 1. ZOO predviđeno da se dužnikova obaveza gasi kada je postalo nemoguće ispuniti je zbog događaja za koje odgovara poverilac, pri čemu dužnik zadržava svoje potraživanje prema poveriocu, ali se ono umanjuje za onoliko koliko je mogao imati koristi od oslobođenja od sopstvene obaveze. Stavom 2. istog člana je, pored toga, predviđeno da je poverilac dužan da dužniku ustupi sva prava koja bi imao prema trećim licima u vezi sa predmetom svoje obaveze čije je ispunjenje postalo nemoguće. Na primer, ako je roba bila osigurana, onda bi prodavac morao kupcu da ustupi pravo na naknadu iz osiguranja (premda u ovom slučaju kupac će retko moći i da naplati osiguranje budući da je odgovoran za propast osiguranih stvari, pa bi osiguravač prema njemu mogao da postavi regresni zahtev). U engleskom pravu, na primer, član 20. *Sale of Goods Act* predviđa da rizik od slučajne propasti ili oštećenja stvari za verne kašnjenja sa isporukom za koju je kriva jedna ugovorna strana pada na tu stranu. Kada zakon ne uređuje izričito ovakve situacije, tada se pravila postupanja izvlače iz opštih odredbi zakona koje uređuju pitanje podeljene odgovornosti za štetu (na primer, član 44. švajcarskog Obligationnog zakonika, član 1149. francuskog CC).

²⁹ U našem pravu ovo pitanje uređuje član 192. ZOO (za švajcarsko i francusko pravo vide ti *supranote* 28. poslednja rečenica). I Bečka konvencija predviđa kao opšte pravilo da poverilac ne može da se poziva "na neizvršenje druge strane ako je to neizvršenje prouzrokovano njenom radnjom ili propustom" (član 80.). Strana koja je doprinela nemogućnosti izvršenja ugovora usled toga gubi pravo da upotrebi pravna sredstva protiv dužnika, ali u onoj meri u kojoj je dužnikovo neizvršenje posledica delovanja poverioca. Videti: Schäfer, F., *Commentary on wheather and the extent to which the UNIDROIT Principles may be used to help interpret Article 80 of the CISG*, 2004, dostupno na <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/principles/uni80.html#er>. Slično pravilo predviđaju i Načela evropskog ugovornog prava (član 8:101), kao i UNIDROIT Načela (član 7.1.2), ali se ovde, za razliku od Bečke konvencije i Načela evropskog ugovornog prava, kod kojih je svako ponašanje poverioca dovoljno da aktivira navedeno pravilo, izričito navodi da je uslov njegove primene da je poverilac odgovoran za propust koji je doveo do neizvršenja obaveze dužnika.

Naime, ako stvar na koju se ugovor odnosi propadne posle zaključenja ugovora, a pre isporuke, pri čemu za to nisu odgovorni ni prodavac ni kupac, onda se pitanje sudbine prodavčeve obaveze da isporuči robu, odnosno, kupčeve obaveze da plati cenu, rešava prema pravilima o prelasku rizika za slučajnu propast stvari. U pogledu momenta prelaska rizika većina zakona sledi načelo da stvar propada vlasniku (*res perit domino*), pa rizik prelazi na kupca zajedno sa svojinom, što znači da se taj momenat vezuje bilo za trenutak zaključenja ugovora,³⁰ bilo za trenutak predaje stvari.³¹ Bečka konvencija, međutim, ne uređuje pitanje prelaska svojine kod ugovora o prodaji (ono je u domenu nacionalnih prava), ali predviđa pravila o prelasku rizika, pa se ona primenjuju na ugovore za koje je merodavna.³²

Primenom pravila o prelasku rizika pravne posledice neispunjenja obaveze isporuke se, u načelu, mogu odrediti na sledeći način: ako stvar propadne do momenta prelaska rizika na kupca, onda se prodavac ne oslobađa od obaveze da isporuči robu, ali zato gubi pravo da od kupca potražuje cenu (kupčeva obaveza da plati se gasi). Pri tome, ako se ugovor odnosi na individualnu stvar, onda prodavac, po pravilu, neće moći da izvrši isporuku (jer takva stvar nema zamenu), ali će umesto te obaveze nastupiti obaveza na naknadu štete; ali, kada je prodavac

³⁰ Ovo rešenje je, na primer, zastupljeno u švajcarskom pravu (član 185. stav 1. Obligacionog zakonika). Isto pravilo može se izvući i iz člana 1465. italijanskog CC. I u francuskom pravu se pitanje rešava na isti način jer i ono polazi od toga da je kupac stekao pravo svojine na stvari već u trenutku zaključenja ugovora (član 1583. CC), čak i kada ugovor uključuje prevoz robe i predviđa da kupac snosi rizik, uprkos tome što stvari nisu u njegovom posedu i ne kontroliše uslove pod kojima se nalaze (član 1138. stav 2. CC). U engleskom pravu se pitanje prelaska svojine rešava ugovorom, a ako nije ništa predviđeno onda svojina, pa tako i rizik od slučajne propasti ili oštećenja stvari, prelazi na kupca u momentu zaključenja ugovora (čl. 17. i 20. *Sale of Goods Act*).

³¹ U našem pravu (isto je i u nemačkom pravu, §§ 433. i 446 BGB), svojina i rizik prelaze na kupca predajom (čl. 454. i 456. ZOO), pa ako stvar propadne pre toga, onda se kupčeva obaveza da plati cenu gasi. Kada ugovor o prodaji uključuje prevoz robe, onda rizik prelazi na kupca u momentu predaje stvari prevoziocu ako nije određeno mesto ispunjenja obaveze (član 472. ZOO), dok u slučaju da je mesto predaje određeno, rizik za vreme prevoza ostaje na prodavcu.

³² Bečka konvencija ne reguliše pitanje prelaska svojine (vidi član 4.) pa prelazak rizika, načelno, vezuje za momenat predaje robe kupcu. Za ugovore o prodaji koji uključuju prevoz robe predviđena su posebna pravila: ako ugovorom nije određeno mesto predaje, onda rizik prelazi na kupca predajom robe prvom prevoziocu, a u slučaju da je prodavac dužan da robu preda prevoziocu u određenom mestu rizik prelazi na kupca predajom prevoziocu u tom mestu. Ovo sve pod uslovom da je roba jasno identifikovana kao roba namenjena kupcu (član 67); rizik za robu koja je prodana u toku prevoza prelazi na kupca u trenutku zaključenja ugovora, ili, ako okolnosti na to ukazuju (po pravilu je reč o slučaju kada je roba osigurana u prevozu), u trenutku kad je roba predata prevoziocu koji je izdao dokumenta kojim se potvrđuje ugovor o prevozu (član 68); u svim drugim slučajevima rizik prelazi na kupca kad on preuzme robu, odnosno, kad mu je roba stavljena na raspolaganje (a stavljena je na raspolaganje samo ako je jasno identifikovana kao roba namenjena za izvršenje ugovora) a on je ne preuzima bez valjanog razloga (član 69).

trebalo da isporuči stvari određene po rodu pa one propadnu, tada je on dužan da isporuči kupcu druge stvari iste vrste,³³ pa ako to ne učini, onda kupcu duguje naknadu štete.³⁴ U slučaju kada je rizik već prešao na kupca, pa stvar propadne pre nego što je izvršena isporuka, onda se prodavčeva obaveza gasi, a kupac je u obavezi da mu plati cenu (kupčeva obaveza da plati se ne gasi).

Pravila o snošenju rizika se primenjuju i na pitanje odgovornosti za štetu ako je do nemogućnosti ispunjenja obaveze isporuke došlo za vreme docnije jedne od strana ugovornica, budući da okolnost da je strana u docnji, po pravilu, na nju prebacuje rizik od slučajnog oštećenja ili propasti stvari. U vezi sa ovim pitanjem naš Zakon o obligacionim odnosima posebnom odredbom uređuje slučaj kada je kupac zapao u docnju sa preuzimanjem isporuke i predviđa da na njega prelazi rizik od slučajne propasti ili oštećenja stvari,³⁵ što ima za posledicu da se prodavac oslobađa od obaveze isporuke ako stvar u tom periodu propadne, ali je kupac i dalje dužan da mu plati cenu. Ovakve posledice poverilačke docnije kupca obražlažu se činjenicom da nemogućnost ispunjenja prodavčeve obaveze isporuke ne bi nastupila da kupac nije, bez osnovanog razloga, odbio da primi ispunjenje.³⁶

Pravila o raspodeli rizika su, međutim, dispozitivne prirode i strane to pitanje mogu ugovorom urediti na drugačiji način, što one redovno i čine kada zaključuju ugovor o međunarodnoj prodaji robe budući da je pozivanje na INCOTERMS klauzule, koje između ostalog uređuju i to pitanje, u ovom ugovoru uobičajeno.

³³ U našem pravu je ovo pitanje uređeno članom 355. ZOO, dok u većini drugih prava, koja ne prave razliku između subjektivne i objektivne nemogućnosti ispunjenja, važi, u načelu, isto pravilo jer obavezu prodavca nije nemoguće ispuniti ako postoje druge stvari iste vrste, pa će on biti dužan da ih nabavi i preda kupcu.

³⁴ Kupac, međutim, umesto da zahteva ispunjenje ugovora može odlučiti i da ugovor raskine, ako su ispunjeni za to predviđeni uslovi (ali i tada ima pravo na naknadu štete).

³⁵ Ovo pravilo je izričito predviđeno članom 457. ZOO, pored toga što je opštim pravilom o dejstvu poverilačke docnije postavljenim u članu 326. stav 1. ZOO predviđeno da dolaskom poverioca u docnju prestaje docnja dužnika, te da na poverioca prelazi rizik slučajne propasti ili oštećenja stvari. I nemačko pravo ovo pitanje uređuje izričito, ali samo kada se ugovor odnosi na stvari određene po rodu, a kupac ne preuzme isporuku u predviđenom roku (§ 300 stav 2. BGB). Većina drugih prava nema posebno pravilo za ovu situaciju, već se ono izvlači na osnovu opšteg pravila po kome je na stranu u docnji prešao rizik za slučajnu propast ili oštećenje stvari (na primer, član 1138. francuskog CC, član 20. stav 2. engleskog *Sale of Goods Act*, itd.)

³⁶ Loza, B., Član 326, u, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, op. cit, str. 1075. Ipak, u našem pravu od ovog pravila postoji izuzetak. Naime, ako je prodavac odgovoran za nemogućnost ispunjenja ugovorne obaveze, a nemogućnost je nastupila nakon što je kupac zapao u docnju, "...prodavac je dužan čuvati stvar sa pažnjom dobrog privrednika, odnosno dobrog domaćina i u tom cilju preduzeti potrebne mere" (član 520. stav 1. ZOO). Prodavčeva odgovornost za štetu je, u ovom slučaju, posledica povrede obaveze čuvanja stvari u skladu sa navedenim pravilom.

Osim što utiče na prestanak ugovorne obaveze i na ugovornu odgovornost, nemogućnost ispunjenja ugovora proizvodi i druge pravne posledice. Pre svega, ako je dužnik oslobođen ugovorne odgovornosti, poverilac koji je već izvršio svoju ugovornu obavezu, u celini ili delimično, ima pravo da mu se vrati ono što je dao na ime ispunjenja.³⁷ Nadalje, postavlja se i pitanje sudbine sredstava obezbeđenja³⁸ koja su bila ugovorena povodom obaveze koja je prestala³⁹ i tada se razlikuje slučaj kada se dužnikova obaveza ugasila, što ima za posledicu prestanak i sredstava obezbeđenja kao sporednih prava,⁴⁰ od slučaja kada se dužnikova obaveza nije ugasila i tada se na gase ni sredstva obezbeđenja jer ona služe kao pojačanje poveriočevih prava.⁴¹

ZAKLJUČAK

Opšte pravilo po kome poverilac, u slučaju da dužnik nije ispunio ugovor o međunarodnoj prodaji robe, stiče pravo na pravna sredstva nije apsolutno i svi pravni sistemi to njegovo pravo, pod određenim okolnostima, ograničavaju ili onemogućavaju. Nema sumnje da je najčešći razlog za to činjenica da je ugovor, zbog nastupanja određenih okolnosti, postalo nemoguće izvršiti. Iako u uporednom pravu nije univerzalno određeno šta se smatra pod nemogućnošću ispunjenja ugovora, niti je taj pojam svuda u upotrebi, sva prava posebno cene slučaj kada dužnik ne izvršava ugovor zato što ga u tome sprečavaju okolnosti koje on nije mogao predvideti niti je na njih mogao uticati. Njemu se tada, po pravilu, olakšava položaj tako što mu se daje mogućnost da se oslobodi od ugovorne odgovornosti, a to znači da se oslobodi od obaveze da poveriocu nadoknadi štetu zbog neizvršenja.

³⁷ Vraćanje se, u ovom slučaju, vrši prema pravilima vraćanju stečenog bez osnova (član 137. stav 1. ZOO, a isto je predviđeno i članom 119. stav 2. švajcarskog Obligacionog zakonika).

³⁸ Po našem pravu to su: ugovorna kazna, jemstvo i odustanica, kao lična sredstva obezbeđenja, odnosno, kapara i zaloga, kao stvarna sredstva obezbeđenja.

³⁹ Ako je u pitanju privremena nemogućnost ispunjenja obaveze za koju dužnik ne odgovara, onda dejstvo sredstava obezbeđenja, po pravilu, ne prestaje zato što će dužnik biti u obavezi da ispuni ugovor kada to postane moguće pa ako to ne učini, onda druga ugovorna strana može iskoristiti sredstvo obezbeđenja. Opširnije: Jankovec, I., *Vidovi i posledice nemogućnosti ispunjenja ugovorne obaveze*, op. cit., str. 168.

⁴⁰ Član 295. stav 2. ZOO glasi: "Prestankom glavne obaveze gase se jemstvo, zaloga i druga sporedna prava".

⁴¹ Ako je reč o kapari, onda po našem pravu poverilac ima pravo izbora između toga da zadrži kaparu i zahteva za naknadu štete (član 80. ZOO), dok odustanica daje dužniku pravo izbora između plaćanja odustanice i naknade štete zbog neispunjenja ugovora (član 82. ZOO). Ako je obaveza koja se ne može ispuniti bila obezbeđena zalogom ili jemstvom, onda poverilac može da se naplati iz vrednosti založene stvari ili od jemca ako dužnik ne bude platio naknadu štete.

Oslobađanje dužnika od obaveze da poveriocu nadoknadi štetu, međutim, ne znači da je on istovremeno u potpunosti oslobođen i od odgovornosti za povredu ugovora, jer ugovorna odgovornost nije isto što i odgovornost za neizvršenje ugovora uprkos tome što se ove dve odgovornosti u praksi često preklapaju. Poverilac, tako, sa zahtevom za naknadu štete veoma često gubi i pravo da zahteva izvršenje ugovora, dok se njegova ostala pravna sredstva, pre svih pravo da ugovor raskine, ne dovode u pitanje kada ugovor nije moguće ispuniti.

KATARINA JOVIČIĆ, Ph.D.,
Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

IMPOSSIBILITY OF THE PERFORMANCE OF THE CONTRACT
FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS
AND LEGAL CONSEQUENCES IN THAT CASE

Summary

When the debtor in the contract for the international sale of goods fails to fulfill what is provided for, then the creditor regularly acquires the right to specific legal remedies against him. None legal system brings that right into the question, but it is not an absolute right and, in some cases, it is limited or disabled. This issue in comparative law is not resolved by the universal rule, but every legal system takes into account that the debtor sometimes do not fulfill the contract due to an impediment beyond his control, which he did not cause nor he could foresee or overcome. They often make the performance of the contract impossible, and when that is the case then the debtor can be excluded from contractual liability. Besides affecting on the contractual liability, impossibility of fulfillment the contract produce other legal consequences, among which the most important is that the contractual obligations may be terminated. This article discusses about how this issue is resolved in the characteristic national laws, as well as in the most important international sources of law for contracts for the international sale of goods.

DRAGICA MARTINOVIĆ

ARBITRAŽNI SPORAZUM I TREĆA LICA

U V O D

Arbitražni sporazum, u pogledu svog dejstva, podleže načelima ugovornog prava i deluje u granicama koje odrede ugovorne strane. Možemo govoriti o objektivnim i subjektivnim granicama arbitražnog sporazuma. Objektivne granice se odnose na predmet arbitražnog sporazuma, dok se subjektivne odnose na lica koja mogu imati svojstvo stranke u arbitražnom postupku. Subjektivne granice arbitražnog sporazuma su tema ovog rada. Dakle, svako lice koje valjano zaključi arbitražni sporazum postaje strana u njemu.

STRANE ARBITRAŽNOG SPORAZUMA

Ugovor proizvodi dejstva samo između ugovornih stranaka. Ipak, postoje slučajevi u kojima su subjekti, koji strogo govoreći nisu deo arbitražnog sporazuma, dužni da učestvuju u arbitražnom postupku. To su ona lica koja imaju poseban odnos sa licima koja su zaključila arbitražni sporazum. U ovom tekstu ćemo prvo nešto reći o “pravim stranama arbitražnog sporazuma” i koja lica se smatraju “pravim stranama arbitražnog sporazuma”. Zatim ćemo govoriti o “trećim licima” koja imaju poseban odnos sa “pravim stranama arbitražnog sporazuma”.

Dragica Martinović, pravni savetnik za ugovaranje u Energoprojekt Holding a.d., Beograd.

PRAVE STRANE U ARBITRAŽNOM SPORAZUMU
– POJAM I ZNAČENJE

Termin “prava strana u arbitražnom sporazumu” odnosi se, pored lica koja su zaključila arbitražni sporazum, i na lica koja arbitražni sporazum nisu zaključila, ali su ipak vezana ovim sporazumom u skladu sa opštim načelima ugovornog prava. Ovo je slučaj sa sledećim licima:

- principal, kada je arbitražni sporazum zaključen od strane njegovog agenta (agent zaključuje ugovor u ime i za račun principala);
- primalac prenosivog tovarnog lista (prevozna isprava sa svim svojstvima hartije od vrednosti) i konosmana (prevozna isprava sa svojstvima hartije od vrednosti, koja se izdaje u plovidbenom saobraćaju), ako je u njima sadržan arbitražni sporazum (novi vlasnik držeći prenosivi tovarni list, odnosno konosman postaje “prava strana u arbitražnom sporazumu” zauzimajući mesto pošiljaoca);¹
- prijemnik, posle ustupanja sporazuma o arbitraži, odnosno nakon ustupanja glavnog ugovora, u kojem se nalazi arbitražni sporazum, postaje” prava strana u arbitražnom sporazumu”;
- Univerzalni sukcesor pravnog subjekta, koje je zaključilo arbitražni sporazum (novi pravni subjekat nastaje najčešće putem preuzimanja, spajanjem i pripajanjem).²

Ovde se postavlja pitanje da li je potrebna posebna saglasnost ugovornih strana za arbitražu u okviru glavnog ugovora, budući da se arbitražna klauzula smatra autonomnom. Ovo rešenje je prihvaćeno Njujorškom konvencijom (član v/a) i Evropskom konvencijom o arbitraži (član ix,1a,a). Dakle, sudbina glavnog sporazuma i arbitražne klauzule razmatraju se nezavisno jedna od druge.³ Međutim, u uporednom pravu prevladava stav da bi bila dovoljna opšta saglasnost ugovornih strana na glavni ugovor u celini. Ovo stanovište očigledno ograničava doktrinu autonomije arbitražnog sporazuma.

TREĆA LICA – POJAM I ZNAČENJE

Pod pojmom “treća lica” podrazumevaju se lica koja imaju sopstveni interes u sporu između druga dva lica koja su zaključila arbitražni sporazum. Svako treće lice ne spada u krug ovih lica. Obično se nalaze u kontekstu multilateralnih ugovornih odnosa. Drugim rečima, lica sa aktivnom ulogom i značajnim interesom u

¹ Stavros L. Brekoulakis, *Arbitration and Third Parties*, Queen Mary University of London, School of international arbitration, thesis for the degree of Doctor of Philosophy, London 2008, str. 28-49.

² Gašo Knežević, Vladimir Pavić, *Arbitraža i ADR*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2010, str. 59.

³ Gašo Knežević, Vladimir Pavić, *nav.delo*, str. 52.

istom projektu, u kojem imaju svoju ulogu i značajan interes i lica koja su “prave strane u arbitražnom sporazumu”. Dakle, “treća lica” su u bliskoj vezi sa izvršenjem ugovornih obaveza iz ugovora iz kojeg je nastao spor. U zavisnosti od toga koliko blisko su povezani sa “pravim stranama u arbitražnom sporazumu”, možemo razlikovati dve grupe “trećih lica”.

Prva grupa uključuje treća lica koja sa jednom “pravom stranom u arbitražnom sporazumu” imaju istovremeno prava i obaveze prema drugoj “pravoj strani u arbitražnom sporazumu”. Oni su obično zajednički ili solidarno odgovorni prema drugoj “pravoj strani u arbitražnom sporazumu.”⁴ Ove dve vrste odgovornosti, zajednička i solidarna, slične su po tome što su u oba slučaja dužnici zajednički, a ne kumulativno odgovorni, tako da će ispunjenje obaveze od strane jednog osloboditi sve njih. Međutim, treba napomenuti da termini “zajednička i solidarna odgovornost” imaju veoma stroga tehnička značenja koja variraju, ponekad značajno, od prava do prava. Preovladava stav da pozivanje na “zajedničku” ili “solidarnu” odgovornost treba razumeti kao pozivanje na “ko-odgovornost”. Tipični primeri ove grupe su: suvlasnici prava svojine na imovini; partneri; lica koja učestvuju u izdavanju i prenosu hartija od vrednosti (instrumenata plaćanja, menice, obveznice, itd); jemac platac.⁵

Bez obzira na zajedničku i/ili solidarnu odgovornost ovih lica sa “pravim stranama u arbitražnom sporazumu”, arbitražni sporazum se primenjuje samo na one strane koje su ga potpisale.

Druga grupa “trećih lica” nema istovremeni interes u nastalom sporu, ali ima interes po osnovu radova na projektu u kojem učestvuje. U ovom slučaju, “prave strane u arbitražnom sporu” i treća lica su ugovorno povezana, ali nemaju jednaka prava i obaveze. Tipični predstavnici ove grupe su: lanac povezanih ugovornih odnosa (“*string contractual relationship*”) na primer, investitor je ugovorom vezan za izvođača, a izvođač za podizvođača; Mreža ugovornih odnosa sa raznim učesnicima u poslu (web type contractual relationships), gde je investitor u ugovornom odnosu sa arhitektom/inženjerom, izvođačem i finansijskom institucijom u vezi sa izvođačkim radovima; Ugovor o obezbeđenju potraživanja; Grupa kompanije.⁶

Lanac povezanih ugovornih odnosa (String construction relationship)

Realizacija građevinskih radova uključuje brojne učesnike (investitor, izvođač, inženjer, arhitekta, podizvođač, isporučilac i drugi). Oni su obično povezani

⁴ Stavros L. Brekoulakis, *nav. delo*, str. 28-49.

⁵ Slobodan Perović (urednik), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena Administracija d.d., Beograd, 1995, str. 1595.

⁶ Stavros L. Brekoulakis, *nav. delo*, str. 28-49.

bilateralnim ugovorima. Nekoliko takvih bilateralnih ugovora formira ugovorni lanac (kad investitor zaključuje ugovor sa izvođačem, a izvođač sa podizvođačem, a on može zaključiti ugovor sa isporučioцем ili drugim podizvođačem, i tako redom). Isprepletanost odgovornosti izvođača i podizvođača može da se ilustruje brojnim primerima: oba ugovora (ugovor između investitora i izvođača i ugovor između izvođača i podizvođača) imaju isti predmet, izgradnju istog projekta; podizvođački ugovor se zaključuje pod uslovima glavnog ugovora; podizvođački ugovor često u sebi sadrži delove glavnog ugovora na izričit i jasan način i često je izrađen u skladu sa obrascem glavnog ugovora.

Međunarodne institucije izdaju standardne forme podizvođačkog ugovora dopunjene elementima koje odgovaraju standardnim formama glavnog ugovora. *FIDIC*⁷ je izdao Uslove podizvođačkog ugovora (“Conditions of Subcontract”)⁸ tako da se sve odredbe Ugovora o izvođenju radova (“FIDIC Conditions of Construction Contracts”)⁹ “mutatis mutandis” primenjuju na podizvođački ugovor. Tako, na primer: član 4. stav 1. utvrđuje obavezu izvođača da podizvođaču obezbedi kopiju glavnog ugovora i da će se smatrati da podizvođač ima puno znanje o glavnom ugovoru (izuzev detalja o izvođačevoj ceni); član 4. stav 2. utvrđuje da podizvođač generalno preuzima, odnosno, ima sve obaveze i odgovornosti izvođača po glavnom ugovoru koji su u vezi sa podizvođačkim radovima, kao i da će izvršavati i završiti podizvođačke radove i otkloniti nedostatke na njima tako da bilo kakvo činjenje ili nečinjenje u vezi sa tim neće predstavljati, odnosno doprijeti kršenju bilo kakve obaveze izvođača po osnovnom ugovoru. Kada investitor bira podizvođača (nominovani podizvođač), glavni izvođač traži da se mimimizuje njegova sopstvena odgovornost za nedostatke ili druge greške u izvođenju podizvođačkih radova. Međutim, glavni izvođač će uvek biti odgovoran za ispunjenje svih obaveza po osnovnom ugovoru.

Bez obzira na navedeno izlaganje, između glavnog i podizvođačkog ugovora ne postoji nikakva pravna veza. Ovi ugovori su odvojeni i nezavisni. Kod njih nema ugovornog odnosa između investitora i podizvođača. U tom smislu, čak i kada investitor odabere ili nominuje podizvođača, to ni na koji način ne znači da se time uspostavlja ugovorni odnos između investitora i podizvođača (tako je izričito utvrđeno *FIDIC*-ovim ugovorom o podizvođenju – “ovakvim regulisanjem odnosa ne stvara se ugovorni odnosa između podizvođača i investitora, član 4. stav 3).¹⁰

⁷ “Federation International des Ingenieurs –Conseils” (*FIDIC*).

⁸ “Condition of Subcontract for works of Civil Engineering”, 1 st Edition 1994.

⁹ “Condition of Contract for Works of Civil Engineering Construction”, Fourth Edition 187 Reprinted 1992 with further amendments.

¹⁰ Branko Vukmir, *Ugovori o građenju i uslugama savjetodavnih inženjera*, RRIF Pravna biblioteka, Zagreb 2009, str. 84.

Dakle, iako su međusobno povezani, smatraju se autonomnim pravnim odnosima, uprkos činjenici da je podizvođačev pravni položaj na mnogo načina uslovljen položajem glavnog izvođača.

*Mreža ugovornih odnosa sa raznim učesnicima u poslu
(web type contractual relationships)*

Ovde je situacija drugačija. Nezavisni karakter ugovora u ovoj grupi jasnije se uočava. Ovde imamo direktne ugovorne odnose: ugovor između investitora i projektanta ili inženjera i drugi ugovor između investitora i glavnog izvođača. Osim toga imaju dosta dodirnih tačaka: zajednički projekat, ugovor o građenju je zaključen na osnovu ugovora o projektovanju (znači da se gde god su radovi izvršeni sa nedostatkom neminovno nameće pitanje da li je taj nedostatak nastao kao posledica projektovanja ili kao posledica izvođenja radova). Međutim, bez obzira na dodirne tačke, ovi ugovori su nezavisni po svojoj pravnoj prirodi. Stoga je odgovornost glavnog izvođača nezavisna od odgovornosti arhitekta/ inženjera prema investitoru.

Ugovor o obezbeđenju potraživanja

Veoma često, ugovorne strane u svojim trgovinskim transakcijama traže obezbeđenje svojih potraživanja. Mi ćemo ovde govoriti o ličnom obezbeđenju, koje se odnosi na to da drugo lice (a ne stvar ili određena imovinska vrednost), ako dužnik ne ispuni obavezu, odgovara poveriocu. U skladu sa našim zakonom, razlikujemo dve vrste ličnog obezbeđenja potraživanja: bankarsku garanciju i jemstvo. Bankarskom garancijom se obavezuje banka prema primaocu garancije (korisniku) da će mu za slučaj da mu treće lice ne ispuni ugovorenu obavezu o dospelosti izmiriti tu obavezu ako budu ispunjeni uslovi navedeni u garanciji (ZOO, član 1083). Ugovorom o jemstvu jemac se obavezuje prema poveriocu da će ispuniti punovažnu i dospelu obavezu dužnika, ako to ovaj ne učini (ZOO, član 997).

Međutim, u uporednom pravu se često dešava da se bankarska garancija i jemstvo poistovećuju. Na primer: Švajcarski obligacioni zakonik, francusko pravo (pod izrazom "contrats dits de garantie" podrazumevaju različite pravne poslove od kojih je jedan i jemstvo, mada u francuskom pravu postoji izraz "garantie bancaire"), anglosaksonsko pravo (izrazi "guarantee", "guarante" ili "suretyship" označavaju akcesorno obezbeđenje dok, naprotiv, izraz "contract of indemnity" (ugovor o naknadi) označava samostalno obezbeđenje, odnosno obezbeđenje koje je odvojeno od osnovnog posla. Nije bolja situacija ni u drugim pravima.¹¹

¹¹ Slobodan Perović (urednik), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Savremena Administracija d.d., Beograd, 1995, str. 1667.

Ugovor o obezbeđenju potraživanja se prepliće sa osnovnim ugovorom. Ova dva ugovora su bliže povezana nego što je slučaj sa gore analiziranim ugovorima o građenju (“string” i “web” tip ugovora o građenju).

To posebno svedoče sledeće činjenice:

- obaveza dužnika u glavnom ugovoru osnov je nastajanja ugovora o obezbeđenju potraživanja (te obaveze),
- visina odgovornosti po osnovu ugovora o obezbeđenju odgovara visini odgovornosti dužnika po osnovnom ugovoru,
- ugovor o obezbeđenju traje dok traje i osnovni ugovor.
- jemac je ovlašćen na sve prigovore prema poveriocu koji proističu iz osnovnog ugovora, osim onih koji su vezani za ličnost dužnika.

Međutim, ugovorna obaveza koja proističe iz ugovora o obezbeđenju plaćanja odvojena je i nezavisna od obaveza koje su ugovorene osnovnim ugovorom. Između svih navedenih učesnika u poslu obezbeđenja potraživanja uspostavljaju se posebni pravni odnosi ili, preciznije, poverilac stoji u neposrednom pravnom odnosu sa svojim dužnikom iz osnovnog ugovora, dužnik (nalogodavac) je u pravnom odnosu sa svojim jemcem ili svojom bankom (davaocem garancije) i, konačno, jemac, odnosno banka (davalac garancije) je u neposrednom pravnom odnosu sa poveriocem odnosno korisnikom garancije, koji je istovremeno i poverilac iz osnovnog ugovora. Između svih ovih lica se zasnivaju samostalni pravni odnosi koji su različiti i odvojeni.

Grupa kompanija

Fenomen “grupa kompanija” je nastao tokom dvadesetog veka i ogleda se u organizovanju pluraliteta privrednih društava pod jedinstvenim rukovodstvom. Ovo je polje u kojem se može govoriti o proširenju primene arbitražnog sporazuma pod određenim uslovima bez obzira na činjenicu da sporazum nije potpisalo lice na koje se sporazum proširuje.

Jedan od najpoznatijih slučajeva u arbitražnoj praksi, koji se u izvesnoj meri može smatrati izvorom francuske doktrine “grupa kompanija” je slučaj “Dow Chemical v. Isover Saint Gobain” (arbitraža vođena pred Međunarodnom trgovinskom komorom, pred većem: Berthold Goldman, Michel Vasseur i Pieter Sanders)¹² u kojem je prihvaćen legitimitet preduzeća iz grupe “Dow Chemical” da učestvuju u arbitraži (kao tužilac), obrazlažući to činjenicom da je “arbitražna klauzula”, izričito prihvaćena od strane određenih društava iz iste ekonomske grupe, mora obavezivati i druga društva iz grupe, po osnovu uloge koju imaju u zaključivanju, izvršenju ili raskidu ugovora koji ima arbitražnu klauzulu. U razmatranju žalbe uložene radi poništenja arbitražne odluke u slučaju “Dow Chemi-

¹² *Dow Chemical v. Isover Saint Gobain*, ICC Interim Award no 4131of September 23, 1982.

cal”, Apelacioni sud u Parizu je, odlučujući u drugostepenom postupku, potvrdio arbitražnu odluku. U obrazloženju presude, Sud je naveo da nisu postojali razlozi za njen poništaj jer su arbitri u skladu svojim ovlašćenjima odlučili na način primeren sporu, da je kontrolno privredno društvo bilo deo arbitražnog sporazuma, iako ga nije potpisalo, i da je teorija “grupa kompanija”, na kojoj su arbitri zasnovali odluku, priznata u internacionalnim trgovinskim uzusima (običajima).

Sudska praksa američkih sudova takođe ide u prilog doktrini proširenja arbitražnog sporazuma po osnovu pripadništva “grupi kompanija”, pod određenim uslovima, na lica koja nisu njegovi potpisnici. Jedan od najviše pominjanih slučajeva u uporednoj bibliografiji je “Thomson”, koji je rešavao Apelacioni sud Drugog okruga. U tom slučaju, Sud je odbacio zahtev tužioca (“Evans & Sutherland Computer Corporation”) da tužbom bude obuhvaćen “Thomson – CSF”, S.A. , u svojstvu dobavljača privrednog društva koje je potpisalo ugovor sa arbitražnom klauzulom (“Redifussion Simultania Ltd.”). Ipak, tom prilikom Sud je sistematizovao pretpostavke koje, u skladu sa standardima severnoameričkog prava, mogu proširiti efekte arbitražnog sporazuma na stranu koja nije potpisnik sporazuma: a) Ukoliko je ta strana potpisnik ugovora koji je u izričitoj i direktnoj vezi sa arbitražnom klauzulom koja je sadržana u drugom ugovoru.; b) Ukoliko njeno ponašanje govori o tome da prihvata podvrgavanje arbitraži (Na primer, ukoliko učestvuje u arbitražnom postupku bez prigovora na nadležnost arbitraže -prećutni pristanak); c) Ukoliko između potpisnika i nepotpisnika postoji odnos zastupanja ili agenture (Agentura) d) Ukoliko je odnos između matične kuće i zavisnog društva toliko blizak da bi bilo opravdano smatrati da postoji “probijanje pravne ličnosti”, e) Ukoliko je neko, ko tvrdi da ne može biti obuhvaćen arbitražnom klauzulom, a imao je pre toga aktivnosti koje su suprotne toj tvrdnji i “svesno iskoristio ugovor”, prihvatio njegove prednosti, mora da prihvati arbitražu iz tog ugovora (“estoppel”).¹³ Za primenu ovog instituta je bitno da koristi proističu iz ugovora direktno, a ne indirektno.

U slučaju “Thomson” sud je sortirao kriterijume u kojima neko ko nije potpisnik arbitražne klauzule može biti podvrgnut toj klauzuli. Shodno navedenoj odluci, a i primerima iz uporednog prava, osim “grupe kompanija”, kao opravdanja za proširenje arbitražnog sporazuma na lice koje nije potpisalo arbitražni sporazum, primenjuje se doktrina “probijanja pravne ličnosti” (ICC Odluka 5730), ili princip “*venire contra factum proprium*”, odnosno “estoppel” doktrina (“*American Bureau of Shipping v Societe Jet Flint SA*”, 170 F.3d 349,353 (2nd Cir.1999)). Osnov ovakvim doktrinama je taj da onaj ko izvlači direktnu korist iz određenog ugovora i zna da u njemu postoji arbitražna klauzula (a nije joj se protivio) ne može ka-

¹³ O ustanovi “estoppel”-a, vid. više N. Jovanović, “Pojam ugovora u anglosaksonskom pravu”, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Beograd 2008, vol. 56, br. 1, str. 63-88.

snije da se poziva na to da nije potpisnik ugovora, pa samim tim ni stranka u arbitražnom postupku.¹⁴

Međutim u uporednom pravu ima i drugačijih shvatanja. Na primer, engleski sudovi ne priznaju doktrinu "grupa kompanija" kao osnov za proširenje arbitražnog sporazuma na lice koje nije potpisalo sporazum o arbitraži. U slučaju "*Peterson Farms inc v. C&M Farming ltd*" 2004, engleski sud je (Commercial Court), 4. februara 2004, poništio arbitražnu odluku o proširenju arbitražnog sporazuma na matično privredno društvo koje nije potpisnik sporazuma.

NAŠE PRAVO

U Republici Srbiji, ugovor o arbitraži regulisan je Zakonom o arbitraži¹⁵ i međunarodnim ugovorima koji su ratifikovani u zemlji, i to Njujorškom konvencijom o priznanju i izvršenju inostranih arbitražnih odluka¹⁶ i Evropskom konvencijom o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži.¹⁷

Zakonom o arbitraži utvrđeno je da se spor može rešavati putem arbitraže samo na osnovu sporazuma stranaka (clan 4).¹⁸ Dakle, arbitražni sporazum se primenjuje samo na ugovorne strane koje su ga potpisale. Ne može biti primenjen na treća lica. Primer iz ranije arbitražne prakse Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privrednoj komori Jugoslavije ilustrativno govori o navedenom načelu. Odlukom T – 165/91¹⁹ odbijen je predlog za mešanje u parnicu trećeg lica, zato što to lice nije vezano arbitražnom klauzulom iz ugovora. Tužilac (iz Bugarske) tužio je firmu iz Makedonije zato što mu je isporučila nekvalitetnu robu, koja nije bila saobrazna ugovoru jer roba nije imala ugovorene tehničke kvalitete, pa se nije mogla koristiti. Tužena firma je odgovorom na tužbu predložila da se na strain tuženog u ovom sporu umeša firma koja nije potpisala arbitražni sporazum i priložila je pismenu izjavu te firme, kojom ona prihvata da se kao umešač na strani tuženog pojavi u ovom sporu. Tužilac se nije složio sa učešćem trećeg lica u parnici u svojstvu umešača na strani tuženog. Arbitražno veće je odbilo predlog za me-

¹⁴ Roque J. Caivano, *Arbitraje y grupos de sociedades. Extension de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario*, Lima Arbitration No. 1 – 2006 - http://www.limaarbitration.net/LAR1/roque_j_caivano.pdf 10.07.2014. god.

¹⁵ Službeni glasnik RS, br. 46/2006 (dalje: ZOA).

¹⁶ Službeni list SFRJ- Međunarodni ugovori, br 11/81, str. 607 od 09.10.1981 godine (dalje: Njujorška konvencija).

¹⁷ Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori, br.12/63, strana 736 od 28.11 1963.godine (dalje: Evropska konvencija o međunarodnoj trgovinskoj arbitraži).

¹⁸ ZOA, čl. 4.

¹⁹ Odluka Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privrednoj komori Srbije, T – 165/91 od 7. juna 1996. g.

šanje u parnicu uz obrazloženje ako ne postoji zajednički stav stranaka da jedan spor reši nadležna arbitraža, spor se ne može ni izneti pred arbitražu na odlučivanje. To znači da će se mešanje u parnicu trećem licu dozvoliti samo u slučaju ako je i to treće lice vezano arbitražnom klauzulom ili ako se obe stranke i umešač slože u tom pogledu.²⁰

Ni u novijoj praksi, ni u jednom slučaju do sada, nije uspostavljena nadležnost arbitraže u odnosu na treće lice, ukoliko nije vezano arbitražnom klauzulom, odnosno ukoliko se obe arbitražne strane i treće lice nisu složili u tom smislu. Takođe, nije poznat slučaj da je proširena nadležnost arbitraže na treće lice pozivanjem na doktrinu postojanja grupe vezanih privrednih društava ili na institut probijanja pravne ličnosti.²¹

ZAKLJUČAK

Cilj ove teme je bio da ispita mogućnosti proširenja arbitražnog sporazuma na nekog, ko je imao koristi od posla u vezi sa kojim je zaključen arbitražni sporazum. Međutim, tribunal može odlučivati samo i jedino u okviru granica koje sporazum obuhvata. Prekoračenje ovlašćenja tribunala jedan je od razloga za poništaj arbitražne odluke i/ili odbijanje njenog priznanja i izvršenja. Proširenje arbitražnog sporazuma na lica koja sporazum nisu potpisala, dešava se u pojedinim zemljama kroz doktrine “grupe kompanije”, “probijanja pravne ličnosti” i “estoppel”. Međutim, u praksi ipak postoji čitav niz slučajeva u kojima su odbačeni pokušaji proširenja arbitražnog sporazuma na treća lica.

DRAGICA MARTINOVIĆ
Energoprojekt Holding, Belgrade

ARBITRATION AGREEMENT AND THIRD PARTIES

Summary

Arbitration agreement, in terms of its effects, is a subject to the principles of contract law and acts within the limits set by contracting parties. However, there are objective and subjective boundaries of Arbitration agreement. Objective boundaries are related to the matter of arbitration agree-

²⁰ Zbornik arbitražne prakse Spoljnotrgovinske arbitraže pri Privrednoj Komori Jugoslavije (1947–1997), Beograd, 1997, str. 101.

²¹ Mirjana Cukavac, “Arbitraža i treća lica”, *Arbitraza*, Spoljnotrgovinska arbitraža pri privrednoj komori Srbije Beograd 2003, str. 28-53.

ment, while subjective boundaries are applied to entities that may have status of parties in Arbitration proceedings. The topic of this paper is subjective boundaries of Arbitration Agreement. Thus, each entity which enters into Arbitration Agreement becomes party to it. Pursuant to the above, contract takes effect only between the contracting parties. Nevertheless, there are cases where subjects who are not part of arbitration agreement, strictly speaking, are obliged to participate in Arbitration Agreement. Those are parties who have special relationship with entities that entered into Arbitration Agreement. The term "*The Right side in Arbitration Agreement*" refers (beside the parties in Arbitration Agreement) also to entities that did not conclude Arbitration agreement, but are bound by this Agreement in accordance with general principles of contract law. The expression "third parties" is used for the entities with an interest in the dispute between two parties involved in Arbitration agreement. Every third party does not belong to these parties.

NOVE TENDENCIJE U POGLEDU FORME UGOVORA U MEĐUNARODNOM ARBITRAŽNOM PRAVU

U V O D

Istorijski gledano, sudovi i veliki broj teoretičara prava ukazali su na značaj zahtjeva za “pisanom” formom arbitražnog ugovora. To svakako potvrđuje činjenica da najčešći razlog za poništaj arbitražne odluke u nacionalnim sudovima, a koji se mogu kvalificirati kao “prijateljski naklonjeni arbitraži”, zbog kršenja formalnih zahtjeva (a time i nenadležnosti), češće nego bilo koji drugi razlog. Opravdanja za zahtjev stroge pisane forme su mnoga. U prilog zahtjeva za pisanom formom se navodi da ona služi kao upozorenje strankama i ima ulogu povećanja svijesti stranke prilikom sklapanja arbitražnog sporazuma, a time i posljedica njihovih odluka. Također “pisana forma” arbitražnog sporazuma ima i funkciju dokaza. Prigovori protiv pisane forme arbitražnog sporazuma mogu se lakše i ekspeditivnije osporiti od utvrđivanja činjenice da li je ili nije sklopljen usmeni arbitražni ugovor. Postojanje jasnog i manje spornog arbitražnog sporazuma stvara manje šanse da će jedna ili obje stranke biti prisiljena da spor riješe pred arbitražom.

Međutim, oslanjanje na “pisanu formu” arbitražnog sporazuma je neizvjesno iz perspektive modernog poslovanja. Teško je prihvatiti da pomoćna odredba kao što je arbitraža klauzula mora uvijek biti zaključena u pisanoj formi čak i u slučajevima gdje se primarni glavni ugovora može zaključiti usmeno. Svakako,

mnogi ugovori su zaključeni bez pomoći eksternih stručnih savjeta i bez mnogo razmatranja o arbitražnim klauzulama od strane poslovnih ljudi. Iz ovoga je jasno da trgovački svijet ne cijeni mnogo stroge zahtjeve za pisanom formom ugovora koji se primjenjuju izvan okvira što je potrebno za osnovni (glavni) ugovor. Također, trgovački svijet nije pretjerano zahvalan posljedicama koje proizlaze iz stroge interpretacije zahtjeva za pisanom formom arbitražnog sporazuma. Sasvim jasno je pitanje, zašto bi "poslovni" ljudi bili upozoreni na zaključenje arbitražnih klauzula kada u praksi to često znači parnicu pred sudom koji se doživljava neprijateljski ako je u stranoj nadležnosti?¹ U tom pogledu istorijski istaknuti cilj pisane forme arbitražnog sporazuma koja ima svrhu da upozori stranke na moguće posljedice se smatra anahronim.

FORMALNA VALJANOST ARBITRAŽNOG SPORAZUMA

Formalni uvjeti za punovažnost arbitražnog sporazuma su generalno direktno regulisani u većini Konvencija i nacionalnih zakona i materijalnih pravila međunarodnog privatnog prava.² Takva materijalna pravila omogućavaju određivanje izbor mjerodavnog prava koji se primjenjuje za formalnu valjanost arbitražnog ugovora ali to svakako ne rješava sve probleme. Kako su različite materijalna kolizijone norme razlikuju oko forme arbitražnog ugovora, mora se odredi koje pravilo se primenjuje. Ovaj proces pokreće pitanja kao što je: odnos između formalnih zahtjeva sadržanih u međunarodnim konvencijama i često širokih odredbi u nacionalnim arbitražnim zakonima; obim primjene materijalnih pravila sadržanih u nacionalnim arbitražnim zakonima, a posebno Model zakonu; i pravila relevantni za arbitražni sud u određivanju formalne valjanosti arbitražnog sporazuma.

Njujorška konvencija sadrži jedinstveno materijalno pravilo o formi arbitražnog sporazuma. Član II (1)³ zahtjeva da sporazum bude u pisanoj formi. Prema definiciji u članu II (2) ovaj pokriva sporazume "koje su potpisale stranake ili su sadržani u razmijenjenim pismima ili telegramima." Opšte je prihvaćeno da Njujorška Konvencija postavlja maksimalni standard i arbitražna klauzula ne može biti podčinjena strožijim uvjetima iz nacionalnog prava. Prema tome, sva-

¹ Reiner.A. *Das neue österreichische Schiedsrecht/The new Austrian Arbitration Law*, Vienna LexisNexis 2006, odjeljak 583, fus nota 43.

² Pogledati Njujorška Konvencija čl.II; Evropska Konvencija 1961, Čl. I(2)(a); Model zakon čl. 7; Njemačka ZPO § 1031; Engleska, Arbitražni zakon odjeljak 5; Nizozemska – Arbitražni zakon 1986 Zakona o parničnom postupku (DCL), knjiga 4: Arbitraža, čl. 1021, Švicarska Savezni zakonom o međunarodnom privatnom pravu (*Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht IPRG*) čl.178, § 583 Austrijski zakon o parničnom postupku (öZPO).

³ Njujorška konvencija, čl. II.

ki arbitražni sporazum koji ispunjava uvjet iz člana II (2) Njujorške Konvencije mora biti prislino izvršen od strane sudova neke države ugovornice bez obzira na strože formalne uvjete predviđene nacionalnim arbitražnim zakonom. Osobito zanimljivo pitanje je da li to također obuhvaća i posebne formalne uvjete koji postoje u mnogim zemljama vezane za arbitražne sporazume u potrošačkim ugovorima.⁴ Ukoliko država ugovornica prilikom potpisivanja Njujorške Konvencije nije izjavila da će se ona primjenjivati samo na Konvenciju u poslovnim transakcijama, onda, općenito, to bi trebalo vrijediti i za arbitražne sporazume u potrošačkim ugovorima. Slijedom toga, član II Njujorške Konvencije će isključiti korištenje strožih formalnih zahtjeva za takve arbitražne sporazume koji podliježu arbitralnosti.⁵

Nacionalni arbitražni zakoni često usvajaju omekšaniju definiciju “pisane forme” od Njujorške Konvencije. U skladu sa arbitražnim sporazumom koji ne ispunjava formalni zahtjeva člana II Njujorške Konvencije, može zadovoljiti blaža forma zahtjeva predviđena u važećem nacionalnom zakonu.⁶ U takvoj situaciji postavlja se pitanje međusobnog odnosa različitih formalnih zahtjeva. Također, nije jasno da li se član II (2) Njujorške Konvencije primjenjuje za izvršenje arbitražne odluke.⁷

Za postizanje harmonizacije prava za izvršenje arbitražnog sporazuma prema Njujorškoj Konvenciji priznanje minimalnih standarda će biti neophodno. Kao moguća posljedica za stranake koje kao formalni uvjet za formulaciju arbitražnog sporazum koriste više omekšane formalne uvjete iz nacionalnog prava, ali ne i Njujorške Konvencije, možda neće biti u mogućnosti da se oslone na odredbe Njujorške Konvencije za prisilno izvršenje arbitražnog ugovora ili arbitražne odluku na osnovu njega.⁸ Stranke mogu izvršiti arbitražni ugovor u skladu

⁴ Njemački Zakon o parničnom postupku (ZPO, § 1031 (5) koji zahtijeva da se sporazum mora biti sadržana u posebnom dokumentu, potpisan od strane potrošača.

⁵ Na primjer, Njemački sud nije mogao da se osloni na činjenicu da arbitražni sporazum ne ispunjava specijalne formalne zahtjeve predviđene ZPO iz čl. 1031 (5) (poseban dokument / potpisan od strane potrošača) da preuzme nadležnost dok ugovor ispunjava formalne uslove predviđene u članu II (2) Njujorške konvencije. Nasuprot tome Njemački sud će trebati na osnovu člana II (3) Njujorške Konvencije da uputi stranke na arbitražu .

⁶ Pogledati Talijanski Zakon o parničnom postupku (*Codice di procedura civile italiano*), knjiga 4, čl. 807.

⁷ Čl. V(1)(a) Njujorške Konvencije “The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made.”

⁸ Situacija može biti drugačija prema Evropskoj konvenciji koja u svoju definiciju termina “arbitražni sporazum u članu I (2) (a) izričito uključuje sporazume koji ne ispunjavaju pisanu formu tj.svaki sporazum zaključen u formi koju dozvoljavaju nacionalni zakoni

s odredbama nacionalnog zakona kada je on nadležan. Čl. VII Njujorške Konevencije omogućava strankama da se oslone na povoljnije odredbe nacionalnih zakona i ugovora.⁹ U tim slučajevima, izvršenje arbitražne odluke se ne zasniva na Njujorškoj Konvenciji već na lokalnim zakonima što u praksi može napraviti značajnu razliku.¹⁰

U većini modernih zakonodavstava općenito se priznaje načelo “*in favorem validitatis*” koje se mora primjenjivati na međunarodne ugovore o arbitraži. Ovaj pro-arbitraži pristup služi za provođenje zajedničke namjere ugovornih strana da se njihov spor riješi pred međunarodnim arbitražnim sudom. Pristup *in favorem* prema arbitražnom sporazumu je posljedica današnje arbitražno-prijateljski nakhlonjene klime koja se temelji na shvaćanju da rješavanje sporova prema međunarodnim arbitražnim sudovima ima istu vrijednost kao i sudsko.

Formalna valjanost arbitražnog sporazuma je usko povezano s pitanjem da li je stranka pristala na arbitražu. Formalni zahtjevi namijenjeni su kako bi se osiguralo da su se stranke zaista dogovorile o arbitraži. Prema tome, pitanja oko ispunjavanje formalnih uvjeta i potrebne saglasnosti se često isprepliću i tretiraju zajedno. Međutim, postoje slučajevi u kojima nacionalni sudovi unatoč arbitražnom ugovoru su prihvatili nadležnost nad sporom jer arbitražni sporazum nije ispunio potrebne formalne uvjete.¹¹ Većina međunarodnih konvencija i nacionalnih arbitražnih zakona sadrže materijalne odredbe o sukobu zakonskih odredbi u odnosu na formalne zahtjeve. Mali broj nacionalnih arbitražnih zakona omogućuje usmeni arbitražni sporazum.¹² Međutim, većina arbitražnih zakona, uključujući i Model zakon, u skladu s međunarodnim konvencijama, zahtijevaju ugovora o arbitraži koji će biti ili u pisanom obliku ili barem da bude evidentiran u pisanom obliku.¹³ To je sada također slučaj i u novijim njemačkim i nizozem-

⁹ A povoljnije odredbe mogu se naći u Evropskoj Konvenciji iz 1961. čl. I (2) u kojoj se navodi da u odnosima između država čija prava ne zahtijevaju da sporazum o arbitraži bude u pisanom obliku, svaki sporazum može biti sklopljen u oblicima koji dozvoljavaju ta prava i time ispuniti formalin zahtjev same Konvencije.

¹⁰ U SAD-u ovisno od odredbi na koje se sud oslanja za izvršenje ugovora, može imati posljedice koji sudovi imaju nadležnosti, federalni sudovi ili državni sudovi.

¹¹ Corte di cassazione, 28 October 1993, Robobar Ltd v Finncold sas, XX YBCA 739 (1995) 740; Germany, Bayerisches Oberstes Landesgericht, 12 December 2002, 4 Z Sch 16/02 in Comparative International Commercial Arbitrationm Lew, Mistelis, Kröll, Kluwer Law International 2003.

¹² Francuski zakon je izuzetak s obzirom na međunarodnu arbitražu. Pogledati: *Cour d'Appel* Parizu, 8. Jun. 1995 godina Sarl Centro Stoccaggio Grani v SA Granit, Rev Arb 89 (1997); Fouchard Gaillard Goldman, International Commercial Arbitration, par 608 i dalje.

¹³ Model zakon, član 7(2); § 577(3) öZPO (Austrijski Zakon o parničnom postupku (modifikovan u skladu sa Federalnim zakonom februara 1983); Engleska-Zakon o arbitraži, odjeljak 5, Francuska - *Nouveau Code de procédure civile* (NCPC) član.1443, 1449 (za domaću arbitražu), U.S. The Federal Arbitration Act (FAA) 9 Code § 2.

skim zakonima, koji su tradicionalno dozvoljavali usmene ugovore.¹⁴ Samo nekoliko zakonodavstava, kao što je Francuska,¹⁵ Švedska,¹⁶ Novi Zealand¹⁷ i kanadske provincije Alberta¹⁸ i Ontario¹⁹ su napustili bilo kakav formalni zahtjevi za zaključenje arbitražnog ugovora.

Obrazloženje zahtjeva za pisanom formom arbitražnog sporazuma ima dva aspekta. Prvo, u svjetlu pravnih dejstva povezanih sa zaključenjem arbitražnog sporazuma, zahtjev za pisanom formom ima cilj osigurati da su stranke zaista dogovorili da spor rješe pred arbitražom. Pisana forma ima za cilj da spriječi da arbitražni sporazum prođe nezapaženo budući da arbitražni sporazum može dovesti do odricanja stranaka od njihovog ustavnog prava da svoje sporove rješe na sudu. Drugo, pismena forma pruža dokaz sporazuma koji pomaže da se dokaže postojanje i sadržaj arbitražnog sporazuma u kasnijim postupcima.²⁰ I Njujorška Konvencija o priznanju i izvršenju arbitražnih odluka zahtjeva pismenu formu arbitražnog sporazma, a autori Modela zakona nisu željeli postaviti zahtjev za formom koja bi bila u sukobu sa Njujorškom konvencijom.

Revidirana verzija čl. 7 Model zakona namijenjena je modernizaciji zahtjeva forme arbitražnog sporazuma kako bi se bolje prilagodila praksi međunarodnih ugovora. Član 7 Model zakona omogućuje dvije opcije. Prema Opciji I, arbitražni ugovor mora biti sklopljen u pisanom obliku (Čl. 7(2)). Postoje specifične definicije koje ukazuju šta se, osim pisanog i međusobno potpisanog ugovor može smatrati klauzulom u "pisanom formi". Ugovor je sklopljen u pisanom obliku ako je njegov sadržaj evidentiran u bilo kojoj formi, bez obzira da li je arbitražni sporazum ili ugovor sačinjen usmeno ili na drugi način. Prema čl. 7(6) Model zakona, pozivanje u ugovor na bilo koji dokument koji sadži arbitražnu klauzulu predstavlja pismeni arbitražni ugovor pod uvjetom da je pozivanje takvo da čini tu klauzulu kao dio ugovora. Zahtjev za pisanom formom predviđen u Opciji I člana 7 Model zakona je posebno izrađen s ciljem dokazivanja namjere stranaka za arbitražu i da spriječi da se stranka uvuče u arbitražni postupak, bez obzira na

¹⁴ § 1027 (2) ZPO verzija prije 1998. godine, a za Nizozemsku pogledati; Berg, Delden, Snijders, Netherlands Arbitration Law, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993, strana. 36 para 4-8-2.

¹⁵ Čl. 1507. Francuski CPC.

¹⁶ Born, G., International Commercial Arbitration, Kluwer, 2009, str. 614.

¹⁷ Čl. 7 (1) Arbitražni zakon 1996. Novi Zeland.

¹⁸ Čl. 5(1) Alberta Arbitražni zakon 1991.

¹⁹ Čl. 5(3) Ontario Arbitražni zakon 1991.

²⁰ Reiner, A., "The Form of the Agent's Power to Sign an Arbitration Agreement and Article II(2) of the New York Convention", ICCA Congress series No. 9, 82, 85 et seq.

bilo kakve dokaze o postojanju i sadržaju navodnog arbitražnog ugovora.²¹ Budući da pitanje vezano za usmenu formu arbitražnog ugovora je bilo i jeste najviše raspravljano u polju formalnih zahtjeva u međunarodnoj arbitraži, član 7. Model zakona sada pruža Opciju II. Prema Opciji II, arbitražni ugovor je ugovor kojim stranke podvrgavaju arbitraži sve ili određene sporove koji su među njima nastali ili bi mogli nastati u pogledu određenog pravnog odnosa, ugovornog ili izvanugovornog. Arbitraža se više ne smatra pismeno odricanje od materijalna prava. U stvari, izbor arbitraže nije isključenje nacionalnog suda nego prirodni forum za međunarodne sporove.²² Zahtjev za pisanom formom ne promovira nužno pravnu sigurnost i oni su često izvor dodatnih sporova. Iz tih razloga je zahtjev za pisanom formom u većini nacionalnih zakona i pod Njujorškom Konvencijom slobodno tumačen.

Zahtjev za pisanom formom treba tumačiti dinamički u svjetlu modernih sredstava komunikacije. Arbitražne klauzule uključene u ugovoru i zaključene putem e-mail-a treba prihvatiti kao ispunjenje zahtjeva za pisanom formom u skladu s općim razvojem ugovora koji zahtijevaju pisani oblik, ali koji su zaključeni putem e-pošte važe i koji su valjani.²³

Idući izvan trenutne sudske prakse vezanu za Njujoršku konvenciju, novi zakoni ostavljaju prostor za zaključenje arbitražnog sporazuma putem drugih modernih sredstva telekomunikacije i prijenosa podataka. Ova sredstva komunikacije mogu uspostaviti formalno valjane arbitražne sporazume ako oni pomognu da se snimi oblik sporazuma za buduće postupke i da su stranke svjesne činjenice da se odriču nadležnosti nacionalnih sudova. Međutim, ovde treba uključiti samo one ugovore koji se pojavljuju na kompjuterskom ekranu i koji su snimljeni u memoriji na serverima (software i suitable computer hardware). Samo u tim slučajevima je tekst sporazuma o arbitraži i uvjeti njegovog zaključenja poznat strankama u vrijeme njegovog zaključenja, a također, sporazum se kasnije može reproducirati u pisanoj formi. Iz ovoga je jasno da arbitražni sporazum je sačinjen

²¹ Kucherepa.P., Reviewing Trends and Proposals to Recognize Oral Agreements to Arbitrate in international Arbitration Law, *The American Review of International Arbitration*, Vol. 16 No. 3-4 str. 409.

²² Lionnet. K., "*Rechtspolitische Bedeutung der Schiedsgerichtsbarkeit*", in Berger, Ebke, Elsing, Grossfeld & Kuehne (ed), *Festschrift für Otto Sandrock (Recht und Wirtschaft 2000)*, 603, 606.

²³ The UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce, čl.6 (1). Mnoge zemlje sa razvijenom e-trgovačkom praksom smatraju elektronske i podatkovne poruke ekvivalent pisanim dokumentima. Također, u SAD-u postoje slučajevi koji su potvrdili valjanost ugovora o arbitraži koji su dio online ugovora. Pogledati: *Lieschke v RealNetworks, Inc*, no 99C 7274, 99C 7380, 2000 WL, XXV YBCA 530 (2000) (ND Ill, 2000), a sa druge strane *Norway, Hålogaland Court of Appeal*, 16 August 1999, *Charterer (Norway) v Shipowner (Russian Federation)*, XXVII YBCA 519 (2002) gdje je odbijeno izvršenje arbitražne odluke iz razloga što je arbitražni sporazum bio sadržan u e-mailu.

u "vidljivom i dovoljno trajnom obliku."²⁴ Mogućnost da se sporazum o arbitraži reproducira u kasnijoj fazi usklađeno je sa formalnim zahtjevima novih arbitražnih zakona u trenutku kada je poruka pohranjena na serveru.

RAZLIČITA MEĐUNARODNA I NACIONALNA PRAVILA

Uprkos značajnoj harmonizaciji, nacionalni zakoni prave razliku o tome što zadovoljava uvjete sporazuma u pisanoj formi. To je djelomično zbog različitog vremena u kojima su izrađena različita pravila. Njujorska konvencija usvojena 1958. godine i sadrži vrlo usku definiciju "pisanja". Član II (2) daje izraz "sporazum u pisanoj formi" Pod pismenim sporazumom razumijevaju se arbitražna klauzula unesena u ugovor ili kompromis, koje su potpisale stranke ili su sadržani u razmjenjenim pismima ili telegramima.²⁵ Autori Konvencije nisu predvidjeli revolucije u polju telekomunikacijske tehnologije. Osim toga, "razmjena pismena" stvorila je neizvesnost i suprotstavljena mišljenja.²⁶

Model zakon sadrži širu funkcionalnu definiciju "sporazuma u pisanoj formi" u članu 7 (4) Opcija I, i zahtjev za pisanom formom je zadovoljen elektronskom komunikacijom ako informacija sadržana tamo je dostupna i upotrebljiva za kasnije reference, a "elektronska komunikacija" znači bilo koju komunikaciju koju stranka napravi pomoću podatkovnih poruka, Ugovor je sklopljen u pisanoj obliku ako je sadržan razmjenom tužbe i odgovora na tužbu u kojima jedna stranka navodi postojanje ugovora a druga stranka to ne poriče. Pozivanje u nekom ugovoru na ispravu koja sadrži arbitražnu klauzulu predstavlja arbitražni ugovor ako je ugovor sklopljen u pisanoj obliku i ako je pozivanje takvo da je ta klauzula sastavni dio ugovora. Ova odredba priznaje moderna sredstva telekomunikacije i može se prilagoditi budućem razvoju. Formalni uvjet za pisanom formom će biti zadovoljan ako sredstvo komunikacije pruža zapis sporazuma. Međutim, Model zakon i dalje zahtijeva razmjenu dokumenata, više ili manje kao dokaz pristanka. Dvojbeno je pitanje da li prešutno ili usmene prihvatanje pismenih dostava ili potvrda pismena će biti važeća. Isto se odnosi i na usmeno zaključene ugovore koji se odnose na pismene opće uvjete, određene brokerske napomene, otpremnice ili druge načine davanje prava za nepotpisnice treće stranke.²⁷

²⁴ Schlosser. P., *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 1989. str. 373.

²⁵ Šira odredba je uključena u Evropskoj konvenciji o Međunarodnoj trgovinskoj arbitraži (Evropska Konvencija 1961) čl. I (2).

²⁶ Pogledati: Wang. J., "International Judicial Practice and the Written Form Requirement for International Arbitration Agreements", *Pacific Rim Law & Policy Journal*, Vol. 10, No. 2. 2001, str. 375.

²⁷ Vidjeti: Herrmann.G., "Does the World Need Additional Uniform Legislation on Arbitration?", *Arbitration Insights : twenty Years of the Annual Lecture of the School of International Arbitration* / ed. by Julian D.M. Lew and Loukas A. Mistelis, Kluwer Law International 2007.

Njemački zakon proširio je zahtjev Modela zakona za "pisanom formom" u više pogleda. ZPO u § 1031 (2)–(4) formalni zahtjev da arbitražni sporazum mora biti sadržan ili u ispravi koju su stranke potpisale ili u razmjeni pisama, telefaksova, telegrama ili drugih sredstava priopćavanja koja omogućuju pisani dokaz sporazuma, smatrat će se ispunjenima ako je arbitražni sporazum sadržan u ispravi koju je jedna strana otposlala drugoj strani, ili koju je treća strana otposlala objema stranama i – ako se na vrijeme ne izjavi prigovor – sadržaj takve isprave smatrat će se dijelom ugovora u skladu s općim uzancama. Upućivanje u ugovoru koji odgovara formalnim uvjetima na ispravu koja sadrži arbitražnu klazulu činit će arbitražni sporazum ako je upućivanje takvo da tu klazulu čini dijelom ugovora.

Problematična zahtjev o razmjeni dokumenata je odbačen u drugim ne Model zakon zakonodavstvima. Na primjer, u Švicarskom Saveznom zakonu o međunarodnom privatnom pravu (*Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht IPRG*) se navodi da će arbitražni sporazum, a što se tiče njegova forme, važiti ako je sačinjen pisanoj formi, putem telegrama, teleksa, telekopira ili bilo koji drugi način komunikacije koja dopušta dokaz teksta.²⁸

Engleski Arbitražni zakon iz 1996. godine prepoznaje određene kategorije usmenih arbitražnih sporazuma:²⁹ Pisani sporazum postoji: a) ako je sporazum sastavljen u pisanoj formi (bez obzira na to jesu li ga stranke potpisale ili ne); b) ako je sadržan u razmjeni pisanih priopćenja, ili c) ako se sporazum može dokazati ispravama, d) ako se stranke na neki drugi, nepisani način sporazumiju upućivanjem na uvjete koji su sastavljeni u pisanoj formi, one zaključuju pisani sporazum. Sporazum se može dokazati ispravama ako je sporazum sastavljen na neki drugi, nepisani način zapisala jedna od stranaka, ili treća strana uz dopuštenje stranaka u sporu. Razmjena pisanih priopćenja u arbitražnom ili sudskom postupku u kojima se jedna od stranaka u odnosu prema drugoj poziva na drugi, nepisani sporazum, a druga stranka u svome odgovoru to ne ospori imat će između tih stranaka učinak pisanoj sporazuma.

U Austrijskom zakonu o parničnom postupku (öZPO)³⁰ nema rasprave da arbitražna klauzula može biti zaključena putem elektronske pošte,³¹ a niti jedan poznavalac moderne tehnologije ne bi okarakterizirao elektronsku poštu, kao jedan vid komunikacije koji ima upozoravajuću funkciju za stranke. Kao što *Oberhammer P* u svojoj knjizi elokventno zaključuje da stranka koja usmeno daje instrukcije svom sekretaru da putem e-mail-a potvrdi sadržaj arbitražne klauzule,

²⁸ IPRG čl. 178 (1).

²⁹ Engleski Arbitražni zakon iz 1996, čl. 5 (2) - (5)

³⁰ Austrijskog zakona o parničnom postupku (Österreichische Zivilprozessordnung) koji tradicionalno uključuje Austrijski zakon o arbitraži (čl. 577-618 öZPO).

³¹ § 583 (1) öZPO.

je jednako "upozorena" na posljedice istog, kao i stranka koja usmeno zaključi arbitražni sporazum.³² Identično razmjena telefaksova je dovoljna prema bivšem fZPO kao i prema novom öZPO.³³

Nacionalne razlike ogledaju se u sudskom tumačenju zahtjeva za pisanom formom u skladu sa čl. II (2) Njujorške Konvencije. Zaista prilagodbe su neopходne zbog poslovnog i tehnološkog razvoja, kao što su elektronske i digitalne telekomunikacija koji su bili nepoznati, kada je izrađena Konvencije. Postoje razlike od zemlje do zemlje u vezi koje prilagodbe treba izvršiti u vezi zahtjeva za pisanom formom od strane svih stranaka. Pristup koji je uzet od strane nacionalnih sudova u vezi čl. II (2) Njujorške Konvencije često odražava opći stav sudova prema arbitraži.

Strogi zahtjevi Njujorške Konvencije i liberalne odredbe novih zakona su u skladu, ako su, nakon što je spor nastao, stranke pokrenule arbitražni postupak razmjenom dokumenata, teleksa poruka ili drugih sredstva komunikacije, i u kojem su izričito uputile na mogućnost arbitraže. Ako tužitelj daje prijedlog putem teleksa i pisma da se spor riješi putem arbitraže, a tuženik imenuje svojeg arbitra u teleks poruci koja se odnosi izričito na poruke suprotne strane, na taj način stranke su ispunile formalne uvjete za valjanost arbitražnog sporazuma prema zahtjevima Konvencije.³⁴ Nadalje, stranke mogu utvrditi nadležnost arbitražnog suda kroz formalno važeći arbitražni sporazum ako razmjene (pisane) izjave o tužbenom zahtjevu i odbrani u kojim je postojanje arbitražnog sporazum navedeno od strane jedne stranke, a ta izjava nije negirana od druge strane.³⁵ Ova mogućnost odnosi se samo na arbitražni postupka, a ne na postupke pred nacionalnim sudom.³⁶ Također, ovi slučajevi mogu se staviti pod Njujoršku Konvenciju budu-

³² Oberhammer, P., *Das neue Schiedsrecht – Schiedsrecht Änderungsgesetz 2006*, Barbara Kloiber, Walter H. Rechberger und Hartmut Haller (eds) (Vienna, Manz, 2006), str. 113.

³³ Prema odrebama bivšeg arbitražnog zakona ovo je adresirano po *obiter dictum* u Oberster Gerichtshof (Austrijski Vrhovni sud), 2. Jula 1993, 1 Ob 525/93, dok § 583 (1) öZPO izričito predviđa dovoljnost prenosa podataka putem telefaksa.

³⁴ Pogledati: Swiss Federal Tribunal in *Tracom in v. Sudan Oil Seeds Co. Ltd.*, BGE 111 Ib 253 (=YCA 1987), Ugovor između Tracom in v. Sudan Oil Seeds Co nije predvidio arbitražu kada je zaključen. Sudan Oil Seeds Co je predložio *ad hoc* arbitražu putem faksa i pisma. *Tracom in* je odgovorio putem faksa, da imenuje arbitra. Nakon što je donesena arbitražna odluka i traženo njeno izvršenje, apelant (*Tracom in*) je tvrdio da arbitražna odluka nije izvršiva jer nije bilo arbitražne klauzule u ugovoru. Švicarski federalni sud odbacio je žalbu, smatrajući da razmjena komunikacija između stranaka ispunila formalne uslove iz člana II (2) Njujorške Konvencije (5). Sud je također presudio da razmjena faksova može se izjednačiti s razmjenom telegrama, kako je navedeno u članu II (2) Njujorške Konvencije (5).

³⁵ Čl. 7 (2) Model zakon, Čl. 1021 Dutch Civil Law (DCL) (Holandski građanski zakonik).

³⁶ Hußlein, Stich, *Das UNCITRAL-Modellgesetz über die Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, 1990. supra nota 718, str. 41.

ći da postupak je sličan razmjeni pisama navedenih u čl. II (2) Konvencije.³⁷ Kada takvi slučajevi zahtijevaju izravno podnošenje prigovora, iz razloga što se osporava postojanja ili valjanosti arbitražnog sporazuma, bilo zbog toga što se tvrdi da arbitraža nije nadležna da odlučuje o konkretnom sporu upravo zbog toga što taj spor nije predviđen u valjanom arbitražnom ugovoru, od samo jedne strane, a druga strana to prihvata ali bez prigovora, oni dolaze blizu uspostavljanja jurisdikcije suda kroz pravila o podnošenju prigovora sadržanih u čl. 16 (2) Model zakona. i čl. 1052 Holandskog građanskog zakonika (Dutch Civil Law DCL) koji se primjenjuju u okviru općeg pravnog načela *non concedit venire contra factum proprium* (nije dopušteno ići protiv svog djela) gdje se nadležnost temelji se na činjenici da je tuženik prepreka iznošenju zahtjeva pozivajući se na nevaljanost arbitražnog sporazuma od trenutka kada je dostavio svoj stav o suštini spora.³⁸

Dejstvo formalne valjanosti i pravila o izvršenju arbitražne odluke je isti: Arbitražni sud može nastaviti s radom bez obzira na prigovore o njegovoj nadležnosti u pogledu postojanja ili valjanosti arbitražnog sporazuma. Razlika je kod Model zakona u čl. 7(2) i njemu srodnih zakona, pismene izjave postoje s obje strane, dok prekluzivna pravila o nadležnosti arbitražnog suda su uspostavljane jedino procesnim ponašanjem tužene stranke. Ovo može imati posljedice ako dođe do priznanja i izvršenja arbitražne odluke i podnošenje pisanog arbitražnog sporazuma po *lex fori* (pravo suda koji rješava predmet) od sudije koji odlučuje o izvršenju arbitražne odluke. Ovo razlikovanje je prilično teorijski i praktično u svakoj arbitraži je uvedena razmjena pisanih dokumenata za obje stranke, od zahtjeva za arbitražu ili tužbe koja se odnosi na sporazum o arbitraži i pismenog odgovora tuženika. Ako i dalje ostanu sumnje vezane za valjanost ugovora o arbitraži, formalni zahtjevi novih zakona mogu biti u skladu ako stranke potpišu “uvjete ugovora” postavljene od strane arbitražog suda, osim ako jedna od stranaka izražava prigovor o valjanosti ugovora o arbitraži. Ako stranke daju izjavu u zapisnik o postupka, sud mora osigurati da je zapisnik potpisan od stranaka u cilju stvaranja formalne valjanosti arbitražnog sporazuma.

ZAKLJUČAK

U svakodnevnoj praksi međunarodnih ekonomskih transakcija gdje se ugovori često dogovore pod teškim vremenskim pritiskom, strankama je teško pridržavati se stogih formalnih zahtjeva za valjanost arbitražnog sporazuma predviđenih u nacionalnim arbitražnim zakonima pogotvo ako je ugovor zaključen između stranaka putem elektronskih komunikacijskih medija. Često stranke nisu

³⁷ UN Doc. A/40/17, para 87.

³⁸ Craig, Park, Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration, 2000, str. 79.

niti svjesne formalnih zahtjeva za zaključenje ugovora o arbitraži iz nacionalnog zakona. Iz tog razloga postoji potreba za jednostavnom administracijom arbitražne klauzula koja se može porediti sa potrebom zaštite stranaka koje su se odrekle nadležnosti državnog pravosuđa i meritorno rješavanje spora povjerile pred trećim, nezavisnim i nepristranim tijelom (arbitražni sud) čija se nadležnost izvodi iz volje stranaka i koje je ovlašteno donijeti za stranke obvezujuću odluku.

U svakodnevnoj arbitražnoj praksi, arbitražni sudovi i domaći sudovi se sve više suočavaju s navodnim kršenjem tih pravila i normi kojim stranke pokušavaju izbjeći arbitražu, a kojoj su prethodno u ugovoru dogovorile. To se može dogoditi u ranoj fazi postupka kada je u pitanju izvršenje arbitražnog ugovora ili tokom imenovanje arbitara od strane sudova, ili kasnije tokom arbitražnog postupka. Takvi taktički manevri se nailaze i nakon donošenja arbitražne odluke kada tuženik traži poništaj arbitražne odluke pred sudovima u sjedištu arbitraže ili kad tužitelj u arbitražnom postupku pokušava arbitražnu odluku prisilno izvršiti pred stranim sudom primjenom Njujorške Konvencije. Funkcija pisane forme dovodi se u vezu s dva nastojanjem da se osigura dokaz da je ugovor zaključen, a samim tim i dokaz identiteta ugovornih strana i sadržaja ugovorenih prava i obveza, te nastojanjem da se kroz svečanu formu da upozorenje ugovornim stranama da stupaju u pravni odnos koji za njih može imati dalekosežne posljedice.

Međutim, u suvremenoj poslovnoj praksi zahtijev da arbitražni sporazum bude samo u pisanoj formi više ne odgovara zahtjevima međunarodne trgovine. Izmjene i dopune UNCITRAL Model zakona odražava ovu stvarnost u skladu s odredbama Njujorške konvencije omogućavaju ujedinjenje međunarodnih transakcija. Daljnje omekšanje pravila o pisanom obliku arbitražnog sporazuma danas je važan element razvoja arbitraže, a međunarodna arbitražna pravila moraju se kretati od zahtjeva "mora biti u pisanoj formi" prema zahtjevu "mora postojati pisani dokaz sporazuma", a koji, međutim, ne mora biti isprava što su je potpisale obje strane ili razmjena poruka među strankama, čime se postiže zakonodavni ciljevi međunarodnih ugovornih instrumenata i ujedničavaju pravila međunarodnog trgovačkog prava.

KATICA TOMIĆ, LL.M.,
Rechtsanwälte BVM, Wien, Österreich

CURRENT TRENDS AND DEVELOPMENTS OF THE FORM
OF THE ARBITRATION AGREEMENT

Summary

Most international conventions and national arbitration laws contain substantive conflict of laws provisions in relation to form requirements. Few national laws allow for an oral arbitration agreement. However, the majority arbitration laws, including the Model Law, in line with the international conventions, require arbitration agreements to be either in writing or at least to be evidenced in writing. The justifications that have been advanced for this strict view on form requirements are plenty. It has been said that the 'in writing' requirement functions as a warning, supposedly increasing the parties' awareness, when concluding an arbitration agreement, as to the consequences of their decision. The 'in writing' requirement also has an evidentiary function. Objections against a written agreement can be handled easier and more expeditiously than determining whether or not an oral arbitration agreement was formed. The clearer and less disputable the existence of an agreement, the less likely it is that one or both parties will be forced into arbitration on a questionable basis. However, the reliance on the 'in writing' requirement is doubtful from the perspective of modern business. It is difficult to accept that an ancillary provision such as an arbitration clause must always be concluded in writing – even in circumstances where the underlying main contract can be concluded orally. Indeed, many contracts are concluded without the benefit of external advice, and without much consideration given to arbitration clauses by the business people.

PREDRAG ŠULEJIĆ

SUSPENZIJA UGOVORA O OSIGRNJU ZBOG NEPLAĆANJA PREMIJE

– Kao mogućnost regulisanja u Građanskom zakoniku Srbije –

U Prednacrtu Građanskog zakonika Srbije kao aternativno rešenje (alternativa za član 1188) prediđena je supenzija ugovora o osiguranju u slučaju neplaćanja dospele pemije na sledeći način:

“Ako premija ne bude plaćena o dospelosti, dejstvo osiguranja obustavlja se po samom pravu po proteku mesec dana od dospelosti.

Ako ugovarač osiguranja na poziv osigurača, koji mu mora biti dostavljen preporučanim pismom, ne isplati dospelu premiju o roku određenom u tom pismu, a koji ne može biti kraći od mesec dana računajući od kad mu je pismo uručeno, niti to učini koje drugo zainteresovano lice, osigurač može tražiti, izuzev slučajeva osiguranja života, njenu isplatu sudskim putem ili raskinuti ugovor.

Ugovor se može raskinuti po predhodnom stavu samo ako je u pismu ugovaraču osiguranja ukazano na datum kada je bio dužan platiti premiju, i ako je u istom pismu upozoren da ugovor može biti raskinut ako on ne dostavi dužnu premiju osiguraču u ostavljenom roku.

Ako osiguranje nije raskinuto po prethodnim stavovima ovog člana, ono dobija ponovo svoje dejstvo za buduće, sutradan po isplati zadocnele premije”.

Za raziku od sistema suspenzije u našem pravu zakonom je predviđena mogućnost raskida ugovora u slučaju neizvršenja osnovne obaveze osiguranika –

plaćanja premije. (Zakon o obligacionim odnosima član 913 – po kome, pošto se ispune određeni uslovi, ugovor prestaje po samom zakonu). U stranom pravu u zakonima o ugovoru o osiguranju sadržana su posebna pravila za slučaj neplaćanja premije. Pri tome, razlikuju se dva sistema: u nekim pravima (švajcarsko i francusko pravo) raskidu ugovora najpre prethodi obustava dejstva, suspenzija, za izvesno vreme. Ovaj period suspenzije znači za osiguranika period nepokriivenog rizika iako njegova obaveza plaćanja premije ostaje. Dejstva suspenzije nastupaju tek po proteku izvesnog roka od dana stavljanja osiguranika u docnju od strane osigurača, koji je dužan da podseti osiguranika na datum dospelosti premije i da mu ukaže na posledice suspenzije. Tek posle proteka perioda suspenzije osigurač dobija pravo da raskine ugovor (ili da ostavi da suspenzija i dalje teče). Ako pak osiguranik plati zaostale premije pre nego što ugovor bude raskinut, osiguranje obnavlja svoja dejstva za budući period. Sistem suspenzije ugovora o osiguranju prihvaćen je i Projektu prof. Konstantinovića (tzv. Skica).¹ Po drugom sistemu, prihvaćenom naročito u nemačkom pravu, ne postoji suspenzija ugovora u slučaju neplaćanja premije, ali osigurač pre nego što raskine ugovor dužan je da osiguraniku ostavi određen rok za ispunjenje njegove obaveze: ukoliko po proteku tog roka nastupi osigurani slučaj a premija ne bude plaćena, osigurač je oslobođen obaveze i po isteku ostavljenog roka ima pravo da otkáže osiguranje bez otkaznog roka.

Sva ova pravila međutim, ne primenjuju se kod osiguranja života gde zbog specifičnosti pravnih odnosa (osiguranje života po svojoj prirodi predstavlja jednu vrstu štednje) plaćanje premije je fakultativno te osigurač nema pravo da naplatu premije traži sudskim putem. Kod osiguranja života, naročito ako je duže vremena trajalo, osiguranik je svojim uplatama stvorio izvesnu matematičku rezervu koja treba da mu pripadne bez obzira što je prestao da plaća premiju. Otuda je kod ove vrste osiguranja sankcija, po pravilu, u slučaju neplaćanja premija smanjenje osigurane sume (vrlo retko je prihvaćen i raskid ugovora).

¹ Ovaj sistem predviđa i Projekat prof. Konstantinovića "Obligacije i ugovori": "1. Ako premija ne bude plaćena o dospelosti, dejstvo osiguranja obustavlja se po samom pravu po proteku mesec dana od dospelosti. 2. Ako ugovorilac osiguranja na poziv osigurača, koji mu mora biti dostavljen preporučenim pismom, ne isplati dospelu premiju u roku označenom u tom pismu, a koji ne može biti kraći od mesec dana računajući od kad mu je pismo uručeno, niti to učini koje drugo zainteresovano lice, osigurač može tražiti, izuzev slučajeva osiguranja života, njenu naplatu sudskim putem ili raskinuti ugovor. 3. Ugovor se može raskinuti po prethodnom stavu samo ako je u pismu ugovoriocu osiguranja ukazano na datum kada je bio dužan platiti premiju, i ako je u istom pismu upozoren da ugovor može biti raskinut ako on ne dostavi dužnu premiju osiguraču u ostavljenom roku. 4. Ako osiguranje nije raskinuto, po prethodnim stavovima ovog člana, ono dobija ponovo svoje dejstvo za buduće, sutradan po isplati dospele premije." (Projekt prof. Konstantinovića, čl. 891).

U našem pozitivnom pravu, dakle, prihvaćen je sistem raskida ugovora bez prethodne suspenzije. Osiguraniku se ostavlja određen rok za ispunjenje njegove obaveze plaćanja dospelih premija, tako da tek po proteku ovog roka osigurač može ugovor da raskine. Sve do raskida osiguranik je pokriven osiguranjem, te je na taj način njegova zaštita potpunija nego u sistemu suspenzije (koja je u stvari neka vrsta privatne kazne osiguranika). I u našem pravu čini se razlika između osiguranja imovine i osiguranja lica.

Takođe, u ovom pogledu i transportna osiguranja izdvajaju od ostalih osiguranja u našem pravu. Naime, praksi ovih osiguranja ne odgovara raskid ugovora zbog neplaćanja premije osiguranja. Tu specifičnost uvažava i naš zakonodavac, koji u Zakonu o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi predviđa: "Neplaćanje premije o roku ne oslobađa osiguravača njegove obaveze iz ugovora o osiguranju i ne daju mu pravo da raskine ugovor o osiguranju, ako nije drukčije ugovoreno" (čl. 744. st. 4). Norma je, ipak dispozitivna, ali se u praksi retko drukčije ugovara.

U cilju boljeg sagledavanja eventualne svrsishodnosti prihvatanja sistema suspenzije u našem novm pravu pogledaćemo osnovne karakteristike pravnog režima ovog instituta u francusom i švajcarskom pravu gde je on privaćen.

U francuskom Zakoniku o osiguranju² posledica neplaćanja premije o roku je suspenzija pokrića iz ugovora o osiguranju. Ako premija, ili rata godišnje premije, ne bude plaćena u roku od 10 dana od dospelosti, nezavisno od prava osigurača da plaćanje zahteva sudskim putem, nastupa suspenzija ugovora posle trideset dana od dana stavljanja osiguranika u docnju. Ako se premija plaća u ratama, suspenzija kao posledica neplaćanja pojedine rate proizvodi dejstva do isteka godine na koje se rate odnose. Ugovor koji nije raskinut obnavlja svoja dejstva od dana kada su zaostale premije ili rate plaćene. Ove odredbe se ne odnose na osiguranje života.

Slično francuskom pravu u švajcarskom pravu čini se razlike između obustave dejstva i raskida ugovora.³ Ako premija nije plaćena o dospelosti dužnik mora biti pozvan da izvrši plaćanje u roku od 14 dana od dana slanja poziva. U pozivu moraju da budu naznačene posledice zakašnjenja. Ako se premija naplaćuje kod dužnika, osigurač može da zameni pismeni poziv usmenim pozivom. Ako poziv ostane bez dejstva, obaveza osigurača se obustavlja od isteka zakonskog roka. Ove odredbe se ne odnose na osiguranje života. Ako osigurač nije zahtevao prinudnu naplatu premije za dva meseca od isteka roka od 14 dana, smatra se da je odustao od ugovora i odrekao se plaćanja zaostale premije. Ako je osigurač zahtevao naplatu premije, ili ju je kasnije primio, njegova obaveza ponovo

² Code des assurances art.L 113-3.

³ Član 20. i član 21. Zakona o ugovoru o osiguranju (La loi sur le contrat d assurance, 1910, modifier 2004).

dejstvuje od trenutka kada je zaostala premija prikupljena sa interesima i troškovima.

Sistem suspenzije proizvodi veoma začajne posledce u odnosu ugovornih strana. Ako bi smo rezimirali svojstva suspenzije, kako je ona predviđena u nekim pravnim sistemima ona bi se ogledala se u sledećem:

– po proteku određenog roka posle opomene osiguranika nastupa automatska obustava dejstva ugovora, ali samo u odnosu na osigurača i njegovu obavezu nošenja rizika; obustava ne pogađa ceo ugovor, jer osiguranik ostaje u obavezi plaćanja premija (zato što je njegovom krivicom došlo do docnije u plaćanju premije i zato što plaćanjem zaostale premije on može da ponovo uspostavi dejstva ugovora);

– suspenzija obaveze pokrića iz osiguranja može biti istaknuta svim zainteresovanim licima, to jest, korisnicima osiguranja, jer korisnik koji se poziva na ugovor ne može da ima više prava nego osiguranik. Ipak, kada je u pitanju oštećeno lice u osiguranju od odgovornosti, u slučaju direktne tužbe pravilo je manje strogo: (na primer, oštećenom licu u obaveznom osiguranju auto-odgovornosti ne mogu se istaći prigovori nastali posle osiguranog slučaja, dok se prigovori koji nastaju tako da suspenzija do koje dođe pre osiguranog slučaja i sledstveno tome zakašnjenje u plaćanju premije može se istaći, kao činjenica koja predhodi osigurnom slučaju)

– obaveza pokrivanja može biti ponovo uspostavljena plaćanjem zaostale premije (ako su u pitanju rate premije, onda se dejstvo odnosi samo na plaćanje cele zaostale godišnje premije – suspenzija nastala neplaćanjem jedne od rata godišnje premije proizvodi dejstvo do istaka tog godišnjeg perioda, jer osigurač ne može da stavlja u docnju osiguranika za svaku neisplaćenu ratu premije, niti se ugovor obnavlja posle isplate svake dospеле rate); na osiguraniku je teret dokaza plaćanja zaostale premije koje dovodi do okončanja suspenzija, a na osiguraču teret dokaza da je do plaćanja zaostale premije došlo posle nastupanja osiguranog slučaja (franc. sudska praksa);

– suspenzija nije prethodni uslov za raskid ugovora; na osiguraču je da posle isteka određenog roka od opomene osiguranika odluči da li će nastati dejstva suspenzije, ili će raskinuti ugovor; pravo raskida ugovora pripada samo njemu, a ne osiguraniku, jer se ovom zadnjem ne može ostaviti mogućnost da neizvršenjem svoje ugovorne obaveze dovede do raskida ugovora; s druge strane, reč je samo o pravu osigurača, a ne o njegovoj obavezi;

– on ne mora po isteku naznačenih rokova ugovor raskinuti, nego može ostaviti da dejstva suspenzije i dalje traju (što je, inače samo teorijska hipoteza, jer će osigurač normalno da raskine ugovor zbog neplaćanja premije);

– u pravima koja poznaju sistem suspenzije norme kojima se regulišu rokovi su imperativne prirode i ne mogu biti skraćivani u polisi (nasuprot, u praksi se oni produžavaju tako što se osiguranik stavlja u docnju i po nekoliko nedelja posle dospelosti premije).

O domašaju sistema suspenzije u regulisanju prava ugovornih strana i dejstvima na pravni položaj i zaštitu interesa osigurača i osiguranika izjašnjavala i doktrina, naročito u zemljama koje prihvataju ovaj sistem. Karakteristična je ocena i analiza sistema suspenzije učinjena od prof. Andre Besona i Moris Pikara, vodećih pravnih pisaca u Francuskoj, zemlji u kojoj je regulisan i funkcionise sistem suspenzije.⁴ Oni ukazuju da je suština sistema suspenzije u tome da je osigurač oslobođen svoje obaveze da naknadi štetu ako u vreme suspenzije bude ostvaren osigurani slučaj, a da osiguranik nije oslobođen svoje obaveze da plati premiju; u tom slučaju u pitanju je ukidanje garantije, doduše privremeno, jer ugovor ponovo uspostavlja svoja dejstva plaćanjem zaostale premije. Zaštita osiguranika je za trenutak ukinuta; ako se ostvari osigurani slučaj za vreme suspenzije on nije pokriven osiguranjem. Ali, suspenzija ne ukida ceo ugovor. Dejstva ugovora ostaju u pogledu obaveze osiguranika da plati premije – samo privremeno prestaje pokriće rizika. Ugovor je jednostavno osakaćen na štetu osiguranika i kao posledica njegove krivice. Bez sumnje, zaključuju ovi pisci, suspenzija dovodi osiguranika u nepovoljan položaj : on gubi pravo na zaštitu iz osiguranja, ali ne prestaje njegova obaveza plaćanja premije u tom periodu. A to je posledica njegove krivice : suspenzija je ustvari privatna kazna, koja ima osobine gubitka prava (ali, za razliku od gubitka prava koji je definitivan i neotklonjiv) suspenzija je ustvari obična pretnja gubitka prava koja je privremena i otklonjiva ukoliko ne dođe do osiguranog slučaja u tom periodu.

Suspenzija ugovora u odnosu na raskid ugovora zbog neplaćanja premije je, po mišljenju ovog autora, manje pogodno sredstvo za zaštitu interesa ugovornih strana. Osigurank se stavlja u nepovoljniji položaj, jer za određeni period on gubi pravo na zaštitu, dok ostaje njegova obaveza plaćanja premije. Otuda, kako kvalifikuju pomenuti francuski pisci, reč je o privatnoj kazni, koja nije svojstvena ugovornom pravu, gde treba da se dovedu u ravnotežu interesi obeju strana.

⁴ M. Picard–Andre Besson, *Les assurances terrestres en droit francais*, Paris, tome I, no. 108.

TRANSPARENTNOST PROVIZIJE BROKERA OSIGURANJA U EVROPSKOM PRAVU

O TRANSPARENTNOSTI U EVROPSKOM PRAVU OSIGURANJA

Reč transparentnost (od lat. trans...+ parere = prikazati se ili prikazivati se; providan; svetao; sjajan; jasan¹) danas je pomodni termin koji se koristi u svim sferama društvenog života, veoma često da se ne može razumeti njegov smisao u kontekstu u kome je upotrebljen. Ušao je i u sferu pravne regulative i postao fenomen prava novijeg vremena.

Kada se govori o transparentnosti u pravu osiguranja navodi se da ona ima različita značenja u pravnoj regulativi osiguranja.² Pri tom, nije dovoljno ispitano šta čini njene elemente, odnosno koje sve ona ima značenje u pojedinim oblastima, područjima ove grane prava. Stoga je predmet intezivnog izučavanja u svakoj od tih oblasti. To objašnjava zbog čega je transparentnosti kod ugovora o osiguranju, kao jednoj od kongresnih tema, posvećen XIV Svetski kongres Međunarod-

Prof. dr Jovan Slavnić, Univerzitet u Novom Sadu; počasni pedsednik Udruženja za pravo osiguranja Srbije.

¹ R. Aleksić, "Rečnik stanih reči i izraza", Prosveta, 1978, str. 449; I. Klajn-M. Šipka, "Veliki rečnik stranih reči i izraza", Prometej, 2006, str. 1257 ("Transparentnost – osobina nečeg što je transparentno, tj. prozirno, jasno").

² Stav Grupacije za osiguranje i reosiguranje Evrpske agencije za nadzor osiguranja i penzijskih fondova o Direktivi o posredovanju u osiguranju 2 (Stav EIOPA), videti tekst pod 3. Transparentnost, dostupno na: https://eiopa.europa.eu/fileadmin/tx_dam/files/Stakeholder_groups/opinions-feedback/EIOPA-IRSG-13-11_Position_paper_on_IMD2.pdf.

nog udruženja za pravo osiguranja (AIDA) koji će se održati u Rimu od 29. septembra do 2. oktobra ove godine.

Prema postavljenim pitanjima u upitniku AIDA o regulisanju ovog ugovora koji je nastao na osnovu sveobuhvatne analize zakonodavstva EU i država članica upućenih nacionalnim sekcijama u zemljama koje su njeni članovi (58 zemalja) zaključuje se da se smatra da transparentnost kod ugovora o osiguranju obuhvata: 1. jasnoću, razumljivost i sveobuhvatnost ugovornog teksta ustanovljenih opštim ugovornim pravilima i posebnim pravilima koja se primenjuju na ugovore o osiguranju, kao i onim koje su doneli organi nadležni za nadzor društava za osiguranje; 2. obavezu vođenja pregovora osiguravača o zaključenju ugovora o osiguranju *bona fide*; 3. obavezu osiguravača da pre zaključenja ugovora o osiguranju informiše ugovarača o obavezama koje preuzima i podacima o ugovoru o osiguranju bitnim za donošenje odluke ugovarača osiguranja da ugovor zaključi; 4. obavezu osiguravača da savetuje ugovarača osiguranja pre zaključenja ugovora o osiguranju o ugovoru koji treba da zaključi prema opštem ugovornom pravu i pravilima koja se odnose na ugovor o osiguranju³ i 5. specijalne obaveze osiguravača u pogledu javnosti proizvoda osiguranja koje su ustanovljene pravilima o reklamiranju i kontroli reklamiranja proizvoda osiguranja.⁴

U svim ovim područjima transparentnosti kod ugovora o osiguranju postoje izvesna u direktivama EU ujednačena pravila: Direktiva saveta 93/13/EEC od 5. aprila 1993. o nekorektnim klauzulama potrošačkih ugovora i Direktiva 2011/83/EU Skupštine Evrope i Saveta od 25. oktobra 2011. kojom se dopunjava direktiva iz 1993. novim članom 8a (pokrivaju transparentnost ugovornog teksta); Treća direktiva 92/49/EEC Saveta EEZ od 18. juna 1992. godine o usaglašavanju zakonskih, podzakonskih i upravnih akata koje se odnose na direktno osiguranje, osim osiguranja života i kojom se menjaju i dopunjuju direktive 73/239/EEZ i 88/357, Direktiva 2002/65 Evropskog parlamenta i Saveta od 23. septembra 2002. o finansijskim uslugama na daljinu za potrošače kojom se menjaju Direktiva 90/619 Saveta i Direktiva 97/9 i 98/27 i Direktiva 2002/83/EC Skupštine i Saveta od 5. novembra 2002. godine o osiguranju života (konsolidovani tekst zaključno sa iz-

³ Obaveza informisanja i savetovanja ne postoji kod zaključenja ugovora o osiguranju velikih (neživotnih) rizika osiguranja i kod ugovora o reosiguranju. Pojam velikih rizika određen je u čl. 5 Druge direktive 88/357/EEC Saveta EEZ o usaglašavanju zakonskih, podzakonskih i upravnih akata koji se odnose na započinjanje i obavljanje poslova direktnog osiguranja, osim osiguranja života koja utvrđuje pravila radi olakšanja efektivnog pružanja usluga osiguranja i kojom se menja direktiva 73/239/EEZ od 22. juna 1988. godine.

⁴ J. Slavnić i S. Jovanović, "Transparentnost uslova, limita i predugovornih informacija kod ugovora o osiguranju – Odgovor na upitnik povodom XIV Svetskog kongresa Međunarodnog udruženja za pravo osiguranja koji će se održati u Rimu od 29.9. do 2.10.2014. godine", Revija za pravo osiguranja, br. 1/2013, str. 74–80.

menama do 11. marta 2008) (regulišu obavezu predugovornog i ugovornog informisanja ugovarača osiguranja od strane osiguravača); i druge direktive.⁵

Zapaža se da direktive i drugi propisi EU koji donose izvesna ujednačena pravila za ugovor o osiguranju, posrednike osiguranja (zastupnike osiguranja, brokere osiguranja, banka osiguranje) (u Direktivi 2002/92/EC Skupštine Evrope i Saveta od 9. decembra 2002. o posredovanju u osiguranju) i druge oblasti prava osiguranja (komunitarno saosiguranje uređeno direktivom iz 1978, reosiguranje direktivom iz 2006, nadzor nad društvima za osiguranje i reosiguranje u okviru osiguravajuće ili reosiguravajuće grupe direktivom iz 1998, reorganizacija i likvidacija društava za osiguranje direktivom iz 2001, itd.) sve do Direktive 2009/138/EZ Skupštine Evrope i Saveta od 25. novembra 2009. godine o započinjanju i obavljanju delatnosti osiguranja i reosiguranja (Solventnost II) ne koriste reč transparentnost ni u preambuli ni u normativnom delu.

Tako, u preambuli br. 38 ova direktiva propisuje da društva za osiguranje i reosiguranje u cilju garantovanja transparentnosti poslovanja treba javno da obelodane i stave javnosti na raspolaganje, u štampanom ili elektronskom obliku, besplatno, najmanje jedamput godišnje bitne informacije o svojoj solventnosti i finansijskom stanju. Ili, u preambuli br. 53, da države članice treba da zahtevaju od društava za osiguranje i reosiguranje, da bi im se omogućilo da izvrše svoje obaveze prema ugovaračima osiguranja i korisnicima osiguranja, da formiraju odgovarajuće tehničke rezerve na principima aktuarske i statističke metodologije na način da njihov obračun radi uporedivosti i *transparentnosti* bude usklađen širom Zajednice (EU – prim. J. S.). A u normativnom delu – poglavlju direktive o nazor-nim organima, u čl. 31 ispod rubruma “*Transparentnost i odgovornost*” propisu-se u st. 1 da države članice treba da obezbede da nadzorni organi država članica obavljaju svoje zadatke na *transparentan* i odgovoran način sa dužnim poštovanjem zaštite poverljivih informacija, u st. 2 obavezuju države članice da obelodani propise, kriterijume i metode, statističke i druge podatke od značaja za obavljanje nadzorne funkcije nad poslovanjem društava za osiguranje i reosiguranje, da bi se u st. 3 obavezale države članice da propišu *transparentne procedure* u vezi sa imenovanjem i razrešenjem članova upravnih i upravljačkih tela svojih nadzor-nih organa.

Na izloženim primerima uočavamo da reč transparentnost postaje u određenoj oblasti prava osiguranja, u našem primeru pravu nadzora nad poslovanjem društava za osiguranje i reosiguranje, tek direktivom Solventnost II pravni, “zakonodavni” pojam koji se koristi da označi nekad obavezu država članica da obelodane podatke od značaja za sprovođenje nadzorne funkcije (st. 2, čl. 31), neka-

⁵ O navedenim područjima transparentnosti kod ugovora o osiguranju objavljeni su brojni radovi u našoj literaturi, među kojima izdvajamo: A. Borisseli, “*Cognosceat emptor*: O obavezi osiguravača na davanje informacija potencijalnom osiguraniku u Evropi”, Revija za pravo osiguranja, br. 2/2012, str. 45–55 i “Nekorektni uslovi u ugovorima o osiguranju”, Revija za pravo osiguranja, br. 2/2011, str. 29–36.

da odgovarajuću obavezu za države članice u propisivanju procedura za izbor tela svojih nadzornih organa (st. 3, čl. 31), a nekada da se koristi kao neodređeni pojam sa normativnim karakterom, tj. kao pravni standard koji zahteva tumačenje značenja (smisla), kao u primeru propisane obaveze iz st. 1, čl. 31.

Transparentnost kod ugovora o osiguranju i u posredničkom pravu osiguranja, ali uglavnom i u drugim oblastima prava osiguranja, povezuje se za zaštitom potrošača, tj. efikasnom zaštitom interesa ugovarača i korisnika osiguranja kao svojim ciljem.⁶ To znači da je transparentnost mera zaštite potrošača proizvođa osiguranja, te da ukoliko su u direktivama i nacionalnim propisima ove oblasti transparentnije uređene da je utoliko u njima zahvaljujući merama koje je preduzeo regulator dostignut viši nivo zaštite potrošača. Neophodnost za zaštitom potrošača kod ugovora o osiguranju i u poslovima posrednika osiguranja, kao što je poznato, ima svoj osnov u složenom karakteru proizvoda osiguranja, u dugačkim i teško razumljivim uslovima ugovora o osiguranju prema kojima osiguravači neposredno ili preko posrednika prodaju proizvode osiguranja i u asimetriji znanja o proizvodima i uslovima prodaje proizvoda osiguranja između osiguravača, odnosno posrednika osiguranja i potrošača.

Međutim, pošto prema sadašnjem stepenu finansijskog znanja i finansijske snage sposobnost brojnih clijenata osiguravača i posrednika osiguranja ne obezbeđuje im dovoljno znanja da razumeju i ocene koji proizvodi osiguranja i uslovi po kojima se prodaju odgovaraju njihovim potrebama i pored informacija i savetovanja o proizvodima koje dobijaju od osiguravača i posrednika smatra se razlogom od suštinske važnosti da se pojača zaštita potrošača koja uzima u obzir ovu neravnotežu znanja između potrošača i sektora osiguranja.⁷ Primer koji se navodi u prilog ovom stanovištu je da se u praksi često dešava da potrošač uopšte ne primeti da se odlučio za "pogrešan" proizvod osiguranja koji je daleko skuplji od proizvoda konkurencije, ili obezbeđuje manju pokrivenost rizicima, ili mu obezbeđuje manju dobit (u vrstama osiguranja koje se sprovode po načelima osiguranja života ili ulaganjem premije u investicione fondove – prim. J. S.).⁸ Rečeno i razlog stalnih promena koje nastaju u ekonomskim, pravnim i profesionalnim odnosima u delatnosti osiguranja, postavljaju pred regulatora zahtev za stalnim proiřirenjem transparentnosti propisa kojima se u odnosima između potrošača i osiguravača, odnosno posrednika osiguranja proširuje zaštita potrošača. Ovo govori da je koncept transparentnosti sinonim za zaštitu potrošača u osiguranju, da je on u stalnom razvoju i da je dinamizam jedna od njegovih glavnih osobina. Pomeranje granice zaštite potrošača u osiguranju i stim u vezi transparentnosti u re-

⁶ Stav EIOPA, pod 1. "Uvod".

⁷ Stav EIOPA, pod. 2 "Transparentnost".

⁸ N. Sasserath Alberti, "Nove tendencije u oblasti zaštite potrošača u Evropi i Nemačkoj", Zbornik radova "Pravo osiguranja Srbije u tranziciji ka evropskom (EU) pravu osiguranja", Arandelovac, april 2013, str. 129.

gulatori osiguranja otvara jedno razumno pitanje: Dokle? Do kojih granica? Prema stavu zauzetom od strane pojedinih rukovodilaca za delatnost osiguranja i penzijske fondove u Evropskoj komisiji (Komisija), do mere kada ona počinje da koči pozitivnu konkurenciju u oblasti ponude proizvoda osiguranja i cena.⁹

Ipak, po našem mišljenju, ta crvena linija će teško biti prepoznata kada se ima na umu da je pojačana zaštita potrošača i transparentnost propisa kojom se ona obezbeđuje ustanovljena kao političko sredstvo borbe protiv distanciranosti Evrope u odnosu na građane, odnosno da su one pandan često kritikovanom nedostatku demokratije u EU i preuzimanja svih poluga vlasti u EU od strane EU birokratije koja *de facto* njom upravlja i kada sve političke partije u Evropi u svojim programima, posebno tokom izbora imaju za cilj dalje unapređenje zaštite potrošača (čitaj: birača).

Globalna finansijska kriza od 2007. godine kojoj su u sektoru osiguranja doprinele greške uprava društava za osiguranje u vođenju delatnosti i kojoj se još ne vidi kraj i pritisci medija koji su orjentisani na strani zaštite potrošača, čine dodatni razlog ovom pesimizmu. Na ovim osnovama zalaganje za dalje poboljšanje i proširenje zaštite potrošača u osiguranju i transparentnost propisa kojima se to postiže čini nam se da čine opravdanim često isticano stanovište da deregulacija tržišta osiguranja iz devedesetih godina prošlog veka, proširenim i pooštrenim merama u zaštiti potrošača u osiguranju, koje su ustanovljene od početka ovog veka i koje su najavljene za naredne godine, ponovo ustupa mesto (novoj) regulaciji.

TRANSPARENTNOST PROVIZIJE BROKERA U PROPISIMA EU I NEKIH DRŽAVA ČLANICA

Transparentnost poslovanja posrednika osiguranja u evropskom pravu koja je ustanovljena regulativom obuhvaćenom u čl. 12 Direktive o posredovanju u osiguranju od 2002. godine (DPO 1)¹⁰ podrazumeva, izuzev ako je posrednik u osiguranju angažovan u osiguranju velikih rizika ili posreduje u reosiguranju: 1. obavezu posrednika da klijenta upozna sa svojim identitetom i registrom u kome su podaci o njegovom identitetu upisani; 2. obavezu da saopšti klijentu podatke o učešću, direktnom ili indirektnom, većem od 10% u pravu glasa ili u kapitalu osiguravača za koga posreduje i učešću na isti način i obimu koje osiguravač za koga posreduje ima u pravu glasa ili kapitala kod njega; 3. obavezu da upozna klijenta sa postupcima predviđenim za ulaganje žalbi klijenta i drugih zainteresovanih lica protiv posrednika i o drugim vansudskim postupcima za rešavanje sporova sa klijentom; 4. obavezu da saopšti klijentu da li savet daje na osnovu korektno analize dovoljno velikog broja polisa koje se nude na tržištu u datom trenutku, odnosno onih koje su na raspolaganju na tržištu kao izbor pokrića i uslova po-

⁹ N. Sasserath Alberti, Op. cit., str. 127.

¹⁰ Direktiva je dostupna u Reviji za pravo osiguranja, br. 4/2007, str. 103–110.

krića i provere koje od ovih na tržištu raspoloživih polisa, odnosno ugovora zadovoljavaju zahteve i potreba klijenta, ili da savete daje na osnovu ugovorne obaveze da obavlja posredovanje u osiguranju isključivo za jednog ili više osiguravača, u kom slučaju je dužan da na zahtev klijenta, ovog informiše o podacima koji se odnose na identitet osiguravača za koga/koje posreduje, ili da posreduje bez ugovorne obaveze da posreduje za jednog ili više osiguravača kada nije dužan da daje savete na osnovu korektne analize; 5. obavezu da ispita zahteve i potrebe klijenta za proizvodom osiguranja koji namerava da pribavi, da povodom izbora proizvoda i osiguravača savetuje klijenta, svaki savet dat klijentu u vezi sa proizvodom osiguranja i izborom osiguravača obrazloži navođenjem osnovnih razloga, savete i obrazloženje za date savete uskladi prema složenosti ugovora o osiguranju povodom proizvoda koji klijent pribavlja i savete dokumentuje. Sve obaveze na saopštavanje navedenih informacije posrednik ima pre nego zaključi sa klijentom ugovor o nalogu za agencijsko, odnosno brokersko posredovanje u osiguranju, izuzev obaveze savetovanja koju je dužan da izvrši pre zaključenja ugovora o osiguranju. DPO 1 propisuje i formu, način i jezik na kome se moraju saopštiti klijenu ove informacije.

Posle navođenja ovih aspekata transparentnosti, izjašnjenje o smislu obaveza na obelodanjivanje navedenih podataka zahevaju, razumljivo je, samo one koje se tiču identiteta posrednika, učeša u pravu glasa ili kapitalu posrednika kod osiguravača i obrnuto i načinu na koji posrednik daje savete klijentu. Upoznavanjem klijenta sa ovih okolnostima daje klijentu dovoljno informacija, za očekivati je, uz druge obaveze koje posrednik ima prema klijentu o kojima će kasnije biti reči i koje, takođe, čine okvir transparentnosti njegovog poslovanja, da može da donese ispravnu odluku o tome da li će aktivnošću posrednika biti dovoljno zaštićeni njegovi interesi prema osiguravaču i posredniku i da li će biti otklonjen sukob interesa između osiguravača i posrednika, tj. da li posrednik ispunjava profesionalne zahteve fer poslovanja. I ako oceni da to nije slučaj, da ugovor o angažovanju sa takvim posrednikom ne zaključi.

Iz razmotrene analize transparentnosti poslovanja posrednika u osiguranju koju donosi regulativa DOP 1, pada u oči da ovom direktivom nije obuhvaćena obaveza posrednika da saopšti klijentu pre zaključenja ugovora o osiguranja informacije potrebne za donošenje njegove ispravne odluke o ugovoru o osiguranju za koji je zainteresovan da zaključi, koja je u istoj funkciji kao i dužnosti koje ima posrednik u izvršenju obaveze savetovanja klijenta. U pitanju su informacije o obavezama koje osiguravač preuzima ugovorom o osiguranju u čijem zaključenju on posreduje za klijenta i podacima o ugovoru o osiguranju bitnim za donošenje odluke ugovarača da zaključi ugovor. DPO 1 ne sadrži niti jedan element koji čini proviziju zastupnika osiguranja i posrednika/brokera osiguranja transparentnom.

U pogledu regulisanja pitanja ko plaća proviziju brokeru, kada broker stiče pravo na proviziju, kada ona dospeva na isplatu, da li broker ima obavezu da

obelodani iznos provizije koju prima od osiguravača, da li umesto provizije, alternativno ili kao obavezujuće, broker ima pravo na naknadu za uslugu od klijenta (potrošača) i prema kom modelu i brojnih drugim o proviziji brokera osiguranja, odnosno naknadi za uslugu brokeru, postoje značajne razike u pravima država članica. O njima, kao elementima transparentnosti propisa o proviziji brokera, biće više govora kasnije jer su ona predmet naše posebne pažnje u ovom radu.

DPO 1 je regulisanje pomenutih pitanja iz domena transparentnosti provizije, odnosno naknade brokeru za uslugu klijentu ostavila i dalje nacionalnim pravima država članica da ih samostalno regulišu u skladu sa specifičnostima njihovih tržišta osiguranja, polazeći od već tokom vođenih diskusija o njenom donošenju usaglašenog stava u državama članicama da se ovom direktivom samo minimalno usklade propisi država članica o agentima i posrednicima/brokerima osiguranja u domenu obaveza koje oni preuzimaju ugovorom koji zaključuju sa klijentom o svom angažovanju. Međutim, mimo ovog opšteprihvaćenog metoda ujednačavanja ovih propisa država članica u DPO 1, neke države članice nisu mogle da obuzdaju svoje neslaganje sa njenim donošenjem koje je naročito bilo izraženo u vezi sa u direktivi propisanim uslovima za obavljanje delatnost posrednika u pogledu pitanja ko sve može da se bavi ovih poslovima, znanja i osposobljenosti za obavljanje delatnosti, dobre reputacije, registracije njihove delatnosti i načina regulisanja posrednika u reosiguranju.¹¹

Države članice koje su se protivile ujednačavanju pravila koja se tiču poslovanja posrednika osiguranja u DPO 1 pozivale su se na posebnosti svojih tržišta koja efikasno funkcionišu prema pravilima koja su u tim državama usvojena mnogo decenija pre početnog procesa minimalnog usaglašavanja koji je okončan usvajanjem DPO 1. Među državama koje su se najviše protivile usaglašenim pravilima bile su V. Britanija i Nemačka. Francuska, kao i Nemačka je to svoje neslaganje izrazila i tako što je umesto da svoje propise o agentima i posrednicima/maklerima usaglasi sa ovom direktivom u propisanom roku do 15. januara 2005. godine, svoje propise o transparentnosti poslovanja posrednika usaglasila sa DPO 1 tek 2007. godine zbog čega je kažnjena od strane Evropskog suda pravde.¹²

Tek što su doneti propisi o primeni DPO 1 u državama članicama sa najrazvijenim tržištima osiguranja i ubrzo po njihovom donošenju u ostalim državama članicama nastupila je rečena finansijska kriza za koju je u Komisiji zauzet stav

¹¹ O ovim neslaganjima i razlozima tih neslaganja dosta je pisano u radovima objavljenim u našoj literaturi među kojima se opredeljujemo da čitaoca uputimo na rad: P. Marano, "Kako regulisati posrednike reosiguranja: Sadašnjost i budućnost Direktive 2002/92/EC", *Revija za pravo osiguranja*, br. 2/2009, str. 6–11.

¹² Nemačka je obavezu savetovanja zastupnika i brokera osiguranja uredila u paragrafima 59–67 (novog) Zakona o ugovoru o osiguranju (*Gesetz über den Versicherungsvertrag* von 23. November 2007 (BGBl. I S. 2631). Dostupno u *Reviji za pravo osiguranja*, br. 2/2010, str. 125–127. A obavezu sveobuhvatnog informisanja ugovarača osiguranja, odnosno osiguranika prema ranije pomenutim direktivama, u Uredbi o obavezama davanja informacija kod ugovora o osiguranju od 18. decembra 2007. godine Dostupno na <http://www.bmj.bund.de/files/-/2966/VVG-InfoV.pdf>.

da evropski osigurvači nisu njeni uzročnici.¹³ Ipak, da su joj bar delom doprine-
li kazuje iz SAD preuzet kažnjivi model¹⁴ da su masovno stimulisali bokere da
kod njih plasiraju rizike plaćanjem ovima pored redovnih provizija u odgovara-
jućem procentu od premije osiguranja za zaključene ugovore i dodatne provizije
koje zavise od toga koliko oni ukupno ugovora godišnje zakluče ili premije ostva-
re iznad planirane, ali i lažnih provizija, kao i provizija za lažne brokerske tran-
saksije. Ova pojava još više je u EU izoštrila ranije često isticani stav u nauci osi-
guranja da kada proviziju brokeru plaća osiguravač, što je preovlađujuće rešenje
prihvaćeno u zakonodavstvu ili kao običajno pravo u poslovnoj praksi osiguranja
država članica, da to znatno utiče na objektivnost brokera uopšte, a posebno prili-
kom izvršenja njegove obaveze da savetuje ugovarača osiguranja u pogledu polise
koju treba da zaključi i u izboru osiguravača sa kojim da zaključi polis, te da se
zbog toga broker koji prima proviziju od osiguravača nalazi u nedozvoljenom su-
kobu interesa sa interesima svog klijenta prema osiguravaču.¹⁵

Pošto je (čitaj: kada je, jer je trebalo vremena za osvešćenje) konstatovano
da je finansijska kriza jako poljuljala poverenje potrošača u svim sektorima finan-
sijskih usluga, budući da transparentnost propisa koja su ih regulisala nije bila za-
dovoljavajuća, da svest o rizicima u poslovanju na tržištima nije bila na visini i
da se konflikti na tržištu nisu rešavali na konstruktivan način, Komisija je 2010.
i 2011. godine započela sa širokim konsultacijama o paketu novih propisa, u koji
je je bilo uvršćeno najpre donošenje izmena i dopuna, a kasnije nove Direktive o
posredovanju u osiguranju (DPO 2). Postavljeni makro cilj ovih propisa je bio da
se tržišta finansijskih usluga mnogo bolje regulišu da bi se u budućnosti izbegle
krize, tj. da se novim propisima uspostavi ravnoteža na poljuljanim finansijskim
tržištima i stvore uslovi za nastavak privrednog rasta. Iako osiguravači i drugi su-
bjekti tržišta osiguranja nisu od institucija EU smatrani za uzročnike krize, refor-
mama su kao izuzetno važan sastavni deo finansijskih tržišta morala biti obuhva-
ćena i tržišta osiguranja. U tom kontekstu Komisija je sastavila dva predloga DPO
2 od kojih je poslednji objavljen 3 jula 2012.

Prema predlogu DPO 2 cilj novih propisa u pedlogu jeste da se poboljša
zaštita potrošača u branši osiguranja, što je pored ostalog¹⁶ od posebnog znača-

¹³ Videti o tome izjavu Mišela Barnijea, komesara za unutrašnje tržište EU u tekstu: "Direk-
tiva o posrednicima najavljena za 2 jul (2012)", dostupno na: [http://www.versicherungsmagazin.de/
index.php?do=show/id=18978/alloc=195/site=vm](http://www.versicherungsmagazin.de/index.php?do=show/id=18978/alloc=195/site=vm).

¹⁴ M. Ćurković, "Posredovanje i zastupanje u osiguranju", Zagreb, 2011, str. 129.

¹⁵ Jedan izveštaj o stanju na tržištu osiguranja iz 2007 u EU, pokazao je da oko 60% bro-
kera sa osiguvačima ima trajne programe stimulativnih provizija (Sector Inquiry under Article
17 of Regulation (EC) No 1/2007 on business insurance ((Final Report)), – dospupno na: [http://
ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/enquiries/final_report_annex.pdf](http://ec.europa.eu/competition/sectors/financial_services/enquiries/final_report_annex.pdf)

¹⁶ Transparentnost poslovanja posrednika osiguranja u predlogu DPO 2 je postignuta i
na druge načine koji nisu od većeg značaja za naše izlaganje o transparentnosti provizije brokera,
kao što je da je jasnije definisan pojam posredovanja u osiguranju u odnosu na prethodnu direk-

ja za naše dalje izlaganje, usanovljenjem obaveze za sve prodavace proizvoda osiguranja da sprovedu propisano savetovanje klijenta, jer je ustanovljeno, otkako je u DPO 1 za posrednike (ne i osiguravače) uvedena obaveza savetovanja klijenta, da je oko 70% svih proizvoda osiguranja prodato bez odgovarajućeg savetovanja i da će se obaveznim savetovanjem klijenata, osim kod kupovine jednostavnih proizvoda osiguranja gde ta obaveza nije ustanovljena, dobiti mogućnost za upoređivanje konkurencije u prodaji proizvoda osiguranja i da će se efikasnije suniti sukob interesa brokera sa interesima klijenta obavezom brokera da bez zahteva klijenta obelodani iznos provizije ili honorara koji prima od osiguravača, ili bar osnov za njihov obračun i koliki su ti iznosi u osiguranju života.^{17,18,19} Predlog DPO 2 inače zabranjuje proviziju kod kupovine tzv. zapakovanih malih investicionih proizvoda osiguranja.²⁰ Pošto ova direktiva zadržava minimalistički metod usklađivanja propisa država članica, postoji zalaganje da se dozvoli državama članicama da donesu dodatne propise o proviziji, odnosno naknadi i o suzbijanju sukoba interesa ako je to potrebno prema stanju na njihovim tržištima.²¹

Odmah po objavljivanju teksta prvog predloga DPO 2, a naročito drugog, među evropskim i institucijama osiguranja država članica, izražena su povodom navedenih pitanja koja čine transparentnost provizije brokera osiguranja, veoma različita gledišta. Od mlakog delimičnog prihvatanja novih rešenja do žestokog protivljenja i postavljanja zahteva za promenu sistema nagrađivanja brokera. U V.

ativu, ustanovljena su gde je bilo opravdano jedinstvena pravila o prodaji proizvoda osiguranja preko svih kanala prodaje, uključiv direktnu prodaju (preko osiguravača), predviđeno je posredovanje u osiguranju kao dopunska delatnost, regulisano je posredovanje u putnom osiguranju, usanovljena je obaveza posrednika da dokaže kompetencije za obavljanje delatnosti i obaveza permanentnog usavršavanja... što sve nije bilo predviđeno u direktivi iz 2002. godine ("Direktiva o posredovanju u osiguranju: odgovarajuća ili preterana?", dostupno na: <http://versicherungsmagazin.de/index.php;do=show/id=20529/alloc=195/site=vm>). Transparentnost, prema čl. 16 predloga Komisije DPO 2, ispoljava se i u obavezi posrednika da klijenta informiše o svom profesionalnom statusu i da li zatupa klijenta ili radi u ime osiguravača. Sve informacije moraju biti date pošteno, jasno i neobmanjujuće (čl. 15). Prema ovom predlogu jednostavni proizvodi osiguranja mogu se prodavati bez savetovanja (čl. 18).

¹⁷ "Predlozi Evropske komisije za poboljšanje zaštite potrošača", dostupno na: <http://europa.eu/rapid/presReleasesAction.do?reference=Ip/12/736&format=HTML&aged=0&language=de&guiLanguage=de>.

¹⁸ Ove obaveze su ustanovljene u čl. 2, st. 1, tač. 9, čl. 16, čl. 18, čl. 24 (obaveza savetovanja) i čl. 17, st. 1, tač. f (obaveza obelodanjivanja provizije).

¹⁹ Predlog DPO 2 je dostupan na: http://ec.europa.eu/internal_market/insurance/docs/consumers/mediation/20120703-directive_en.pdf.

²⁰ O ovim osiguranjima je, takođe, pisano u našoj literaturi prava osiguranja. Mi ovom prilikom, radi detaljnog upoznavanja čitalaca, upućujemo na rad: M. Todorovic-Simonides, "Neophodnost regulisanja investicionih polisa i paketa maloprodajnih investicionih proizvoda sa akcentom na postojeća rešenja i diskusije u EU", Zbornik radova "Promene u pravu osiguranja Srbije u okviru evropskog razvoja prava osiguranja", Palić 2011, str. 47–58.

²¹ Stav EIOPA, pod. 2 "Transparentnost".

Britaniji, u kojoj je prihvaćeno tradicionalno tvrdo rešenje da broker nema obavezu da ugovaraču osiguranja prijavi iznos provizije koju prima od osiguravača za zaključeni ugovor, Udruženje osiguravača i menadžera rizika (AIRMIC), čiji su članovi korporativni kupci osiguranja i menadžeri rizika u V. Britaniji, smatra opravdanim uvođenje obaveze za brokere da obelodane proviziju koju prima od osiguravača i bez zahteva klijenta i kritikuje Agenciju za finansijski nadzor (V. Britanije) (FSA) što je odobrila pravila o transparentnosti Britanskog Udruženja brokera osiguranja (BIBA) u kojima je umesto automatskog prijavljivanja klijentu provizuje, takva prijava predviđena kao obaveza brokera samo kada to zahteva klijent i time stala na pola puta od onog što je u DPO 2 predložila Komisija. Ovo je navelo AIRMIC da donese pravila za svoje članove o tome kako da zahtevaju potpunu prijavu činjenica o poslovima brokera i detalje informacija koje treba od njih da traže da bi bili u mogućnosti da “prosude da li provizija koju dobija broker može da predstavlja potencijalni sukob interesa”.²² FSA upozorava da bi obavezno objavljivanje provizije u kojoj je obuhvaćeno obavezno savetovanje klijenta ugrozilo primenu pravila prihvaćenog u Zakonu o finansijskim uslugama i tržištima iz 2000. godine o razlikovanju finansijskih proizvoda koji se kupuju po preporuci savetnika ili u okviru poslovanja koje klijent sam sprovodi (samosprovođenje). Samosprovođenje posla postoji kada je klijent u potpunosti odgovoran za izbor proizvoda, a uloga je finansijskog savetnika da samo efikasno sprovede proces kupovine proizvoda.

Model samosprovođenja osiguranja, ističe se, koji funkcioniše tako što se ustanovljava veliki broj internet stranica preko kojih osiguravači prodaju osiguranja života i da bi ovaj model prodaje u okviru koga zahvaljujući opširnim informacijama koje se o ovim osiguranjima objavljuju na internet stranicama i omogućavaju klijentu da napravi dobro informisani izbor proizvoda, naročito bio ugrožen prihvatanjem rešenja DPO 2 koje ovde razmatramo.²³

Sa svoje strane BIBA i Evropsko udruženje posrednika u osiguranju kritikovale su rešenje o obaveznom objavljivanju provizije u predlogu DPO 2 nazivajući ga pristupom tom pitanju “jedna veličina odgovara svima”. Smatraju da nije dokazano da je neophodno da se otkrivanje provizije učini obaveznim i da je ono prihvaćeno kao rezultat političkih pritisaka. Upozoravaju brokere da prema predlogu DPO 2 obavezno objavljivanje provizije može da bude do 2019. godine i da će ono povećati troškove brokerima (pre svega, zbog za brokere ustanovljene obaveze da u okviru provizije koju naplaćuju od osiguravača po zaključenom ugovoru imaju obavezu da savetuju ugovarača što im prouzrokuje veće troškove na ime ulaganja u dodatnu obuku personala i dodatne satnice koje plaćaju personalu za savetovanje – prim. J. S.). Zato smatraju da je najbolje rešenje da se provizija ot-

²² “AIRMIC objavljuje pravila o transparentnosti poslovanja brokera”, Insurance Day, 1 april 2009.

²³ “Obaveznost osiguranja života”, dostupno na: www.articlegeek.com/finance/insurance_articles/life_insurance_law.htm, Michael Challiner.

kriva na zahtev klijenta.²⁴ Navode da je to bio i inicijalni predlog Komisije.^{25,26} U Nemačkoj se ističe povodom pitanja koje razmatramo da razmimoilaženja u pogledu opstanka provizije brokera (maklera) za zaključene ugovore koje jedino čini stabilnim njihove prihode, kao i demografsko starenje koje pogađa najviše ovu vrstu posrednika, može da dovede ne samo do pada interesovanja za obavljanje ove profesije od strane mladih, već i do sprečavanja spajanja poslovnica i portfelja malih i srednjih brokera za koje se smatra da je potrebno za uspešno poslovanje brokera u budućnosti.²⁷

Razmotrena razmimoilaženja u pogledu obaveze prijavljivanja provizije bila su povod da su neke važne institucije u evropskom osiguranju povele diskusiju oko zabrane provizija i njihove zamene honorarom za savetovanje, koji bi plaćao ugovarač osiguranja, a stim u vezi i savetovanju kao fakultativnoj obavezi brokera. Ukidanje prava na proviziju brokerima za ugovore koje zakluče i uvođenje prava brokera na honorar za obavljeno savetovanje klijenta, po mišljenju eksperata, iako je na prvi pogled dobro idejno rešenje, vodi dubljim sagledavanjem do posledica koje mogu biti dalekosežne. U želji da uštete trošak savetovanja, klijenti bi se odricali te usluge, čime bi brokeri bili dovedeni u nepovoljan položaj jer klijentima na raspolaganju stoje i drugi kanali prodaje, što bi imalo za posledicu pad brokerskih prihoda i borbu za opstanak na tržištu. I u ovoj alternativni provizijama, objavljivanje honorara je ocenjeno kao štetno od strane Odbora Evropskog parlamenta za pravna pitanja i Odbora za unutrašnje tržište i zaštitu potrošača na skupovima koje su oni organizovani u martu i aprilu 2013.²⁸ Savetovanje uz nplatu honorara za brokera osiguranja je inače tema o kojoj se mnogo diskutovalo i nastavlja da diskutuje u EU kao alternativni klasičnom sistemu provizija.²⁹ Prevladalo je gledište, da prodaja uz proviziju i honorarno savetovanje treba da postoje paralelno u konkurentskom odnosu, a ne da se regulativnim normama daje

²⁴ Ovakvo rešenje je prihvaćeno, na primer, u čl. 21, st. 1 Zakona o posrednicima osiguranja i nezavisnim proceniteljima šteta Češke koji je u primeni od 1. januara 2005. godine (Zakon br. 38/2004).

²⁵ "Udruženje brokera u osiguranju Velike Britanije kritikuje Evropu dok su brokeri suočeni sa novim troškovima", dostupno na: www.insurancetimes.co.uk.

²⁶ Primitimo da strah od prevelike transparentnosti, kao što je ona u pogledu objavljivanja provizije, BIBA vidi u tome što smatra, kako je to istaknuto u tekstu iz prethodne fus note, da je stvarno i malo verovatno da će bilo koji političar u EU posle finansijske krize tražiti manju transparentnost prilikom obavljanja finansijskih usluga.

²⁷ "Zanimanje agenta osiguranja u budućnosti kritično", dostupno na: www.versicherungsmagazin.de/index.php;do=sh0w/id=18793/alloc=195/site=vm.

²⁸ "Druga Direktiva o posrednicima osiguranja – razmimoilaženja u pogledu provizija", dostupno na: www.asscompact.at/article/weiterer-eu-ausschuss-stimmt-gegen-provisionsverbot-und-fuer-weiche-offenlegung-der-provisionen/im-blickpunkt/y/contentpool/54861?psridnt=475116.

²⁹ N. Sasserath Alberti, Op. cit., str. 130–131.

prednost ovom ili onom obliku, proviziji, odnosno honoraru za svetovanje kao isključivom sistemu nagrađivanja brokera.³⁰

Iz sistemskih razloga, obavezi obelodanjivanja provizije koju brokeru plaća osiguravač, što je pravilo prihvaćeno u većini država članica,³¹ suprotstavile su se one države u kojima je obaveza plaćanja nagrade brokeru ustanovljena kognitivnom normom na strani ugovarača osiguranja, osim za brokere koji posluju sa osiguravačima koji nemaju ogranak ili sedište u zemlji domaćina od kojih jedino mogu naplaćivati proviziju. U pitanju su skandinavske zemlje, kao što je Danska, u kojima se ovo rešenje smatra da, za razliku od onog prema kome naknadu za uslugu brokeru u vidu provizije plaća isključivo osiguravač i koje daje mogućnost ugovaranja stimulativnih provizija, čini branu sukobu interesa između brokera i ugovarača osiguranja prema osiguravaču, da eliminiše odsustvo suštinske nepristrasnosti (čitaj: zavisnosti) brokera od osiguravača prilikom davanja saveta klijentu i da otklanja uticaj naknade za uslugu koju u vidu provizije broker prima od osiguravača na kvalitet saveta koje daje klijentu.

U tom smislu, u čl. 14 i 14a danskog Zakona o posrednicima u osiguranju od 25 aprila 2007, predviđeno je da: broker sa potrošačem ili korisnikom šeme osiguranja zaključuje pismeni ugovor u kome se preciziraju koristi koje će od zaključenog ugovora sa brokerom imati potrošač ili/i korisnik osiguranja, odnosno utvrđuju obaveze brokera u pribavljanju odgovarajuće šeme osiguranja za potrošača i/ili korisnika osiguranja i iznos koji potrošač plaća brokeru za uspostavljanje šeme osiguranja, kao i svaka druga naknada koju broker prima od potrošača tokom prve godine trajanja ugovora o osiguranju; da je broker osiguranja dužan da jednom godišnje u pismenoj formi obavesti potrošača o troškovima koje je imao u obavljanju brokerskih usluga za potrošača/klijenta i iznosima svih drugih naknada koje je dobio od trećih lica u vezi sa konkretnim klijentom i ugovornim odnosom sa klijentom; da će osiguravač naplatiti i uključiti naknadu za uslugu koju brokeru plaća potrošač u premiju osiguranja i prosleđivati brokeru; da broker ne može primati proviziju od osiguravača niti bilo kakvu drugu naknadu u vezi sa potrošačem; itd.³² Skandinavske države su polazeći od ovog modela hono-

³⁰ N. Sasserath Alberti, Op. cit., str. 130.

³¹ U red država članica u kojima obavezu plaćanja provizije brokeru na osnovu zakona ili ustaljene prakse kao običajno pravilo ima osiguravač ulaze, na primer, pored već pomenute V. Britanije i Nemačke, Grčka, Mađarska i Poljska (M. Demirakou, "Uporedna studija o posredovanju u osiguranju zasnovana na odgovorima nacionalnih sekcija AIDA, izveštajima i diskusijama učesnika tokom sastanka Radne grupe AIDA za distribuciju porizvoda osiguranja", Revija za pravo osiguranja, br. 2/2010, str. 33). Postoje i države u kojima je ustanovljena (zakonska) prezumpcija o obavezi osiguravača da brokeru plati proviziju, koja može biti otklonjena sporazumom brokera sa ugovaračem da on plati proviziju (čl. 8 st. 4 Zakona o posrednicima osiguranja i nezavisnim proceniteljima šteta Češke i čl. 259 st. 2 Zakona o osiguranju Hrvatske, objavljen u Narodnim novinama, br. 27/99).

³² Zakon je dostupan na: www.finanstilsynet.dk/graphics/Finanstilsynet/Mediafiles/newdoc/Oversaettelser/Akt%20401_Insurance%20Mediation%20Act.pdf.

risanja brokera svoje primedbe na predlog Komisije o obavezi objavljivanja provizije fokusile na promenu sistema u nagrađivanju brokera osiguranja u DPO 2, upravo prema propisima koji su one prihvatile i sa tog koncepta založile su se za uvođenje opšte zabrane provizija na evropskom nivou.³³

U kontekstu razmimoilaženja između provizije koju plaća osiguravač i naknade/honorara za uslugu koju plaća ugovarač osiguranja, kao i razdvajanja provizije koju broker naplaćuje od zaključenih ugovora od osiguravača i honorarnog savetovanja koje brokeru plaća klijentu, čini se, da je najprihvatljiviji predlog EIOPA da se u DPO 2 ustanovi pravilo da države članice moraju potrošačima dati pravo da imaju mogućnost da kupuju svaki proizvod osiguranja bez savetovanja kako se ne bi ograničavo potrošačev izbor ili njegov kapacitet da pristupi kupovini proizvoda osiguranja kada nije u mogućnosti da plati savet. I da države ustanove obavezu za brokera da pre zaključenja ugovora sa potrošačem o svom angažovanju samo prijavi prirodu (provizija, naknada, zarada) i izvor (osiguravač, ugovarač osiguranja, drugi posrednik u osiguranju) nadoknade za rad.³⁴ Brokerima se tako šalje jasna poruka da provizije ostaju i da će i u budućnosti oni moći da žive od provizija za pribavljene (zaključene) poslove osiguravaču. Ali i da DPO 2 se neće mešati u rešenja nacionalnog prava o obelodanjivanja provije. S obzirom na veliki ugled među evropskim institucijama u osiguranju i uticaj koji EIOPA ima na evropsku regulativu osiguranja, za očekivati je da će njena gledišta biti prihvaćena u konačnom tekstu DPO 2 čije se donošenje očekuje 2016. godine.^{35,36}

³³ Negativne posledice zabrane provizija u skandinavskim državama dovele su do kolapsa tržišta agenata osiguranja pošto nisu u mogućnosti da ostvare zadovoljavajući prihod od naknada, odnosno honorara koje plaćaju potrošači, tako da je samo u Danskoj još u prelaznoj fazi primene ovog sistema u roku od jedne godine 50% agenata prestalo da se bavi svojom delatnošću (N. Sasserath Alberti, Op. cit.).

³⁴ Stav EIOPA, Op. cit.

³⁵ Prema informaciji objavljenoj na sajtu Udruženja osiguravača Nemačke (GDV), Evropski parlament, Savet i Komisija su se 9. januara 2014. usaglasili oko ključnih rešenja DPO 2 i 2016. godinu odredili kao rok za njeno donošenje (dostupno na: www.gdv.de/2014/01/mifid2-keine-regulierung-aus-einem-guss).

³⁶ Sistem nagrađivanja kroz proviziju u osiguranju života i (privatnom) zdravstvenom osiguranju u EU je naročito kritičan. Jaka konkurencija i nepovoljna situacija na ovim tržištima, gde je zbog ekonomske krize koju prati velika nezaposlenost i pad zarad, praćena je sve manjim brojem zaključenih novih ugovora. Da bi osiguravači u ovakvoj situaciji opstali potrebno je da smanje troškove poslovanja, a pritom da ne ugroze dugoročno i održivo poslovanje. Centralno pitane zato kod ovih osiguranja ostaje sistem provizija. Pre krize, provizije su se gotovo isključivo zasnivale na ostvarenom prometu po osnovu zaključenih novih ugovora, bez obzira na njihovu profitabilnost. Stoga se menadžment osiguranja u EU i širom sveta bavi pitanjem novog sistema nagrađivanja posrednika u ovim vrstama osiguranja, u kome treba, s jedna strane, nagraditi njihovo visoko stručno savetovanje, a s druge podstaći ih da preuzimaju "dobar rizik" i sklope profitabilan ugovor. Pritom bi mogli biti nagrađivani njihovi uspesi na planu niskog storna ugovora, iskorišćavanja kapaciteta postojećih klijenata za novim ili dopunskim ugovorima ili niske kvote šteta koje nastaju kao rezultat individualnog profesionalnog savetovanja (opširnije u članku "Od prodavca osiguranja do savetni-

Evropski parlament se pre usaglašavanja stavova sa Savetom i Komisijom oko teksta DPO 2, usprotivio predlogu Komisije da se kod malih investicionih proizvoda osiguranja provizija zabrani. Glavni argumenti su da zabrana provizije šteti delatnosti prodaje i da u ovo vreme značajnih društvenih promena, postoji velika potreba za odnosima poverenja, verodostojnosti i ličnog kontakta i da je zato i pored tehničkih mogućnosti komunikacije sa klijentom sa kojima raspolažu osiguravači, uloga brokera u prodaji ovih proizvoda osiguranja nezamisljiva.³⁷ To će reći i da zbog toga broker mora biti plaćen kroz proviziju.

Za potpunu izvesnost položaja i zaštiti potrošača u odnosu na proviziju koja je, takođe, jedan od aspekata koncepta transparentnosti provizije brokera osiguranja, potrebno je da u regulativi, pored obaveze brokera da informiše klijenta o visini provizije (obelodanjivanje provizije klijentu), bude uređena čitava grupu drugih pitanja.

S obzirom da su u DPO 1, a videli smo i u predlogu DPO 2 još uvek primenjuje minimalistički metod ujednačavanja propisa država članica, izvor prava za regulisanje ovih pitanja ostaju nacionalni propisi država članica. Među njima ističemo najvažnija: 1. trenutak kada broker stiče pravo na proviziju (zaključenjem punovažnog ugovora o osiguranju); 2. posledice krivice brokera zbog nevažnosti ugovora o osiguranju zaključenog uz njegovo posredovanje na proviziju (ako je broker znao ili je morao znati za okolnosti zbog kojih je zaključen ugovor o osiguranju nevažeći broker je dužan da vrati proviziju ako mu je plaćena, odnosno gubi pravo na proviziju ako mu ona nije plaćena i dužan je da ugovaraču nadoknadi štetu); 3. dospelost prava brokera na proviziju (provizija dospeva kada je ugovarač platio premiju osiguravaču); 4. obračun provizije (broker je dužan da izvrši obračun premije do isteka mesec dana od dospelosti prava na naplatu provizije); 5. visina provizije (ako u ugovoru zaključenom sa brokerom nema klauzule o visini provizije ili ovaj ugovor nije zaključen, pripada mu provizija u skladu sa lokalnim propisima, odnosno običajima; ako se ista ne može utvrditi na ovaj način ili se može utvrditi uz velike poteškoće, brokeru pripada adekvatna provizija, odnosno proviziju će tada u slučaju spora utvrditi sud prema ekonomskoj koristi zaključenog ugovora o osiguranju); 6. uticaj popusta koje osiguravač daje ugovaraču na premiju kada oni utiču na umanjenje osnovice za obračun provizije brokera (uzimaju se u obzir samo popusti koji su ugovaraču dati prilikom zaključenje ugovora o osiguranju; u osnovicu za obračun provizije ne smeju se uzeti nedozvoljene olakšice koje je osigavač dao ugovaraču); 7. pravo brokera koji trajno posreduje za određenog osiguravača na proviziju za ugovore u čijem zaključenju je posredovao za osiguravača nakon što mu je osiguravač posle uspešno obavljenog

ka klijenta”, dostupno na: www.versicherungsmagazin.de/index.php;do=show/id=20504alloc=195/site*vm).

³⁷ “Zabranu provizije – signali iz parlamenta EU”, dostupno na: www.versicherungsjournal.at/markt-und-politik/provisionsverbot-karas-gibt-entwarnung-12899.php.

posredovanja u zaključenju određenog ugovora o osiguranju otkazao dalje posredovanje (osiguravač ne može jednostrano da prestane da dalje angažuje brokera bez obziljnjih razloga koji dokazuju da je prekid angažmana sa brokerom rezultat brokerove krivice); 8. pravo brokera na proviziju kada nije realizovao posredovanje u zaključenju ugovora o osiguranju koji je bio predviđen ugovorom sa klijentom (broker ima pravo na proviziju ako je njegovim angažovanjem u ovoj situaciji zaključen ugovor o osiguranju koji je ekonomski jednako svrsishodan onom koji je bio predviđen da se realizuje prema ugovoru sa klijentom); 9. pravo na proviziju kada su dva ili više brokera obavila poslove koji su doveli do zaključenja jednog ugovora o osiguranju (osiguravač, odnosno klijent koji se obavezao da plati proviziju, duguje tada samo jednu proviziju; pravo na proviziju ima broker čiji je učinak u posredovanju nedvosmisleno pretežan, a ako se pretežan učinak nemože utvrditi, provizija se deli po meri učinka, a u sučaju dileme na jednake delove; ako osiguravač, u situaciji kada se učinak nemože utvrditi bez grube nepažnje, isplati jednom ili više brokera previsoku proviziju u odnosu na njihov učinak, on se za taj iznos oslobađa dugovanja u sumi učinka angažovanih ostalih brokera; broker koji je na taj način uskaraćen može od drugih brokera tražiti namirenje poravnanjem); 10. ustanovljavanje obaveze za brokera da vrati deo provizije od zaključenog ugovora ako je osiguranje izjavom ugovarača raskinuto pre isteka trajanja ugovora (odgovornost za prevremeni raskid je pet godina). Napred istaknuta važnija rešenja o transparentnosti provizije izložena su prema nemačkoj Uredbi o posredovanju i savetovanju u osiguranju od 27. maja 2007, izmenjenoj 6. decembra 2011. (par. 6–8)³⁸ i Zakonu o nadzoru osiguranja od 1. aprila 2012. (par. 12) i austrijskom Zakonu o pravnim odnosima brokera, u osnovnoj verziji od 1. jula 1996. i kasnijim više puta učinjenim izmenama i dopunama (par. 30, 31 i 31a)^{39,40}

³⁸ Versicherungsvermittlungsverordnung vom 15. Mai 2007 (BGBl. I S. 733, 1967), die zuletzt durch Artikel 6 des Gesetzes vom 6. Dezember 2011 (BGBl. I S. 2515) geändert worden ist.

³⁹ Bundesgesetz über die Rechtsverhältnisse der Makler (Maklergesetz – MaklerG) BGBl. Nr. 262/1996.

⁴⁰ Zbog ograničenog prostora, autor nije mogao da se u radu posveti komparaciji različitih aspekata transparentnosti provizije brokera u evropskom pravu sa onima koja su poznata ili bi trebalo da budu obuhvaćena u našem pravu. Ipak, dobrim poznavaočima domaćeg brokerskog prava osiguranja, a njih ima dosta u našoj nauci prava osiguranja, nakon u ovom tekstu učinjenih izlaganja ovog autora, biće lako da zakluče koja rešenja treba prihvatiti u domaćoj regulativi koja polazi od provizije kao sistema nagrađivanja brokera predviđenog u čl. 85 st. 2 Zakona o osiguranju iz 2004. godine (do sada više puta menjanog) da bi poslovanje brokera u pogledu provizije bilo na nivou transparentnosti u evropskom pravu i pravu država članica sa razvijenim tržištem osiguranja. Ovo je od posebnog praktičnog značaja sada kada se u Narodnoj banci Srbije odvija rad na izradi nacrtu novog Zakona o osiguranju.

JOVAN SLAVNIĆ, LL.D.,
Professor, University in Novi Sad; honorary president
Association for Insurance Law of Serbia (AIDA Serbia)

TRANSPARENCY OF INSURANCE BROKERS COMMISSION
IN EUROPEAN LAW

Summary

In the first section of the article “Transparency in the European Insurance Law”, the author discusses the importance of this concept by the science in the European Insurance Contract Law. Then, he analyzes some of its possible aspects of European intermediary insurance law, where as in contract law is not yet seen as a legal term. Author, then examines in some areas supervision in insurance when transparency became the first legislative term due to the fact that it used in the Directive on Solvency II. Sometimes as a legal standard, ie. vague notion of the normative character that regularly requires interpretation. Special attention is paid to ensure transparency regulation in contracting and intermediary insurance law, which is considered synonymous with the reinvigorated and expanded consumer protection. Author points to the dynamics of development of transparency and raises the question of the boundaries of its permanent enlargement. In the second section, “The transparency broker’s commission in the EU and individual member states,” most of the space is dedicated to author’s discussing the justification of the proposal of the European Commission that the Directive on Insurance Mediation 2 establish obligations for the broker to disclose commission that receives from the insurer to the client. In this chapter introduces the reader to the disagreements that on this issue there are among the most important European and national insurance institutions in the member states. Great attention is paid to the view EIOPA. In this section, it examines the entire set of questions that are regulated in the German and Austrian law for the position full certainty and consumer protection in relation to the broker’s commission, that are also an important aspect of the concept of transparency broker’s commission in addition to the disclosure of commission. Examined the issue of commission maturity, through a broker obligations to provide the insurer billing commission by the deadline, by which the broker has a duty to repay part of the commission if the contractor prematurely terminate the insurance contract in which the conclusion brokered. Complete examination of the article, the author carried out to help the domestic legislature to regulate these issues in the new Insurance Law, that shall be prepared and other sources of law.

ZORAN RADOVIĆ

NAČELO SAVESNOSTI I POŠTENJA U PLOVIDBENOM OSIGURANJU

U V O D

Zakonom o obligacionim odnosima usvojeno je načelo savesnosti i poštenja. Kod osnivanja obligacionih odnosa i ostvarivanja prava i obaveza iz tih odnosa učesnici su dužni da se pridržavaju ovog načela.

Jedna od osnovnih obaveza lica, koje namerava da zaključi ugovor o osiguranju, odnosi se na obavezu da osiguravaču prijavi sve okolnosti značajne za njega pri donošenju odluke da li će i pod kojim uslovima zaključiti ugovor o osiguranju. Znači sve okolnosti značajne za ocenu rizika koje su mu bile poznate ili mu nisu mogle ostati nepoznate.

Od ugovorača osiguranja se zahteva da “pošteno misli”, da “istupa u dobroj veri”, drugim rečima da bude savestan.¹ Traži se veći stepen savesnosti nego što je to slučaj kod nekih drugih ugovora. Dok se laž, prevara i obmana ne tolerišu ni kod jednog ugovora, zaključivanju ugovora o osiguranju prethodi jedna faza koja kod drugih ugovora nije svojstvena. Lice koje namerava da zaključi ugovor o osiguranju, ne samo što je dužno da što potpunije i tačnije odgovori na postavljena pitanja osiguravača, već je i obvezno da mu samoinicijativno pruži podatke

Dr Zoran Radović, glavni i odgovorni urednik časopisa “Tokovi osiguranja” u izdanju Kompanije “Dunav” osiguranje, Beograd.

¹ Đorđe Mirković, Osiguranje, njegovi izvori, vrste, načini njegovog nastajanja i zaključivanja, njegovo pravno dejstvo, s naročitim osvrtom na obavezna osiguranja, Beograd, 1960, str. 174.

koji su od značaja za ocenu rizika. Osiguravač ne poznaje sve okolnosti koje su u ovom pogledu važne dok ih ugovarač osiguranja nesumnjivo bolje poznaje. Ova obaveza ugovorača osiguranja je od bitnog značaja za funkcionisanje osiguranja u celini. Osiguravač se u svojoj oceni rizika, pre zaključivanja ugovora o osiguranju, oslanja jednim delom na dobijene podatke.² Zbog naročite naglašenosti krajnjeg poverenja odnosno potpune savesnosti učesnika u osiguranju načelo maksimalne dobre vere (*uberrima fides*) predstavlja važno načelo osiguranja.

Prva presuda kojom se utvrđuje da je ugovor o osiguranju ugovor od krajnjeg poverenja doneta je u Engleskoj. Načelo *uberrima fides* obavezuje obe ugovorne strane (*Carter v Bohem*, 1776.). Sudija je zaključio da "dobra vera" zahteva svakoju ugovornu stranu da prikrije nešto što privatno zna da bi navelo drugu stranu na zaključenje ugovora ne poznavajući činjenično stanje.³ Nepoštovanje ovog načela može biti dvojako: davanje netačnih podataka i neprijavlivanje materijalnih podataka.⁴ Dužnost ugovorača osiguranja je pitanje pravičnosti (*fairness*). Ne bi bilo na mestu od tražiti osiguravača da izvrši procenu jednog rizika bez informacija koje može dobiti samo od ugovorača osiguranja. U suprotnom, ugovorači ne bi bili u jednakom položaju.⁵

U ovom radu će biti reči da li i u kojoj meri će načelo maksimalne dobre vere ostati i dalje u primeni. Potrebno je imati u vidu da je došlo do novih značajnih intervencija: zaštita potrošača i zaštita ličnih podataka. Biće takođe reči u kojoj meri osiguravači poštuju ovo načelo koje i njih obavezuje. Sama praksa osiguravača može biti neprihvatljiva.

IZVORI PLOVIDBENOG OSIGURANJA OBLIGACIONOG KARAKTERA

Pod izvorima prava koji regulišu odnose stranaka u osiguranju podrazumevaju se oblici u kojima se nalaze pravila za utvrđivanje međusobnih prava i obaveza iz odnosa osiguranja.⁶ Osnovno načelo našeg prava je princip dobrovoljnosti kod sklapanja ugovora. Sloboda ugovaranja ograničena je zakonom. Zasnivanje i dejstva pravnih odnosa u obaveznim osiguranjima uređuju se zakonom.⁷

² Veljko Tomašić, *Transportno osiguranje*, Beograd, 1987, str. 47.

³ E.R.H. Ivamy, *Marine Insurance*, London, 1969, str. 48.

⁴ Robert H. Brown, Victor Dover, *A Handbook to marine insurance*, London, 1970, str. 350.

⁵ Trine-Lise Wihelmsen, *Duty of disclosure, duty of good faith, alteration of risks and warranties*, *Comite Maritime International, Yearbook*, 1986, Sidney, str. 348.

⁶ Milorad Maksimović, *Osiguranje poverenja (Fidelity insurance)*, *Osiguranje i privreda*, Zagreb, Br. 9-10/71, str. 13.

⁷ Bliže, *Predrag Šulejić, Pravo osiguranja*, Beograd, 2005.

Najvažniji izvori plovidbenog osiguranja u našoj zemlji jesu:⁸ Zakon o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi (ZPUP); Zakon o obligacionim odnosima (ZOO)

Takođe je važan engleski Zakon o pomorskom osiguranju od 1906. godine (Marine Insurance Act, MIA), čija primena se često ugovara.

Izvori prava osiguranja obligacionog karaktera takođe su opšti uslovi osiguranja. Opšti uslovi osiguranja koje donosi osiguravač ograničeni su imperativnim zakonskim normama. Nemaju karakter državnog normativnog akta.⁹ Najpoznatiji su engleski opšti uslovi osiguranja "institutske klauzule".

ZAKONSKA REŠENJA

Obaveze ugovorača osiguranja, u delu našeg razmatranja, utvrđene su zakonskim propisima. Obaveze su prinudno-pravne prirode.¹⁰ Odredbe ZPUP velikim delom su dispozitivne prirode.

Dužnost prijavljivanja okolnosti važnih za ocenu težine rizika je dvostruka. S jedne strane ugovorač osiguranja je dužan osiguravaču prijaviti sve okolnosti koje je znao ili morao znati, a sa druge, svi podaci moraju biti tačni. Sankcije za neizvršenje ove dužnosti predviđene su zakonom (/ZPUP/). Osiguravač može od ugovorača osiguranja da naknadno zatraži da plati razliku između premije koja odgovara stvarnoj težini rizika i ranije plaćene premije. Jedino u slučaju neprijavlivanja okolnosti koje bi bitno uticale na donošenje odluke osiguravača o zaključenju ugovora i uslovima osiguranja, osiguravač može tražiti poništenje tako zaključenog ugovora o osiguranju. Podaci se daju samoinicijativno ili na traženje osiguravača. Ugovorač osiguranja je dužan da obavesti osiguravača o podacima koji mogu u konkretnom slučaju da utiču na donošenje odluke osiguravača, npr., u kojoj meri je pojedini rizik već osiguran kod drugog osiguravača, o saosiguranju ili dvostrukom osiguranju.

Kao nesavestan osiguranik ima se smatrati svaki osiguranik koji je znao da ugovorač osiguranja nije ispunio svoju dužnost u vezi sa prijavljivanjem okolnosti bitnih za donošenje odluke osiguravača.

Po engleskom pravu osiguranja (MIA), osiguravač može poništiti ugovor o osiguranju, ako osiguranik nije ispunio dato jemstvo, bez obzira da li je do povrede ugovora došlo krivicom ugovorača osiguranja odnosno osiguranika i da li je takva povreda bila od značaja za eventualnu štetu. MIA podvlači značaj načela uberrimae fides, ali i navodi slučajeve kada ugovorač osiguranja nije dužan da

⁸ Ivica Jankovec i Zoran Miladinović, *Pravo osiguranja*, Niš., 2006, str. 34.

⁹ Branko Jakaša, *Pravo osiguranja*, Zagreb, 1972, str. 14.

¹⁰ Nikola N. Nikolić, *Obaveze ugovorača osiguranja pri zaključenju ugovora o osiguranju*, *Osiguranje i Privreda*, Zagreb, br. 7-8/1983, str. 43.

obavesti osiguravača, npr., o okolnostima koji smanjuju rizik, kad sa opravdanim razlogom veruje da su osiguravaču podaci bili poznati ili kada se osiguravač odrekao da podatke sazna.¹¹

Obaveza osiguranika da osiguravaču prijavi okolnosti od značaja za ocenu rizika postoje i za vreme trajanja osiguranja. Pred engleskim sudom se našao sledeći slučaj. Osiguranik je izgubio brod za vreme ratnih operacija u Presijskom zalivu. Propustio je da obavesti osiguravača o ratnom stanju. Da ga je blagovremeno obavestio, osiguravač bi imao pravo da odustane od ugovora za pokriće ratnih rizika ili da naplati dodatnu premiju, kako je ugovorom o osiguranju broda bilo predviđeno. Osiguranik je spor izgubio.¹²

Obaveze osiguravača nastaju već kod zaključivanja ugovora o osiguranju. On je dužan da savesno upozna ugovorača osiguranja o uslovima pod kojima će se ugovor o osiguranju zaključiti. U svemu mora da postupa u skladu sa načelom dobre vere. Neće postupiti u skladu sa ovim načelom ako bez razloga odugovlači sa naknadom štete osiguraniku,¹³ ili ako šikanira osiguranika nepotrebnim zahtevom za dostavljanje dopunske dokumentacije.¹⁴

Od osiguravača se očekuje da postupa savesno i brižljivo. Odredba MIA predviđa da je svaka okolnost materijalne prirode koja će uticati na odluku brižljivog (prudent) osiguravača da li će rizik preuzeti u osiguranje. Da li se brižljivost jednog osiguravača procenjuje u odnosu na prosečnog osiguravača ili osiguravača u konkretnom slučaju? Prema presudi engleskog suda, brižljivost jednog osiguravača se procenjuje na osnovu činjeničnog stanja u konkretnom slučaju.¹⁵ Osiguravač ima obavezu da prijavi reosiguravaču materijalne okolnosti bitne za procenu rizika. Brižljivost osiguravača često je procenjivao sud.¹⁶

Naš zakon (ZPUP) je u velikoj meri prihvatio rešenja engleskog zakona (MIA). Međutim, postoji i bitna razlika. Za razliku od MIA, kada osiguravač ima pravo poništiti ugovor o osiguranju u slučaju nepoštovanja datog jemstva od strane ugovorača osiguranja, takvo pravo po ZPUP nema. Institut jemstva (warranty) u ZPUP nije prihvaćen.

¹¹ E.R.H. Ivamy, *Chalmer s' Marine Insurance Act, 1906*, London, 1993, str. 26-28.

¹² Presuda *Black king Shipping Corp. v Massie /The "Lisbon Pride"/* Article: The duty of utmost good faith in insurance law, where it is in 21st century. *Defence Council Journal*, January, 2002.

¹³ *The Insurance Company Duty of good faith to you*, http://law.freeadvice.com/insurance_law/insurers_bad_faith/insurance-duty-good-faith.

¹⁴ *Fight bad faith Insurance companies*, <http://www.badfaithinsurance.org>.

¹⁵ Presuda *Pan Atlant ic Ins. Co. Ltd. V Pine top Ho. Ltd.* Od 1995.

¹⁶ Presuda engleskog suda u sporu *W.I.S.E. Underwriting Agency Ltd. Dornoch Ltd. V Grupo National Provincial S.A.* 1993. *Waltons & Morse LLP, Bulletins*, <http://www.Waltonsandmorse.com/Bulletins2.jsp?ID=13>, 22.05.2010.

PRIMENA NAČELA MAKSIMALNE DOBRE VERE

Osiguravači često uslovljavaju naknadu štete na način što od osiguranika zahtevaju preuzimanje izričitih obaveza. U ugovor o osiguranju se unose jemstva (warranties) osiguranika. Osiguranik jemči osiguravaču da će u toku trajanja osiguranja preduzeti određenu obavezu, npr., da će na brodu biti oružana pratnja za vreme plovidbe u vodama Somalije ili da određeno činjenično stanje postoji, npr., da će skladište biti opremljeno protivpožarnom zaštitom. Ukoliko skladište bude uništeno nastupanjem ugovorenog rizika, npr., požarom, osiguranik gubi pravo na naknadu štete, ukoliko nije ispunio dato jemstvo. Međutim, osiguranik gubi pravo na naknadu štete i u slučaju ako je skladište uništeno radnjama trećeg lica ili samozapaljenjem robe, bez obzira što dato jemstvo nije ni u kakvoj vezi sa uzrokom štete. Izneto rešenje je usvojeno u engleskom zakonu (MIA).

Pored izričitih jemstava MIA predviđa prećutna jemstva osiguranika. Osiguranik jemči da će brod biti sposoban za plovidbu na početku predviđenog plovidbenog poduhvata. Smatra se da je brod sposoban za plovidbu ako može da savlada uobičajene opasnosti.

Institutske klauzule predviđaju veći broj jemstava ugovorača osiguranja odnosno osiguranika. Npr., osiguranik jemči da neće sa svojim brodom preduzeti akciju spasavanja na moru bez prethodnog obveštavanja osiguravača koji ima pravo da izmeni uslove osiguranja broda. Ako ovu obavezu ne ispuni, u slučaju preduzetog spasavanja, ugovor o osiguranju automatski prestaje.¹⁷ Osiguranik je izgubio pravo na naknadu štete zbog gubitka broda potopljenog raketom za vreme persijskog rata, između Irana i Iraka, kada je netačno jemčio da brod plovi pod nemačkom zastavom u vlasništvu nemačke kompanije.

Sve češće je postavljeno pitanje da li je jemstvo, nametnuto ugovoraču osiguranja i osiguraniku skladu sa načelom maksimalne dobre vere. Nije prihvatljivo 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 ili osiguranika i bez obzira da li su u pitanju podaci od značaja za eventualnu štetu. Suprotno je načelu dobre vere. Ne postoje razlozi zbog kojih bi osiguravači stroge sankcije uvodili osiguraniku imperativnim zakonskim normama. Interese osiguravača na ovaj način ne treba štiti. Međutim, ne bi trebalo osiguravaču uskratiti mogućnost da ugovor o osiguranju raskine ukoliko je ugovor zaključio nedozvoljenim postupkom ugovorača osiguranja. Nesavesna lica bila bi podstaknuta da bez rizika ugovaraju osiguranje i na taj način prazne fondove osiguravača namenjene za plaćanje šteta.

¹⁷ E.R.H. Ivamy, Chalmers' Marine Insurance Act, 1906, str. 50, 1993.

Ne može se dozvoliti osiguraniku da se poziva na nepoštovanje načela savesnosti i poštenja od strane osiguravača, koji je odbio da mu naknadi štetu, zbog toga što ugovorač osiguranja ovo načelo nije ni sam poštovao. Nema mesta prezumciji da je ugovorač osiguranja ili osiguranik “nevin”.

Načelo dobre vere, prihvaćeno od strane engleskog suda u osamnaestom veku, treba i dalje primenjivati. Međutim, prava osiguranika na naknadu štete zbog nepridržavanja ovog načela treba ograničiti: – Ni jedna činjenica se neće smatrati bitnom za osiguravača koja za razboritog ugovarača osiguranja nije bila bitna; – Ni jedna netačno prijavljena činjenica ne treba da ugrozi pravo osiguranika na naknadu štete ako ugovarač osiguranja može dokazati da je postupao savesno.

Dužnost pravljanja postoji nezavisno od namere. Ugovorač osiguranja nije ispunio svoju dužnost prema osiguravaču već samom činjenicom što je uskratilo osiguravaču mogućnost pravovremenog upoznavanja sa bitnim činjenicama. Prikriivanje materijalnih podataka povezano je sa *allegatio falsi* zbog čega ugovor prestaje da proizvodi pravna dejstva ab initio po načelu pravičnosti.

ZAŠTITA POTROŠAČA U OSIGURANJU

U Engleskoj je 2013. stupio na snagu Zakon o osiguranju potrošača.¹⁸ Regulisao je ugovor osiguranju sa tom razlikom što se ugovor ne odnosi na delatnost koju potrošač obavlja. Zakonska rešenja se bitno razlikuju od onih koje su usvojene u MIA. Pre zaključenja ugovora o osiguranju potrošač više nije dužan da osiguravaču samoinicijativno saopšti sve okolnosti koje brižljiv osiguravač treba da zna i koje bi imale uticaj na njegovu odluku da li će ugovor o osiguranju zaključiti i pod kojim uslovima. Ukazano je da navedena obaveza predstavlja zamku za potrošače. Potrošači često nisu svesni da ovakva obaveza postoji. Može izgubiti pravo na naknadu štete i pored toga što je postupao savesno i razložno. Kako se može dozvoliti osiguravaču da štetu ne naknadi osiguraniku ako je osiguranik napravio grešku koja nije bitna. Na nepravličnost rešenja, koje osiguravaču daju široka ovlašćenja ukazala je pravna komisija engleskog parlamenta pozivajući se na odluku suda (*Lambert v Co-operative Insurance Society 1975./*). Gđa Lambert osigurala je porodični nakit. Osiguravač je nije pitao da li je njen muž bio osuđivan i ona o tome nije ništa rekla osiguravaču. Nakit je bio izgubljen. Nije dobila naknadu iz osiguranja. Sud je zauzeo stav da je ona bila dužna obavestiti osiguravača o robiji njenog muža. Ovaj podatak bi bio bitan za brižljivog osiguravača pri donošenju odluke o zaključenju ugovora o osiguranju (MIA).

Zakon predviđa da je potrošač treba dužan razložnu pažnju prilikom davanja odgovora na postavljena pitanja osiguravača. Odgovori moraju biti tačni i

¹⁸ The Consumer Insurance (Disclosure and Representations) Act, 2012.

potpuni. Ako je samoinicijativo davao podatke, podaci ne smeju da zavaravaju osiguravača.

Pravo osiguravača na raskid ugovora o osiguranju ograničeno je samo na slučaj kada je ugovorač osiguranja namerno dao netačne podatke (misrepresentation) ili ako je bio krajnje nepažljiv (reckless). Osiguravač je dužan da ugovoraču osiguranja postavi pitanja samo u pismenoj formi. Neće se smatrati da je ugovorač bio krajnje nepažljiv ako je imao razloge da veruje u tačnost datih podataka i da je tom prilikom bio razborit (reasonable). Zakon nesumnjivo predstavlja veći teret za osiguravače.¹⁹ Britanski osiguravači ukazali su na probleme koji mogu nastati u vezi sa njegovom primenom, npr., kod obnove ugovora o osiguranju. Najveći izazov za osiguravače biće sastaviti iscrpan upitnik za ugovorače osiguranja.

Postavlja se pitanje da li treba menjati MIA zbog Direktive EU o pravima potrošača (2011/83/EC). Primenom Direktive poboljšava se položaj potrošača – osiguranika. Međutim, Zakon podriva načelo prema kome je ugovor o osiguranju ugovor od krajnjeg poverenja i nalazi se u srži osiguranja. Potrošači se štite pošto ne poznaju dovoljno oblast osiguranja. Međutim, ova zaštita ima granica. Zbog Zakona ne treba menjati odredbe MIA. Na tržištu pomorskog osiguranja posluju samo profesionalno obučena lica koji su dobri poznavaoi prava i prakse osiguranja. Osiguravaju se brodovi, roba i delatnost preduzetnika (odgovornost). Potrošači se na ovom tržištu ne pojavljuju. MIA se primenjuje samo na komercijalna osiguranja.²⁰

Zaštita potrošača u EU je poboljšana donošenjem nove direktive: Consumer protection in financial services – Insurance Mediation Directive /IMD/ Revision 2012. Povećavaju se obaveze osiguravača prema osiguraniku.²¹

Naša zemlja je donela Zakon o zaštiti potrošača 2010. i usklađen je sa zakonodavstvom EU. Zakonom je definisan potrošač u svojstvu lica koje na tržištu pribavlja robu i usluge koje nisu namenjene njegovoj poslovnoj ili drugoj komercijalnoj delatnosti. U fazi donošenja Građanskog zakonika Srbije zaštita potrošača kao osiguranika treba da dobije svoje mesto. S jedne strane, potrebno je imati u vidu zaštitu interesa osiguranika, ali, s druge strane, potrebu očuvanja ugovorne discipline i sigurnosti pravnog prometa.²²

¹⁹ Callum Brodie, Out with the old, in with the new, Post Magazine, London, 22.11.2012.

²⁰ Law Commission on insurance contract law <http://lawcommission.justice.gov.uk/areas/consssumer-insurance.htm>

²¹ Bliže, <http://www.eubusiness.com/topics/finance/insurance-imd/>.

²² Predrag Šulejić, Zaštita potrošača i ugovor o osiguranju, Pravni život, Beograd, 3/4/2008, str. 49.

ZAŠTITA LIČNIH PODATAKA

Evropski osiguravači prate rad Komisije EU po svim pitanjima iz oblasti osiguranja. Izrazili su zabrinutost zbog predloga Komisije u vezi sa zaštitom ličnih podataka. Ova zaštita ne bi smela onemogućiti profesionalno poslovanje osiguravača. Mora im se dozvoliti da izvrše procenu rizika pre zaključenja ugovora o osiguranju. Nepravilna procena rizika može uticati na sprečavanje ili kašnjenje u pružanju medicinskih usluga. Isti je slučaj sa automobilskim udesima. Sve ovo može uticati s jedne strane na povećanje premijske stope, i sa druge, na smanjenje širine pokrića. Zaštita ličnih podataka osiguranika (potrošača) treba da bude proporcionalna, uspostavljanjem balansa između prava na zaštitu privatnosti i načina na koji osiguravači posluju. Neophodno je omogućiti osiguravaču da proverava dobijene podatke i onemogućiti prevare. Ukazano je da usvojena rešenja ne smeju doći u sukob sa drugim pravnim instrumentima (npr., Direktivom 2005/60/EC o sprečavanju pranja novca i terorizma). Zbog toga se predlaže (Insurance Europe) da Komisija izmeni svoj nacrt (General Data Protection Regulation) tako da se osiguravačima omogući procena rizika i utvrđivanje premijske stope. Smatra se da su predložene sankcije prestroge. Konačno, nadležan organ za izricanje sankcija (Data Protection Authority) nema pravo da sankcije donosi.

ZAKLJUČAK

Poverenje koje ugovorači treba da imaju jedan prema drugome ispunjava se primenom načela dobre vere i savesnosti stranaka. Što je veće poverenje među ljudima društvo je zdravije. Poverenje nagrizi "kultura kompenzacije" u kojoj živimo.

Društvena zajednica čini napore da zaštiti potrošače – osiguranike zakonskim propisima i direktivama EU. Zaštita potrošača i zaštita ličnih podataka dovela je u pitanje primenu jednog od osnovnih načela osiguranja. Ugovorni odnos između osiguravača i osiguranika je uvek bio ugovor od krajnjeg poverenja. Traži se veći stepen savesnosti koja kod drugih ugovora nije svojstvena. Na načelu maksimalne dobre vere (uberrima fides) počiva celokupno osiguranje. Ukiđanjem obaveze ugovorača osiguranja da osiguravaču samoinicijativno pruži podatke koji mogu biti od značaja za ocenu rizika pre zaključenja ugovora, menja suštinu osiguranja. Ugovor o osiguranju postaje kao svaki drugi ugovor koji ne toleriše obmanu i prevaru.

Zakonske propise koji regulišu plovdbeno osiguranje, MIA i ZPUP ne treba menjati. Ostaje na snazi obaveza ugovorača osiguranja da samoinicijativno osiguravaču pruži relevantne podatke. Osiguranik gubi pravo na naknadu štete ako ugovorač osiguranja namerno ili netačno obavesti osiguravača o materijalnim

okolnostima važnim za osiguravača u donošenju odluke da li će ugovor o osiguranju zaključiti i pod kojim uslovima.

Zaštita ličnih podataka lica mora da bude srazmerna. Osiguravačima se mora dozvoliti da profesionalno posluju. Mora im se dozvoliti da izvrše procenu rizika pre zaključenja ugovora o osiguranju.

Odredbe MIA koje regulišu jemstva ugovorača osiguranja i osiguranika treba ukinuti. Institut jemstva nije prihvaćen u zakonima kontinentalnih zemalja. Ne predviđaju rešenje prema kome osiguranik gubi pravo na naknadu štete zbog toga što je jemstvo prekršio bez obzira na okolnost što je šteta prouzrokovana ostvarenjem osiguranog rizika koji nije ni u kakvoj vezi sa datim jemstvom. Ovakvo rešenje nije u skladu sa načelom dobre vere. Predstavlja anahronizam.

ZORAN RADOVIĆ, LL.D.,
Editor-in-chief "Tokovi osiguranja"

THE PRINCIPLE OF GOOD FAITH AND HONESTY

Summary

The principle of good faith, as confirmed in English insurance law providing that if the utmost good faith is not observed by the insured, the insurer may always avoid the contract is not anymore acceptable. It is against the principle of good faith. Right of the insurer to avoid the contract should be limited. The insurer's remedy to avoid the contract should depend on the insured state of mind when consumers as insured are concerned. The consumer should take reasonable care to answer all the questions honestly and to the best of his knowledge. Insurer will be entitled to rescind the contract if the misrepresentation made was deliberate or reckless. This solution is accepted in the consumer insurance. The law under Marine Insurance Act 1906 requires from the future insured to volunteer information about everything which a "prudent insurer" would consider relevant. MIA should continue to be applied when the insured is not qualified as the consumer as it was provided in the Insurance Contract Law: Consumer Insurance (Disclosure and Representation).

General Data Protection Regulation of EU should be drawn up in the manner to enable insurers to estimate the risks to be taken and determine appropriate insurance premium.

VLADIMIR ČOLOVIĆ

REGULISANJE NADLEŽNOSTI U STVARIMA KOJE SE ODOSE NA OSIGURANJE PO ODREDBAMA UREDBE EU 1215/2012

U V O D

Osiguranje kao delatnost sadrži posebne karakteristike i regulisanje te delatnosti mora biti u skladu sa tim. To se ne odnosi samo na regulisanje ove delatnosti na unutrašnjem nivou jedne države, već i na slučajeve u kojima je prisutan element inostranosti. U pravu Evropske unije (EU) već, skoro, pola veka se pitanje nadležnosti u stvarima koje se odnose na osiguranje reguliše na istovetan ili skoro istovetan način. U četiri akta koji su doneti u okviru EEZ ili EU se istim odredbama reguliše ova oblast. Razlike su minimalne i odnose se na primenu i nekih drugih akata koji su doneti u okviru EU, a odnose se i na osiguranje. Osim toga, i pored posebnog regulisanja ove materije, nisu uzeti u obzir mnogi elementi koji ovu delatnost čine posebnom.

Odredbe akata EU koje uređuju pitanje nadležnosti, ne samo osiguranja, regulišu nadležnost sa elementom inostranosti, odnosno, međunarodnu nadležnost u ovim stvarima. Sa jedne strane imamo pravila koja definiše akt EU, a sa druge nacionalna pravila država članica. Inače, međunarodnu nadležnost možemo nazvati i apstraktnom nadležnošću. Ona se odnosi na ovlašćenje svih sudova u jednoj zemlji da postupaju u određenom predmetu¹. Ukoliko ne postoje pravila

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

¹ Stanivuković M., Živković M., Međunarodno privatno pravo, opšti deo, Beograd 2004, str. 183.

o određivanju međunarodne nadležnosti u jednom pravosuđu, tada se primenjuju pravila o mesnoj nadležnosti. Elementi za određivanje međunarodne i mesne nadležnosti su isti, uz izuzetke, tako da tačke vezivanja, koje određuju nadležnost za sudski predmet u jednoj državi, određuju i nadležnost za predmet u okviru jednog suda². Međunarodna i mesna nadležnost se razlikuju i sa aspekta postupanja suda u postupku. Sud po službenoj dužnosti, tokom celog postupka, pazi na međunarodnu nadležnost, dok na mesnu pazi samo po prigovoru tuženog³. Ukoliko je sud jedne države nadležan u ovim sporovima, stvar je unutrašnjih pravila iste, koji će to biti sud. Inače, postoje dva osnovna kriterijuma za regulisanje međunarodne nadležnosti. Prvi se vezuje za anglosaksonske zemlje, u kojima zakonodavac određuje principe i smernice, a sudovi odlučuju o svakom konkretnom slučaju o zasnivanju međunarodne nadležnosti⁴. Drugi način za regulisanje međunarodne nadležnosti odnosi se na njeno regulisanje putem unutrašnjih pravila⁵. Uredbe EU koje, danas, uređuju pitanje nadležnosti u građanskim stvarima, uzimaju u obzir i nacionalna pravila.

*
* * *

Po kojim kriterijumima može biti određena nadležnost u stvarima koje se odnose na osiguranje. Njih možemo podeliti na opšte i posebne. Opšte kriterijume vezujemo za tuženog, odnosno, za određivanje nadležnosti po mestu sedišta ili prebivališta tuženog, bez obzira da li se radi o osiguravaču, osiguraniku, ugovaraču osiguranja ili korisniku osiguranja, kao i za mesto štetne radnje ili štetne posledice. S druge strane, posebne kriterijume vezujemo za pojedine vrste osiguranja, kao što je npr. mogućnost podnošenja direktne tužbe kod osiguranja od odgovornosti, prebivalište osiguranog lica kod osiguranja života, zatim, kod osiguranja imovine – mesto nalaženja predmeta osiguranja, ako se predmet sastoji iz više stvari različite prirode, itd. Većina ovih kriterijuma su definisani i u aktima EU.

Pored odredaba koje regulišu nadležnost u stvarima osiguranja u aktima EU, pomenućemo i pojedina opšta pravila koja su direktno ili indirektno ve-

² Stanivuković M., Živković M., nav. delo, str. 184.

³ Stanivuković M., Živković M., nav. delo, str. 185.

⁴ Doktrina forum non conveniens.

⁵ Fisher H., *The German Legal System & Legal Language*, Routledge Cavendish, London, Sydney, 2002, str. 290.

zana za osiguranje. Neka od tih opštih pravila, kao i okolnosti vezane za primenu tih pravila, bile su razlog za promenu akata EU.

*Akti EU koji regulišu nadležnost u građanskim i trgovačkim stvarima
(kao i stvarima koje se odnose na osiguranje)*

U EU, materija nadležnosti, regulisana je, najpre, Briselskom konvencijom o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovinskim stvarima iz 1968. godine⁶. Spomenućemo samo neka pravila o međunarodnoj nadležnosti iz Briselske konvencije. Pre svega, ova Konvencija predviđa opštu nadležnost, odnosno, definiše da se protiv lica, koja imaju prebivalište u državi ugovornici, može pokrenuti postupak pred sudom te države. Isto tako, navedena nadležnost će se zasnovati i u slučaju, kada ta lica nisu državljani te države, ali imaju prebivalište u njoj⁷. Ova Konvencija reguliše i posebnu nadležnost, kada se ona zasniva van prebivališta tuženog. Tada se radi o konkurentnoj nadležnosti. Spomenućemo samo neke slučajeve: a) sporovi iz ugovora – mesto izvršenja ugovora; b) izdržavanje – prebivalište ili boravište primaoca izdržavanja; v) šteta iz delikta – mesto štetne radnje; g) sporovi vezani za zastupništva, predstavništva, filijale – mesto njihovog sedišta; i dr.⁸

Više od tri decenije kasnije, Savet i Evropski parlament doneli su Uredbu Saveta EU br. 44/2001 od 22.decembra 2000. o sudskoj nadležnosti, priznanju i izvršenju odluka u građanskim i trgovačkim stvarima (dalje: Uredba 44/2001)⁹. Uredba 44/2001, koja je stupila na snagu 1.marta 2002.godine, u potpunosti je zamenila Briselsku konvenciju¹⁰. Po Uredbi 44/2001, opštu nadležnost imaju sudovi države članice u kojoj tuženi ima prebivalište.¹¹ Određivanje prebivališta vrši se po pravilima unutrašnjeg prava zemlje suda, koji pokreće postupak, po osnovu opšte nadležnosti, odnosno, po *lex fori*.¹² Uredba 44/2001 predviđa i mogućnost pokretanja postupka protiv lica, koja imaju prebivalište u jednoj od zemalja čla-

⁶ Objavljena u Official Journal L 299, 31.12.1972, a prečišćen tekst u OJ C 027 26.01.1998.

⁷ Varadi T., Bordaš B., Knežević G., *Međunarodno privatno pravo*, Novi Sad 2001, str. 503.

⁸ Varadi T., Bordaš B., Knežević G., *nav. delo*, str. 504–505.

⁹ Council Regulation (EC) No. 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Official Journal of the European Communities, L 012, 16/01/2001, pp. 1–23).

¹⁰ Osim kad je u pitanju Danska.

¹¹ Grabinski K., *The Brussels I Regulation (Council Regulation 44/2001) in Patent Infringement Litigation*, IP Enforcement Week, München 2007, str. 3.

¹² Stanivuković M., *Regulativa saveta o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovinskim stvarima (2001/44/ES)*, Evropsko zakonodavstvo, br. 1/02, str. 10.

nica, pred sudovima dugih zemalja članica, ako postoji razlog za zasnivanje posebne nadležnosti po odredbama Uredbe 44/2001. Isto tako, određivanje da li tuženi ima prebivalište u jednoj od zemalja članica, vrši se po pravu te zemlje. Ako tuženi nema prebivalište u nekoj od zemalja članica, tada se nadležnost zasniva po pravilima unutrašnjeg prava svake od tih zemalja. Ukoliko se postupak pokreće protiv pravnih lica, tada Uredba daje definiciju sedišta. To je mesto u kome se nalazi statutarano sedište ili njegov centralni organ, odnosno, njegovo glavno poslovno sedište. Osnovi za zasnivanje posebne nadležnosti su sledeći: 1) ako su u pitanju ugovorni sporovi – mesto izvršenja obaveze; 2) ako su u pitanju sporovi povodom izdržavanja – prebivalište ili uobičajeno boravište poverioca; 3) ukoliko su u pitanju sporovi proizašli iz delikata – stvarno ili potencijalno mesto štetnog događaja, odnosno, štetne radnje; i 4) najzad, ako sporovi proističu iz poslovanja filijala, predstavništva ili zastupništava – njihovo sedište. Uredba 44/2001 predviđa i isključivu nadležnost, koja će se odrediti, ako se ispune uslovi predviđeni u njenim odredbama. Ako postoji razlog za zasnivanje isključive nadležnosti, sud druge države članice će morati da se oglasi nenadležnim, ako je pred njim podnet zahtev za pokretanje postupka. Takođe, Uredba 44/2001 predviđa i prorogacionu nadležnost¹³.

Moramo pomenuti i Konvenciju o nadležnosti i priznanju i izvršenju odluka u građanskim i trgovačkim stvarima sa Protokolima (3 Protokola)¹⁴. Ova Konvencija je doneta 2009. Lica koja imaju državljanstvo i stalni boravak u državi ugovornici Konvencije mogu biti tužena u toj državi. Ako lica nemaju državljanstvo te države, tada će kriterijum stalnog boravka biti dovoljan za primenu pravila te države, koji se odnosi na mogućnost podnošenja tužbe protiv tog lica.¹⁵ Konvencija predviđa i odredbe koje regulišu posebnu nadležnost. Konvencija predviđa i odredbe o nadležnosti u sporovima vezanim za osiguranje¹⁶. One su istovetne kao u Uredbama 44/2001 i 1215/2012. Razlika je u tome što kod prorogacione nadležnosti kod osiguranja velikih rizika osiguranja se ne pominje ni jedna Direktiva ili bilo koji drugi akt koji reguliše tu materiju, kao što je to slučaj u navedenim Uredbama.

Najzad, donesena je i Uredba br. 1215/2012 Evropskog parlamenta i Saveta od 12. decembra 2012. o nadležnosti, priznanju i izvršenju sudskih odluka u gra-

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ **Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters – Protocols** (*Official Journal L 147, 10/06/2009 p. 5–43*).

¹⁵ Član 2, st. 1 i 2 Konvencije.

¹⁶ Član 8 Konvencije.

đanskim i trgovačkim stvarima (dalje: Uredba 1215/2012)¹⁷ koja, takođe, kao i navedeni akti EU, reguliše i pitanja nadležnosti u stvarima koje se odnose na osiguranje. Ova Uredba stavlja van snage Uredbu 44/2001. I Uredba 44/2001 i Uredba 1215/2012 na skoro istovetan način regulišu nadležnost u stvarima koje se odnose na osiguranje. Razlika je u regulisanju prorogacione nadležnosti u delu koji se odnosi na “velike rizike” koji su regulisani Direktivom “Solventnost II”, a što je regulisano Uredbom 1215/2012. Obzirom da je Uredba 1215/2012 stupila na snagu i da će se primenjivati od 10.januara 2015. godine, njene odredbe će biti i analizirane.

Razlozi donošenja Uredbe 1215/2012. – Reforma Uredbe Brisel (misli se na Uredbu 44/2001) formalno je počela aprila 2009. godine, kada je Evropska komisija objavila svoj izveštaj i Zeleni papir kojim se utvrđuju amandmani na dotadašnja akta koji su regulisali navedenu materiju. Nakon razgovora sa ekspertima iz oblasti prava, stručnjacima iz Evropskog parlamenta i Komiteta za pravna pitanja, 14.decembra 2010, Evropska komisija je objavila svoje predloge amandmana na Uredbu Brisel. To je uključivalo sledeće: 1) ukidanje egzekvature, odnosno, tzv. srednjeg postupka za priznanje i izvršenje sudskih odluka; 2) proširenje pravila o nadležnosti u Uredbi Brisel za sporove koji uključuju tužene koji nemaju sedište ili prebivalište u državi članici; 3) povećanje efikasnosti kod izbora sudskih sporazuma; 4) bolja koordinacija paralelnih postupaka; 5) razjašnjenja o uvođenju privremenih i zaštitnih mera u EU¹⁸.

Zbog čega je doneta Uredba 1215/2012 ? Evropska Komisija je utvrdila četiri glavna nedostatka Uredbe 44/2001. Ti nedostaci su sledeći: - stvaranje nepotrebnih troškova i kašnjenje u vezi sa postupcima priznanja i izvršenja sudskih odluka u drugoj državi članici. Time se nije mogao ostvariti cilj slobodnog kretanja presuda; - nezadovoljavajući pristup pravdi, odnosno, sudovima u sporovima koji uključuju tužene van EU; - neadekvatna primena pravila *lis pendens* vezano za odnos između izbora sudskih poravnjanja i paralelnih postupaka; i – loša interakcija između arbitražnih i sudskih sporova što je rezultiralo neujednačenom sudskom praksom vezanom za presude Suda pravde EU¹⁹.

¹⁷ Regulation EU No. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters (Official Journal of the European Communities, L 351, 20/12/2012, pp. 1–32).

¹⁸ Reform of the Brussels Regulation — Latest Developments and the “Arbitration Exception”, str. 2, <http://www.lw.com/thoughtLeadership/Reform-of-the-Brussels-Regulation> (pristup: 15.08.2014).

¹⁹ Gorywoda L., The New Design of the Brussels I Regulation: Choice of Court Agreements and Parallel Proceedings, str. 1–2, http://www.cjel.net/online/19_3gorywoda/ (pristup: 14.08.2014).

Uredba 1215/2012 je donesena i zbog određenih razlika između pravila članica koja regulišu nadležnost i priznanje stranih sudskih odluka, a što onemogućava normalno funkcionisanje unutrašnjeg tržišta. Zbog toga je neophodno postojanje odredaba o jedinstvenim pravilima o sukobu nadležnosti u građanskim i trgovačkim stvarima, kao i o obezbeđenju brzog i jednostavnog priznanja i izvršenja stranih sudskih odluka donesenih u drugim državama članicama²⁰.

Pitanje opšte nadležnosti. – Jedno od ključnih pitanja vezanih za regulisanje ove materije, odnosi se na opštu nadležnost. Uredba 1215/2012 predviđa pravilo opšte nadležnosti koja se određuje po prebivalištu tuženog u državi članici, bez obzira na njegovo državljanstvo, što znači da može biti tužen u toj državi. Osnov za opštu nadležnost, koja se određuje po prebivalištu tuženog, pokazivao je svoje mane kada je u pitanju odnos sa trećim državama. Po odredbi Uredbe 44/2001, nadležnost države članice se može zasnovati na osnovu ovog pravila, ako tuženi ima prebivalište na teritoriji te države članice, bez potrebe da se ostvari bilo koja druga relacija, odnosno, težišni kontakt sa tom državom. Ali, za tužene sa prebivalištem na teritoriji neke druge države, nadležnost se neće određivati prema pravilima ove Uredbe, već prema nacionalnim pravilima država članica. Izuzetak predstavljaju situacije u kojima su ispunjeni uslovi za isključivu nadležnost države članice u skladu s članom 22. Uredbe 44/2001, kada prebivalište tuženog nije od značaja, čak i ako se nalazi na teritoriji treće države ili postojanje prorogacionog sporazuma u korist suda države članice. Upravo zbog navedenog problema, Komisija je izbacila sporni uslov u članu 4. stav 1. Uredbe 1215/2012 i predvidela mogućnost da se na tužene koji nemaju prebivalište na teritoriji zemalja EU primenjuju pravila o posebnoj nadležnosti. Ovo rešenje bilo je modifikovano ostavljanjem mogućnosti primene dva supsidijarna osnova za nadležnost, čime je Komisija nastojala da proširi domen Uredbe 1215/2012, određujući tako da nema mesta za primenu nacionalnih propisa o sukobu nadležnosti²¹.

*
* *

Isto tako, Uredba 1215/2012 predviđa i pravila posebne nadležnosti i određuje sveobuhvatna pravila za stvari koje se odnose na osiguranje, što nas najviše interesuje, kao i za stvari vezane za potrošačke ugovore, ugovore o radu i pitanja

²⁰ Preambula 4 Uredbe 1215/2012.

²¹ Radončić Dž., Meškić Z., Uredba (EU) br. 1215/2012 Evropskog parlamenta i Savjeta od 12. decembra 2012. godine o nadležnosti i priznanju i izvršenju sudskih odluka u građanskim i trgovačkim predmetima, str. 47–48, Nova pravna revija, Časopis za domaće, nemačko i evropsko pravo, broj 1/2013.

isključive nadležnosti. No, Uredba 1215/2012 neće u potpunosti zameniti nacionalna pravila o nadležnosti država članica²².

Važno je imati u vidu da Uredba 1215/2012 sadrži odredbe koje propisuju da, kada lice koje pruža određene usluge, koje obavlja profesionalnu delatnost, kao što su osiguravač, poslodavac ili prodavac, nema sedište ili prebivalište u državi članici, ali ima ogranak, zastupništvo ili agenciju u jednoj od država članica, smatraće se da ima stalni boravak u toj zemlji. Ova odredba je od najvećeg značaja za osiguranje, jer, za razliku od stvari vezanih za potrošačke ugovore i ugovore o radu, kod osiguranja postoji preduslov da osiguravač ima sedište u okviru EU. Ako to nije slučaj, primenjuju se nacionalna pravila o nadležnosti države članice²³.

*Regulisanje nadležnosti u stvarima koje se odnose na osiguranje
u Uredbi 1215/2012*

Opšta pravila o nadležnosti u stvarima koje se odnose na osiguranje. – Nadležnost u stvarima koje se odnose na osiguranje se određuje po prebivalištu tuženog, bez obzira na njegovo državljanstvo. Ako se radi o licima koja nemaju državljanstvo članice u kojoj imaju prebivalište, na njih se primenjuju pravila o nadležnosti kao i na državljane te članice²⁴. Po opštim pravilima Uredbe 1215/2012, lica koja imaju prebivalište u državi članici mogu da budu tužena pred sudovima drugih država članica, samo na osnovu njenih odredaba koje uređuju posebnu nadležnost, nadležnost koja se primenjuje na predmete osiguranja, nadležnost koja se primenjuje u stvarima vezanim za potrošačke ugovore, nadležnost koja se primenjuje u stvarima vezanim za ugovore o radu, isključivu nadležnost i prorogacionu nadležnost²⁵. Posebno, pravila o nacionalnoj nadležnosti, o kojima Komisiju obaveštavaju države članice, ne primenjuju se na napred navedena lica²⁶.

U vezi stvari koji se odnose na osiguranje, nadležnost se utvrđuje na osnovu posebnih odredaba Uredbe 1215/2012, ali se ne dovodi u pitanje primena odredaba Uredbe 1215/2012 koje se odnose opšta pravila u vezi sa mogućnošću pod-

²² Dyrda L., Jurisdiction in civil and commercial matters under the Regulation No. 1215/2012 – between common grounds of jurisdiction and divergent national rules, str. 87, http://www.tf.vu.lt/dokumentai/Admin/Doktorant%C5%B3_konferencija/Dyrda.pdf (pristup: 16.08.2014).

²³ Dyrda L., op. cit., str. 90.

²⁴ Član 4 Uredbe 1215/2012.

²⁵ Član 5, st.1 Uredbe 1215/2012.

²⁶ Član 5, st. 2, u vezi sa primenom člana 76, st. 1, t. a) Uredbe 1215/2012.

nošenja tužbe pred sudom članice protiv lica sa prebivalištem u članici, bez obzira na državljanstvo tog lica, kao i na mogućnost podnošenja tužbe protiv lica koja nisu državljani članice u kojoj imaju prebivalište i na koja se primenjuju pravila o nadležnost kao i na domaće državljane²⁷.

Ako se radi o osiguravaču sa sedištem u članici, on može da bude tužen: pred sudovima članice u kojoj ima sedište; pred sudovima druge članice, ako tužbu podnose ugovarač osiguranja, osiguranik ili korisnik osiguranja, ako u toj zemlji imaju prebivalište; pred sudom druge članice u kojoj je pokrenut postupak protiv glavnog osiguravača, a taj osiguravač je saosiguravač²⁸. Ako osiguravač nema sedište u članici, ali ima filijalu, predstavništvo ili drugu poslovnu jedinicu u jednoj od članica, tada će, u slučaju sporova, koji proizlaze iz poslovanja navedenih delova osiguravača, smatrati da osiguravač ima sedište u toj članici²⁹.

Uredba 1215/2012 određuje više osnova za zasnivanje nadležnosti, polazeći od opšteg pravila po kome se nadležnost vezuje za sedište tuženog, do mogućnosti da i filijala, odnosno, predstavništvo ili poslovna jedinica, budu kriterijum, po kome će se određivati nadležnost. No, kod ove odredbe se može postaviti nekoliko pitanja. Prvo, koji su to slučajevi u kojima će ugovarač osiguranja, osiguranik ili korisnik osiguranja moći da podnesu tužbu protiv osiguravača u zemlji svog prebivališta? Ovde se ne pominje oštećeno lice (kao treće lice, koje nije učesnik ugovora o osiguranju). Naime, da li navedena lica mogu da podnesu tužbu uvek ili samo kada su oštećena? Da li se ova odredba odnosi na sva ta lica podjednako, imajući u vidu da ugovarač osiguranja ne mora biti i osiguranik, odnosno, da korisnik osiguranja ne mora znati da je korisnik sve do nastupanja osiguranog slučaja? Da li se ovom odredbom narušava pravilo opšte nadležnosti? Zatim, kada je u pitanju saosiguranje, moramo imati u vidu da nijedan saosiguravač ne odgovara za obaveze drugih saosiguravača. Osiguravač koji je pokretač obaveze iz osiguranja, putem ugovora o saosiguranju, jeste takozvani vodeći osiguravač³⁰. Njemu, obično, ostali saosiguravači poveravaju izvršenje obračuna i naplatu premije osiguranja, koju on, zatim, raspodeljuje na ostale saosiguravače. Kod ugovora o saosiguranju postoji samostalnost i nezavisnost obaveza svakog saosiguravača. Obaveza svakog saosiguravača isključivo je njegova i ni u kom slučaju se ne prenosi na ostale saosiguravače. Drugim rečima, kao da je ugovarač osiguranja zaključio sa svakim saosiguravačem poseban ugovor o osiguranju. Ovo smo naveli, jer mora biti jasno određeno postojanje glavnog saosiguravača, kao i njegove oba-

²⁷ Član 10 Uredbe 1215/2012.

²⁸ Član 11, st. 1 Uredbe 1215/2012.

²⁹ Član 11, st. 2 Uredbe 1215/2012.

³⁰ Mrkšić D., Petrović Z., Ivančević K., Pravo osiguranja, Beograd 2006, str. 157.

veze prema osiguraniku, odnosno, oštećenom licu, kao i prema drugim saosiguravačima. Najzad, kad govorimo o ovoj odredbi, zanimljivo je i da se tužba može podneti protiv osiguravača i po mestu nalaženja njegove filijale, predstavništva, itd. Moramo reći, da osiguravači iz zemalja članica EU, mogu obavljati delatnost osiguranja, odnosno, zaključivati ugovore o osiguranju bez osnovanih filijala ili preko njih. Za osiguranika je svejedno da li će ugovor o osiguranju zaključiti sa domaćim ili stranim osiguravačem iz zemlje EU³¹. Iz ovog sledi da je praktično nebitno na koji način će se obavljati delatnost osiguranja (direktno ili preko filijala, u matičnoj državi članici ili nekoj drugoj), da bi se zasnovala nadležnost.

Mesto štetne radnje. – I u državi članici, u kojoj se dogodila štetna radnja, se može pokrenuti postupak protiv osiguravača, ako se radi o osiguranju od odgovornosti ili osiguranju nepokretnosti. Isti osnov nadležnosti će se primeniti, ako se radi o osiguranju i pokretne i nepokretne imovine, ako su one obuhvaćene istim ugovorom o osiguranju, odnosno, polisom i ako su obe vrste imovine oštećene istom radnjom, tj. istim događajem³². Znači, *lex loci delicti commissi* je, takođe, osnov za zasnivanje nadležnosti, ali u tačno određenim slučajevima. Činjenica da je mesto štetne radnje vezano za osiguranje od odgovornosti i osiguranje nepokretnosti se objašnjava time što se kod osiguranja od odgovornosti pojavljuje oštećeno (treće) lice koje nije učestvovalo u zaključenju ugovora o osiguranju, odnosno, nije učesnik osiguranja. Osiguranik ne zaključuje ugovor o osiguranju od odgovornosti, da bi treće lice (oštećeno lice) steklo izvesnu korist, nego da bi sebe obezbedio od eventualnih isticanja odštetnih zahteva, u slučaju nastanka štete, tj. osiguranog slučaja³³. U slučaju nastanka štete, oštećena lica bi dobila osnov za podnošenje zahteva za naknadu štete osiguravajućem društvu, koje je dužno da isplati naknadu. To znači da to lice može podneti tužbu i u članici u kojoj se dogodio osigurani slučaj. Kad je u pitanju nastanak šteta na stvarima, primena *lex loci delicti commissi* je jasna, kad su u pitanju nepokretne stvari. Međutim, nije jasna odredba, po kojoj će ovaj kriterijum za zasnivanje nadležnosti obuhvatiti i pokretne stvari, ako su te stvari osigurane istom polisom kojom su osigurane i nepokretne stvari i ako su oštećene u istom štetnom događaju. Ovde se, takođe, mogu postavljati različita pitanja, koja se tiču vrednosti stvari, štete nastale samo na pokretnim stvarima (ako su ostali uslovi ispunjeni vezani za polis osiguranja), propusta Uredbe 1215/2012 da odredi samostalnu primenu *lex loci delicti commissi*, bez obzira na vrstu stvari koja je oštećena, itd.

³¹ Ivanjko Š., Aktualna pitanja osiguranja nakon stupanja Republike Slovenije u Evropsku Uniju, Zbornik radova "Privreda i pravo osiguranja u tranziciji", Savetovanje Palić 2004, str. 121.

³² Član 12 Uredbe 1215/2012.

³³ Šulejić P., Pravo osiguranja, Beograd 2005, str. 388–389.

Direktna tužba – osiguranje od odgovornosti. – Ako se radi o sporu koji se odnosi na osiguranje od odgovornosti, osiguravač može, ako to dozvoljava pravo zemlje suda, da učestvuje u postupku koji je oštećeni pokrenuo protiv osiguravnika. Inače, odredbe članova 10, 11 i 12 Uredbe 1215/2012 se primenjuju i u slučaju podizanja direktne tužbe protiv osiguravača, ako je takva tužba dozvoljena po pravu zemlje suda³⁴. Ako pravo zemlje suda dozvoljava da direktnom tužbom budu obuhvaćeni i ugovarač osiguranja i osiguranik, za njih će biti nadležan isti sud. Međutim, bez obzira na ovu odredbu, osiguravač može da pokrene postupak samo pred sudovima članice, u kojoj tuženi ima prebivalište ili sedište, bez obzira da li se radi o ugovaraču osiguranja, osiguraniku ili korisniku osiguranja. Navedeno ne utiče na pravo podnošenja protivtužbe pred sudom pred kojim teče prvostepeni postupak u skladu sa ovim odredbama³⁵. Kada se dogodi štetni događaj, odnosno, osigurani slučaj u vezi sa osiguranjem od odgovornosti, oštećeno lice ima pravo da stupi u direktan kontakt sa osiguravačem, koji ima zaključen ugovor o osiguranju sa osiguranikom – licem, koje je odgovorno za štetu. Tada govorimo o mogućnosti direktnog postavljanja zahteva od strane oštećenog lica prema osiguravaču. Osiguravač može da ne ispuni svoju obavezu prema oštećenom licu, odnosno, može da ne isplati štetu u celosti ili delimično, iz bilo kog razloga. Tada oštećeno lice ima pravo da drugim putem ostvaruje svoje pravo na naknadu štete, odnosno, može da podnese tužbu protiv tog osiguravača.

Uredba 1215/2012 ograničava primenu odredaba koje se odnose na podnošenje direktne tužbe primenom nacionalnih pravila države članice, odnosno, direktna tužba će moći da se podnese, ako to predviđa nacionalno pravo članice. Mišljenja smo da je trebalo jasno razdvojiti regulisanje nadležnosti kod podnošenja direktne tužbe, od slučajeva kada osiguravač učestvuje u postupku kao umešač, odnosno, kada osiguravač podnosi tužbu protiv osiguranika, ugovarača osiguranja, itd., kada se, npr., može raditi o postavljanju regresnog zahteva i sl.

Sporazum o nadležnosti (prorogaciona nadležnost). – Stranke u sporu mogu sporazumom da odstupe od navedenih odredaba, ako je taj sporazum zaključen nakon nastanka spora, kao i, ako on omogućava ugovaraču osiguranja, osiguraniku ili korisniku osiguranja da pokrene postupak pred drugim sudom, od onog koji je određen navedenim odredbama. Isto tako, ovaj sporazum treba da bude zaključen između ugovarača osiguranja i osiguravača, koji u vreme njegovog zaključenja imaju prebivalište ili uobičajeno boravište u istoj članici i koji proizvedu dejstvo prenošenja nadležnosti na sudove te članice, čak i ako se štetni događaj dogodio u inostranstvu, ali pod uslovom da taj sporazum nije u suprotnosti sa

³⁴ Član 13 Uredbe 1215/2012.

³⁵ Član 14 Uredbe 1215/2012.

pravom članice. Uredba 1215/2012 predviđa i da se mora raditi o sporazumu koji je zaključen sa ugovaračem osiguranja koji nema prebivalište ili sedište u članici, osim ako se radi o obaveznom osiguranju ili ako se radi o osiguranju nepokretnosti koje se nalaze na teritoriji članice³⁶. Uredba 1215/2012 predviđa više situacija u kojima će se priznati zaključenje sporazuma, odnosno, uspostavljanje prorogacione nadležnosti.

Inače, po opštim pravilima, nadležnost suda može biti određena i putem autonomije volje stranaka. Stranke mogu odrediti sporazumom nadležnost i domaće i stranog suda. Moguća je i prećutna prorogacija nadležnosti koja se zasniva pokretanjem postupka, od strane jedne stranke, pred sudom, koji nije nadležan, a druga stranka se upusti u spor, odnosno raspravu. Isto tako, prećutna prorogacija nadležnosti se može zasnovati i podnošenjem protivtužbe³⁷.

Sporazum o nadležnosti i različite vrste rizika. – Sporazum o nadležnosti se po odredbama Uredbe 1215/2012 može odnositi i na ugovore o osiguranju kojima se pokriva jedan ili više rizika koji su definisani ovim aktom. Radi se o izuzetnim slučajevima, kod kojih je pisac akta procenio da se nadležnost može odrediti po autonomiji volje. Rizici se, uglavnom tiču osiguranih slučajeva koji su se dogodili na plovilima i vazduhoplovima, odnosno, u vezi sa njihovom upotrebom. Isto tako, Uredba 1215/2012 određuje da će se ova odredba primeniti i na rizike koji su definisani Direktivom “Solventnost II”.

Pre svega, Uredba 1215/2012 definiše rizik štete ili gubitka na morskim plovidbenim sredstvima, objektima koji se nalaze na pučini ili otvorenom moru, kao i na vazduhoplovima, a što predstavlja posledicu njihovog korišćenja u privredne svrhe. Nećemo se, ovde, baviti opštim pravilima, ali ćemo reći da ovakva odredba zaslužuje kritiku, a što se odnosi na neprecizno definisanje pojedinih pojmova, kao što je “pučina”, “objekti na pučini ili otvorenom moru”, “privredne svrhe”, itd. Isto tako, da li se na isti način može definisati i šteta ili gubitak vezan za upotrebu vazduhoplova, odnosno, da li se to može učiniti istom odredbom kojom je navedeno definisano i za morska plovidbena sredstva. Sledeći rizik je gubitak i šteta na robu u tranzitu, osim ako se radi o prtljagu, ako se tranzit sastoji od prevoza i uključuje prevoz tim plovilima ili vazduhoplovima. Naravno, šteta na prtljagu ili gubitak istog vezujemo, kad govorimo o određivanju nadležnosti, za vlasnika tog prtljaga, odnosno, oštećeno lice. Što se tiče stvari u tranzitu, moramo da kažemo da se radi o stvarima koje se prevoze iz jedne u drugu zemlju, ali preko treće, tranzitne, zemlje. Vrlo je diskutabilno govoriti o stvarima u tranzitu, kada se radi o prevozu vazduhoplovima.

³⁶ Član 15, st. 1, 2, 3 i 4 Uredbe 1215/2012.

³⁷ Vuković Đ., *Međunarodno građansko procesno pravo*, Zagreb 1987, str. 29.

Prorogaciona nadležnost se može utvrditi i kad se radi o osiguranju od odgovornosti prevozioca ili odgovornih lica na pomenutim objektima. Prorogaciona nadležnost u ovim slučajevima, neće biti dozvoljena, ako dođe do telesnih povreda putnika ili gubitka, odnosno, oštećenja njihovog prtljaga. U vezi sa tim, Uredba 1215/2012 određuje da se sporazumna nadležnost neće primeniti, ako je to nacionalnim pravom države članice, u kojoj je vazduhoplov registrovan, zabranjeno. Jedino se u tom slučaju, kada se radi o šteti upotrebom vazduhoplova, pominje izuzetak. Sporazumna nadležnost je dozvoljena i kada se radi o gubitku ili šteti koju je prouzrokovala roba u prevozu. Osim toga, prorogaciona nadležnost se odnosi i na rizike svakog finansijskog gubitka koji je povezan sa korišćenjem ili upravljanjem plovilima, objektima na pučini ili otvorenom moru, odnosno, upravljanjem vazduhoplovom, a posebno, ako se radi o gubitku tereta ili čartera. Po ovoj odredbi, radi se o svakom finansijskom gubitku, bilo na strani osiguravača, bilo osiguranika ili oštećenog lica.

Na kraju, Uredba 1215/2012 predviđa da se navedeno odnosi i na sve tzv. "velike rizike" koji su utvrđeni Direktivom 2009/138/EZ Evropskog parlamenta i Saveta od 25. novembra 2009. o osnivanju i obavljanju delatnosti osiguranja i reosiguranja³⁸ (poznatija kao Solventnost II)³⁹. Ovde ćemo reći da se radi o Direktivi koja predstavlja poboljšani regulatorni okvir solventnosti osiguravajućih društava putem, između ostalog, uvođenja sistema merenja solventnosti zasnovanog na riziku što uključuje sledeće kategorije rizika: kreditni rizik, tržišni rizik, poslovni rizik, rizik likvidnosti i rizik osiguranja⁴⁰.

*Regulisanje nadležnosti u stvarima koje se odnose na osiguranje
u Nacrtu Zakona o Međunarodnom privatnom pravu Srbije*

U Srbiji se pitanje nadležnosti, u stvarima koje se odnose na osiguranje reguliše, pre svega, opštim pravilima koja važe i za predmet u drugim oblastima. Različitosti koje odlikuju osiguranje nisu uzete u obzir. Pomenućemo samo odredbe Nacrta Zakona o Međunarodnom privatnom pravu⁴¹ (dalje: Nacrt ZMPP) koje se

³⁸ Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II) (OJ L 335/1, 17.12.2009).

³⁹ Član 16 Uredbe 1215/2012.

⁴⁰ Jauković L., Kaščelan V., Nova regulativa solventnosti osiguravajućih kompanija u EU – projekat Solventnost II-, str. 80, http://repec.mnje.com/mje/2007/v03-n05/mje_2007_v03-n05-a14.pdf (pristup: 17.08.2014).

⁴¹ Nacrt Zakona o Međunarodnom privatnom pravu, konačna verzija, sajt Ministarstva pravde Republike Srbije, <http://www.mpravde.gov.rs/sekcija/53/radne-verzije-propisa.php> (pristup: 17.08.2014).

odnose na ovu oblast, uz napomenu da je pitanjima nadležnosti u stvarima vezanim za osiguranje trebalo pokloniti mnogo veću pažnju.

U Nacrtu ZMPP, nadležnost u stvarima osiguranja se reguliše u okviru dela koji se odnosi na prećutni pristanak tuženog na nadležnost i kod regulisanja podnošenja direktne tužbe protiv osiguravača u predmetima osiguranja od odgovornosti. Kod prećutnog pristanka tuženog na nadležnost, smatra se da je tuženi dao pristanak na nadležnost domaćeg suda, ako u odgovoru na tužbu ili u prigovoru na platni nalog nije osporio nadležnost, odnosno, ako se upustio u raspravljanje na pripremnom ročištu ili, ako ono nije održano, na prvom ročištu za glavnu raspravu, a nije osporio nadležnost, kao i ako je podneo protivtužbu. No, ako se radi o stvarima vezanim za osiguranje, zatim stvarima vezanim za potrošačke ugovore, ugovore o radu i stvarima izdržavanja, a tuženi je imalac polise, osigurani, korisnik ugovora o osiguranju, oštećeno lice, potrošač, zaposleni, poverilac izdržavanja, domaći sud će, pre nego što se oglasi nadležnim, upozoriti tuženog o njegovom pravu da ospori nadležnost, kao i o posledicama pristupanja sudu⁴². Praktično, Nacrt ZMPP je ova lica stavio u privilegovan položaj. Ne želeći da analiziramo korišćenje termina "imalac polise", reći ćemo da je to dobro učinjeno, uz određenje i drugih lica koja imaju veze sa ugovorom o osiguranju ili osiguranim slučajem. Sa druge strane, ako se radi o navedenim direktnim tužbama, Nacrt ZMPP određuje da oštećeno lice može podneti direktnu tužbu protiv osiguravajućeg društva i odgovornog lica, ako to dopušta merodavno pravo za vanugovornu odgovornost za štetu ili ugovor o osiguranju⁴³. Mislimo da je i ovom odredbom definisano dobro rešenje, odnosno, da je data šira mogućnost podnošenja direktne tužbe.

ZAKLJUČAK

Određivanje posebnih pravila o nadležnosti u stvarima osiguranja je veoma značajno, imajući u vidu da su mnogi elementi vezani za obavljanje delatnosti osiguranja različiti u odnosu na druge oblasti, kao i da zahtevaju poseban pristup, ne samo u regulisanju materijalnih, već i procesnih pitanja. Uredba 1215/2012 na manje ili više uspešan način definiše odredbe o nadležnosti koje se tiču osiguranja. Kad to kažemo mislimo da je odredbe o prorogacionoj nadležnosti, kao i o primeni kriterijuma mesta nastanka štetne radnje kao osnova nadležnosti, trebalo opreznije definisati. Činjenica da se na, skoro, istovetan način ova materija uređuje

⁴² Član 28 Nacrta ZMPP.

⁴³ Član 181 Nacrta ZMPP.

je skoro 50 godina, govori da je pisac ovih akata mogao da na drugačiji način definiše, upravo, navedena pitanja.

Kad je u pitanju naša zemlja, kao što smo rekli, ovoj oblasti se ne posvećuje odgovarajuća pažnja, kad govorimo o zakonskim aktima koji bi trebalo da uređuju ovu materiju. Kad je u pitanju Nacrt ZMPP, ovaj akt, samo, na dva mesta reguliše neka pitanja nadležnosti u vezi sa osiguranjem. S druge strane, Nacrt ZMPP je posvetio posebne odredbe određivanju nadležnosti u sporovima iz potrošačkih ugovora i iz pojedinačnog ugovora o radu.

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

REGULATION OF JURISDICTION IN MATTERS RELATING TO INSURANCE UNDER THE REGULATION EU 1215/2012

Summary

Regulation EU No. 1215/2012 of the European Parliament and of the Council of 12 December 2012 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters, among other things, regulates jurisdiction in matters relating to insurance. Regulation 1215/2012 which will be apply from January 10, 2015, repeals the regulation 44/2001, which, on the almost identical way, regulates this topic. This applies to Brussels Convention from 1968, also. Insurance as a activity has its own specifics that require deviation from the general rules for determining the basis of jurisdiction. The author in the paper discusses the criteria related to the insurance of which we can single out residence or domicile of the parties, coinsurance, direct complaint, agreement on jurisdiction, types of risks, etc. The author, also, presents some general rules concerning the implementation of the rules on jurisdiction in matters of insurance. The basic remark that stands out in this paper refers to the fact that the other important elements of insurance are not taken into account, in regulating of this topic.

SLOBODAN ILIJIĆ

POLOŽAJ AKTUARA OSIGURANJA U PRAVNIM IZVORIMA SRBIJE

U V O D

U delatnosti osiguranja glavni zadatak aktuara je izračunavanje tarifa, odnosno cena za pojedine vrste osiguranja na bazi modeliranja rizika i neizvesnosti. Iz glavnog zadatka proizilazi dalje da se cena “proizvoda” osiguranja ne određuje jednostavno na tržištu, kao rezultat delovanja ponude i potražnje, već na bazi aktuarskih, matematičko – statističkih obračuna i stoga, zaključuje se, cena “proizvoda” osiguranja ni najmanje nije jednostavna¹. Pored glavnog zadatka, aktuari u delatnosti osiguranja obavljaju još niz važnih zadataka. Aktuari daju mišljenje o obrazovanju tehničkih rezervi, o aktima poslovne politike (od postupka donošenja, preko izmena i dopuna, do njihove primene), o finansijskim izveštajima i godišnjem izveštaju o poslovanju društva, o sprovođenju politike saosiguranja i reosiguranja, o izračunu matematičke rezerve, o prenosu portfelja osiguranja, o margini solventnosti i nizu drugih aktuarskih poslova.

Polazeći od opisanog predmeta i metoda rada aktuara u delatnosti osiguranja u daljim redovima biće razmatran samo njihov pravni položaj u ovoj delatnosti, iako aktuari mogu da budu angažovani u brojnim finansijskim oblastima, ustanovama, pravosuđu i sl.

Mr Slobodan Ilijić, član Presedništva udruženja pravnika Srbije.

¹ Prof. dr Jelena Kočović: *Uloga i značaj aktuarske profesije u razvoju tržišta osiguranja*, Zbornik radova Udruženja za pravo osiguranja Jugoslavije sa savetovanja, održanog aprila 2003. godine na Paliću, na opštu temu “Pravo osiguranja u tranziciji”, Palić, 2003, str.221-229.

U prvoj polovini 2014. godine pravni položaj aktuara u osiguranju Srbije bliže su određivala tri pravna izvora. Među pravne izvore najvišeg, zakonskog, ranga mogu da se svrstaju Zakon o osiguranju (u daljem tekstu: ZOS)², ali i jedan manji broj odredaba prethodnog Zakona o osiguranju imovine i lica (u daljem tekstu: ZOIL)³, kojima je ZOS produžio pravno važenje. Dodatni zakonski izvor za pravni položaj aktuara u osiguranju Srbije predstavljale su u protekloj dekadi odredbe Zakona o preduzećima, kao i odredbe dva istoimena Zakona o privrednim društvima, ali prostor ne dozvoljava detaljniji osvrt na te zakone i njihov uticaj na pravni položaj aktuara.

Drugo mesto u hijerarhiji pravnih izvora o pravnom položaju aktuara u osiguranju pripalo je Uredbi o načinu sticanja zvanja ovlašćenog aktuara (u daljem tekstu: Uredba)⁴. Tu Uredbu donela je još Savezna vlada tokom postojanja SRJ. Prilikom donošenja ZOS-a, ali i u kasnijim novelama, propušteno je da se Uredba stavi van snage, što znači da je ona i danas pozitivan propis za neke aspekte pravnog položaja aktuara u Srbiji (na primer za pitanje sastava Komisije za sticanje zvanja ovlašćenog aktuara). Na trećem mestu u hijerarhiji pravnih izvora našla se pre svega Odluka o uslovima za sticanje zvanja ovlašćenog aktuara (u daljem tekstu: Odluka)⁵.

Pravni položaj aktuara u manjoj meri osvetljavaju i neki drugi podzakonski opšti akti Narodne banke Srbije (u daljem tekstu: NBS)⁶, ali je navedena Odluka najneposredniji pravni izvor za zadatu temu. Osnovni tekst Odluke doneo je guverner Narodne banke Srbije (u daljem tekstu: NBS), Radovan Jelašić, ali je ona pretrpela samo manje izmene u 2011. godini. Uz ovako koncipiran redosled pravnih izvora valja imati u vidu da je svaka uredba izvršne vlasti viši opšti pravni akt od odluke, kao opšteg pravnog akta, stim što odluku mogu da donesu i izvršna i upravna vlast (NBS je bliža upravnoj vlasti). Reč je o opšteprihvaćenom zakonodavnompravnom stavu kod nas. Sa tih razloga, Uredbi Savezne vlade pripalo je drugo mesto u hijerarhiji pravnih izvora o položaju aktuara u delatnosti osiguranja u Srbiji, dok je Odluci NBS pripalo treće mesto. Od ova tri pravna izvora za pravni položaj aktuara u osiguranju Srbije najznačajniji je ZOS.

² "Službeni glasnik RS", br. 55/2004, 70/2004-isp. i 61/2005, 61/2005 – dr. zakon, 85/2005 – dr. zakon, 101/2007, 63/2009 – Odluka US, 107/2009, 99/2011, 119/2012 i 116/2013.

³ "Službeni list SRJ", br.30/1996, 57/1998, 53/1999 i 55/1999, kao i "Službeni glasnik RS", br.55/2004.

⁴ "Službeni list SRJ", br. 24/1997 i 17/1998.

⁵ "Službeni glasnik RS", br. 104/2006 i 3/2011.

⁶ Na primer, Odluka o sadržini mišljenja ovlašćenog aktuara ("Službeni glasnik RS", br.19/2005) i dr.

AKTUARI U DRUŠTVU ZA OSIGURANJE

Razmatranje aktuelnih statusnopravnih pitanja aktuara u uporednom pravu osiguranja ukazalo je da je pravno lice preovlađujući oblik organizovanja aktuara u svetu⁷. I u Srbiji je sada predviđena mogućnost osnivanja pravnog lica za obavljanje aktuarskih poslova, stim što to pravno lice mora prethodno da se registruje za obavljanje aktuarskih poslova (član 39. stav 2. tačka 11 ZOS-a)⁸.

Drugim rečima, prema pozitivnom pravu osiguranja aktuarskim poslovima u Srbiji mogu da se bave kako ovlašćeni aktuar, tako i pravno lice registrovano za obavljanje aktuarskih poslova. Međutim, dikcija najvećeg broja odredaba ZOIL-a, a danas i ZOS-a, odnosila se prvenstveno na – ovlašćenog aktuara – kao pojedinca, stručnjaka, fizičko lice. U uporednom poslovnom pravu stekla su pravo građanstva specifična privredna društva slobodnih profesija⁹, pa se u razvijenim privredama ta specifičnost odnosila i na privredna društva aktuara. Dakle, domaće zakonodavstvo je prvenstveno tretiralo ovlašćenog aktuara kao pojedinca, stručnjaka u društvu za osiguranje, ali uz mogućnost angažovanja pravnog lica registrovanog za obavljanje aktuarskih poslova.

Za pravni položaj aktuara u društvu za osiguranje karakteristična je odredba ZOS-a prema kojoj ovlašćenog aktuara imenuje direktor društva za osiguranje (član 181. stav 4. ZOS-a). S jedne strane, intencija ZOS-a je bila da društvo za osiguranje (uprava, nadzorni odbor) ima dužnost da ovlašćenom aktuaru obezbedi stalni i nesmetan pristup podacima o poslovanju koji su mu neophodni i koje ovlašćeni aktuar zatraži u vezi sa obavljanjem aktuarskih poslova (član 185. u vezi sa čl. 182 ZOS-a). U osnovi ove zakonske dužnosti bilo je da društvo za osiguranje prihvati da je ispunjenje ove dužnosti u stvari ostvarenje javnog interesa u delatnosti osiguranja i zato je tu dužnost zakonodavac poverio rukovodstvu društva. S druge strane, ZOS je precizirao da je ovlašćeni aktuar samostalan i nezavisan u vršenju poslova u društvu i da je dužan da obavlja svoju delatnost u skladu sa zakonom i pravilima aktuarske struke, dobrim poslovnim običajima i poslovnom

⁷ Mr Slobodan Ilijić: *Oblici obaveznog osiguranja na početku 2008. godine (II deo)*, čas. za teor. i praksu osiguranja "Tokovi osiguranja", br. 1-2/2009, str. 26-40; Mr Slobodan Ilijić: *Statusno-pravna pitanja aktuara u osiguranju Srbije*, Zbornik radova Udruženja pravnika u privredi Srbije sa 21. susreta, održanog u Vrnjačkoj banji maja 2012. godine, na opštu temu "Zakoni i privreda", čas. za privrednopravnu teor. i praksu "Pravo i privreda", Beograd, god. 49, br. 7-9/2012, str. 450-463.

⁸ Detaljnije u Odluci o sprovođenju odredaba Zakona o osiguranju koje se odnose na izdavanje dozvola i saglasnosti Narodne banke Srbije ("Službeni glasnik RS", br. 45/2005, 106/2006 – US).

⁹ Prof. dr Dragana Knežević-Popović: *Privredna društva slobodnih profesija: specifičnosti, prednosti, mane, perspektive*, Zbornik radova Udruženja pravnika Republike Srpske sa 9. savetovanja "Oktobarski pravnički dani", održanog oktobra 2012. u Banja Luci, na opštu temu "Izgradnja i funkcionisanje pravnog sistema", čas. za pravnu teor. i praksu "Pravna riječ", Banja Luka, god. 9, br. 32/2012, str. 589-600.

etikom (član 183. ZOS-a). Zbog javnog interesa, koji se izražava kroz obavljanje aktuarskih poslova u društvu za osiguranje, zakonodavac je snabdeo ovlašćenog aktuara atributima da je nezavisan i samostalan u radu, tj. u obavljanju aktuarskih poslova. U uporednom poslovnom pravu razmatran je status ovlašćenih aktuara na osnovu zakona zemalja u tranziciji (bivše SFRJ)¹⁰ i tom prilikom je konstatovano da se navedena odredba ZOS-a o načinu imenovanja ovlašćenog aktuara može da pronađe u zakonima ostalih posmatranih tranzicionih zemalja.

Međutim, osnovano je prigovoreno zakonodavcu Srbije da nije predvideo sankciju za slučaj da direktor društva za osiguranje ipak ne izvrši ovu zakonsku obavezu¹¹. Dakle, u Srbiji za pravni položaj ovlašćenog aktuara u društvu za osiguranje karakteristična je njegova zavisnost od direktora društva za osiguranje.

Uporedno poslovno pravo je u zakonskim odredbama posmatranih zemalja u tranziciji u odnosu na aktuare našlo niz zajedničkih načela. Među tim načelima stavljen je akcenat na načelo nezavisnosti i samostalnosti ovlašćenog aktuara¹². Svim zakonima zemalja u tranziciji iz uporednog poslovnog prava¹³, pa i ZOS-u, osnovano je prigovoreno da se nisu upuštali u bliže uređivanje načina obavljanja poslova aktuara. Taj prigovor zahvatio je formulaciju iz ZOS-a po kojoj ovlašćeni aktuari svoje poslove obavljaju – u skladu sa zakonom, kao i pravilima aktuarske struke, dobrim poslovnim običajima i poslovnom etikom.

Po mišljenju potpisnika ovog rada, formulacija – u skladu sa zakonom i pravilima aktuarske struke, dobrim poslovnim običajima i poslovnom etikom – konstituisana je u ZOS-u kao merilo pomoću koga se pristupalo ili moglo pristupiti konkretnom ocenjivanju ponašanja svakog ovlašćenog aktuara u društvu za osiguranje. Stim u vezi ZOS je ovlastio NBS da ocenjuje svakog ovlašćenog aktuara po pitanju da li je njegovo ponašanje u skladu sa tim merilom, odnosno da li je eventualno suprotno tom merilu, a sve to je još pojačao time što je ispred pravila, običaja i etike postavio sintagmu – u skladu sa zakonom. U sklopu ovog ocenjivanja ZOS je ponudio NBS svojevrstan dijapazon mera, ali i pravo NBS da oduzme ranije stečeno ovlašćenje (kao najstrožu meru), ako utvrdi da ovlašćeni aktuar u praksi ne postupa u skladu sa zakonom, kao i pravilima aktuarske struke, dobrim poslovnim običajima i poslovnoj etici (član 188. ZOS-a). Drugim rečima, ZOS ovlašćenom aktuaru preti da će NBS izreći sankciju za njegovo ponašanje, koje je u neskladu sa zakonom ili je suprotno zakonu, kao i pravilima, običajima i etici.

¹⁰ Prof. dr Ljubiša Dabić: *Pravni status ovlašćenih aktuara u zemljama u tranziciji*, Zbornik radova Udruženja pravnika Republike Srpske sa 4. savetovanja "Oktobarski pravnički dani", održanog oktobra 2007. u Banja Luci, na opštu temu "Izgradnja i funkcionisanje pravnog sistema", čas.za pravnu teor. i praksu "Pravna riječ", Banja Luka, god. 4, br. 10/2007, str. 469-493.

¹¹ Ibidem

¹² Ibidem.

¹³ Ibidem

Nema sumnje da je putem širokog diskrecionog ovlašćenja ZOS ovlastio NBS da utvrđuje da li je ovlašćeni aktuar u svakom konkretnom slučaju povredio pravila, običaje i etiku. Takođe, nema sumnje da u skladu sa zakonom ta pravila, običaji i etika unapred nisu bili nigde predviđeni ni utvrđeni za proteklu deceniju važenja ZOS-a, niti su objavljeni u ma kom pravnom izvoru (državnom ili autonomnom).

Dakle, pravila aktuarske struke, dobri poslovni običaji aktuara i poslovna etika aktuara zahtevaju upravo – u skladu sa zakonom – da budu formulisani i doneti kao kodeks, potom objavljeni u službenom glasilu, a sve to sa krajnjim ciljem da se učvrsti, kako pravni položaj ovlašćenog aktuara u društvu za osiguranje u Srbiji, tako i limit diskrecionog ovlašćenja, odnosno nivo zakonitog rada NBS u delatnosti osiguranja. Stupanjem na snagu navedenog kodeksa bila bi razrešena jedna od pravnih praznina u Zakonu o osiguranju.

MESTO I ULOGA AKTUARA U OSIGURANJU SRBIJE

Iz uporednog prava osiguranja je poznato da u svetu, naročito u razvijenim privredama osiguranja, postoje u praksi dva sistema po pitanju mesta i uloge aktuara u društvu za osiguranje¹⁴. U najkraćem, po jednom sistemu mesto i ulogu aktuara u društvu za osiguranje karakteriše u praksi status eksperta, stručnjaka u društvu za osiguranje (anglosaksonska praksa), a po drugom sistemu isto lice, aktuar u praksi može da bude i član uprave društva i ekspert, stručnjak tog društva (kontinentalna praksa). Kome sistemu su bliži mesto i uloga aktuara u Srbiji? Do odgovora na to pitanje može da se dođe, ako se pođe od pozitivnopravnih normi. ZOS je predvideo da za ovlašćenog aktuara ne može da bude imenovano lice koje u društvu za osiguranje obavlja funkciju člana uprave, odnosno nadzornog odbora i internog revizora (član 186. ZOS-a), a ako se dogodi da NBS oduzme aktuaru ovlašćenje iz zakonom propisanih razloga ili ako direktor društva za osiguranje razreši dužnosti ovlašćenog aktuara, na primer, zbog toga što je imenovan za člana uprave društva, odnosno nadzornog odbora i internog revizora, direktor društva za osiguranje ima pravo da imenuje novog ovlašćenog aktuara (član 190. ZOS-a). Iz ovih odredaba proizilazi da u Srbiji isto fizičko lice – ovlašćeni aktuar ne može da bude istovremeno i u statusu eksperta društva i u statusu člana uprave, odnosno nadzornog odbora i internog revizora tog društva.

Takođe, iz ovih odredaba proizilazi da nema zakonskih smetnji da društvo za osiguranje može da izabere u upravu društva lice sa zvanjem ovlašćenog aktuara, ali i da u to društvo zaposli drugo lice, eksperta, ovlašćenog aktuara. U vezi sa ovom poslednjom životnom situacijom treba primetiti da u Srbiji od stupanja na snagu ZOS-a do danas (2004-2014.) nije objavljen podatak, ili bar takav podatak nije poznat potpisniku ovog rada, da je neki ovlašćeni aktuar postao generalni di-

¹⁴ Videti fusnotu br. 7.

rektor, predsednik upravnog odbora, jednom reči čelnik društva za osiguranje¹⁵. Odsustvo takvog podatka predstavlja dopunski argumenat po kome su mesto i uloga aktuara u Srbiji bliži u praksi prvom sistemu u svetu. Dakle, mesto i uloga aktura u Srbiji bliži su u praksi prvom sistemu u svetu.

ZOS je uzgredno regulisao uslove i kriterijume za izbor aktuara pri osnivanju društva za osiguranje. Naime, ZOS je regulisao šta treba da sadrži zahtev za izdavanje dozvole za obavljanje poslova osiguranja i poslova reosiguranja, koga podnose osnivači svakog od tih društava (član 39. ZOS-a). Propisujući šta treba da sadrži taj zahtev u odnosu na fizička lica predložena za članove uprave (upravnog odbora i direktora) i nadzornog odbora, ZOS je sasvim uzgredno predvideo koje dokaze podnosi pravno lice registrovano za obavljanje aktuarskih poslova, a koje dokaze podnosi ovlašćeni aktuar. Potpisnik ovog rada smatra da budući zakon iz materije osiguranja treba da definiše na nov način uslove i kriterijume za izbor ovlašćenog aktuara ne samo pri osnivanju, nego i u toku života društva za osiguranje.

U tom smislu potrebno je da budući zakon iz materije osiguranja posebno utvrdi jasne uslove i nedvosmislene kriterijume odvojeno za pravno lice, registrovano za obavljanje aktuarskih poslova, odvojeno za ovlašćenog aktuara. ZOS je služeći se analogijom sa traženim dokazima pri osnivanju društva za fizička lica predložena za člana uprave i nadzornog odbora nastojao da utvrdi uslove i kriterijume kako za izbor pravnog lica registrovanog za obavljanje aktuarskih poslova, tako i za izbor ovlašćenog aktuara. Ove odredbe u ZOS-u nisu dovoljno jasne pogotovu što regulišu samo pitanja osnivanja društva, a ne uslove i kriterijume u već osnovanom društvu. Koautori jedne studije iz prava osiguranja¹⁶ založili su se za pravilo da i za izbor kandidata za ovlašćenog aktuara društva za osiguranje treba da važe isti uslovi i kriterijumi, koji važe za izbor kandidata za upravu društva za osiguranje. Dakle, budući zakon iz materije osiguranja treba posebno da utvrdi jasne uslove i nedvosmislene kriterijume za izbor, odvojeno za pravno lice registrovano za obavljanje aktuarskih poslova, odvojeno za ovlašćenog aktuara, što u ZOS-u nije bio slučaj.

Mesto i ulogu svake samostalne profesije u evropskom kontinentalnom pravu, pa i aktuara u Srbiji, kreira zakonodavac. Naime, Srbija je na početku puta ka članstvu u EU, tako da važećim zakonskim odredbama o mestu i ulozi aktuara

¹⁵ U Hrvatskoj je objavljeno, primera radi, da je dipl. ing. matematike i ovlašćeni aktuar Neven Tišma postao predsednik Uprave KD životno osiguranje. Redakcijski članak: *Specijalizirani za životna osiguranja*, Svijet osiguranja br. 6/2008, str. 7.

¹⁶ Prof. dr Zoran R. Tomić i asistent Dr Nataša Petrović Tomić: *O licenciranju kandidata za članove organa društva za osiguranje (Osvrt na odluke Ustavnog suda Srbije)*, Zbornik radova Udruženja pravnika u privredi Srbije sa 20. susreta, održanog maja 2011. u Vrnjačkoj Banji, na opštu temu "Privreda i vladavina prava", čas. za pravnu teor. i praksu "Pravo i privreda", Beograd, god. 48, br. 4-6/2011, str. 91-111.

u društvu za osiguranje predstoji osavremenjivanje. Prateći u delatnosti osiguranja put država bivše SFRJ ka EU, a sada članica EU, moglo je da se uoči kako EU vidi mesto i ulogu aktuara u društvu za osiguranje. U nezvaničnoj verziji upitnika Evropske komisije upućenog Hrvatskoj (sa preko 4.000 pitanja)¹⁷ bilo je i pitanja u odnosu na delatnost osiguranja. Među oko 90 pitanja i potpitanja u odnosu na celokupnu delatnost osiguranja u Hrvatskoj dva¹⁸ pitanja odnosila su se posebno na mesto i ulogu aktuara. Jedno od ta dva pitanja iz materije osiguranja glasilo je: koji su uslovi u vezi sa utvrđivanjem tehničkih rezervi? U sklopu tog pitanja postavljeno je jedno jedino potpitanje, koje je glasilo: da li su osiguravajuće kuće za životno i za neživotno osiguranje obavezne da zapošljavaju aktuare? Po mišljenju potpisnika ovog rada, iz dosadašnjeg razmatranja mesta i uloge aktuara ka budućem zakonu iz materije osiguranja u Srbiji mogu da se upute sledeća dva predloga, i to: prvo, da se umesto dosadašnjeg pravnog pravila iz ZOS-a, po kome direktor društva za osiguranje imenuje ovlašćenog aktuara, predvidi¹⁹ pravno pravilo da društvo za osiguranje obavezno zapošljava ovlašćenog aktuara, odnosno angažuje pravno lice registrovano za obavljanje aktuarske poslove.

Drugi predlog bi bio da u odredbama budućeg zakona iz materije osiguranja treba predvideti pravilo da skupština društva za osiguranje bira ovlašćenog aktuara, odnosno bira pravno lice registrovano za obavljanje aktuarskih poslova. Oba ova predloga korespondiraju sa pravom osiguranja EU. U prilog predloga da izbor ovlašćenog aktuara vrši skupština društva za osiguranje moglo bi da se doda da bi prihvatanje takvog rešenja u budućem zakonu iz materije osiguranja dovelo do izjednačavanja po rangu izbora ovlašćenog aktuara sa izborom spoljnog revizora društva za osiguranje, čiji izbor je, po pozitivnim propisima u Srbiji, u nadležnosti skupštine privrednog društva.

Mesto i ulogu ovlašćenog aktuara, kao slobodne profesije, obeležava način na koji su aktuari organizovani na nivou države. Za SFRJ bilo je karakterično postojanje Društva aktuara Jugoslavije, ali je u kasnijim ocenama preovladao stav da je to društvo samo formalno postojalo. Udruženja aktuara i slične organizacije u Velikoj Britaniji, SAD-u, Francuskoj, Belgiji i dr., predstavljali su značajne činioce u privredama osiguranja tih zemalja. Te asocijacije su, po pravilu, organizovale polaganje ispita za sticanje zvanja ovlašćenog aktuara. Prema Uredbi tadašnje ministarstvo finansija obrazovalo je komisiju pred kojom se polagao ispit za sticanje

¹⁷ Pitanja Evropske komisije za sektor osiguranja, hrv. čas. za teor. i praksu osiguranja "Osiguranje" br. 7-8/2003, str. 24-26.

¹⁸ Drugo pitanje tretiralo je pitanje odnosa između ovlašćenog aktuara i organa za nadzor nad delatnošću osiguranja.

¹⁹ Prema Predlogu zakona o izmeni i dopuni Zakona o osiguranju, koji je ušao u skupštin-sku proceduru 18.decembra 2013. godine Nacrt novog zakona o osiguranju nalazi se u međuresor-noj proceduri. U prvoj polovini 2014. godine o Nacrtu tog zakona vođena je rasprava u Privrednoj komori Beograda.

zvanja ovlašćenog aktuara, a prema Odluci to čini NBS, što se ocenjuje kao usamljen primer u svetu. Smatra se da je u Srbiji stvarni centar aktuarske struke i nauke lociran na Ekonomskom fakultetu Univerziteta u Beogradu, jer školuje aktuare, a uz to organizuje redovno stručne i naučne skupove sa međunarodnim učešćem²⁰. Po mišljenju potpisnika ovog rada, treba podsetiti da je Udruženje aktuara Srbije u jednom od ranijih mandata iznosilo u stručnu javnost podatak da NBS nije bila organizovala jedinstvenu službu statistike u delatnosti osiguranja za SCG²¹.

Pre donošenja ZOS-a bilo je interesantnih predloga iz osiguravajuće prakse u pravcu osavremenjivanja mesta i uloge aktuara u delatnosti osiguranja²², ali ih zakonodavac nije prihvatio. U međuvremenu po pitanju načina organizovanja slobodnih profesija u pravnom poretku Srbije nastupile su velike promene. Promene su se sastojale u tome što su umesto udruženja kao dobrovoljnih asocijacija pojedinaca ili nosilaca slobodnih profesija u zakonima konstituisane komore. Zakonodavac je komorama preneo odgovarajuća javna ovlašćenja, koja su do tada pripadala državi. Reč je brojnim komorama²³ samostalnih profesija (lekara, stomatologa, zdravstvenog osoblja, biohemičara, veterinara, notara, privatnih izvršitelja i dr.), uz već duže vreme afirmisane komore samostalnih profesija (advokata, ovlašćenih revizora i dr). U duhu savremenog pravnog poretka Srbije i novog načina organizovanja samostalnih profesija u budućem zakonu iz materije osiguranja valjalo bi predvideti formiranje komore ovlašćenih aktuara. Nema ustavnopravnih smetnji da zakonodavac u prvi mah komori ovlašćenih aktuara prenese samo neka javna ovlašćenja, na primer, da bude medijator između ovlašćenog aktuara i uprave društva ako dođe do spora u društvu za osiguranje, kao i nadležnost komore da arbitrira u slučaju spora u mišljenju između ovlašćenog revizora i ovlašćenog aktuara u istom društvu za osiguranje. O rešavanju ovih sporova starala se do sada NBS po pravu nadzora, a u tranzicionim zemljama na putu ka EU ti sporovi postali su nadležnost različitih oblika alternativnog načina rešavanja sporova u osiguranju. Osnivanjem komore ovlašćenih aktuara zakonodavac

²⁰ Videti fusnotu br. 1.

²¹ Prof. dr Jelena Kočović: *Aktuarska analiza podzakonske regulative*, Zbornik radova Udrženja za pravo osiguranja SCG sa savetovanja, održanog aprila 2005. na Paliću, na opštu temu "Osiguranje u svetlu novog zakonodavstva", Palić, 2005, str. 294-298.

²² Katarina Ivančević, "Polis osiguranje" a.d.: *Sticanje zvanja ovlašćenog aktuara, obrazovanje i strukovno organizovanje aktuara*, Zbornik radova Naučno-istraživačkog centra Ekonomskog fakulteta Univerziteta u Beogradu sa savetovanja, održanog maja 2003. u Vrnjačkoj Banji, na opštu temu "Privatizacija i perspektive osiguranja u zemljama u tranziciji", str. 237-242.

²³ Prof. dr Ljubiša Dabić: *Privredne komore (uporednopravni pristup)*, Zbornik radova Udruženja pravnika Republike Srpske sa savetovanja "Oktobarski pravnički dani", održanog oktobra 2011. u Banja Luci, na opštu temu "Izgradnja i funkcionisanje pravnog sistema", čas. za pravnu teor. i praksu "Pravna riječ", Banja Luka, god.8, br. 28/2011, str. 633-654.

Srbije bi nadoknadio svoje decenijsko zaostajanje za evropskim trendom u pogledu primene oblika alternativnog načina rešavanja sporova u delatnosti osiguranja. U uporednom pravu osiguranja poznat je slučaj nadzornog organa Slovenije iz 1998. godine, koji je neposredno pred liberalizacijom u obaveznom autoosiguranju ili par godine pred prijem u članstvo EU, morao da angažuje strane neutralne aktuare za izradu aktuarske studije o adekvatnosti premija u obaveznom autoosiguranju u delatnosti osiguranja Slovenije²⁴.

Po mišljenju potpisnika ovog rada, da je tada postojala u Sloveniji komora ovlašćenih aktuara, kao medijator ili arbitražni sud, veliki trošak nadzornog organa nad delatnošću osiguranja potrošen za tu studiju možda bi bio izlišan. Najzad, budući zakon iz materije osiguranja mogao bi da poveri komori ovlašćenih aktuara, koja se ovim putem predlaže, da izvorno formuliše i donese pravila aktuarske struke, dobre poslovne običaje i poslovnu etiku aktuara. Time bi mogla da bude zatvorena pravna praznina, o kojoj je bilo reči u prethodnom poglavlju ovog rada. Tek u perspektivi zakonodavac bi mogao da poveri komori ovlašćenih aktuara Srbije da preuzme od NBS organizovanje ispita za sticanje zvanja ovlašćenog aktuara, odnosno licenciranje ovlašćenih aktuara, vođenje registra ovlašćenih aktuara i dr.

Dakle, čini se da je sazrelo vreme da se mesto i uloga aktuara na nivou države Srbije osavremeni time što bi zakonodavac predvideo osnov za formiranje komore ovlašćenih aktuara uz postepeno prenošenje nekih od navedenih javnih ovlašćenja sa NBS na tu komoru, stim što bi ministarstvo nadležno za poslove finansija ili NBS moglo da bude drugostepena upravna instanca.

ZAKLJUČAK

Pravni položaj ovlašćenog aktuara i nivo zakonitosti u delatnosti osiguranja u Srbiji zahtevaju da se bez odlaganja sprovedu odredbe Zakona o osiguranju i formulišu u skladu sa zakonom pravila aktuarske struke, dobri poslovni običaji i poslovna etika aktuara. To do sada ne samo da nije formulisano kao kodeks, ni objavljeno, već predstavlja pravnu prazninu u pravnom položaju ovlašćenih aktuara po Zakonu o osiguranju Srbije.

Predlaže se da se u budućem zakonu iz materije osiguranja formuliše pravilo da društvo za osiguranje obavezno zapošljava ovlašćenog aktuara, odnosno angažuje pravno lice registrovano za obavljanje aktuarskih poslova, kao i pravilo

²⁴ Dipl. pravnik Sergej Simoniti, direktor Agencije za nadzor nad osiguranjem Slovenije: *Tržište osiguranja u Sloveniji i njegova regulacija – odabrana pitanja*, Zbornik radova Kompanije Dunav osiguranje a.d.o. sa regionalne konferencije, održane marta 2012. u Beogradu, na opštu temu "Razvoj tržišta osiguranja u jugoistočnoj Evropi", čas. za teor. i praksu osiguranja "Tokovi osiguranja – specijal", br. 1/2012, str. 14-24.

da ovlašćenog aktuara, odnosno pravno lice registrovano za obavljanje aktuarskih poslova, bira skupština društva za osiguranje.

Predlaže se da se u budućem zakonu iz materije osiguranja propišu jasni i nedvosmisleni kriterijumi za izbor, odvojeno pravnog lica registrovanog za obavljanje aktuarskih poslova, odvojeno za ovlašćenog aktuara. U pravnom poretku Srbije sazrelo je vreme da se u buduću zakon iz materije osiguranja ugradi zakonski osnov za formiranje komore ovlašćenih aktuara Srbije, kojoj bi država tim zakonom prenela u prvo vreme jedan manji broj javnih ovlašćenja. Takva javna ovlašćenja mogla bi da budu da, u okviru društva za osiguranje, rešava sporove između uprave društva i ovlašćenog aktuara (medijacija), kao i da rešava sporove u mišljenjima između ovlašćenog aktuara i ovlašćenog revizora (arbitraža), dok bi drugostepena upravna instanca moglo da bude ministarstvo nadležno za poslove finansija ili NBS. I donošenje kodeksa o pravilima aktuarske struke, dobrim poslovnim običajima i poslovnoj etici aktuara moglo bi da bude jedno od javnih ovlašćenja komore ovlašćenih aktuara u budućem zakonu iz materije osiguranja.

SLOBODAN ILIJIĆ, LL.M.,

Member of the Presidency of the lawyers Association of Serbia

POSITION OF INSURANCE ACTUARIES IN LEGAL SOURCES OF SERBIA

Summary

This paper analyzes provisions of the Insurance Act, Regulations on the acquisition of the certified actuary and Decrees on conditions for acquiring the title of a certified actuary. In the first chapter Position of the certified actuary in an insurance company, and in the second chapter the position of a certified actuary is observed from a broader social perspective. Third chapter considers general and specific conditions in the process of taking the examination for acquiring the title of certified actuary, particularly item 12. Decrees on conditions for acquiring the title of a certified actuary. From the entire analysis of the provisions from listed legal sources, the author has drawn four conclusions, and in every one of them, he has presented the suggestions for the future insurance regulatory law, whose adoption was announced during 2014. In the first chapter the author has spoken in favor of closing the gaps in law, by creating the policies for the actuarial profession, good business practices and actuarial business ethics, in accordance with the law. The second conclusion includes suggestions for creating the rule, saying that the insurance company have to hire a certified actuary, and the rule that certified actuary has to be chosen by the assembly of the insurance company. The third conclusion proposes that the future insurance acts should anticipate clear and unambiguous criteria for the election of legal entity certified for actuarial work and separately for the election of a certified actuary. In the fourth conclusion it is suggested that the future insurance regulatory law should revise legal grounds for establishing the Chamber of Certified Actuaries. This conclusion also gives specific proposals about public authorizations, which could be, at first, carried out by the newly formed Chamber of Certified Actuaries of Serbia.

PРАВНА ПРАВИЛА – ЕКОНОМСКИ ЕФЕКТИ И РИЗИЦИ ОСИГУРАНЈА

U V O D

Poslove osiguranja u Srbiji obavljaju osiguravajuća društva osnivana kao akcionarska društva čiji je pravni položaj uređen odredbama Zakona o osiguranju.¹ Odredbama nadležnog zakonskog propisa je uređeno da se imovina i lica u Republici Srbiji mogu osigurati samo kod domaćih društava za osiguranje, što ne mora da znači da vlasnici domaćih osiguravajućih društava ne mogu biti i strana lica.

Postojećim pravnim okvirom i učinjenim izmenama i dopunama zakona² stvoreni su uslovi za sveobuhvatnu kontrolu ispunjenosti uslova za osnivanje društava za osiguranje i drugih subjekata iz oblasti osiguranja. U skladu sa zakonskim propisima osiguranje imovine i lica je dobrovoljno³, osim slučajeva koji su uređeni zakonom kada je osiguranje obavezno. Naziv-firma ili poslovno ime akcionarskog društva za osiguranje obavezno sadrži skraćenicu "A.D.O".

Poslovima osiguranja, pored društava za osiguranje, mogu se baviti i društva za posredovanje u osiguranju, društva za zastupanje u osiguranju i agencije za pružanje drugih usluga i poslova u osiguranju.

Dr Radica Šipovac, profesor Univerziteta Privredna akademija, Pravni fakultet za privredu i pravosuđe, Novi Sad.

¹ Zakon o osiguranju "Sl. gl. RS", broj 55/04,... i 107/09.,

² Zakon o izmenama i dopunama Zakona o osiguranju "Sl. gl. RS" broj 101/07.

³ Zakon o dobrovoljnim penzijskim fondovima ("Sl. glasnik RS", br. 85/05).

Pravno lice ili preduzetnik ne mogu koristiti u svom poslovnom imenu pojam "osiguranje" osim ako to nije uređeno odredbama zakona.

Akcionarsko društvo za osiguranje predstavlja samostalno pravno lice koje obavlja jednu ili više vrsta osiguranja ukoliko su u okviru iste grupe osiguranja ili vrši poslove reosiguranja radi sticanja dobiti. Osnivanje akcionarskog društava za osiguranje uslovljeno je ispunjenjem minimalnih iznosa novčanog dela osnovnog kapitala, obračunatih po srednjem kursu novčanog Narodne banke Srbije na dan uplate. Akcionarsko društvo za osiguranje može da obavlja: životna osiguranja; neživotna osiguranja⁴; reosiguranje.

Akcionarsko društvo za osiguranje od internih akata donosi statut, druge opšte akte, godišnje politike i plan poslovanja i projekcije i planove poslovne politike uređene merodavnim odredbama zakona.

Društvo za uzajamno osiguranje osniva se u vidu dve pravne forme, odnosno kao društvo sa neograničenim doprinosom i društvo sa ograničenom doprinosom čiji cilj poslovanja nije sticanje dobiti, nego zadovoljenje potreba iz oblasti osiguranja imovine i lica svojih članova.

Ostali učesnici su: posrednici u osiguranju, zastupanje u osiguranju, agencija za pružanje drugih usluga u osiguranju i dr.

Upravljanje rizikom, njegovim prenosom na osiguravajuća društva, privrednim ali i neprofitnim subjektima na raspolaganju stoje brojne druge mogućnosti. Jedna od njih jeste formiranje sopstvenog društva za osiguranje. Sopstveno društvo za osiguranje predstavlja posebnu vrstu osiguravajućeg društva koju osniva roditeljska kompanija, privredna asocijacija ili grupa kompanija kako bi osiguravalo rizike svojih osnivača. Njihov značaj naročito se ispoljava kada je premija osiguranja visoka, odnosno kada se ciklus industrije osiguranja nalazi u fazi tzv. čvrstog tržišta. U radu su istraženi pojam i istorijski razvoj sopstvenih osiguravajućih društava, njihovo formiranje i upravljanje, njihove koristi, domicili za njihovo osnivanje kao i savremeni trendovi koji karakterišu ovaj sektor.

Osiguranje je primer kako da se očuva imovina i njeni delovi, nezavisno da li se radi o oblicima održavanja ili transportovanja. Zajedničkim snošenjem rizika ne smatraju se isključivo opasnosti koje uzrokuje ekspanzija međunarodne trgovine, tehnološki razvoj i pravna pravila i opasnosti koje dolaze, već i nedostatak primene prava i stručnih znanja koja su neophodna prilikom zaključivanja trgovinskih ugovora i ugovora iz oblasti osiguranja. Globalno makroekonomsko okruženje danas je suočeno sa usporavanjem privrednih aktivnosti, povećanjem svih oblika troškova, pojavom finansijske i hipotekarne krize koje nisu uticale samo na tržište osiguranja.

⁴ Zakon o porezu na premije neživotnih osiguranja "Sl. glasnik RS", br. 135/2004.

FINANSIJSKE OBAVEZE DRUŠTVA ZA OSIGURANJE

Društva za osiguranje su obveznici sačinjavanja finansijskih izveštaja, vođenja poslovnih knjiga, priznavanja prihoda i rashoda u finansijskim izveštajima društva za osiguranje i utvrđivanje finansijskog rezultata društva na kraju obračunskog perioda. Društva za osiguranje čiji su osnivači sa sedištem u inostranstvu dužni su na zahtev NBS da obezbede podatke na osnovu kojih se može sagledati poslovanje tih pravnih lica (Zakon o računovodstvu i reviziji).

Zakonskim odredbama uređeno je da su društva za osiguranje u svom poslovanju obavezna da primenjuju standarde⁵ kao i ostalu merodavnu zakonsku i podzakonsku regulativu.⁶

Odredbama Zakona o računovodstvu i reviziji uređeno je da su Društva za osiguranje dužna da prilikom sačinjavanja poslovnih evidencija, sastavljanja, prezentacije, dostavljanja i obelodanjivanja finansijskih izveštaja primenjuju međunarodne računovodstvene standarde (MRS) i međunarodne standarde finansijskog izveštavanja MSFI, čija je primena u znatnoj meri ograničena odredbama Zakona o osiguranju i podzakonskih akata donetih na osnovu njega. Kako bi evidencije društva za osiguranje bile verodostojne izvršene su izmene Pravilnika o kontnom okviru i na drugi način uređeno je iskazivanje podataka o troškovima, prihodima i rezultatima za poslove osiguranja, po vrstama osiguranja i za poslove neposredno povezane sa poslovima osiguranja.

Obračun troškova, prihoda i rashoda se vodi na novim računima u okviru klase 9, odnosno uvedeno je računovodstvo troškova i učinaka po vrstama poslova osiguranja. Utvrđivanje rezultata poslovanja društva za osiguranje čini ostvarena dobit ili gubitak.

Raspored ostvarene dobiti odnosno viška se nadoknađuje iz poreza na dobit, odnosno višaka a ostatak predstavlja neraspoređenu dobit. Društvo za osiguranje neraspoređenu dobit iz ranijih godina raspoređuje po sledećem redosledu: 1) Pokriće gubitka iz ranijih godina; 2) Za izdvajanje u rezerve; 3) Za druge namene utvrđene statutom društva.

Raspored pokrića gubitka društvo za osiguranje iz ranijih godina vrši prema sledećem raperedu za: 1) Neraspoređenu dobit; 2) Rezerve; 3) Osnovni kapital.

⁵ Međunarodni računovodstveni standardi - Međunarodni standardi finansijskog izveštavanja "Sl. glasnik RS", Broj 77/10 i 95/10 i Međunarodni računovodstveni standardi .

⁶ Zakon o računovodstvu i reviziji, "Sl. glasnik RS", Broj 46/2006 i 111/09; Zakon o osiguranju, "Sl. glasnik RS", broj 55/04, ... I 107/09; Zakon o osiguranju u saobraćaju, " Sl. glasnik RS", broj 51/09; Pravilnik o kontnom okviru i sadržini računa u Kontnom okviru za društva za osiguranje, " Sl. glasnik RS", broj 15/07, 3/09 i 35/10; Pravilnik o sadržaju i formi obrazaca finansijskih izveštaja društava za osiguranje, " Sl. glasnik RS", broj i 3/09, 7/09 i 5/10.

Odredbama Pravilnika definisano je šta se smatra materijalno značajnim iznosima efekata po osnovu promene računovodstvene politike, odnosno učinjene greške.

PROCENJIVANJE RASHODA

Višak prihoda nad rashodima označava sa računovodstvenog aspekta pozitivno poslovanje svakog subjekta. Rashodi društva za osiguranje, definisani su Zakonom o osiguranju, kao rashodi za štete i ugovorene sume osiguranja, rashodi za štete po osnovu aktivnih poslova reosiguranja, rashodi za premije po osnovu pasivnih poslova reosiguranja i drugi rashodi od poslova osiguranja, rashodi za obavljanje delatnosti osiguranja i reosiguranja (troškovi), kao i rashodi finansiranja i neposlovni i vanredni rashodi. Rashodi društava za osiguranje su i: 1) rezervisanja za štete iz osiguranja, saosiguranja i reosiguranja; 2) izdvajanja iz premije osiguranja života za matematičku rezervu; 3) izdvajanja na ime učešća osiguranika za povećanje sume osiguranja i slična davanja kod osiguranja života u skladu sa uslovima osiguranja života; 4) izdvajanja za rezerve za izravnjanje rizika.

Izmenama pravilnika uvedeni su trocifreni analitički računi i obavezana društva da u poslovnim knjigama obezbede podatke o troškovima uprave, troškovima pribave osiguranja, troškovima izviđaja, procene, likvidacije i isplate šteta, kao i o troškovima deponovanja i ulaganja sredstava osiguranja. Izmene se odnose i na iznose iskazane u troškovima, prihodima i rezultatima za poslove osiguranja, po vrstama osiguranja i za poslove neposredno povezane sa poslovima osiguranja.⁷ Priznaju se troškovi koji su evidentirani u poslovnim knjigama na osnovu dokumentacije o nastalim troškovima i prihodima (direktni troškovi i prihodi) i na osnovu kriterijuma za razvrstavanje indirektnih (opštih i zajedničkih) troškova i prihoda utvrđenim internim aktom društva.

Štete koje su obračunate (likvidirane) knjiže se u korist i na teret odgovarajućih računa bez obzira da li je izvršeno plaćanje ili ne. Na teret istih računa knjiže se i troškovi utvrđivanja i procenjivanja šteta, troškovi ostvarivanja regresnih zahteva, sudski troškovi i takse u sporovima po obavezama iz osnova osiguranja, troškovi veštačenja i drugi troškovi nastali u vezi sa isplatom šteta.

VRSTE UGOVORA O OSIGURANJU

Ugovori o osiguranju se mogu podeliti na ugovore koji dovode do naknade štete ako nastupi u ugovoru predviđen slučaj ili na ugovore koji obavezuju davaoca osiguranja da isplati ugovorom predviđenu i određenu svotu novca. U po-

⁷ Pravilnik o kontnom okviru i sadržini računa u Kontnom okviru za društva za osiguranje, "Sl. glasnik RS", broj 15/07, 3/09 i 35/10 član 63. do 63ž.

slovnoj praksi osiguranja postoji veliki broj ugovora. Treba razlikovati zakonsko od ugovornog osiguranja, odnosno obavezno od dobrovoljnog osiguranja. Ukoliko je kriterijum podela mesto gde se pojavljuje rizik od koga se osiguranik želi osigurati, osiguranje možemo razvrstati u tri grupe: kopнено, pomorsko i vazdušno osiguranje.

Vrste osiguranja po osnovu razlika između objekata koji se osiguranjem štite od neizvesnih rizika delimo na lično, imovinsko i osiguranje od odgovornosti. Ona istovremeno mogu biti zakonska i dobrovoljna osiguranja. Osiguranje od štete (imovinsko osiguranje) obezbeđuje naknadu štete ukoliko ista nastupi usled postojećih rizika koji su predviđeni osiguranjem.

Uplatom premije osiguranja na osnovu odredaba ugovora o osiguranju ostvaruje se premijsko osiguranje. Uzajamno osiguranje predstavlja svojevrsan oblik samopomoći, odnosno samoosiguranja više pravnih ili fizičkih lica u cilju zajedničke zaštite od neizvesnih rizika. Veliki privredni značaj ima podela osiguranja na kopнено i transportno koje se deli i na pomorsko, železničko, drumsko⁸, rečno i vazdušno transportno osiguranje. Transportno osiguranje se deli na lično imovinsko i osiguranje od odgovornosti, odnosno deli se na kasko osiguranje prevoznog sredstva i kargo osiguranje robe (tovara) koji se prevozi.

Osiguranje u korist trećih lica se može pojaviti u svim vidovima ali se u praksi najčešće pojavljuje kod ličnih osiguranja. U praksi srećemo i osiguranja od poslovnog neuspeha, kao i oblike reosiguranja (ugovor se sklapa sa jednim osiguravačem) i saosiguranja kada se za isti rizik zaključuje više ugovora, odnosno osiguranik se nalazi u ugovornim odnosima sa svakim od saosigurača posebno.

Osnovni izvor prava u oblasti osiguranja, u našoj zemlji, je Zakon o osnovama sistema osiguranja imovine i lica⁹, kao i prateća regulativa u obliku republičkih i pokrajinskih zakona iz ove oblasti.

TEHNIČKA REZERVA I DOPRINOS ZA PREVENTIVU

Koje će sve rashode imati društvo za osiguranje uređeno je odredbama Zakona o osiguranju (član 127. stav 3). Društvo za osiguranje dužno je da na kraju obračunskog perioda utvrdi tehničke rezerve za pokriće obaveza iz obavljanja poslova osiguranja u skladu sa usvojenom regulativom¹⁰.

⁸ Zakon o prevozu u drumskom saobraćaju, "Službeni glasnik RS", br. 46/95, 66/2001.

⁹ Službeni list SFRJ, broj 24/1976.

¹⁰ Odluka o bližim kriterijumima i načinu obračunavanja rezervi za izravnjanje rizika, "Sl. glasnik RS" 13/05 i 23/06; Odluka o bližim kriterijumima i načinu obračunavanja matematičke rezerve za učešće u dobiti "Sl. glasnik RS", 7/10; Odluka o bližim kriterijumima i načinu obračunava-

Procenjivanje pozicija izravnjanja rizika, obračunavanje rezervi, prenosnih premija i rezervisanih šteta, nije usaglašeno sa Međunarodnim računovodstvenim standardima. Deponovanje i ulaganje sredstava tehničkih rezervi nije slobodno, odnosno ograničeno je Odlukom o ograničenjima pojedinih oblika deponovanja i ulaganja sredstava tehničkih rezervi i o najvišim iznosima pojedinih deponovanja i ulaganja u garantne rezerve društva za osiguranje.

Sredstva za preventivu, u vidu doprinosa, formiraju se na teret rashoda i koriste se u skladu sa odredbama poslovne politike društva, za neposredna bespovratna davanja na teret doprinosa za preventivu ili za povratna davanja, u cilju smanjenja rizika i prevencije štetnih događaja. Deo doprinosa za preventivu koji nije iskorišćen prenosi se u narednu godinu i ne može se koristiti za druge namene, osim za namene predviđene Zakonom i Pravilnikom o preventivi.

Društvo za osiguranje na drugi način tretira osiguranje u saobraćaju. Od brutopremije osiguranja od autoodgovornosti izdvaja se deo za preventivu i kvartalno uplaćuje za uvođenje, funkcionisanje i unapređenje sistema za praćenje, kontrolu i regulisanje saobraćaja.

Sredstva tehničkih rezervi mogu se držati u gotovini u blagajnama i na računima kod banke. Društvo za osiguranje dužno je da tromesečno obaveštava Narodnu banku Srbije o deponovanju sredstava za tehničku rezervu. Radi obezbeđenja trajnog izvršavanja obaveza, društvo za osiguranje mora imati i garantnu rezervu.

Garantnu rezervu čine: 1) Osnovni kapital; 2) Rezerve iz dobiti i rezerve utvrđene aktima društva; 3) Neraspoređena dobit iz ranijih godina do 50%; 4) Deo neraspoređene dobiti tekuće godine do 50% pod uslovom da ne prelazi 25% od granitne rezerve; 5) Revalorizacione rezerve.

KANALI PRODAJE U OSIGURANJU

Poslovi prodaje osiguranja se manifestuju ostvarenjem funkcija osiguranja, odnosno ostvareni rezultati direktno utiču na finansijsku uspešnost osiguravajućih kompanija. Funkcija prodaje je osnovna ali ukupnom pozitivnom rezultatu doprinose i ostale funkcije kao što su razvoj novih proizvoda, kvalitetno preuzimanje složenih i novih rizika kroz UW obradu tržišta, kvalitetno sagledavanje rizika u fazi front aktivnosti ali i posledičnih rizika.¹¹

Široke mogućnosti portfelja značajne su za prodaju a poseban značaj imaju i pravovremeno pristupanje i upravljanje portfeljem osiguranika. Pravilan izbor

nja prenosnih premija "Sl. glasnik RS", 19/05; Odluka o bližim kriterijumima i načinu obračunavanja rezervisanih šteta, "Sl. glasnik RS", 86/07.

¹¹ Tepavac Rajko, 2011, Kanali prodaje u osiguranju, *Računovodstvo*, vol. 55, br 1-2, str. 115-124.

klijenta i dobar odnos prema grupama doprinosi određivanju kapaciteta i uspešnosti kompanije za osiguranje.

Ulaganje u obrazovanje uopšte i edukaciju kadrova predstavlja pokretni kapital i potencijalne mogućnosti zemlje a ulaganje i edukaciju kadrova u osiguranju zahteva permanentnu i disciplinovanu edukaciju, uz programski obuhvaćenu visoku prilagodljivost savremenim trendovima industrije osiguranja i neophodnost na putu uspeha i izvršena ulaganja u personalni potencijal. Ulaganja u obrazovanje osiguravača su raznovrsna i polaze od obuke sopstvenih potencijala u vidu školskog centra za trening ili aktiviranje sopstvenih trenera sa vertikalnom karijerom i dr., ili se koriste koprodukcije sa profesionalnim eksternim institucijama i pojedincima.

Uspešnost zahteva kvalitetnu, savremenu organizaciju prodaje strogo centralizovanog tipa, dolaženja do brze i kvalitetne informacije, uspešne menadžerske aktivnosti koje doprinose sprovođenju poslovne politike kompanije i postizanju optimalnog poslovnog rezultata. Kretanje ljudi, kapitala, roba, i cena predstavlja četiri velike slobode, posmatrano sa međunarodnog aspekta i odnosi se na slobodu protoka ljudi i njihovih znanja i sposobnosti, slobodno kretanje kapitala bez nacionalnih i ostalih barijera, slobodan uvoz i izvoz proizvoda bez pravnih i kontrolnih zabrana, kao i slobodno formiranje cena proizvoda i usluga na tržištu. Doprinos četiri velike slobode sa makro aspekta predstavlja i doprinos na nacionalnom nivou i reflektuje se i na poslove osiguranja čije se matične kuće, filijale i predstavništva obično ne nalaze u jednoj zemlji, nego obično pokrivaju neko geografsko područje (Evropska unija i sl.) rukovodeći se efikasnošću poslovanja koja nije moguća ukoliko u zemlji ne postoji razvijena i jaka privredna delatnost.

POLISA OSIGURANJA I DRUGI DOKUMENTI

Polisa osiguranja (engl. *Insurance policy*) je jedan od osnovnih dokumenata u poslovima osiguranja. Odredbama Zakona o obligacionim odnosima uređena je obavezna sadržina polise osiguranja, odnosno u polisa obavezno treba da sadrži: ugovorne strane, osiguranu stvar ili lice, rizik obuhvaćen osiguranjem, trajanje osiguranja i period pokrića, iznos (svota) osiguranja ili izjava da je osiguranje neograničeno, premija ili doprinos, datum izdavanja polise i potpisi ugovornih strana.

Osiguranje života, kao posebna oblast osiguranja, odredbama Zakona o obligacionim odnosima određuje obavezan sadržaj i sastojke polise osiguranja života. Pored obaveznih elemenata koje treba da sadrži svaka polisa, polisa za osiguranje života obavezno treba da sadrži : lične podatke, odnosno ime i prezime lica na čiji se život odnosi osiguranje, lični podaci – datum rođenja, događaj ili podatak od koga zavisi nastanak prava na kome se zasniva isplata osigurane svote.

Odredbe Zakona o pomorskoj i unutrašnjoj plovidbi definišu da polisa treba da sadrži sve odredbe iz zaključenog ugovora o osiguranju, ali se na navode striktno kao u Zakonu o obligacionim odnosima koji su to svi obavezni elementi.

Pravila osiguranja i tarife, koje utvrđuju društva za osiguranje i reosiguranje po svojoj pravnoj prirodi spadaju u opšte uslove poslovanja. Razvoj na međunarodnom planu doveo je do formiranja međunarodnih poslovnih običaja i pravnih pravila osiguranja. Neka dokumenta su se davno pojavila kao Lojdova polisa o pomorskom osiguranju koja se primenjuje od kraja 18 veka do danas na međunarodnom i nacionalnom prostoru.

OBAVEZNO OSIGURANJE

Prilikom sklapanja ugovora o obaveznom osiguranju između osiguranika i davaoca osiguranja neophodno je proveriti da li su odredbe ugovora o obaveznom osiguranju u skladu sa odredbama zakona.

Obavezno osiguranje sačinjavaju: 1. Putnici u javnom prevozu; 2. Korisnici odnosno sopstvenici motornih vozila od odgovornosti za štete pričinjene trećim licima. Obavezno osiguranje putnika obuhvata sve vidove javnog prevoza u zemlji. Premija osiguranja je uračunata u prevoznju cenu, odnosno putnik kupovinom karte uplaćuje i premiju osiguranja. Osiguranjem je obuhvaćen i putnik koji nije kupio voznu kartu a nalazio se na teritoriji stanice, aerodroma pristaništa i sl., ukoliko dokaže da je imao nameru da putuje ili je putovao nekim od prevoznih sredstava. Obavezno osiguranje vlasnika ili korisnika motornog vozila od odgovornosti prema trećim licima obuhvata lično i imovinsko osiguranje trećih lica.

ZAKLJUČAK

Stručni nosioci i eksperti osiguranja sa posebnim, specifičnim znanjima i njihovom primenom mogu da prevaziđu probleme funkcionisanja sektora osiguranja u tranzicionim privredama, sa posebnim osvrtom na Srbiju, koji su dodatno usloženi svetskom ekonomskom i finansijskom krizom. Analizi su podvrgnuti aktuelni podaci i trendovi iz oblasti osiguranja, kao i mere koje utiču na unapređivanje delatnosti osiguranja, i to metodama kvantitativne, kvalitativne i deskriptivne analize.

Razmatranjem poslovanja osiguravajućih kompanija i stepen njihove uspešnosti ukazuju na činjenicu da tržište osiguranja u Srbiji još nosi obeležja tržišta u razvoju sa znatnim potencijalima i mogućnostima, posebno u delu životnog osiguranja, što pruža osnov za optimizam u pogledu dinamičnijeg rasta ovog sektora u narednim godinama.

Osiguravajuće kompanije tržištu nude ugovor koji garantuje određene naknade u slučajevima negativnog poslovanja, odnosno učešće u finansijskom delu i podelu tereta rizika. Na malom i nerazvijenom tržištu Srbije, oslabljenom raspadom nekadašnje zajedničke države, sužavanjem tržišta i primenom dugogodišnje, spore i neefikasne privatizacije, i drugih faktora koji su uticali na stanje u zemlji, poslovalo je, razvijalo se i opstalo tržište osiguranja.

Poslovi osiguranja su važni za obavljanje prometa pošto povećavaju sigurnost i smanjuju rizike poslovanja.

RADICA ŠIPOVAC, LL.D.,
Professor, Faculty of Law for Business and Justice,
University in Novi Sad

LEGAL RULES – ECONOMIC EFFECTS AND RISKS OF INSURANCE

Summary

Professional insurance carriers and experts with special, specific knowledge and its application can overcome the problems in functioning of the insurance sector in transition economies, with a special focus on Serbia, were the situation is further aggravated by the global economic and financial crisis. The current data and trends in the field of insurance were subjected to analysis, as well as measures that affect the improvement of the insurance business, using methods of quantitative, qualitative and descriptive analysis.

Consideration of the insurance companies and their level of performance indicate that the insurance market in Serbia still has elements of the emerging market with considerable potential and opportunities, especially in the area of life insurance, which provides a basis for optimism regarding the dynamic growth of this sector in the coming years.

The insurance companies are offering to market a contract that guarantees certain benefits in cases of negative business, i.e. financial participation and sharing the burden of risk.

For small and underdeveloped market of Serbia, weakened by the disintegration of the former federal state, by narrowing the market and the long, slow and inefficient privatization, as well as other factors that have influenced the situation in the country, the insurance market has operated, thrived and survived.

Insurance operations are important for trade because they increase safety and reduce business risks.

SLOBODANKA KOVAČEVIĆ-PERIĆ,
GORAN OBRADOVIĆ

**SMISAO I DOMAŠAJ NAČELA SAVESNOSTI I POŠTENJA
U ZAŠTITI PRAVA IZ RADNOG ODNOSA
PRED ARBITRAŽOM**

“Arbitraži pristupamo sa spremnošću da ne dobijemo ništa,
niti sve što smo tražili” (*Ciceron*).

U V O D

Načelo savesnosti i poštenja potiče još iz rimskog prava u kome je označavano kao *bona fides* ili dobra vera (*lat. bonus* – dobar i *fides* – vera, poštenje, uverenje). Prema ovom načelu u odnosima među strankama morala je postojati pravičnost, poštenje, korektnost, poverenje, uvažavanje specifičnih odnosa koji nisu bili u skladu sa strogim pravnim normama i slično.¹ Dakle, u pitanju je pravni standard. Pozivanje na načelo savesnosti i poštenja (*bona fides*) u regulisanju savremenih pravnih odnosa izraženo je zahtevom za ublažavanje strogog formalizma krutih okvira pravnih normi, čime se postiže prilagodljivost i fleksibilnost pravnog poretka, nadasve u okolnostima kada za određene društvene odnose nema pravne anticipacije. Sadržina načela savesnosti i poštenja nije određena pravnim poretkom, u osnovi načela savesnosti i poštenja ispoljene su pored pravičnosti i moralne dužnosti. Vezivanje prava za pravičnost je cilj svakog pravnog

Dr Slobodanka Kovačević-Perić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Prištini, Kosovska Mitrovica.

Dr Goran Obradović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu.

¹ A. Romac, *Riječnik rimskog prava*, Informator, Zagreb, 1983, str. 41.

sistema koji teži vladavini prava i pravdi. Kako se treba postupati po pravičnosti i pravdi, dao je naš čuveni pravnik Valtazar Bogišić u članu 783. stavu 3. Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru iz 1888. godine. “U takvom suđenju sudija treba da, ocenjujući sa svake strane prilike posla, pazi osobito na to šta časni ljudi drže da je pravo i šta je u skladu sa javnim verovanjem i poštenjem, bez kojih ne može biti uredna saobraćaja među ljudima. Iako sudija to sve radi po duši i savjesti, on opet treba da pazi koliko je god moguće i na razum i mišljenje naroda i razreda ljudi kojima se obični poslovi te ruke”. *Prema Ciceronu (Ciceron) Summum ius, summa iniuria* – Najveće pravo (je često) najveća nepravda. Prema V. Bogišiću: “Ko samo riječi zakonske znade, taj još zakona ne zna, dok mu ne shvati razum i smisao”.

Vezivanje prava za pravičnost, pravednost, pravdu – težnja je koju su izražavali još rimski pravници. Ciceron je pisao da je pravo pronađeno radi dobra građana i sigurnosti njihovih zajednica.² Justinijanovi kompilatori uneli su u tekst u prvo poglavlje prve knjige Digesta koja ima naziv “O pravičnosti i pravu” – (*De iustitia et iure*) Ulpijanov tekst u kome se nalazi Celzova definicija prava – *ius est ars boni et aequi* (pravo je veština o dobrom i jednakom).³

Načelo savesnosti i poštenja generišu principi pravičnosti, moralne/etičke vrednosti, čast, dobro, poštenje, i slično, pa oslanjanje na načelo savesnosti i poštenja u regulisanju pravnih odnosa oplemenjuje pravne norme, i vodi moralizaciji pravnog poretka uopšte. Primena ovog načela u izvesnoj meri ublažava stroge podela ovlašćenja u trideobe vlasti – zakonodava, sudska i izvršna vlast. Naime, pozivanje na pravni standard *bona fidei* u regulisanju pravnih odnosa nameće dodatnu obavezu za one koji presuđuju, mire, posreduju, u tom smislu da se moraju rukovoditi ne samo pravnim normama već i nekim “višim” principima (principima pravednosti, principima moralnosti, principima savesnosti, dobrim običajima, itd). Time, oni dobijaju i šira ovlašćenja u tumačenju i primeni prava. *Striktost pravnih normi (ius cogens) dovodi do toga da i sudska vlast “samo izuzetno” pribegava postulatima principa bona fides*, pa se češće definišu pravne situacije kada će se ova načela primenjivati. *Stoga se načelu poštenja i savesnosti pribegava kao nužni korektiv pravnim propisima u situacijama kada pravne norme ne regulišu određene odnose tzv. pravne praznine ili kada je norma suviše “kruta” u odnosu na odnose koje reguliše a cilj je ostvariv i primenom bona fides* - najčešće u obli-

² A. Malenica, *Pojam prava u klasičnoj rimskoj doktrini – samo istorija ili i izazov*, Zbornik Pravnog fakulteta u Splitu, god. 43, 3–4/2006, str. 339.

³ Digeste: “Onaj koji se posvetio pravnim poslovima treba najpre da zna odakle potiče naziv “pravo” (*lat. ius*). Dakle nazvano je po pravičnosti (*lat. iustitia*); jer kako je Celz tačno protumačio, pravo je nauka (*veština*) o dobrom i jednakom (*pravičnom*)”. Citirano prema: A. Malenica, nav. delo, str. 336, 337.

cionim odnosima.⁴ Međutim, Zakon o obligacionim odnosima (člana 12)⁵ podiže načelo savesnosti i poštenja na nivo *ius cogens*, propisujući da su u zasnivanju obligacionih odnosa i ostvarivanju prava i obaveza iz tih odnosa strane dužne da se pridržavaju načela savesnosti i poštenja. Pravna posledica takve konkretizacije je da strane ne mogu ovu dužnost da isključe ili ograniče.

OSOBNOSTI ZAŠTITE PRAVA IZ RADNOG ODNOSA

Ustanovljenost pravnim propisima (međunarodnim konvencijama, ustavom, zakonom, opštim aktom, itd.) prava zaposlenih da mogu tražiti zaštitu svojih povređenih prava pred nekim nepristrasnim telom, u duhu je rešenja savremenih pravnih sistema u okviru kojih su prava na radu priznata i zaštićena kao ljudska prava, odnosno specifična prava čoveka koja se ostvaruju u oblasti rada i radnih odnosa (socioekonomska sfera). Socijalno-ekonomska prava omogućavaju da pojedinci uživaju tekovine civilizacijskog razvoja društva, odnosno da građani ostvare pristup materijalnim i duhovnim dobrima zajednice.⁶ Kao i sva ljudska prava i socijalno-ekonomska prava su: univerzalna, neotuđiva i međusobno povezana (korelativna). Iz neotuđivosti ljudskih prava na radu proističe njihova nepovredivost. Neotuđivost i nepovredivost prava na radu priznata je i na međunarodnom planu – Opštom deklaracijom o pravima čoveka (čl. 23) koju su UN usvojile 10.12.1948 godine,⁷ Međunarodnim paktom o građanskim i političkim pravima, koju su UN usvojile 16.12.1966. godine,⁸ Međunarodnim paktom o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima iz 1966. godine.⁹

Prava zaposlenih na radu i povodom rada se, dakle, ne samo posebno uređuju, već i ostvaruju i zaštićuju. *Zaštita prava radnika*, u širem smislu reči podrazumeva sve norme važećeg prava kojima se reguliše položaj radnika, uključujući utvrđivanje, ostvarivanje i zaštitu radnicima već priznatih prava pa sve do bezu-

⁴ Više o načelu savesnosti i poštenja: O. B. Antić, *Savesnost i poštenje u obligacionom pravu*, Pravni život, Beograd, vol. 52, br. 10, 2003, str. 567; M. Baretić, *Načelo savjesnosti i poštenja u obveznom pravu*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 1, 2003, str. 587; B. A. Lubarda, *Ars boni et aequi u radnom pravu*, Pravni život, Beograd, br. 11/2000, str. 546; A. Romac, *Riječnik rimskog prava*, Informator, Zagreb, 1983, ctr. 22, 41, 158.

⁵ “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).

⁶ S. Jašarević, *Socijalno-ekonomska prava u vezi sa radom u međunarodnim i evropskim radnim standardima*, Radno i socijalno pravo, br. 1/2008. godine, str. 176–178.

⁷ Opšta deklaracija o pravima čoveka, usvojena i proglašena rezolucijom Ujedinjenih nacija 217 (III) od 10. decembra 1948. godine.

⁸ “Službeni list SFRJ”, br. 7/1971.

⁹ “Službeni list SFRJ”, br. 7/1971.

slovnog i pravovremenog izvršavanja sudskih odluka donetih u radnom sporu.¹⁰ Iako se pod zaštitom prava, u propisima i u literaturi, prevashodno govori o zaštiti prava zaposlenih, treba naglasiti da su prava i obaveze na radu i po osnovu rada subjekata ovog pravnog odnosa uzajamna, odnosno korelativna. Drugim rečima, ono što je pravo zaposlenog to je za poslodavca obaveza, i obratno. Dakle, kada se govori o ostvarivanju i zaštiti prava zaposlenih neminovno je govoriti i o ostvarivanju i zaštiti prava poslodavaca, jer upravo pri ostvarivanju prava poslodavaca može doći do kršenja prava zaposlenih (interesni sukob zaposlenog i poslodavca).¹¹

Prema domaćoj radnopravnoj regulativi o pravima, obavezama i odgovornostima zaposlenih iz radnog odnosa kod poslodavca sa statusom pravnog lica *odlučuje poslodavac, nadležni organ* kod poslodavca, odnosno lice utvrđeno zakonom ili opštim aktom poslodavca ili lice koje oni *ovlaste*, dok kod poslodavca koji nema svojstvo pravnog lica odlučuje preduzetnik ili lice koje on *ovlasti*.¹² Prenos ovlašćenja da se odlučuje o pravima, obavezama i odgovornostima zaposlenih daje se u pisanom obliku (odluka, punomoć, ovlašćenje). Mogu se preneti sva ovlašćenja ili samo neka ovlašćenja, ali bez obzira na to direktor i preduzetnik i dalje zadržavaju pravo da u svakom trenutku mogu i sami da odlučuju o pravima i obavezama zaposlenih.¹³ Zaposlenom se u *pisanoj formi dostavlja rešenje* o ostvarivanju prava, obaveza i odgovornosti iz radnog odnosa.¹⁴ Svako rešenje mora da sadrži: uvod, izreku sa obrazloženjem i poukom o pravnom leku. Rešenje mora da se dostavi zaposlenom lično, u prostorijama poslodavca, odnosno na adresu prebivališta ili boravišta zaposlenog. Ako poslodavac zaposlenom nije mogao da dostavi rešenje na naveden način, dužan je da o tome sačini pisanu belešku. U tom slučaju rešenje se objavljuje na oglasnoj tabli poslodavca i po isteku osam dana od dana objavljivanja smatra se dostavljenim.

Zaposleni koji smatra da mu je poslodavac ili nadležni organ kod poslodavca rešenjem ili nekom faktičkom radnjom (činjenjem ili nečinjenjem) uskratio ili povredio pravnim propisima garantovano pravo na radu ili u vezi sa radom, ima pravo da traži zaštitu povređenih prava i pravnih interesa pred nadležnim organima.

Konvencija br. 158 o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavaca iz 1982. godine¹⁵ u odredbe člana 8. stav 1. propisuje pravo radnika da se žali [...]

¹⁰ D. R. Paravina, Zaštita prava radnika, "Zbornik" Pravnog fak. u Nišu, 1977, str. 111.

¹¹ P. Jovanović, *Radno pravo*, Pravni fakultet u Novom Sadu, Novi Sad, 2012, str. 342–344.

¹² *Zakon o radu Republike Srbije*, ("Službeni glasnik RS", br. 23/05, 61/05, 32/13, 75/14, u daljem tekstu: ZR) član 192.

¹³ P. Jovanović, nav. delo, str. 342.

¹⁴ Shodno članu 193. Zakona o radu zaposlenom se u pisanom obliku dostavlja rešenje o ostvarivanju prava, obaveza i odgovornosti, sa obrazloženjem i poukom o pravnom leku, osim u slučaju ponude zaključenja aneksa ugovora o radu (ZR, čl. 172).

¹⁵ "Službeni list SFRJ", br. 4/1984.

nekom nepristrasnom telu, kao što je sud, radnički sud, arbitražni komitet ili arbitar. Shodno više nego jednostavnoj stilizaciji navedene odredbe, zaposleni ima pravo da podnese pisani podnesak bilo da se on zove žalba, prigovor, predstavka, i sl. U smislu navedene odredbe zaposlenom se pruža mogućnost zaštite povređenih prava ili pravnih interesa na radu ili u vezi sa radom, najpre redovnim pravnim sredstvima, tj. interna pred organima unutar preduzeća, a potom i pred organima izvan poslodavca – eksterna zaštita. Premda međunarodna regulativa, uporedna praksa i sama priroda radnih odnosa upućuju na to da se svi sporovi povodom povređenih prava bilo individualni ili kolektivni trebaju rešavati najpre pred organima unutar preduzeća (interna zaštita), a potom i pred organima izvan preduzeća (eksterna zaštita), Zakon o radu ne predviđa mogućnost obraćana organima unutar preduzeća (kod poslodavca) za zaštitu pojedinačnih prava iz radnog odnosa, pa ni u slučaju otkaza ugovora o radu.¹⁶ Mišljenja smo da tamo gde postoji zaštita od neopravdanog otkaza, treba da postoji i pravo žalbe nekom nepristrasnom telu koje može da odluči o žalbi zaposlenog.

Pravo stranke da izjavi žalbu je ustavom garantovano prava svakog čoveka. Svaki pravni sistem koji teži vladavina prava mora da proklamuje (i omogućiti) pravo stranke na prigovor (žalbu) ili ma koje drugo pravno sredstvo da zaštititi svoja zajamčena radna prava. Stranka, u ovom slučaju zaposleni, nezadovoljna prvostepenim rešenjem podnošenjem prigovora (žalbe) inicira drugostepeni postupak i drugostepenu odluku. U podnošenju prigovora nije samo izraz nezadovoljstva stranke, već i zahtev da se “*njena pravna stvar*” reši drukčije, da se prema njoj primene drukčije mere, itd. Prigovor kao izraz jednog od osnovnih ustavnih prava građana – prava na žalbu je “jedna pisana procesna radnja zaposlenog, koji je nezadovoljan prvostepenim aktom kojim je odlučeno o njegovom pravu, obavezi i odgovornosti, a kojom on iznosi tvrdnje (razloge) kojima pobija (osporava) osnovanost rešenja”.¹⁷ Analogno tome, pravo na prigovor u radnom odnosu je pravo zaposlenog da protiv svake odluke kojom se rešava o njegovom pravu iz radnog odnosa ili na zakonu zasnovanom interesu, može da koristi ovo redovno pravno sredstvo. Ustav Srbije¹⁸ svakom jemči pravo na žalbu ili drugo pravno sredstvo protiv odluke kojom se rešava o njegovom pravu ili na zakonom zasno-

¹⁶ Opšti režim radnih odnosa ne predviđa dvostепенost u odlučivanju o pravima, obavezama i odgovornostima zaposlenih. Dvostепенost se predviđa u posebnom režimu radnih odnosa (za zaposlene u državnim organima). Zakon o državnim službenicima predviđa mogućnost interne zaštite pred nadležnim organima, a potom i eksternu – pred nadležnim sudom u radnom sporu. Prema članu 113. Zakona o državnim službenicima disciplinski postupak vodi i o disciplinskoj odgovornosti odlučuje rukovodilac. *Zakon o državnim službenicima* (“Službeni glasnik RS”, br. 79/05, 81/05 - ispr., 83/05 - ispr., 64/07, 67/07 - ispr., 116/08, 104/09, u daljem tekstu: ZDS).

¹⁷ B. Šunderić, *Pravo na prigovor*, “Radno i socijalno pravo”, 1-3/97, str. 19.

¹⁸ “Službeni glasnik RS”, br. 98/06.

vanom interesu (čl. 36). Sa tog aspekta ukidanje dvostepenosti žalbenog postupka u opštem režimu radnih odnosa čini ove odredbe jednim od najspornijih rešenja u našem radnom zakonodavstvu. Na takvu konstataciju upućuje i uporednopravna regulativa. Prema odredbama člana 129. Zakona o radu Hrvatske¹⁹ radnik koji smatra da mu je poslodavac povredio neko pravo iz radnog odnosa može u roku od petnaest dana od dana dostave odluke kojom je povređeno njegovo pravo, odnosno saznanja za povredu prava, zahtevati od poslodavca ostvarenje tog prava. Na sličan način je određenje člana 119. Zakona o radu Crna Gore.²⁰

Pravo žalbe, u uporednopravnoj praksi, skoro uvek leži na radniku, mada u nekim zemljama zakon dozvoljava i sindikatu da podnese žalbu. Nekada sindikat mora da odobri žalbu pre njenog podnošenja. U Austriji radnik ne može da podnese žalbu ako je radnički savet odobrio otkaz. Tamo gde zaštitu pruža kolektivni sporazum (SAD i Kanada), pravo na žalbu pripada isključivo sindikatu, a ne pojedinačnom radniku. Zakon ili kolektivni sporazum definišu kojim telima se podnosi žalba (kojoj vrsti suda ili privatnoj arbitraži). U nekim zemljama posredovanje treće strane, pre odluke nadležnog tela, dovodi do rešavanja velikog broja sporova (tako se rešava oko dve trećine sporova u Velikoj Britaniji).²¹

Predviđenost pravnim propisima zaštite pred internim organima poslodavca, kao primarne, u skladu je sa Preporukom MOR-a br. 129 iz 1967. godine²² o rešavanju pravnih sporova i razmatranju žalbi u preduzeću u cilju njihovog rešavanja u kojoj se ističe da uvek treba težiti da se sporovi u vezi sa individualnim pravima rešavaju unutar preduzeća. U paragrafu 2. Preporuke, pravo na žalbu podrazumeva: 1) pravo radnika da pojedinačno ili zajedno sa drugim radnicima podnese žalbu bez ikakve štete koja bi iz toga proizišla za njega ili ostale radnike sa kojima je podneo žalbu i 2) pravo da se ta žalba razmatra shodno odgovarajućem postupku. Prema paragrafu 3. razlog za žalbu može predstavljati: 1) svaka mera ili situacija koja se tiče odnosa između poslodavca i radnika i 2) svaka mera ili situacija koja deluje ili može delovati na uslove rada jednog ili više radnika u preduzeću. Da bi ovi objektivni razlozi, bili validni za pokretanje žalbenog postupka potrebno je da postoji i jedan subjektivan odnos radnika prema objektivnim razlozima. Subjektivan odnos postoji kada smatraju da je ta mera ili situacija u suprotnosti: 1) bilo sa odredbama kolektivnog ugovora; 2) bilo sa odredbama individualnog ugovara o radu; 3) bilo sa pravilnikom preduzeća; 4) bilo sa nacionalnim propisima; 5) bilo

¹⁹ "Narodne novine", br. 149/09, 61/11, 82/12, 73/13.

²⁰ "Službeni list CG", br. 49/2008, 26/2009, 59/2011 i 66/2012.

²¹ R. Blanpain and C. Engels, *Comparative Labour Law and Industrial Relation in Industrialised Market Economies*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1998, str. 300.

²² R129 - *Communications within the Undertaking Recommendation*, 1967 (No. 129). Recommendation concerning Communications between Management and Workers within the Undertaking Adoption: Geneva, 51st ILC session (28 Jun 1967).

sa običajima koji vladaju u struci, u grani privredne delatnosti ili u zemlji. U navođenju razloga treba poštovati princip dobronamernosti.

Postupak za razmatranje žalbi može se utvrditi kolektivnim ugovorom, uz unošenje jedne odredbe obligacionog karaktera kojom bi se ugovorne strane obavezale da će za vreme trajanja važnosti ugovora: 1) pomagati rešavanje žalbi u okviru predviđenih postupaka i 2) da će se uzdržavati od svake akcije koja bi mogla ometati njihovo odvijanje (paragraf 6. Preporuke). Žalbe bi trebalo rešavati u okviru preduzeća, primenom efikasnog i objektivnog postupka (prf. 8. Preporuke). Radnicima treba omogućiti da se obrate i nekom drugom organu radi rešavanja žalbe van preduzeća i to: 1) organu nadležnom za pitanje rada; 2) sudu za radne sporove i 3) svakom drugom sudskom organu (prf. 9. Preporuke).

Žalbeni postupak treba da bude koncipiran tako da se na svakom stepenu predviđene procedure postigne rešenje spornog slučaja prihvatljivo i za radnika i za poslodavca. Postupak treba da bude što jednostavniji i što brži, uz minimalne formalnosti. U tom cilju treba da budu utvrđeni rokovi (prf. 11. Preporuke). Radniku treba obezbediti da neposredno učestvuje u postupku. On ima pravo da mu određeno lice pomaže ili da ga zastupa u postupku rešavanja njegove žalbe. To lice može biti: 1) predstavnik neke radničke organizacije; 2) predstavnik radnika preduzeća i 3) svako drugo lice koje sam izabere saglasno nacionalnim propisima ili praksi (prf.13. Preporuke).

Zakon o radu ukida dvostепенost odlučivanja u zaštiti povređenih prava. Međutim, nepostojanje dvostепенosti u zaštiti prava ne znači nepostojanje institucionalne zaštite povređenih prava. Ukoliko bi pravni sistem ustanovio prava zaposlenih bez odgovarajućeg sistema zaštite, odnosno sistem koji ne garantuje doslednu i nepristrasnu pravnu zaštitu narušenih prava, propisana prava na radu predstavljala bi *“sama sebi cilj”* ili *“golo pravo”* – *nudum ius*. Nesporno je da usled (istorijskog) antagonizma između rada i kapitala može doći do spora između samih subjekata radnog odnosa pri ostvarivanju ovih prava, obaveza i odgovornosti. Kako sadržinu radnog odnosa čine individualna i kolektivna prava, obaveze i odgovornosti subjekata tog pravnog odnosa, shodno tome i spor iz radnog odnosa može biti individualni i kolektivni, a u zavisnosti od subjekata spora i predmeta spora.

ZAŠTITA PRAVA PRED ARBITROM I ARBITRAŽOM ZA RADNE SPOROVE

U postupku zaštite pojedinačnih prava iz radnog odnosa zaposleni se može obrati: organima poslodavca (interna zaštita); inspekciji rada (upravna zaštita); arbitru i posebnoj arbitraži za radne sporove preko i u okviru Agencije za mirno rešavanje radnih sporova (arbitražna zaštita); nezavisnim i samostalnim organima – Zaštitniku građana, Povereniku za informacije od javnog značaja i za zašti-

tu podataka o ličnosti, Povereniku za zaštitu ravnopravnosti (kvazisudska zaštita); i nadležnom sudu, odnosno vođenjem radnog spora (sudska zaštita). Zaštita prava zaposlenih pred sudom je najznačajniji i najobjektivniji oblik eksterne/spoljne zaštite. Prema *Aristotelu*: "Ljudi pribegavaju sudiji kao živoj pravедnosti". Pred sudom, kao nezavisnim i eksternim organom, radnik i poslodavac istupaju u sporu kao ravnopravne stranke. Međutim, poslednjih godina na značaju sve više dobijaju vaninstitucionalni oblici zaštite. U postupku zaštite prava iz radnog odnosa zaposleni se može obrati i arbitraži za radne sporove. Arbitraža je emanacija mirnom rešavanju radnih sporova.

U praksi arbitraža predstavlja alternativu rešavanja spora sudskim putem, drugim rečima arbitraža je oblik vansudske zaštite. Mirno rešavanja radnih sporova dobija sve više na značaju poslednjih decenija, pre svega zbog instrumenata koji se koriste za arbitražno rešavanja spora, a to su: pregovori, kompromis i dogovori. U arbitražnom rešavanju spora naročito su važni principi civilizovanosti, pravičnosti, ineresne ravnoteže strana u sporu – uvažavanje interesa i zaposlenih i poslodavca, principi fleksibilnosti, efikasnosti, ekonomičnosti. U tome je smisao i domašaj načela savesnosti i poštenja u arbitražnoj zaštiti prava iz radnog odnosa. Mirno rešavanje radnih sporova, prevashodno kod kolektivnih radnih sporova u delatnostima od vitalnog društvenog značaja, stvara pretpostavke za stabilan ekonomski razvoj, jer se sprečava materijalna štete koja nastaje usled prekida rada i štrajkova, a podstiče se dijalog i prevencija radnih sporova. Uopšteno govoreći, kod svih vrsta sporova sve je izraženija sklonost supstituciji štrajka i lokauta (lock out) sa arbitražnim rešavanjem spora. U arbitražu je utkano poverenje društva u kome oduvek postoji težnja, da se ma koja vrsta spora reši mirno, između samih aktera konflikta, uz eventualnu pomoć neutralnih lica, a mimo sudske instance, prevashodno zbog sporosti, preopterećenosti i birokratizacije sudskog postupka. Kako su kod arbitražnog postupka u prednosti češće ekonomski i socijalni aspekti, argumenti pravičnosti često iznad zakonskih propisa, ima i onih koji joj stoga iznose i zamerke.²³

²³ O tome više: Jean de Givry, *Prevention of Labour Disputes Other Than Conflicts of Rights International Encyclopedia of Comparative Law, Labour Law*, Tubingen, 1987, str. 77. Koliki je značaj izmirenja, kompromisnih rešenja, sporazuma i dr., govori podatak da u V. Britaniji postoji specijalizovana agencija, tzv. Servis za mirenje posredovanje i arbitražu (ASAS), koji ima veoma važnu ulogu u izmirenju i arbitraži. U pojedinim slučajevima, na primer, nekih 75% svih predmeta koji stignu do suda rešava se ili povlači pre zvaničnog sudskog saslušanja. Ne znači da su svi ti slučajevi rešeni zahvaljujući Servisu za mirenje posredovanje i arbitražu ali je očigledno da ta organizacija ima značajnu ulogu i da rasterećuje sudove, u toj meri da Zakon o zapošljavanju ispravlja Zakon o sudovima za radne odnose iz 1996. tako što pruža propise koji omogućavaju odlaganje zakazivanja vremena i mesta zasedanja suda da bi se sporovi rešili izmirenjem. Propisi definišu trajanje perioda izmirenja i okolnosti pod kojima se taj period može produžiti. Dužnost Servisa da posreduje pretrasta u ovlašćenje, tako da službenik koji radi na izmirenju može da odluči da li će nastaviti sa po-

“Arbitraži pristupamo sa spremnošću da ne dobijemo ništa, niti sve što smo tražili” (Ciceron). U svakodnevnom žargonu, kada se kaže arbitraža (ili rešiti spor pred arbitrom) podrazumeva se neformalan, vaninstitucionalan metod rešavanja spora donošenjem odluke, a takođe može da znači rešavanje spora putem posredovanja treće strane. Etimološko značenje reči arbitraža vezano je za latinsku reč *arbiter* – ili izabrani sudija, odnosno *arbitrari* – presuđivati kao izabrani sudija. Njena suština je u izboru arbitra – treće strane kojoj se poverava rešavanje spora. Aktivnost trećeg (neutralnog lica) slična je funkciji sudije u suđenju, jer mu se prepušta rešenje spora. Ipak, između njih postoje ogromne razlike: 1) sudija je funkcioner postavljen od države, a arbitre imenuju sami socijalni partneri ili ih postavlja nadležni državni organ sa liste sastavljene uz prethodne konsultacije sa njima; 2) u arbitražnom veću uvek su zastupljeni predstavnici i zaposlenih i poslodavca; 3) arbitražni postupak je neformalan. Arbitri (miritelji) vode računa, o svim elementima radnog spora. Naročito o ekonomskim argumentima, pravičnosti, a ne samo o pravnim propisima.

Arbitražni postupak, uslovi i proces rada arbitraže u mnogim zemljama nije uređen, s ciljem fleksibilnosti uloge arbitraže i prilagođavanju svakom konkretnom slučaju. Istini za volju, težnja je da se arbitražni postupak odvija u neformalnoj, opuštenoj atmosferi, pa se čak ide ka tome da se za mesto održavanja arbitraže biraju neutralni tereni – javne sale, kancelarije, prostorije sindikata itd. Međutim, ovakva neformalnost i fleksibilnost u radu ne znači apsolutnu – ničim ograničenu slobodu delovanja. Arbitražnost kao sinonim neformalnog, slobodnog procesa ili odlučivanja, ne sme se pretvoriti u “arbitrarnost” shvaćena u negativnom smislu – kao samovolja, ničim ograničeno delanje. Zato arbitri moraju biti apsolutno nezavisni, nepristrasni, diplomatski, pravedni, moralni, kompetentni, stručni, obrazovani, ugledni, autoritativni, komunikativni. Od arbitara se očekuje da ne narušava najznačajnije vrednosti procesnog postupka, javnog poretka, kao i osnovne vrednosti na kojima počiva arbitraža. Principi pravičnosti, savesnosti i poštenja oličeni u *bona fide*, dobri poslovni običaji i poslovna praksa samo su neki od temeljnih stubova arbitražnog odlučivanja. U nekim zemljama ponašanje arbitara uređeno je kodeksima ponašanja.²⁴

Obraćanje arbitraži je međunarodno priznato pravo. Konvencija MOR-a br. 158 o prestanku radnog odnosa na inicijativu poslodavca iz 1892. godine u odeljku c – *Postupak žalbe zbog prestanka radnog odnosa* u članu 8. predviđa da: “Rad-

kušajem izmirenja ili ne. Navedene odredbe se nalaze u odeljku 203(3), (3a), (3b) i (4) *Employment Right Act*, Malcolm Sargeant, *Employment Law*, Longman, Pearson Education, Harlow, England, 2003, str. 170–172.

²⁴ U Grčkoj - Kodeks ponašanja organizacije za posredovanje i arbitražu – OMED; u SAD – Etički kodeks i pravilima postupka arbitraže u radnim sporovima američke arbitražne asocijacije i sl. O tome: *Code of Practice*, *Dispute Procedures Including Procedures in Essential Services*.

nik koji smatra da mu je radni odnos neopravdano prestao ima pravo da se žali protiv prestanka radnog odnosa nekom nepristrasnom telu, kao što je sud, radnički sud, arbitražni komitet ili arbitar”. Prema članu 9 konvencije ova tela ovlašćena su da ispituju razloge date za prestanak radnog odnosa, kao i druge okolnosti vezane za odnosni slučaj i da donesu odluku o tome da li je prestanak bio opravdan.

Prema Zakonu o radu zaposleni i poslodavac mogu sporazumno da povere rešavanje spornih pitanja *arbitru* (čl.194). Pravnim propisima utvrđena ja mogućnost zaštite pojedinačnih prava iz radnog odnosa sporazumnim poveravanjem spora trećem licu – arbitru i arbitraži za radne sporove. Preciznije rečeno, propisima se predviđa (1) zaštita povređenih prava iz radnog odnosa pred *arbitrom* kao trećim licem koje određuju sporazumom strane u sporu iz reda stručnjaka u oblasti u kojoj je predmet spora; i (2) zaštita povređenih prava iz radnog odnosa pred *arbitražom za radne sporove* kao nezavisnim, samostalnim, nepristrasnim telom u okviru i preko Republičke agencije za mirno rešavanje radnih sporova. Ova agencija je osnovana Zakonom o mirnom rešavanju radnih sporova.²⁵

Zaštita prava pred arbitrom: – Opštim aktom i ugovorom o radu može se predvideti postupak sporazumnog rešavanja spornih pitanja između poslodavca i zaposlenog (čl.194). To znači, da zaposleni i poslodavac mogu *sporazumno* da povere rešavanje njihovog spora trećem licu, odnosno arbitru. Zaposleni je dužan da *narednog dana* od dana *prijema rešenja* o otkazu ugovora o radu, *obavesti poslodavca u pisanoj formi* ako želi da spor rešava pred arbitrom u skladu sa zakonom (čl. 185. st. 5. i st. 6).

Arbitra sporazumno određuju strane u sporu iz reda stručnjaka u oblasti koja je predmet spora. Rok za pokretanje postupka pred arbitrom jeste tri dana od dana dostavljanja rešenja zaposlenom. Postupak pred arbitrom se pokreće sporazumno, tj. zajedničkim zahtevom strana u sporu.

Za vreme trajanja postupka pred arbitrom zbog otkaza ugovora o radu, *zaposlenom miruje radni odnos*. Dakle, radni odnos neće prestati danom dostavljanja rešenja o otkazu već miruje dok traje postupak pred arbitrom. Ovo je specifična pravna situacija, jer prema članu 185. st. 5. Zakonu o radu, “zaposlenom *prestaje radni odnos danom dostavljanja rešenja* osim ako zakonom ili samim rešenjem nije određen drugi rok”. Preciznije rečeno, sporazumno pokretanja arbitražnog postupka ima *suspenzivno dejstvo* u odnosu na rešenja o otkazu ugovora o radu, tj. odlaže od izvršenja to rešenje do donošenja odluke arbitra.

Arbitar je dužan da donese odluku u roku od 10 dana od dana podnošenja zahteva za sporazumno rešavanje spornih pitanja. Ako arbitar ne donese odluku u navedenom roku, rešenje o otkazu ugovora o radu postaje izvršno.

Odluka arbitra je *konačna* i obavezuje poslodavca i zaposlenog. Izjednačava se sa pravnosnažnom sudskom odlukom, ima snagu *izvršne isprave*.

²⁵ “Sl. glasnik RS”, br. 125/2004, 104/09.

Arbitraža za radne sporove: – Prema Zakonu o mirnom rešavanju radnih sporova zaštita prava iz radnog odnosa (individualnih i kolektivnih) može se ostvariti pred arbitražom za radne sporove, u okviru i preko Agencije za mirno rešavanje radnih sporova. *Arbitraža*, u smislu ovog zakona, *jestе postupak u kome arbitar odlučuje o predmetu individualnog spora* (čl. 4). U skladu sa Zakonom o mirnom rešavanju radnih sporova, individualni spor može da se rešava pred arbitrom, ako je spor nastao povodom: (1) diskriminacije na radu; (2) zlostavljanja na radu; (3) otkaza ugovora o radu; (4) ugovaranja i isplate minimalne zarade; i (5) ostvarivanja pojedinačnih prava utvrđenih kolektivnim ugovorom, drugim opštim aktom ili ugovorom o radu – naknada troškova za ishranu u toku rada, naknada troškova za dolazak i odlazak sa rada, isplata jubilarne nagrade, isplata regresa za korišćenje godišnjeg odmora. Drugi individualni radni sporovi ne mogu se rešavati arbitražom u okviru i preko navedene agencije, već shodno odredbama Zakona o radu.

Strane u sporu su slobodne da dobrovoljno odluče o pristupanju mirnom rešavanju spora, ako zakonom nije drukčije određeno. Stranom u sporu, smatra se zaposleni i poslodavac.

Strane u sporu pokreću postupak podnošenjem predloga Agenciji, zajednički ili uz pojedinačnu saglasnost. Ako je predlog podnela jedna od strana u sporu, Agencija dostavlja predlog i dokumentaciju drugoj strani u sporu i poziva je da se u roku od tri dana izjasni da li prihvata mirno rešavanje spora. Predlog sadrži naročito: (1) ime, prezime i adresu, odnosno naziv i sedište strana u sporu; (2) predmet spora. Uz predlog strane u sporu dostavljaju dokumentaciju u vezi sa predmetom spora, kao i imena svedoka, ako ih imaju.

U postupku mirnog rešavanja radnog spora učestvuju strane u sporu i arbitar. Arbitra sporazumno određuju strane u sporu (u zajedničkom predlogu) iz Imenika miritelja i arbitara.²⁶ Imenik vodi Agencija za mirno rešavanje radnih sporova, u roku od tri dana od dana prihvatanja pojedinačnog predloga. Ako strane u sporu sporazumno ne odrede arbitra, određuje ga direktor Agencije. Agencija dostavlja predlog i dokumentaciju u vezi sa predmetom spora arbitru koji je određen za konkretan spor. Arbitar je dužan da zakaže raspravu u

²⁶ Za arbitra (i miritelja), shodno Zakonu o mirnom rešavanju radnih sporova (čl. 38), može da bude izabrano lice koje ispunjava sledeće uslove: 1) da je državljanin Republike Srbije; 2) da ima visoku stručnu spremu i najmanje pet godina radnog iskustva u oblasti radnih odnosa; 3) da nije osuđivano za krivično delo na bezuslovnu kaznu zatvora od najmanje šest meseci ili za kažnjivo delo koje ga čini nepodobnim za obavljanje ovih poslova; 4) da je dostojno dužnosti miritelja, odnosno arbitra. Za arbitra može biti izabrano lice koje pored navedenih uslova, ima položen pravosudni ispit ili je redovni profesor fakulteta iz pozitivno-pravnih predmeta. Izbor miritelja i arbitra vrši se putem javnog oglasa koji objavljuje Agencija. Miritelj i arbitar se biraju na četiri godine i mogu biti ponovo izabrani. Svojstvo miritelja, odnosno arbitra stiče se danom upisa u Imenik. Svojstvo miritelja i arbitra prestaje brisanjem iz Imenika.

roku od tri dana od dana prijema predloga i dokumentacije o predmetu spora i o tome obaveštava strane u sporu. Svaka strana u sporu može da povuče predlog za pokretanje postupka pred arbitrom najkasnije do dana otvaranja rasprave. Ako među stranama u individualnom sporu *teče sudski postupak* iz istog činjeničnog i pravnog osnova, strane u sporu dužne su da sud obaveste o pokretanju postupka u skladu sa ovim zakonom. Sud će, u tom slučaju, *zastati* sa postupkom. Rasprava se održava u prisustvu strana u sporu i arbitra. Održavanje rasprave je javno. Arbitar može da isključi javnost na zahtev strana u sporu, ako za to postoje opravdani razlozi. Arbitar je dužan da postupa nepristrasno, savesno i po svom najboljem znanju, u cilju rešavanja spora između strana u sporu.

Arbitar otvara raspravu i utvrđuje da li sva pozvana lica prisustvuju raspravi. Ako jedna od strana u sporu neopravdano izostane sa rasprave arbitar može da održi raspravu u njenom odsustvu, uzimajući u obzir dokumentaciju koju je ta strana dostavila.

Arbitar rukovodi raspravom, uzima izjave od strana u sporu i drugih lica u postupku, izvodi dokaze i stara se da se u toku rasprave iznesu sve činjenice relevantne za odlučivanje. Strane u sporu imaju pravo da se pred arbitrom izjasne o predmetu spora i odgovore na navode druge strane u sporu.

Arbitar odlučuje o odlaganju rasprave, po službenoj dužnosti ili na zahtev strane u sporu. U slučaju odlaganja rasprave arbitar je dužan da zakaže raspravu najkasnije u roku od pet dana od dana odlaganja rasprave. Arbitar je dužan da redovno obaveštava Agenciju o pokretanju, toku i okončanju postupka mirnog rešavanja radnog spora.

Strane u sporu imaju pravo da daju završnu reč na raspravi. Ako arbitar smatra da je predmet spora raspravljen tako da može da odluči, zaključuje raspravu. Arbitar je dužan da *doneše rešenje* o predmetu spora u roku od 30 dana od dana otvaranja rasprave. Rešenje sadrži: 1) uvod; 2) izreku; 3) obrazloženje; 4) uputstvo o pravnom sredstvu; 5) ime, prezime i potpis arbitra; 6) broj i datum rešenja; 7) pečat Agencije. Protiv rešenja *nije dozvoljena žalba*. Rešenje je *pravno-snažno i izvršno* danom *dostavljanja stranama* u sporu. Ako je u rešenju određeno da se radnja koja je predmet izvršenja može izvršiti u ostavljenom roku, rešenje postaje izvršno istekom tog roka. Strane u sporu su dužne da obaveste sud o donošenju rešenja ako je postupak pred sudom prekinut. Svaka strana u sporu snosi svoje troškove u postupku, osim troškova arbitra.

ZAKLJUČAK

Načelo savesnosti i poštenja (*bona fides*) je pravni standard čiju sadržinu ne određuju norme pravnog poretka, već principi pravičnosti, pravednosti, etičke norme i moralne dužnosti. U tom smislu, pozivanje na načelo savesnosti i poštenja u regulisanju pravnih odnosa izraženo je zahtevom za ublažavanje strogog

formalizma krutih okvira pravnih normi, čime se postiže prilagodljivost i fleksibilnost pravnog poretka. Njegova primena je od značaja za rešavanje sporova iz radnog odnosa, nadasve kod metoda mirnog rešavanja sporova, odnosno van-sudskim putem. Zaštita prava iz radnog odnosa pred arbitražom (poslednjih decenija) dobija sve više na značaju. Razlozi su mnogostruki. U arbitražu je utkano poverenje društva u kome oduvek postoji težnja, da se ma koja vrsta spora reši mirno, uz eventualnu pomoć neutralnih lica, a mimo sudske instance, prevashodno zbog sporosti, preopterećenosti sudova ostalim sporovima i birokratizacije sudskog postupka. Kod arbitražnog postupka u prednosti su češće ekonomski i socijalni aspekti, argumenti pravičnosti neretko su iznad zakonskih propisa. Oslanjanje na načelo poštenja i savesnosti kao pravni standard čiju sadržinu određuju pravičnost, etičke norme i moralne dužnosti, daje šire mogućnosti arbitru, miritelju, i dr., u tom smislu da utvrdi u svakom konkretnom slučaju domašaj načela poštenja i savesnosti. U tome je značaj ovog načela kod arbitražnog rešavanja sporova iz radnog odnosa. Ima i onih koji joj zbog te "široke arbitrarnosti" iznose i zamerke.

Sa aspekta radnopravnih normi koje regulišu istorijski ustaljen antagonizam između radnika i poslodavca, što je generisano subordinacijom u radnom odnosu, oslanjanje na načelo poštenja i savesnosti, pre svega, u rešavanju sporova između radnika i poslodavca (kako individualnih tako i kolektivnih) doprineće moralizaciji radnopravnih normi, kroz moralizaciju odnosa suprostavljenih strana. Moralizacija dovodi do pravde i pravičnosti, dobrih običaja i prakse i time ublažava posledice antagonizma koji je nesporan u odnosima rada i kapitala – on će uvek biti zastupljen dok kod se rad obavlja u korist i sredstvima drugog. Decidirana primena ovog načela – u maniru *bona fides* doprineće poverenju u arbitražnu zaštitu, što će umanjiti dugo rešavanje sporova, sprečiti pojavu štrajkova, bojkota, lokauta (*lock-out*) i drugih vidova industrijske akcije.

SLOBODANKA KOVAČEVIĆ-PERIĆ, Ph.D.,

Assistant Professor, The Faculty of Law, University of Priština, Kosovska Mitrovica

GORAN OBRADOVIĆ, LL.D.,

Professor, The Faculty of Law, University of Niš

MEANING AND SCOPE PRINCIPLES GOOD FAITH – PROTECTION OF LABOUR RIGHTS IN ARBITRATION

Summary

In this paper, the authors analyse the meaning and scope of the principle of good faith in the protection of labor rights in arbitration. Principles of good faith (*bona fides*) is a legal standard

whose content does not determine the norms of the legal system, but the principles of fairness, ethical standards and moral duty. In this regard, a reference to the principle of good faith in the protection of rights in arbitration expressed requirement for mitigation of strict formalism of rigid framework of legal norms. Relying on the principle of good faith as a legal standard provides more opportunities arbitrator, conciliator, etc. In the sense that it determines in each case the scope of bona fides. It is because of the "wide arbitrariness" there are those who make objections to arbitration.

LAZAR JOVEVSKI

MEĐUNARODNO PRAVNI ASPEKTI ZABRANE RADA MALOLETNIH LICA

KONCEPT ZAŠTITE MALOLETNIH LICA (OMLADINE) NA RADU I DEČJI RAD

Kada se govori o dečijem radu ima se u vidu da je reč o izuzetno osetljivoj i aktuelnoj oblasti radno-pravnih odnosa¹. Dečiji rad je fenomen koji prati radne odnose od njihovog postanka. Ali, za razliku od rada žena u radnom odnosu koji evoluirao i danas je relativno dobro uređen i zaštićen na međunarodnom i nacionalnom planu, što se ne može konstatovati i za dečiji rad, pre svega sa aspekta praktične primene zaštite. U ovom slučaju je prisutno nezadovoljstvo kod svakog čoveka koji ima određeni sistem moralnih i etičkih vrednosti, nezavisno iz koje zemlje dolazi. To je naravno problem velikog broja društava, i isto je interes i predmet regulisanja Međunarodne organizacije rada, Evropske Unije, delimično i u okviru Saveta Evrope.

U okviru Ujedinjenih Nacija, dečiji rad se analizira i uređuje pre svega sa aspekta zabrane o ekonomskoj eksploataciji u kontekstu prava deteta. Radi važnosti i značenja dečijeg rada, odnosno maloletnika, MOR je doneo brojne konvencije i preporuke koje ograničavaju i zabranjuju upotrebu i zloupotrebu dečijeg

Dr Lazar Jovevski, docent Pravnog fakulteta "Justinijan Prvi", Univerzitet sv. Kiril i Metodi, Skopje.

¹ Dečiji rad je predmet analize, proučavanja i normiranja na globalnom nivou, počinjući od početka kapitalizma, pa sve do danasnjeg dana.

rada², a u okviru EU ova zaštita predstavlja jedno od najznačajnijih mesta u okviru posebne zaštite određenih kategorija zaposlenih. Ipak, u odnosu na ovo pitanje postoji veliki stepen nepoštovanja zabrane upotrebe dečijeg rada i on predstavlja veći problem na globalnom nivou, upoređeno sa zaštitom prava žene, posebno u odnosu na zaštitu za vreme trudnoće i meterinstva.

Efektivna zabrana dečijeg rada predstavlja jedan od najvažnijih i najhitnijih izazova našeg vremena. To je tako iz više razloga. Nažalost, danas su više od 200 miliona dece³ uključeni u dečiji rad, koji radeći, oštećuju svoj fizički, duhovni i emotivni razvoj⁴. To je potrebno najčešće radi njihovog opstanka i opstanka njihovih porodica. Rad dece ispod 15 godina, najčešće je zabranjen nacionalnim zakonodavstvima. Ali i pored toga, upotreba dečijeg rada je u porastu, posebno u određenim regionima u svetu, kao što je podsaharska Afrika, delovi Azije i Latinske Amerike. Svakako da to ne znači da on ne postoji i u drugim regionima ili zemljama. To je aktuelan problem bukvalno u svakoj zemlji sveta, ali sa različitim intenzitetom. Deca koja su uključena u proces rada, najčešće rade rizične (opasne) radove, seksualno su eksploatisani, učestvuju u oružanim konfliktima, rade u rudnicima, na građevini i sl. Deca koja su uključena u procesu rada, napuštaju školu i nesvesni ulaze u začarani krug nemaštine i siromaštva, jer nemajući nikakvo obrazovanje ne mogu kasnije konkurisati na odgovarajuće mesto na tržištu rada i ne mogu dovoljno zarađivati. Zato će najverovatnije biti primorani i njihovu decu da teraju da rade ono što su i oni sami radili u njihovom uzrastu, odnosno da se uključe u dečiji rad, da rade⁵.

Postoje značajne razlike između različitih vrsta rada koja vrše deca. Ti radovi obuhvataju širok spektar aktivnosti u kojima su uključena deca. Zato postoji i određena razlika šta je to dečiji rad, odnosno kako je on definisan. To se može primetiti iz zemlje do zemlje ili regionu. Tako, ima različitih shvatanja šta je to zabranjeni dečiji rad.

Ne može se svaki rad koji rade deca klasifikovati kao "dečiji rad" koji treba da bude eliminisan, odnosno zabranjen. Naprotiv, deca koja su uključena u procesu rada, koji nije štetan za njihovo zdravlje u fizičkom, duhovnom i emotivnom smislu, kada ne odsustvuju iz škole, čak se smatra kao nešto pozitivno za razvoj njihove ličnosti i socijalizaciju. Ekonomska aktivnost dece, na račun njihovih ro-

² Akti koji regulišu ovo pitanje, prema brojnosti su **na trećem mestu u odnosu na druge akte MOR-a**. Više kod: A. Петровић, "Међународни стандарди рада", Правни факултет у Нишу, Ниш, 2009, стр. 252-255.

³ Kada govorimo o deci mislimo na uzrast od 5 do 15 godina.

⁴ Vidi više na: http://www.ilo.org/global/Themes/Child_Labour/lang--en/index.htm

⁵ O ovome više: Лазар Јовевски, "Очите на децата сонувачи-злоупотреба на детскиот труд", Ромаиндекс, бр. 6/2005, стр. 10-11.

ditelja se u prošlosti smatrala kao poželjna aktivnost⁶. Uključenje dece kao pomoć u domaćinstvu, u porodničnim biznisima, ili učeći kako da zarade vlastiti novac (tzv. đeparac) van škole i za vreme vikenda, smatra se poželjnim. Ove aktivnosti doprinose razvoju samog deteta, ono se stiče iskustvom i veštinama koje će mu kasnije biti potrebne u radu i životu, čime bi postao produktivan član društva. Takođe se ne smatra da je dečiji rad kada su deca uključena u neke radove za koje je obavezno potrebna dozvola roditelja, kao na primer smimanje filma.

Prema tome, kao dečiji rad koji je zabranjen se smatra samo onaj rad kada je dete izloženo fizičkim, psihičkim i emotivnim opasnostima, kada je narušen moral i dostojanstvo deteta, pri čemu ono odsustvuje iz škole i prekinut je normalan razvoj njegovog detinjstva⁷. Da li će se konkretna forma rada koju izvršava dete nazvati "dečijim radom" zavisi od toga koliko godina ima dete, tip časova radnog angažmana, uslovi pod kojima radi i cilj koji je predviđen kod posebnih zemalja⁸. U svetu ne postoji usklađenost i unifikacija o tome šta se podrazumeva pod dečijim radom, odnosno radom koji izvršavaju deca. I oko samog definisanja postoje značajne razlike, pa saglasno tome, primenjuju se šire ili uže definicije. Diskusije se svode na to da li treba da se uzima samo "ekonomska aktivnost" kao polazišna tačka o detektovanju šta je to dečiji rad ili svaka neškolska i propraćena aktivnost deteta koju izvršava. Oba dva koncepta kriju propuste i dobro je kada bi se napravila kombinacija istih⁹.

Zabranjeni dečiji rad je direktno povezan sa pravima deteta kao ličnosti, odnosno predstavlja deo ljudskih prava koja se odnose na decu. Prema tome, ovo nije samo pitanje radno-pravnog aspekta već ima i etičke, moralne, sociološke i humanitarne komponente. Upravo sa tog aspekta, relativno kasno se prišlo pitanju zabrane eksploatacije deteta i njegovih osnovnih prava. Na međunarodnom planu, i pored toga što se u Međunarodnoj organizaciji rada još od 1919. godine donose brojne konvencije i preporuke koje opredeljuju minimalnu uzrast deteta za rad, uslove za rad, i zabranu eksploatacije rada deteta, ipak se tek 1989. godine prvi put definisao međunarodno pravni status deteta. To se učinilo sa strane Generalne skupštine Ujedinjenih Nacija donošenjem Konvencije o pravima deteta¹⁰.

⁶ Od prošlosti, pa sve do danas, problem se javlja onda kada ekonomska aktivnost dece prelazi u eksploataciju dece; vidi: A. Петровић, op. cit., str. 231-232.

⁷ Definicija prema Međunarodnoj organizaciji rada; više na: <http://www.ilo.org/global/topics/child-labour/lang-en/index.htm>

⁸ Vidi: <http://www.ilo.org/ipecc/facts/lang-en/index.htm>

⁹ Vijay Verma, "Sampling for household-based surveys of child labour", International labour office, ILO, Geneva, 2008, str. 28-32.

¹⁰ Konvenciju o pravima deteta su ratifikovali 191 zemlja, čime predstavlja najšire ratifikovanu konvenciju Ujedinjenih Nacija.

Ova Konvencija se smatra da je dala glavni doprinos u obnavljanju i produbljivanju interesa za pitanje eksploatacije deteta¹¹.

Na osnovu prethodno rečenog, već se može osetiti suština bideverzivnosti pitanja. Kada se govori o dečijem radu, isti se mora razmatrati kroz dve prizme. Dečiji rad koji je u celini neprihvatljiv, nemoralan i zabranjen, sa jedne strane, i dečiji rad koji je dopušten sa druge strane, ali koji mora da se zaštiti posebnim aktima i mehanizmima. U prvom slučaju je reč o zloupotrebi dečijeg rada i prava deteta. Odnosi se na decu do 15 godišnjeg uzrasta, koji ne smeju raditi u nijednoj formi. U drugom slučaju se odnosi na decu od 15 do 18 godina, kojima je dopušteno raditi, ali ne na svim radnim mestima i koji uživaju posebna prava i zaštitu na radu. Upravo ovaj dečiji rad je predmet dubljeg analiziranja kroz prizmu akata MOR-a. Ipak, radi kompleksnosti problema i njegovog ogromnog značaja u svetu, zadržaćemo se i na nedopuštenom dečijem radu koji je zabranjen od strane MOR-a, kao i Konvencijom o pravima deteta iz 1989. godine¹². Sa druge strane, nedopušteni dečiji rad i zaštićeni dečiji rad čine celokupnost sistema zaštite maloletnika. Prema svemu tome, nedvosmisleno se razlikuje zabranjeni dečiji rad i zaštićeni dečiji rad.

*Zabrana dečijeg rada (zabrana o radu i zabrana rada
na određenim radnim mestima)*

Prethodno su već data određena sagledivanja koja se odnose na dečiji rad, šta on predstavlja i kakav je njegov status u široj zajednici. Na međunarodnom planu, može se reći da se posvećuje velika pažnja ovom pitanju i pojačava se akcija protiv zloupotrebe i konačno upotrebe dečijeg rada u radnom odnosu. Povodom ovoga, svoj doprinos daje OUN, a pre svega Međunarodna organizacija rada, dok u regionalnom okviru, u Evropi, zabrana dečijeg rada i njegovog regulisanja je polje regulisanja Evropske Unije i Saveta Evrope.

Pitanje zabrane dečijeg rada u OUN. – Ujedinjene nacije u najvećem delu pitanje o regulisanju zabrane dečijeg rada ostavljaju MOR-u, kao njenoj specijalnoj agenciji. Ipak, u okviru koncepta zaštite prava deteta i unapređenja zaštite njegove ličnosti, izražene preko Konvencije o pravima deteta, predviđa se opšti normativni sistem zaštite deteta od eksploatacije. Polazeći od ovoga, u članu 32 Konvencije, predviđeno je da se prizna pravo zaštite dece od eksploatacije. Ovo znači da se zabranjuje rad deteta u kontekstu njegove ekonomske eksploatacije. Ustvari, sam rad deteta ispod određene uzrasta predstavlja direktnu eksploataciju u smislu člana 32. Konvencija predviđa da dete, s obzirom na njegovo psihičko i fizičko zdravlje, treba da ima posebnu ulogu u svakom društvu, a posebno sa aspekta rada. U Konvenciji se polazi odatle, što se kao premisa smatra da dete

¹¹ A. Перовић, op. cit., str. 235.

¹² Konvencija je stupila na snagu 2. septembra 1990. godine.

i omladina imaju posebno fizičko i mentalno zdravlje, pa prema tome im je potrebna i posebna nega i zaštita u svim sferama života. Zato se zabranjuje rad koji može biti "opasan ili štetan za njihovo zdravlje, odnosno štetan za njihov fizički, mentalni, duhovni, moralni i socijalni razvoj". Ovim stavom se ustvari direktno predviđa posebna zaštita dece na radu u odnosu na zaposljavanje na određenim radnim mestima. Ovaj akt predstavlja polazišnu tačku međunarodnog prava ali i osnovu stvaranja šire međunarodne paradigme i filozofije o zaštiti dece i dečijeg rada, kao i eksploatacije, odnosno zabrana rada, tako i za zaštitu na radu. U članu 10, tačka 3, Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, predviđena su prava dece i omladine, pri čemu se navodi da ne smeju da se zapošljavaju na takvim radnim mestima koja bi dovela u opasnost njihov moral, njihovo zdravlje, kao i njihov život, ili da im naškode. Ovim se otvara mogućnost nacionalnog uređivanja i predviđanja rešenja koji ulaze u posebnu zaštitu omladine u radnom odnosu.

Zabrana dečijeg rada u aktima MOR-a. – U okviru delovanja Međunarodne organizacije rada, u 1999. godini je doneta Konvencija o zabrani i eliminaciji najgorih oblika dečijeg rada br. 182¹³ i Preporuka br. 190 o zabrani najgorih oblika rada dece, sa neposrednim merama za ukidanje tog rada. Treba da se zna da su pre ove Konvencije bile donete brojne konvencije koje su se pre svega odnosile na minimalnu uzrast i na medicinska ispitivanja i zaštitu dece i mladih lica, kao i o uslovima za zaposljavanje mladih lica (Konvencija 77 i Konvencija 88). Ipak, Konvencija 182 je prva koja direktno zabranjuje dečiji rad u njegovim najgorima oblicima, nezavisno od uzrasta deteta (5–18 godina) čime se otvara jedno novo poglavlje u međunarodnom regulisanju i pristupu ovom pitanju.

Konvencija 182. – Donošenje ove Konvencije je bilo inspirisano od više faktora. Polazeći od osnovnih prioriteta u odnosu na zaštitu rada dece i odstranjivanju najgorih oblika zloupotrebe dečijeg rada, kao i integrisanju dece u društvu, svakako da je ova Konvencija i zakasnila. Na međunarodnom planu se dugo vremena tolerisala zloupotreba uključenja dece u proces rada. Konačno, Konvencija br. 182 je odraz problema pri pojavi rada, kao instrument stvaranja dobara u kapitalističkom drštvu i vrednosti, pri čemu dolazi do njegove zloupotrebe i neželjenog efekta, odnosno ekonomska eksploatacija dece¹⁴. Pri korišćenju i zloupotrebi dečijeg rada, korist imaju samo poslodavci koji tome pribegavaju, ali to je kratkog roka. Posledice od zloupotrebe dece u procesu rada su ogromne, višeslojne i odnose se na sve ljude globalno, a ne samo na konkretne društvene i ekonomske sisteme, i pored toga što je negativan efekat i na mikro nivou ogroman. Naravno, Konvencija pre svega ima funkciju da deluje na nacionalnom nivou, pošto u "na-

¹³ Vidi: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C182>.

¹⁴ ILO, Child Labour, Targeting the intolerable, Report VI, ILC, 86 Session, Geneva, 1998, str. 65-67.

cionalnom okviru predstavlja ključni instrument za razvoj i usaglasavanje borbe protiv dečijeg rada.”¹⁵.

Upravo zbog toga je donošenje ovakve Konvencije trebalo da bude mnogo ranije, posebno ako se uzmu u obzir najgori oblici dečijeg rada, u kojima vrlo često se eksploatišu deca i ekstremno se zlopotrebljava njihov položaj (vređaju njihova prava). U prilogu ovome ide i opšti konsenzus koji se postigao u odnosu na ovo pitanje u zemaljama članicama MOR-a. Tako, do kraja 2008. godine ima već 172 ratifikacije¹⁶ što nesumljivo govori o akutnosti problema, a sa druge strane stvaranje svesti o ovom problemu. Konvenciju su ratifikovale sve zemlje Jugoistočne Evrope, a iznenađuje delom podatak što su ovu Konvenciju ratifikovale i zemlje gde postoji visok stepen zlopotrebe dečijeg rada. To govori da se možda i ovde nešto menja nabolje, ili suprotno, da Konvencija ne zaživljava u praksi efektiranjem nacionalnih instrumenata (zakona, inspekciskim nadzorom i pravnim sankcijama/kaznama), odnosno da je samo “dekor” u pravnom sistemu.

U ovom smeru ide i član 1 Konvencije 182, koji opredeljuje hitnost delovanja zemalja koje su je ratifikovale. Ova Konvencija se odnosi na svu decu ispod 18 godina, čime se postavlja širi okvir u odnosu na prethodne konvencije, koje se odnose na minimalne godine za zasnivanje radnog odnosa. Predmet regulisanja šta spada pod sintagmu “najgori oblici dečijeg rada” prema članu 3 Konvencije, su četiri osnovne oblasti. Kao prvo, to je ropstvo¹⁷, ili prakse koje su mu slične, kao što su prodaja i trgovanje decom¹⁸, dužničko ropstvo ili regrutisanje dece u oružanim konfliktima. Ovo poslednje je posebno aktuelno u Africi i Bliskom Istoku, gde u oružanim konfliktima se čak regrutuju i deca. Takođe je zabranjeno kupovanje, upotreba ili nuđenje deteta radi prostitucije¹⁹ ili pornografije²⁰. Dalje se zabranjuje upotreba, kupovina ili nuđenje deteta nedozvoljenim aktivnostima, a posebno kao što je proizvodnja i preprodaja droge. Kao četvrto se zabranjuje rad dece gde po svojoj prirodi i uslovima u kojima se izvršava mogu naskoditi zdravlju i bezbednosti, kao i moralu dece.

¹⁵ Vidi: ILO, Child labor, Report IV (2A), ILC, 87 Session, Geneva, 1999, Office commentary, str. 19-20; A. Петровић, op. cit., str. 259.

¹⁶ Zaključno do septembra 2014 godine ima 179 ratifikacija; Vidi: <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>; Ona predstavlja Konvencija sa najvećim brojem ratifikacija, a od zemalja Jugoistočne Evrope, ratificirali su je sve zemlje, bez isključka.

¹⁷ Vise kod: A. Петровић, op. cit., str. 261.

¹⁸ O definisanju i bližem opredeljenju ovog pojma, vidi: član 2 opcionog protokola Konvencije o pravima deteta; kao i: Međunarodni ugovor o sprečavanju “trgovine belim robljem” iz 1904. godine; Međunarodna konvencija o sprečavanju trgovine ženama i decom iz 1921. godine; Konvencija o ropstvu iz 1926 godine; Dodatna konvencija o ropstvu, trgovinom belog roblja i institucije i aktivnosti koje su nalik na ropstvo iz 1956 godine.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Ibid.

Prema ovome, prve tri sfere zabrane dečijeg rada su najčešće oblasti društvenog življenja, koji su inače najčešće zabranjeni, ali ovde se potencira zabrana istih kod dece, odnosno zapošljavanje i korišćenje dece u tom cilju. Poslednja oblast u kojoj se zabranjuje rad dece je ustvari povezana samo sa određenim radnim mestima, odnosno uslovima na radu. U principu, ovom tačkom se priznaje postojanje uopšte dečijeg rada u određenim ekonomskim granama, ali on se zabranjuje ukoliko je štetan²¹. Interesantno je što se potencira da se on može zabraniti ako je štetan za moral deteta. Ovim se postavlja novi, širi pogled zabrane dečijeg rada, nego što je to bilo u prošlosti. Ovo bi trebalo da deluje u smeru celovite zaštite integriteta deteta, kao ličnosti.

Inače, prema članu 1 Konvencije, mere koje treba da se preduzimaju za zabranu ovih 4 oblasti zloupotrebe dečijeg rada, moraju da budu "neposredne", što ustvari znaci da se primene bez odlaganja i odmah.

U skladu sa Konvencijom, vlasti u zemljama, u konsultaciji sa organizacijama radnika i poslodavaca, treba da opredele koji su to oblici dečijeg rada, i da identifikuju gde postoje. Ovo treba uraditi odgovarajućim sistemom nadzora o implementaciji. To podrazumeva donošenje i implementaciju posebnih akcionih programa za eliminisanje najgorih oblika dečijeg rada (član 4-6).

Predviđene su i kažnjive sankcije koje treba da prate ratifikaciju ove Konvencije, kao i mere o uzajamnoj međunarodnoj pomoći, između zemalja članica, u sprovođenju odredbi.

Države koje su ratifikovale Konvenciju 182 imaju na raspolaganju brojne mere i mehanizme kojima treba da spreče angažovanje dece u najgorim oblicima rada. Takođe je predviđeno kreiranje mera, kojima će se direktno dati pomoć u uklanjanju dece od ovih oblika rada i njihova rehabilitacija i socijalno integrisanje. Konvencija predviđa pristup deci osnovnom obrazovanju, ali i profesionalnu obuku dece koja su udaljena od najgorih oblika dečijeg rada, u procesu dok traje njihova resocijalizacija. Ovo je posebno važno jer velikom broju dece, koja rade u najgorima oblicima dečijeg rada, je potrebna ogromna pomoć koja se ne sastoji samo od vraćanja u obrazovni proces, već i prava resocijalizacije i psihološke pomoći, da se ne bi vratili ponovo (recidivizam) tim oblicima rada. Ovo je posebno važno kod one dece koja nisu uključena u proces rada iz ekonomskih razloga, već iz porodičnih²².

Konvencija predviđa i preuzimanje mera identifikacije ranjivih kategorija dece, a posebno situaciju devojčica (tačka 2 član 7). Ova Konvencija treba da da

²¹ ILO, Child Labour Report IV, op. cit., str. 62-63.

²² Uključenje dece u najlošijim formama rada, inspirisani problemima koji se javljaju u porodici je najčešća pojava u Ruskoj Federaciji. Ovde, upravo radi bežanja iz porodice, odnosno nepodnosljivih uslova u porodici, veliki broj dece odlučuju da žive i rade sami (najčešće na ulici), pri tom ne idu u školu i nemaju starateljski nadzor. Tako su oni laka meta i u najvećem procentu su uključeni u najlošijim formama dečijeg rada.

određene pozitivne efekte na polju eliminisanja najgorih oblika dečijeg rada. Pošto je ratifikovana od velikog broja zemalja koje su članice Međunarodne organizacije rada, zajedno sa Preporukom br. 190 iz 1999. godine²³ predstavljaju dobar međunarodni okvir, da bi se konačno preduzela šira globalna akcija na ovom polju.

Preporuka 190. – Preporuka br. 190 je donesena zajedno sa Konvencijom, i ona predstavlja njeno dopunjavanje i prosirenje. Ova dva instrumenta bi trebalo da se razmatraju zajedno (komplementarno) da bi se dobila celovita slika o materiji koju uređuju. Preporuka se zadržava na produblivanju i razradi nekoliko specifičnih oblasti, predviđenih Konvencijom. Prvo daje pregled šta treba da sadrže akcioni planovi koji treba da se donesu od strane zemalja članica. Naročito se potencira da se preko planova identifikuju i razotkriju najgori oblici dečijeg rada, da se posveti posebna pažnja prevenciji i resocijalizaciji dece kao i na psiholoske mere koje treba da se preuzmu za ostvarenje tog cilja. Ovi akcioni planovi treba posebno da se odnose na malu decu, na devojčice, na skrivene forme rada od kojih su posebno pogođene devojčice, druge ranjive kategorije dece, informisanje i mobilizacija javnog mnjenja.

Druga oblast u kojoj se Preporuka detaljno zadržava su rizični radovi. U Preporuci se daje detaljnija informacija na koje izrične radove dece se misli, što nije bio slučaj u Konvenciji 182. Pritome, između ostalog se navode i radna mesta gde su deca izložena psihičkom, psihološkom i seksualnom maltretiranju. Svako su predviđeni i radovi, kao rad pod zemljom, opasnim mašinama, pod vodom, rad u nezdravoj sredini, itd. (vidi tačka 3).

U Preporuci se posvećuje posebna pažnja implementaciji mera i postupaka zaštite dece od najgorih oblika dečijeg rada²⁴. Ovo implementiranje u praktičnim uslovima je predviđeno nekim ključnim instrumentima. To su: posedovanje informacije, njihovo skupljanje i podela informacija o najgorim oblicima dečijeg rada, dalje, praćenje stanja, postojanje tačno opredeljenih lica ili organa za sprovođenje mera. Predviđa se i posebna saradnja na međunarodnom nivou oko razmene informacija, posebno o prostituciji i prodaji dece. Takođe u Preporuci se predviđa i stvaranje sistema koji će najgore oblike dečijeg rada smatrati za krivično (kaznjivo) delo, pri čemu se najbrajaju koja dela posebno treba da se smatraju krivičnim, i to: ropstvo, prostitucija sa decom, prodaja i trgovanje ljudima, prinudni rad, teranje dece da proizvode i preprodaju drogu, kao i uključenje dece u vojne konflikte. Ova inkriminisuća dela su ustvari ista sa onim koji su direktno zabranjeni kao oblici dečijeg rada, u članu 3 Konvencije²⁵.

U okviru implementacije mera, predviđa se i generalno uključenje svih socijalnih i društvenih strana koji učestvuju u procesu, kao što su organizacije rad-

²³ Dostupno na: <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?R190>

²⁴ O efikasnoj implementaciji standarda više kod: A. Petrović, op. cit., str. 266.

²⁵ ILO, Child Labour..., ibidem.

nika, poslodavci, njihova obuka, usaglašavanje pravnih i administrativnih akata i postupaka, specijalni postupci koji će štiti decu od drugačijeg govornog dijalekta, zaštita od diskriminacije, edukacija i obuka dece i učitelja, stvaranje posebnih nacionalnih programa o zaštiti dece, obuka roditelja itd. O svemu ovome se moraju mobilizirati nacionalni i međunarodni resursi, imati pravnu podršku, tehničku pomoć, kao i podršku u socijalnom i ekonomskom razvoju.

Iz prethodno izloženog, može se videti da se Preporukom predviđa veliki broj mera i daju pravci kako da se eliminišu najgori oblici dečijeg rada. Ipak, kako će se to odvijati u praksi, zavisice od zemlje do zemlje, odnosno od iskrene posvećenosti jednog društva u razotkrivanju i eliminisanju najgorih formi rada, kojima se zloupotrebljavaju deca. Ustvari, u određenim zemljama je ova zloupotreba toliko velika, da su cele generacije gotovo uništene. O tome koliki će biti obim eliminacije najgorih formi dečijeg rada zavisi i od ekonomske moći zemlje, kao i od uspeha resocijalizacije. U periodu ekonomskih kriza, dečiji rad, istorijski gledano, dobija na intenzitetu. Tako, na žalost, ako uzmemo u obzir da danas u svetu postoji ekonomska kriza i recesija, za očekivati je da će se produžiti sa zloupotrebom dečijeg rada i možda efekti koji su do sada trebali biti vidljivi u eliminisanju najgorih formi dečijeg rada, biće u manjem obimu (gledano globalno).

S druge strane, proces resocijalizacije u budućnosti treba da odigra krupnu ulogu, podupirući se na dva ključna stuba, a to je vraćanje dece u školama i njihova psihološka i ekonomska pomoć. Dugoročno gledano samo sa pravom edukacijom svih članova u društvu, a posebno dece, roditelja i poslodavaca, kao i razvijanjem drugih preventivnih mera, se mogu dati očekivani plodni rezultati.

Konvencija o radu u pomorstvu iz 2006. godine. – U duhu eliminisanja najgorih formi zloupotrebe dečijeg rada, Konvencija o radu u pomorstvu predviđa da se zabranjuje prinudni rad uopšte i efektivno se ukida dečiji rad. Ipak postoji mogućnost o radu mladih mornara, ispod 18 godina, s tim što se tačno određuje u okviru nacionalnih programa o prevenciji i vodiča, koja radna mesta su dostupna mladim mornarima, a koja su zabranjena s obzirom na rizičnost rada. Ovom Konvencijom je prepoznata opasnost koja lebdi za maloletnike koji rade na brodu i u tom smeru dečiji rad uživa posebnu zaštitu, a preporučuje se i njegovo potpuno napuštanje, ukoliko nema prave potrebe. Na taj način, ovde se štite maloletnici, s obzirom na samo radno mesto, a ne samo uopšte s obzirom na njihovu psiho-fizičku konstituciju.

Akti Saveta Evrope. – Zaštita od zloupotrebe dečijeg rada predstavlja deo agende normiranja i u okviru SE. Ipak ova organizacija, problem o zloupotrebi i zabrani dečijeg rada, uređuje pre svega sa aspekta zabrane rada ispod 15 godina starosti dece, dok se za samu ekonomsku eksploataciju susreću opšte odredbe koje i nisu toliko jasne i direktne.

Tako, u Evropskoj socijalnoj povelji, još u Preambuli, kao deo osnovnih socijalnih prava se navodi pravo zaštite dece i omladine, ali ne i zabrana o eksplo-

ataciji. U odnosu na prava deteta i mladih lica, njihove socijalne, pravne i ekonomske zaštite, odredbe se nalaze u članu 17 i one se odnose na zaštitu njihove ličnosti, dostojanstva, edukacije i zabrane eksploatacije. Prema tome, reč je o pravima koja nisu u užem obuhvatu korpusa zaštite i bezbednosti na radu, nego deo šireg okvira socijalnih i ekonomskih prava. Ipak, ovu tačku treba tumačiti šire, što bi značilo da ova lica treba da imaju odgovarajuću zaštitu na radu i u delu bezbednosti i zdravlja.

Zabrana dečijeg rada u pravu EU

Zabrana dečijeg rada i ekonomske eksploatacije u okviru evropskog komunitarnog prava je izražena preko zabrane rada dece ispod 15 godina. U tom smislu je donesena Direktiva 94/33 (o zaštiti mladih na radu)²⁶, koja mlade radnike štiti za vreme rada. To je logično i očekivano, jer za razliku od MOR-a koja uređuje zabranu ekonomske eksploatacije i ropskog rada dece preko Konvencije 182, na globalnom planu, ipak u okviru Unije, svest, ekonomski uslovi i samo pitanje o eksploataciji dece na radu, ima drugačiju realnost od ostatka sveta. Forme zloupotrebe dečijeg rada i njihove eksploatacije kod zemalja članica Evropske Unije nije dozvoljen i osim zabrane rada ispod 15 godina, predviđaju se posebne odredbe o zaštiti i proširenju standarda. Tako, pored zabrane rada dece (lica ispod 15 godina) moguća je zabrana rada mladih radnika za neke radove koji predstavljaju specifičan rizik za njihovo zdravlje (član 7 tačka 1)²⁷. Takav rad se smatra: rad koji je van psihičkih i psiholoških sposobnosti mladog radnika; rad koji podrazumeva izloženost štetnim agensima (otrovni agensi, kancerogeni, genetski štetni agensi ili agensi koji hronično štetno utiču na njegovo zdravlje); rad sa štetnim zračenjem; rad koji uključuje rizik koji se ne može izbeći; rad na ekstremnoj hladnoći ili toploti, ili buka i vibracija. Specifični rizici za mlade ljude na radu koji su fizičke, hemijske ili biološke prirode, kao i proces na radu, sadržani su u posebnom Aneksu 1 i Aneksu 2 Direktive.

Interesantno je što Direktiva ne zabranjuje direktno rad mladih u podzemnim radovima (rudnicima) i kamenolomima. Ipak, rad na ovim radnim mestima, odnosno njegova zabrana ulazi u zabranu sadržanu u članu 7. Tačka 2 a, b, d, koji predviđaju zaštitu mladih od posebnih uslova na radu, a što je prethodno navedeno. Rad pod zemljom ili spoljašnjim kopovima za mlada lica ni u jednom slučaju ne treba da bude rad koji je dozvoljen, pri tome sprovodeći posebne mere zaštite. Ovde član 7 treba ekstenzivno tumačiti, pri čemu zabrana za ovaj rad se ne bi dovela u pitanje.

Celokupan koncept zaštite omladine u pravnom (komunitarnom) sistemu Evropske Unije je postavljen preko zaštite zdravlja i bezbednosti na radu, što zna-

²⁶ [1994] OJ L216/2.

²⁷ B. Lubarda, "Evropsko radno pravo", CID Podgorica, 2004, str. 254.

či u okviru samog radnog odnosa. U tom smislu ovaj institut traži detaljnije razmatranje u nekoj drugoj prilici.

ZAKLJUČAK

Preko ove normativne analize može se videti da zabrana dečijeg rada je bitno pitanje kako sa aspekta zaštite zdravlja i bezbednosti na radu, tako i u smislu zaštite ličnosti i prava deteta, koja je zaštita na jednom višem nivou. U centru zaštite je pitanje zaštite dece od radno ekstenzivne eksploatacije i zloupotrebe. Čini se da u tom pogledu Međunarodna organizacija rada je ponajviše odmakla u smislu normativnog uređivanju prava. To je i logično i može se reći da je i očekivano pošto sama uloga i funkcija ove organizacije najviše odgovara tom cilju. Međutim i pored preduzete akcije u smislu donošenja određeni broj akata kako na nivou MOR-a, tako i na evropskom tlu, ipak i danas postoje brojne zloupotrebe dečijeg rada, direktna eksploatacija, uključivanje dece u nedozvoljivim aktivnostima i kršenje njihovih osnovnih prava, kao što su pravo na edukaciju, zdravlje i fizičku i duhovnu bezbednost, kao i pravo na detetinstvo. Zato nužno je preduzeti širu akciju u smeru almiranje javnosti o problemima dece, edukacija pre svega odraslih i poslodavaca, kao i predviđanje oštrije kazne na nacionalnom nivou za zloupotrebe dečijeg rada. Smatramo da se sve ovo mora predvideti na međunarodnom nivou, a zatim implementirati na nacionalnoj razini. Pitanje zloupotrebe dečijeg rada ponekad svata se kao "nužno i prihvatljivo zlo" i nešto što nije tako loše. Taj odnos rezignacije i sveukupne uspavanosti prema zloupotrebe dece u radu na različitim nivoima duboko i silno se odražava na sveukupno čovečanstvo. Svedoci smo da danas deca se zloupotrebljavaju i u vojne sferne gde čine najgrozomornije zločine za fundamentalističke ciljeve. Zbog svega ovoga međunarodna zajednica mora glasno i silovito da odgovori, a svoj odgovor treba da temelji na međunarodnim principima pravde i mira koji duboko izvire iz ideje ljubavi kao koncept življenja i postojanja u cilju zaštita dece i njihova sveukupna prava među kojima zabrana dečijeg rada ima fundamentalno značenje.

LAZAR JOVEVSKI, LL.D.,

Assistant Professor, Faculty of Law "Iustinianus Primus", Skopje

INTERNATIONAL REGULATION CHILD LABOR

Summary

This paper aims to actualize the issue of child labor as opposed by the increasing tendency of its abuse. This scientific analysis includes primarily the work of the Juveniles globally, ie, the pa-

per focuses on international regulation of child labor, its admissibility, namely the ban, as well as the cases in which child labor can be granted. First of all, according to an international paradigm and the condition of the child labor, the subject appropriation of this kind of work, its abuse, and the relationship of child labor with the rights of the child. The paper reviews the international regulation of this issue primarily through the United Nations point of view, the International Labor Organization, the Council of Europe and the European Union. It analyzes the regulatory framework and the implementation of child labor standards at current state. Finally, the author gives his conclusions and suggestions for overcoming the problem.

OSVRT NA RADNOPRAVNU I ZDRAVSTVENU ZAŠTITU TRUDNICA, PORODILJA I DECE

U V O D

U okviru sistema radnopravne i zdravstvene zaštite, odnosno socijalne sigurnosti¹, poseban status i način društvene zaštite imaju žene, naročito trudnice i porodilje i deca, kao osetljive grupe populacije. Ustavom Republike Srbije (u daljem tekstu: Ustav), kao i pozitivnim zakonima, drugim propisima i opštim aktima, utvrđena je, kao osnovno ljudsko pravo, zaštita prava žena i dece. Odredbama člana 60. Ustava jamči se pravo na rad, a ženama i omladini se omogućuje posebna zaštita na radu i uslovi rada, u skladu sa zakonom. Sloboda odlučivanja o radu regulisana je članom 63. Ustava, s tim da Republika Srbija podstiče roditelje da se odluče na rađanje dece i pomaže im u tome. Prava deteta utvrđena su članom 64. Ustava, gde se, pored ostalog, ističe da deca uživaju ljudska prava, primereno svom uzrastu i duševnoj zrelosti, čija se zaštita uređuje zakonom. Posebna zaštita porodice, majke, samohranog roditelja i deteta propisana je članom 66. Ustava, s tim što se naročito naglašava da se majci pruža posebna podrška i zaštita pre i po-

Anđelka Plavšić-Nešić, dipl. pravnik, Beograd.

¹ Odredbe člana 69. Ustava Republike Srbije ("Sl. glasnik RS", br. 98/06) odnose se na socijalnu zaštitu građana i porodica kojima je neophodna društvena pomoć, na načelima socijalne pravde, humanizma i poštovanja ljudskog dostojanstva. Videti više: Plavšić-Nešić, A., *Osvrt na sistem socijalne sigurnosti*, Zbornik Budvanskih pravničkih dana, Savez Udruženja pravnika Srbije i Republike Srpske, Beograd, 2013, str. 373-377.

sle porođaja, dok deca mlađa od 15 godina ne mogu biti zaposlena, niti mogu da rade na poslovima štetnim po njihovo zdravlje ili moral. Zdravstvenu zaštitu, posebno deca, trudnice, majke tokom porođajnog odsustva i samohrani roditelj sa decom do sedme godine, ostvaruju tu zaštitu iz javnih prihoda, ako je ne ostvaruju na drugi način, u skladu sa zakonom. Saglasno stavu 1. tačke 8. i 10. člana 97. Ustava, Republika Srbija, pored ostalog, uređuje i obezbeđuje: 1) sistem u oblasti radnih odnosa, zaštite na radu, socijalnog osiguranja i drugih oblika socijalne sigurnosti, kao i druge ekonomske i socijalne odnose od opšteg interesa i 2) sistem u oblasti zdravstva, socijalne zaštite, brige o deci i dr.

OSNOVNA MEĐUNARODNA I DOMAĆA DOKUMENTA

Međunarodna zajednica, odnosno njeni organi i institucije, doneli su, pored dokumenata o ljudskim pravima i slobodama (povelje, deklaracije, paktovi, konvencije i dr.) i međunarodne konvencije o ostvarivanju prava u okviru zaštite žena i dece, koje je ratifikovala Narodna skupština Republike Srbije, a Vlada Republike Srbije je usvojila određena strateška dokumenta u toj oblasti.

Međunarodne konvencije

Konvecijom o ukidanju svih oblika diskriminacije žena Generalne skupštine Organizacije ujedinjenih nacija (1981)² označava se svaka razlika, isključenje ili ograničenje u pogledu pola, što ima za posledicu ili cilj da ugrozi ili onemoguću priznanje, ostvarivanje ili vršenje od starne žene ljudskih prava i osnovnih sloboda na političkom, ekonomskom, društvenom, kulturnom, građanskom ili drugom polju, bez obzira na njihovo bračno stanje, na osnovu ravnopravnosti muškaraca i žena.

Primena Konvencije Međunarodne organizacije rada broj 156 o jednakim mogućnostima i tretmanima za radnike i radnice (radnici sa porodičnim obavezama)- (1981) obuhvata radnike i radnice sa obavezama prema njihovoj deci koju izdržavaju, kada im te obaveze ograničavaju mogućnost da se pripreme za ekonomsku aktivnost, uključe u nju, učestvuju u njoj ili napreduju. Radi postizanja stvarne jednakosti u pogledu mogućnosti i tretmana radnika i radnica, svaka država potpisnica treba da postavi kao cilj svoje nacionalne politike da licima sa porodičnim obavezama koja rade ili žele da rade omogući da iskoriste svoje pravo na to, a da ne budu podvrgnuti diskriminaciji i, ako je moguće, bez konflikata između njihovog zaposlenja i porodičnih obaveza.

² Videti: Dobrosavljević-Grujić, Lj., Diskriminacija žena na radnom mestu-povezanost sa matrinstvom, invaliditetom i ženskim zdravljem, Beograd, 2006, str. 27-34.

Konvencija o diskriminaciji u pogledu zaposlenja i zanimanja (1958) odnosi se na svako pravljenje razlike, isključenje ili davanje prvenstva na osnovu rase, boje kože, pola, vere, političkog uverenja, nacionalnog ili socijalnog porekla, koje ima za posledicu ukidanje ili narušavanje mogućnosti ili tretmana u zaposlenju ili zanimanju. U smislu ove konvencije, zaposlenje i zanimanje uključuju pristup stručnom osposobljavanju, zaposlenju i pojedinim zanimanjima, kao i uslove za posljavanja i rada.

Na sve radnike i grane privredne delatnosti primenjuje se Konvencija Međunarodne organizacije rada broj 155 o zaštiti na radu, zdravstvenoj zaštiti i radnoj sredini (1981). Svaka država potpisnica treba da, u skladu sa nacionalnim uslovima i praksom, i u konsultacijama sa najreprezentativnijim organizacijama poslodavaca i radnika formuliše, sprovodi i periodično revidira jedinstvenu nacionalnu politiku u toj oblasti, radi sprečavanja nesreća na radu, profesionalnih bolesti i ostalih povreda na radu, koje su posledica rada ili se dešavaju u toku rada.

Konvencijom o zaštiti materinstva broj 183 Međunarodne organizacije rada (revidirana 1952. i 2000.) dalje se unapređuje ravnopravnost žena u radnoj snazi, odnosno zaposlene žene, zdravstvena zaštita i bezbednost majke i deteta, a u cilju razvoja zaštite materinstva u domaćem pravu i praksi, jer je rađanje deteta odgovornost ne samo roditelja, već društva u celini. Ova konvencija naročito obuhvata: zaštitu zdravlja trudnice i porodilje, porodiljsko odsustvo, odsustvo u slučaju bolesti, komplikacija ili opasnosti od komplikacija u vezi trudnoće ili porođaja, naknade ženama koje su odsutne sa posla po osnovu trudnoće i porođaja, zaštita zaposlenja, nediskriminacija majke i dojlje i dr.

Prvi međunarodni dokument o zaštiti, unapređenju i razvoju dece je Konvencija Generalne skupštine Organizacije ujedinjenih nacija o pravima deteta (1989)³. Na osnovu postavljenih principa, utvrđuje se da je dete svako ljudsko biće koje nije navršilo 18 godina života, ukoliko se, po zakonu koje se primenjuje na dete, punoletstvo ne stiče ranije. Osnovni cilj Konvencije je da menja stavove koji postoje prema deci i da ih zaštiti (a u nekim društvima i od negativnog) odnosa i pređe na ideju jednakosti deteta sa svim drugim ljudskim bićima. Samim rađanjem ova prava pripadaju detetu i niko ne može da im ih oduzme. Konvencija predstavlja dokument koji priznaje specijalne potrebe koje dete ima, kao i prava koja mu po ovom osnovu pripadaju. Prava koja se priznaju detetu pokrivaju sve aspekte njegovog života, odnosno državu, porodicu, školu, institucije i dr., jer je deci, usled njihove osetljivosti, potrebna posebna zaštita i briga. Konvencija ističe posebnu potrebu da se obezbedi zdravstvena zaštita deci, kao nedvosmi-

³ Videti: Vranješević, J., *Razvojno-psihološki aspekt Konvencije o pravima deteta*, Pedagogija, br. 4, Beograd, 2006, str. 469-478 i Draškić, M., *Porodično pravo i prava deteta*, Službeni glasnik, Beograd, 2007.

sleno pravo na najviši mogući stepen zdravstvene zaštite i zdravstvenog osiguranja u punom obimu. Usvojena je klasifikaciona podela na građanska, politička, ekonomska, socijalna i kulturna prava. U cilju obezbeđenja pravne primene Konvencije u državama potpisnicama, uspostavljeno je posebno telo za nadzor – Komitet za prava deteta, sa sedištem u Ženevi.

Strategije Vlade Republike Srbije

Vlada Republike Srbije donela je određena strateška dokumenta u oblasti radnopravne i zdravstvene zaštite, koja se odnose i na žene, odnosno trudnice i porodilje, kao i mlade/decu.⁴

Nacionalnom strategijom za poboljšanje položaja žena i unapređenje rodne ravnopravnosti za period od 2009. do 2015. godine utvrđuje se sveobuhvatna i usklađena politika države, u cilju eliminisanja diskriminacije žena, poboljšanja njihovog položaja i integrisanja principa rodne ravnopravnosti u svim oblastima delovanja institucija društvenog sistema. Strategija se, pored ostalog, odnosi na postizanje višeg nivoa ekonomskog poželja žena, uvođenje politike jednakih mogućnosti i boljeg korišćenja ženskih resursa, podsticanje zapošljavanja žena i očuvanje, poboljšanje i unapređenje zdravlja žene. Posebno se navodi da je zdravstveno stanje žene dodatno ugroženo kod trudnica, porodilja i materinstva, s jedne, i ekonomskom nezavisnošću i neodgovarajućim merama zaštite zdravlja i bezbednosti na radu, s druge strane. Zato je unapređenje reproduktivnog zdravlja žene veoma važno u sistemu zdravstvene zaštite, jer predstavlja fundamentalnu odrednicu društveno-ekonomskog i socijalnog razvoja društva i stanovništva u celini.

Na celovit način Strategija bezbednosti i zdravlja na radu u Republici Srbiji za period od 2009. do 2012. godine uređuje stanje u ovoj oblasti i mere koje treba preduzeti za dalji razvoj, uz definisanje osnovnih ciljeva i pravaca unapređenja.⁵

Strategija javnog zdravlja Republike Srbije predstavlja podršku ispunjavanju društvene brige za zdravlje, obezbeđivanju uslova u kojima ljudi mogu da budu zdravi i predstavlja osnov za donošenje odluka o merama i aktivnostima za unapređenje zdravlja i kvaliteta života stanovništva. Poseban cilj je promocija, razvoj i podrška akcijama za unapređenje zdravstvenog stanja vulnerabilnih grupa stanovništva. Ova strategija identifikuje prioriteta područja, gde je unapređenje zdravlja i kvaliteta života moguće, utvrđuje ciljeve i definiše osnovne aktivnosti i odgovornosti svih relevantnih učesnika u oblasti ostvarivanja javnog zdravlja građana.

⁴ <http://www.srbija.gov.rs> Videti: Strategiju razvoja socijalne zaštite <http://www.srbija.gov.rs>

⁵ Nema dostupnih podataka da je Vlada RS donela Strategiju za period posle 2012. godine.

Primena Strategije za stalno unapređenje kvaliteta zdravstvene zaštite i bezbednosti pacijenata ima za cilj dostizanje višeg nivoa efikasnosti i uspešnosti u radu u ovoj oblasti i veće zadovoljenje korisnika i davalaca zdravstvenih usluga, a stalno unapređenje predstavlja kontinuirani proces.

Deo strategije zdravstvenog sistema je i Strategija razvoja zdravlja mladih u Republici Srbiji, koja, pored ostalog, posebno podrazumeva unapređenje kvaliteta, efikasnosti i dostupnosti zdravstvene zaštite za ovo stanovništvo. Prema podacima Svetske zdravstvene organizacije, adolescentima se podrazumevaju osobe uzrasta od 10 do 19 godina, a mladi se grupišu u uzrastu od 15 do 24 godine života, tako da se ova strategija odnosi i na decu, kao posebno osetljivu grupu populacije.

Strategija podsticaja rađanja ima poseban društveni značaj i utvrđene ciljeve u ostvarivanju demografskog razvoja Republike Srbije.⁶ Rađanje dece, kao pozitivna prirodna komponenta, neposredno utiče na revitalizaciju obima i obnavljanje stanovništva i njegove starosne strukture.⁷ Naime, nedovoljno rađanje vodi u depopulaciju i prekomerno starenje stanovništva, sa nižim nivoom mortaliteta, što je osnovni dinamički faktor demografskih promena u društvu. Značajno je istaći da gubici broja stanovnika nastali za vreme depopulacije ne mogu da se nadoknade dostizanjem nivoa reprodukcije koji obezbeđuje prosto obnavljanje, već je potrebno dostići viši nivo reprodukcije stanovništva. Strukturne promene, kao što su emancipacija i individualizam, nuklearna porodica i promena položaja žene i dece u njoj, materijalna svest sa potrošačkim mentalitetom, nezaposlenost, nerešeno stambeno pitanje i čuvanje dece, nezadovoljavajuća ekonomska situacija i druge društvene pojave, važan su faktor nedovoljnog rađanja dece. U Strategiji se ističe da je opšti cilj održivog demografskog razvoja Republike Srbije stacionirano stanovništvo, tj. stanovništvo u kome će sledeće generacije biti iste veličine kao i postojeće. Zato se danas u savremenom svetu teži povećanju fertiliteta pozitivnim podsticajima. U Republici Srbiji dostizanje opšteg cilja, odnosno povećanja nataliteta, neminovno zahteva i prethodno postizanje posebnih ciljeva, a pre svega: 1) adekvatna radnopravna i zdravstvena zaštita trudnica i porodilja; 2) odgovarajuća i kontinuirana zdravstvena zaštita deteta; 3) ublažavanje ekonomske

⁶ Videti više: Rašić, M., *Populaciona politika u Srbiji, Stanovništvo*, br. 2, 2009, str. 53-64

⁷ Videti Nacionalnu strategiju o starenju za period od 2006. do 2015. godine, koja je doneta u uslovima vrlo složenog demografskog i socio-ekonomskog okvira starosti i starenja, jer je stanovništvo Republike Srbije među najstarijim populacijama na svetu. Demografska procena je da će se intezivirati proces starenja stanovništva, s obzirom na postojeće stanje, odnosno pojavu i porasta "bele kuge". Tako je, na primer, u okviru vitalnih događaja u 2012. godini, bilo 67.257 živorođenih odojčadi, umrlih lica 102.400, pa je prirodni priraštaj iznosio - 35.143. <http://www.srbija.gov.rs> Izvor podataka: Republički zavod za statistiku <http://www.stat.gov.rs>

cene podizanja i obrazovanja deteta; 4) usklađivanje rada i roditeljstva; 5) snižavanje psihološke cene roditeljstva; 6) promocija reproduktivnog zdravlja adolescenata; 7) lečenje neplodnosti; 8) postizanje zdravog materinstva; 9) direktna finansijska podrška porodici; 10) podsticanje zapošljavanja mladih roditelja; 11) populaciona edukacija i 12) aktiviranje lokalne samouprave.

OSNOVE RADNOPRAVNE I ZDRAVSTVENE ZAŠTITE TRUDNICA, PORODILJA I DECE

Radnopravna i zdravstvena zaštita trudnica, porodilja i dece je u Republici Srbiji, pored navedenog, regulisana zakonima, drugim propisima i opštim aktima. U tom smislu, se razmatraju osnovni propisi iz ove oblasti.

Radnopravna zaštita

Zakon o radu ("Sl. glasnik RS", br. 24/05, 61/05, 54/09, 32/13 i 75/14) - (u daljem tekstu: Zakon) sadrži i odredbe kojima se utvrđuje i radnopravni položaj žena, odnosno trudnica i porodilja i omladine/dece. U stavu 2. do 4. člana 12. i članu 18. Zakona propisana su osnovna prava i obaveze i zabrana diskriminacije, koji se odnose na to: 1) da zaposlena žena ima pravo na posebnu zaštitu za vreme trudnoće i porođaja, zaposleni ima pravo na posebnu zaštitu radi nege deteta, u skladu sa ovim zakonom i mlađi od 18 godina života ima pravo na posebnu zaštitu, u skladu sa zakonom i 2) zabranjena je neposredna i posredna diskriminacija lica koja traže zaposlenje, kao i zaposlenih, pored ostalog i s obzirom na pol, trudnoću, zdravstveno stanje, bračni status, porodične obaveze, socijalno poreklo i dr. Saglasno odredbama Zakona koje se odnose na opštu zaštitu zaposlenih (čl. 80. do 82) reguliše se na pravo zaposlenog na bezbednost i zaštitu života i zdravlja na radu, u skladu sa zakonom.

Zaštita materinstva regulasana je odredbama članova 89. do 93a. Zakona. Tako zaposlena žena za vreme trudnoće i koja doji dete na može da radi na poslovima koji su, po nalazu nadležnog zdravstvenog organa, štetni za njeno zdravlje i zdravlje deteta, a naročito na poslovima koji zahtevaju podizanje tereta ili na kojima postoji štetno zračenje ili izloženost ekstremnim temperaturama i vibracijama. U tom slučaju je poslodavac dužan da ovoj zaposlenoj ženi obezbedi obavljanje drugih odgovarajućih poslova, a ako ih nema, da je uputi na plaćeno odsustvo. Zaposlena žena za vreme trudnoće i koja doji dete ne može da radi prekovremeno i noću, ako bi takav rad bio štetan za njeno zdravlje i zdravlje deteta, na osnovu nalaza nadležnog zdravstvenog organa. Jedan od roditelja sa detetom do tri godine života, kao i samohrani roditelj koji ima dete do sedam godina života ili dete koje je težak invalid, može da radi prekovremeno, odnosno noću, samo uz svo-

ju pisanu saglasnost. S tim u vezi, poslodavac može da izvrši preraspodelu radnog vremena ovim zaposlenima, takođe, samo uz njihovu datu saglasnost. Navedena prava iz čl. 91. i 92. ovog zakona ima i usvojlac, hranitelj, odnosno staratelj deteta. Poslodavac je, takođe, dužan da zaposlenoj ženi, koja se vrati na rad pre isteka godinu dana od rođenja deteta, obezbedi pravo na jednu ili više dnevnih pauza u toku dnevnog rada u ukupnom trajanju od 90 minuta ili na skraćenje dnevnog radnog vremena u tom trajanju, kako bi mogla da doji svoje dete, ako dnevno radno vreme zaposlene žene iznosi šest i više časova. U tom slučaju, pauza ili skraćeno radno vreme računaju se u radno vreme, a naknada zaposlenoj po tom osnovu isplaćuje se u visini osnovne zarade, uvećane za minuli rad.

Porodiljsko odsustvo i odsustvo sa rada radi nege deteta utvrđni su članovima 94, 94a. i 95. Zakona. Propisano je da zaposlena žena ima pravo na odsustvo sa rada zbog trudnoće i porođaja (porodiljsko odsustvo), kao i odsustvo sa rada radi nege deteta, u ukupnom trajanju od 365 dana. Zaposlena žena ima pravo da otpočne porodiljsko odsustvo na osnovi nalaza nadležnog zdravstvenog organa najranije 45 dana, a obavezno 28 dana pre vremena određenog za porođaj. Porodiljsko odsustvo traje do navršena tri meseca od dana porođaja, a zaposlena žena po ovom isteku ima pravo na odsustvo sa rada radi nege deteta do isteka 356 dana od dana odpočinjenja porodiljskog odsustva. Za vreme porodiljskog odsustva i odsustva sa rada radi nege deteta zaposlena žena ima pravo na naknadu zarade, u skadu sa zakonom. Odredbama člana 94a. Zakona regulisana su prava zaposlene žene na porodiljsko odsustvo i pravo na odsustvo sa rada radi nege deteta u ukupnom trajanju od dve godine za treće i svako naredno novorođeno dete i kada u prvom porođaju rodi trojke ili više dece, kao i žena koja je rodila jedno, dvoje ili troje dece a u narednom porođaju rodi dvoje ili više dece. Pravo na porodiljsko odsustvo u trajanju od tri meseca ima i zaposlen žena ako se dete rodi mrtvo ili umre pre isteka porodiljskog odsustva.

Posebna zaštita od otkaza ugovora o radu propisana je članom 187. Zakona. Naime, za vreme trudnoće, porodiljskog odsustva, odsustva sa rada radi nege deteta i odsustva sa rada radi posebne nege deteta poslodavac ne može zaposlenom da otkaze ugovor o radu. Ovom zaposlenom rok za koji je ugovorom zasnovao radni odnos na određeno vreme produžava se do isteka korišćenja prava na odsustvo. Rešenje o otkazu o radu je ništavo, ako je na dan donošenja rešenja o otkazu ugovora o radu poslodavcu bilo poznato postojanje navedenih okolnosti za odsustvo sa rada ili ako zaposleni u roku od 30 dana od dana prestanka radnog odnosa obavesti poslodavca o navedenim okolnostima i o tome dostavi odgovarajuću potvrdu ovlašćenog lekara ili drugog nadležnog organa. Takođe je utvrđeno članom 157. Zakona da kriterijum za utvrđivanje viška zaposlenih ne može da bude odsustvovanje zaposlenog sa rada zbog privremene sprečenosti za rad, trudnoće, porodiljskog odsustva, nege deteta i posebne nege deteta (član 96. Zakona).

Odeljak Zakona – Osnovna prava i obaveze, takođe, propisuje stavom 4. člana 12. da zaposleni mlađi od 18 godina života imaju pravo na posebnu zaštitu, u skladu sa zakonom. U okviru zaštite omladine, stavom 1. člana 24. Zakona propisano je da radni odnos može da se zasnuje sa licem koje ima najmanje 15 godina života i ispunjava druge uslove za rad na određenim poslovima, utvrđene zakonom, odnosno pravilnikom o organizaciji i sistematizaciji poslova. Saglasno odredbama člana 25. radni odnos sa ovim licem može se zasnovati uz pismenu saglasnost roditelja, usvojioca ili staraoca, ako takav rad ne ugrožava njegovo zdravlje, moral i obrazovanje, odnosno nije zabranjen zakonom i samo na osnovu nalaza nadležnog zdravstvenog organa da je to lice sposobno za obavljanje predmetnih poslova i da oni nisu štetni za njegovo zdravlje. Zaposleni mlađi od 18 godina života, na osnovu odredbi člana 84. Zakona, ne može da radi na poslovima: 1) na kojima se obavlja naročito težak fizički rad, rad pod zemljom i vodom ili na velikoj visini, 2) koji uključuju izlaganje štetnom zračenju ili sredstvima koja su otrovna, kancerogena ili koja prouzrokuju nasledna oboljenja, kao i rizik po zdravlje zbog hladnoće, toplote, buke ili vibracije i 3) koji bi, na osnovu nalaza nadležnog zdravstvenog organa, mogli štetno i sa povećanim rizikom da utiču na njegovo zdravlje i život, s obzirom na njegove psihofizičke sposobnosti.

Na osnovu odredbi članova 87. i 88. Zakona, puno radno vreme zaposlenog mlađeg od 18 godina života ne može da se utvrdi u trajanju dužem od 35 časova nedeljno, niti dužem od osam časova dnevno. Takođe su zabranjeni i prekovremeni rad i preraspodela radnog vremena ovog zaposlenog, s tim da ne može ni da radi noću, osim pod nadzorom od strane punoletnog zaposlenog, na poslovima: 1) u oblasti kulture, sporta, umetnosti i reklamne delatnosti i 2) kada je neophodno da se nastavi rad prekinut usled više sile, pod uslovima da takav rad traje određeno vreme i da mora da se završi bez odlaganja, a poslodavac nema na raspolaganju u dovoljnom broju druge punoletne zaposlene.

Članom 6. Zakonom o bezbednosti i zdravlju na radu ("Sl. glasnik RS", br 101/05) propisana su, pored ostalog, i posebna prava, obaveze i mere u vezi sa bezbednošću i zdravljem na radu mladih (naročito u vezi sa njihovim duhovnim i telesnim razvojem) i žena koje rade na radnom mestu sa povećanim rizikom koji bi mogao da ugrozi ostvarivanje materinstva, koja se uređuju ovim zakonom, drugim propisima, kolektivnim ugovorom, opštim aktom poslodavca i ugovorom o radu.

Zakon o finansijskoj podršci porodici sa decom ("Sl. glasnik RS", br 16/02, 115/03 i 107/09)⁸ podrazumeva poboljšanje uslova za zadovoljavanje osnovnih

⁸ Ministarstvo za rad, socijalnu politiku i boračka pitanja najavilo je da će izmene i dopune ovog zakona biti usvojene najkasnije u prvom kvartalu 2015. godine, radi propisivanja bolje zaštite ove osetljive grupe stanovništva. <http://www.minrzs.gov.rs>

potreba dece, poseban podsticaj rađanja dece i podršku materijalno ugroženim porodicama sa decom, porodicama sa decom ometenom u razvoju i deci bez roditeljskog staranja. Odredbe članova 10. do 13. Zakona odnose se na naknadu zarade za vreme porodiljskog odsustva, odsustva sa rada radi nege deteta i odsustva sa rada radi posebne nege deteta, s tim da obračun i isplatu naknade zarade vrši poslodavac istovremeno sa obračunom i isplatom zarada zaposlenima. Roditeljski dodatak je propisan članovima 14. do 16, koji se isplaćuje jednokratno, počev od juna 2002. godine, odnosno od januara 2006. za prvorodenu decu. Nezaposlene buduće majke imaju pravo na novčanu naknadu za slučaj nezaposlenosti, u skladu sa uslovima propisanim Zakonom o zapošljavanju i osiguranju za slučaj nezaposlenosti ("Sl. glasnik RS", br. 36/09 i 88/10).

Zakon o društvenoj brizi o deci ("Sl. glasnik RS", br 49/92, 53/93, 67/93, 28/94, 47/94, 25/96, 29/01, 16/02, 62/03, 101/05 i 18/10) obezbeđuje ostvarivanje osnovnih uslova za približno ujednačavanje nivoa zadovoljavanja razvojnih potreba dece, pomoć porodici u ostvarivanju njene reproduktivne, zaštitne, vaspitne i ekonomske funkcije, vaspitanje i obrazovanje, preventivnu zdravstvenu zaštitu i dr. Posle donošenja Zakona o finansijskoj podršci porodici sa decom, primenjuju se samo one odredbe ovog zakona koje se odnose na zaštitu dece na dužem bolešničkom lečenju i dece iz socijalno ugroženih porodica.

Privremeni organ Grada Beograda, kako je navedeno u njegovom saopštenju za javnost, u skladu sa budžetskim mogućnostima, doneo je novu Odluku o dodatnim oblicima zaštite trudnica i porodilja na teritoriji grada Beograda ("Sl. list grada Beograda", br. 36/14)⁹. Stupanjem na snagu ove odluke 25. aprila 2014. godine, utvrđeni su sledeći dodatni oblici zaštite trudnica i porodilja na teritoriji grada Beograda: 1) pravo na jednokratno novčano davanje nezaposlenoj trudnici za svako dete rođeno u jednom porođaju u iznosu od 20.000 dinara i 2) pravo na jednokratno novčano davanje zaposlenoj porodilji u iznosu od 10.000 dinara. Sredstva za njihovu isplatu obezbeđuju se u budžetu Grada Beograda. Nadzor nad sprovođenjem ove odluke vrši organizaciona jedinica Gradske uprave nadležna za poslove socijalne zaštite.

Ovom odlukom su, u odnosu na prethodna utvrđena prava, suženi obuhvat prava na dodatne oblike zaštite trudnica i porodilja na teritoriji Grada Beograda, tako što je: 1) ukinuta naknada zaposlenoj trudnici za vreme privremene sprečenosti za rad zbog bolesti ili komplikacija u vezi sa trudnoćom, 2) u velikoj meri

⁹ Uporediti sa Odlukom o dodatnim oblicima zaštite trudnica i porodilja na teritoriji grada Beograda ("Sl. list grada Beograda", br. 1/09 i 6/10, "Sl. glasnik RS", br. 49/10-Odluka US i "Sl. list grada Beograda", br. 45/10, 51/11 i 51/12). Na veb sajtu Gradske uprave Beograda, odnosno organizacione jedinice nadležne za poslove socijalne zaštite nije dostupan tekst navedene odluke od 17. aprila 2014. godine. <http://www.beograd.rs>

smanjeni iznosi jednokratnih novčanih davanja za nezaposlene i zaposlene trudnice i 3) nepotrebno povećan obim potrebne dokumentacije za ostvarivanje ovih prava. Konsolidovanje budžeta Grada Beograda nije opravdanje da se primeni ovakav restriktivan pristup zaštiti trudnica i porodilja, što će se negativno odraziti na porast nataliteta u Republici Srbiji i Beogradu, odnosno da se uskraćuju dosadašnji dodatni oblici zaštite materinstva i matrijalna, finansijska pomoć trudnicama i porodiljama, odnosno porodicama sa decom, kao posebno osetljivoj grupaciji stanovništva.

Zdravstvena zaštita

U smislu Zakona o zdravstvenoj zaštiti ("Sl. glasnik RS", br 107/05, 72/09 - dr. zakon, 88/10, 99/10, 57/11, 119/12 i 45/13- dr. zakon), zdravstvena zaštita je organizovana i sveobuhvatna delatnost društva sa osnovnim ciljem da se ostvari najviši mogući nivo očuvanja zdravlja građana i porodice. Društvena briga za zdravlje stanovništva, pod jednakim uslovima, ostvaruje se na nivou Republike, autonomne pokrajine, opštne, odnosno grada, poslodavca i pojedinca. Na osnovu odredbi člana 11. Zakona, zdravstvena zaštita na teritoriji Srbije, pored drugih kategorija stanovništva, obuhvata decu do navršenih 18 godina života, školsku decu i studente do kraja propisanog školovanja (najkasnije do 26 godina života), žene u vezi sa planiranjem porodice, kao i u toku trudnoće, porođaja i materinstva do 12 meseci nakon porođaja i nezaposlena lica i druge kategorije socijalno ugroženih lica, čiji su mesečni prihodi ispod prihoda utvrđenih u skladu sa zakonom kojim se uređuje zdravstveno osiguranje. Vlada Republike Srbije uređuje sadržaj, obim, način, postupak i uslove za ostvarivanje zdravstvene zaštite ovih lica, ako zakonom nije drukčije uređeno. Zdravstvena zaštita ovih lica koja su obuhvaćena obaveznim zdravstvenim osiguranjem obezbeđuje se iz sredstava tog osiguranja, u skladu sa zakonom kojim se uređuje oblast obaveznog zdravstvenog osiguranja.

Članom 16. Zakona o zdravstvenom osiguranju ("Sl. glasnik RS", br 107/05, 109/05- ispr., 57/11, 110/12- odluka US i 119/12) osiguranim licima smatraju se osiguranici i članovi njihovih porodica, kojima se u skladu sa ovim zakonom i propisima donetim za njegovo sprovođenje obezbeđuju prava iz obaveznog zdravstvenog osiguranja (pravo na zdravstvenu zaštitu, pravo na naknadu zarade za vreme privremene sprečenosti za rad osiguranika i pravo na naknadu troškova u vezi sa korišćenjem zdravstvene zaštite), s tim da se ova prava ostvaruju pod uslovom da je dospeli doprinos za zdravstveno osiguranje plaćen, ako ovim zakonom nije drukčije određeno. Osiguranici su utvrđeni u članu 17. Zakona, a na osnovu odredbi člana 22, osiguranicima se smatraju i lica koja pripadaju određenoj grupaciji stanovništva, što je navedeno i u Zakonu o zdravstvenoj zaštiti. Sa glasno odredbama člana 36. Zakona, ženama u vezi sa planiranjem porodice, za

vremena porođaja i matrinstva do 12 meseci obezbeđuju se: 1) pregled (podrazumevaju se i prenatalno i genetsko testiranje i druge preventivne mere, u skladu sa medicinskim standardima) i lečenje od strane ginekologa i babice koji se odnose na trudnoću (uključujući prenatalni period, porođaj i postporođajni period), stanja koja mogu da izazovu komplikaciju trudnoće, kao i prekid trudnoće iz medicinskih razloga; 2) bolničko lečenje kada je medicinski neophodno i porođaj u zdravstvenoj ustanovu; 3) patronažne posete i pomoć porodilji i rutinska nega novorođenčeta od strane patronažne sestre i 4) dijagnostika i lečenje steriliteta.

Zakonom o ostvarivanju prava na zdravstvenu zaštitu dece, trudnica i porodilja ("Sl. glasnik RS", br 114/13) propisano je da se obezbeđuje ostvarivanje prava na zdravstvenu zaštitu i prava na naknadu troškova prevoza u vezi sa korišćenjem zdravstvene zaštite za navedenu populacionu grupu, bez obzira na osnov po kome su zdravstveno osigurani, ako ova prava ne mogu da ostvare po osnovu obaveznog zdravstvenog osiguranja, u skladu sa zakonom kojim se uređuje zdravstveno osiguranje. Saglasno odredbama člana 3. Zakona, deca (do navršениh 18 godina života), trudnice i porodilje ostvaruju: 1) pravo na zdravstvenu zaštitu u sadržaju, obimu i standardu koji su obuhvaćeni obaveznim zdravstvenim osiguranjem i 2) navedeno pravo na naknadu troškova, na način, po postupku i prema uslovima, u skladu sa Zakonom o zdravstvenom osiguranju.

Ova lica utvrđena prava ostvaruju bez obzira na prethodni staž zdravstvenog osiguranja i to iz sredstava obaveznog zdravstvenog osiguranja. Članom 4. propisano je da deca ostvaruju prava utvrđena ovim zakonom na osnovu isprave o zdravstvenom osiguranju, koju izdaje Republički fond za zdravstveno osiguranje (u daljem tekstu: Fond), bez obzira da li je ta isprava overena, a trudnice i porodilje isto na osnovu takve isprave i izveštaja lekara specijaliste ginekologije i akušerstva o utvrđenoj trudnoći, odnosno otpusne liste zdravstvene ustanove o obavljenom porođaju. Na osnovu odredbi člana 5. Zakona, lekar specijalista ginekologije i akušerstva, zdravstvena ustanova i lekar specijalista pedijatrije odmah su dužni da obaveste navedeni fond o utvrđenoj trudnoći, odnosno po izvršenom prekidu trudnoće, mrtvorodenom detetu i o smrti deteta do godine dana života, da bi Fond utvrdio prestanak ostvarivanja prava, u skladu sa ovim zakonom. Nadzor nad radom Fonda vrši ministarstvo nadležno za poslove zdravlja.

Donošenje ovog zakona 2013. godine je bio jedini način da se zakonski uređi pravo na zdravstvenu zaštitu dece, trudnica i porodilja, a da se pri tom ne povredi primena drugih propisa. Zato je osnovni cilj primene Zakona uspostavljanje ravnopravnog položaja u pogledu zdravstvene zaštite svih pripadnika navedenih kategorija stanovništva, s obzirom da su u pitanju populacione grupacije koje su izložene povećanom riziku obolevanja, odnosno da se nalaze u posebno osetljivom periodu života.

Uredba o Nacionalnom programu zdravstvene zaštite žena, dece i omladine ("Sl. glasnik RS", br. 28/09) precizno utvrđuje ciljeve zdravstvene zaštite dece, trudnica i porodilja, kojima treba da se obezbedi prevencija i lečenje, kao i očuvanje i unapređenje zdravlja navedenih grupacija stanovništva. Principi na kojima je Program zasnovan su: 1) prćenje životnog toka; 2) jednakost i pristupačnost; 3) uzrasno i radno senzitivni (orijentisani) pristup u pružanju zdravstvene zaštite; 4) zaštita ljudskih prava; 5) briga za osetljive grupacije; 6) učesće zajednice i pojedinca; 7) kvalitet rada zdravstvenih ustanova za zdravstvenu zaštitu žena, dece i omladine i dr.

ANĐELKA PLAVŠIĆ-NEŠIĆ, LL.B.,
Graduated Lawyer, Belgrade

REVIEW OF PROTECTIVE LABOR LAW AND HEALTH CARE OF PREGNANT WOMEN, MOTHERS AND CHILDREN

Summary

In the system of protective labor law and health care - social security, women have special status and social protection, especially pregnant women, new mothers and children / youth. This protection is extremely important, as they are particularly vulnerable population. The protection of the rights of women and children, as basic human right, has been established by the Constitution of the Republic of Serbia and the positive law.

Authorities and institutions of the international community have adopted international conventions about realising rights to the protection of women and children, which were ratified by the National Assembly of the Republic of Serbia. The Government of the Republic of Serbia brought a specific strategic documents relating to the protection of women (pregnant women and new mothers) and youth / children. In that sense, the important documents are cited.

Protective labor law and health care for pregnant women, mothers and children / youth is regulated in the Republic of Serbia by the relevant regulations, which were considered separately. Normative regulation of this area of protection is of particular importance and actuality, as it relates to the above mentioned category of sensitive populations, particularly in the context of unfavorable demographic social structure.

POSTUPAK ZAŠTITE OD ZLOSTAVLJANJA NA RADU KOD POSLODAVCA

U V O D

Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu¹ u primeni je četiri godine. ZSZR je predvideo da će pravila ponašanja poslodavaca i zaposlenih u vezi sa prevencijom i zaštitom od zlostavljanja na radu propisati ministar nadležan za rad i to u roku od 90 dana od dana stupanja na snagu tog zakona. U vezi s tim je propisano da zakon stupa na snagu osmog dana od dana objavljivanja u "Službenom glasniku RS", a primenjuje se po isteku 90 dana od dana stupanja na snagu². Donošenjem Pravilnika o pravilima ponašanja poslodavca i zaposlenih, u vezi sa prevencijom i zaštitom od zlostavljanja na radu³ u Republici Srbiji su se stvorili uslovi za operacionalizaciju zaštite od mobinga.

Prednost posebnog zakona je podizanje svesti o sistemskoj štetnosti mobinga i kažnjivosti, kao i o neophodnosti preventive koja bi predupredila ovu pojavu i unela red u oblast veoma poremećenih radnopravnih odnosa⁴. Donošenje

Mr Vesna Bilbija, Javno preduzeće "Pošta Srbije", Radna jedinica poštanskog saobraćaja "Subotica", Subotica.

¹ Zakon o sprečavanju zlostavljanja na radu, "Službeni glasnik RS", br. 36/2010, dalje u tekstu i u fusnotama ZSZR.

² ZSZR, čl. 28, 38, 39.

³ Pravilnik o pravilima ponašanja poslodavaca i zaposlenih u vezi sa prevencijom i zaštitom od zlostavljanja na radu, "Službeni glasnik RS", br. 62/2010, dalje u tekstu i fusnotama Pravilnik.

⁴ Olga Kićanović, *Komentar Zakona o sprečavanju zlostavljanja na radu*, izdavač Socijalno-ekonomski savet Republike Srbije, Beograd, 2011, str. 16.

lex spacialis koji uređuje problematiku mobinga bilo je neizbežno. Usledio je veliki broj usmenih rasprava i pisanih radova na temu mobinga među stručnjacima⁵, autori su se složili da je ova tema aktuelna i o njoj se mnogo piše i govori⁶, a pojedini su u vezi sa tim, lepo zaključili da o mobingu ima toliko mnogo govornika, a toliko malo slušatelja⁷. U svom prvom delu, ZSZR sadrži osnovne odredbe, u drugom – prava, obaveze i odgovornosti poslodavca i zaposlenih u vezi sa zlostavljanjem, a treći deo utvrđuje postupak za zaštitu od zlostavljanja kod poslodavca. Sudska zaštita regulisana je u četvrom delu. Peti deo ZSZR je nadzor nad sprovođenjem zakona, šesti su kaznene odredbe, a prelazne i završne odredbe sedmi.

UPOZNAVANJE ZAPOSLENIH SA PRAVOM NA ZAŠTITU OD ZLOSTAVLJANJA NA RADU

Pre samog postupka za zaštitu od zlostavljanja kod poslodavca, među osnovnim odredbama nalaze se odredbe koje ne ulaze striktno u sam postupak za zaštitu od zlostavljanja na radu koji se vodi kod poslodavca, ali mu prethode i traže od poslodavca da se angažuje. Poslodavac, prvo, ima jednu opštu obavezu da, u cilju stvaranja uslova neophodnih za zdravu i bezbednu radnu okolinu, organizuje rad na način kojim se sprečava pojava zlostavljanja na radu i u vezi sa radom i zaposlenima obezbeđuju uslovi rada u kojima neće biti izloženi zlostavljanju na radu i u vezi sa radom od strane poslodavca, odnosno odgovornog lica ili zaposlenih kod poslodavca⁸. Prva konkretna obaveza u tom pravcu je dužnost poslodavca da zaposlenog, pre stupanja na rad, pismenim putem obavesti o zabrani vršenja zlostavljanja i pravima, obavezama i odgovornostima zaposlenog i poslodavca u vezi sa zabranom zlostavljanja. Budući da je ostavljen rok od 30 dana⁹ i da je zaprećena novčana prekršajna kazna za poslodavca u slučaju propu-

⁵ Npr. B. Petrović, Mobing-pravni okvir i zaštita žrtava prema Zakonu o sprečavanju zlostavljanja na radu, *Pravna riječ*, Banja Luka, br. 27/2011, str. 539-552, S.Kovačević-Perić, Zlostavljanje na radu (*de lege lata-de lege ferenda*), *Pravna riječ*, Banja Luka, br. 27/2011, str. 553-566, V. Boranijašević, Pecesnopravni aspekt mobinga, *Pravni život*, 2011, br. 11/2011, str. 917-931; P. Mihajlović, Zlostavljanje na radu-mobing, *Pravni život*, 2010, br. 11/2010, str. 789-803; S. Paunović-R. Kosanović, Zlostavljanje na radu-mobing, *Socijalna misao*, 2010, vol. 17, br. 2, str. 37-47; D. Simonović, Pojam, oblici i regulativa mobinga, *Socijalna misao*, 2010, vol. 17, br. 2, str. 11-35, M. Popović, Mobing kao oblik diskriminacije, *Pravni život*, 2012, br. 11/2012, str. 547-558.

⁶ Mirjana Popović, Mobing kao oblik diskriminacije, *Pravni život*, br. 11/2012, str. 547.

⁷ Lazar Jovevski, Mobing kao radno-pravni i radno-sociološki fenomen, *Pravni život*, 2011, br. 11/2011 str. 519.

⁸ ZSZR, čl. 4.

⁹ 30 dana je značilo najdalje do 4. oktobra 2010. godine, rok je propisan čl. 37 ZSZR.

štanja¹⁰ ispravno je zaključiti da su poslodavci ispoštovali ovu obavezu. Isto obaveštenje se, prilikom stupanja na rad, na odgovarajući način uručuje i svakom zaposlenom koji zasnjuje radni odnos u narednom periodu. Praktično, u trenutku zasnivanja radnog odnosa, kada je najintenzivniji odnos između poslodavca, jer se najčešće tada zaključuje (i potpisuje) ugovor o radu, poslodavac će zaposlenog pismenim putem obavestiti o zabrani vršenja zlostavljanja i pravima, obavezama i odgovornostima zaposlenog i poslodavca u vezi sa zabranom zlostavljanja tj. uručiti mu obaveštenje. Naspram utvrđenog prava jedne strane, stoji obaveza druge. I obrnuto. Tako naspram utvrđene obaveze poslodavca da zaposlenog, pre stupanja na rad, pismenim putem obavesti o zabrani vršenja zlostavljanja i pravima, obavezama i odgovornostima zaposlenog i poslodavca u vezi sa zabranom zlostavljanja, stoji pravo zaposlenog utvrđeno u čl. 10 st. 1. ZSZR da pismenim putem bude upoznat sa zabranom vršenja zlostavljanja i pravima, obavezama i odgovornostima zaposlenog i poslodavca u vezi sa zabranom zlostavljanja.

Pravilnik o pravilima ponašanja poslodavca i zaposlenih, u vezi sa prevencijom i zaštitom od zlostavljanja na radu je podzakonski akt koji dodatno uređuje materiju zlostavljanja na radu. Pravilnikom je ponovljena obaveza poslodavca da zaposlenom pre stupanja na rad dostavi obaveštenje o zabrani vršenja zlostavljanja i pravima, obavezama i odgovornostima zaposlenog i poslodavca u vezi sa zabranom vršenja zlostavljanja, kao i rok za dostavu od 30 dana od dana početka primene zakona. Razrađujući navedenu obavezu, Pravilnik, najpre, reguliše da se obaveštenje sačinjava u najmanje dva primerka, od kojih jedan primerak zadržava poslodavac, a drugi zaposleni. Potom, Pravilnik predviđa da se u situaciji kada zaposleni odbije da potpiše i da ga primi, smatra da je zaposleni upoznat sa sadržinom obaveštenja, ako mu je ono dostavljeno na način i u postupku propisanom zakonom.

Članom 5 Pravilnika, utvrđeno je koje podatke obaveštenje naročito da sadrži i to: da je zakonom zabranjeno i sankcionisano vršenje zlostavljanja, seksualnog uznemiravanja, kao i zloupotreba prava na zaštitu od takvog ponašanja. Zatim, obaveštenje treba da sadrži podatke o tome šta se smatra zlostavljanjem, seksualnim uznemiravanjem i zloupotrebom prava na zaštitu od takvog ponašanja. U njemu se, nadalje, navodi da se zaštita od zlostavljanja i seksualnog uznemiravanja ostvaruje kod poslodavca (u postupku posredovanja i postupku utvrđivanja odgovornosti zaposlenog) i pred nadležnim sudom; da zaposleni koji smatra ili sumnja da je izložen zlostavljanju ili seksualnom uznemiravanju, pre obraćanja sudu, treba da se obrati nadležnom licu ili licima kod poslodavca za zaštitu od takvog ponašanja, a zaposleni koji smatra da je izložen zlostavljanju ili

¹⁰ Novčanom kaznom u iznosu od 100.000 do 400.000 dinara kazniće se za prekršaj poslodavac sa svojstvom pravnog lica, od 10.000 do 40.000 kazniće se preduzetnik, a novčanom kaznom od 5.000 do 30.000 dinara kazniće se odgovorno lice u pravnom licu, ako ne upoznaju zaposlenog sa zabranom vršenja zlostavljanja u propisanom roku, ZSZR, čl. 36.

seksualnom uznemiravanju od samog poslodavca, može da se neposredno obrati sudu za zaštitu od takvog ponašanja; da će poslodavac učiniti dostupnim podatke o licima ovlašćenim za pokretanje postupka za zaštitu od zlostavljanja, licu kome se podnosi zahtev za zaštitu od zlostavljanje i drugim licima koja se mogu uključiti u postupak zaštite od zlostavljanja, i na koji način. Obaveštenje naročito sadrži i podatke o tome šta se ne smatra zlostavljanjem, odnosno kada se ne može pokretati postupak za zaštitu od zlostavljanja; da se ne smatraju zlostavljanjem ni radna disciplina koja je u funkciji bolje organizacije posla, niti preduzete aktivnosti koje su opravdane za ostvarivanje bezbednosti i zdravlja na radu i povremene razlike u mišljenjima, problemi i konflikti u vezi sa obavljanjem poslova i radnih zadataka, osim ako nemaju za cilj da povrede ili namerno uvrede zaposlenog, kao ni i druga ponašanja koja se ne mogu smatrati zlostavljanjem u skladu sa ZSZR, te da su prava, obaveze i odgovornosti zaposlenog i poslodavca u vezi sa prevencijom i zaštitom od zlostavljanja propisani ZSZR i Pravilnikom. Da li će se zaposleni zaista upoznati sa sadržinom istog, pogotovo u situaciji kada je zasnivanjem radnog odnosa ostvario svoj egzistencijalni cilj – zaposlio se, poslodavac ne proverava. Svaki se zakon javno objavljuje. Dodatno, u ovom slučaju, o zabrani vršenja zlostavljanja i pravima, obavezama i odgovornostima zaposlenog i poslodavca u vezi sa zabranom zlostavljanja, zaposleni se pisanim putem obaveštava. Prema tome, nepoznavanje zakona ili nečitanje obaveštenja, nikog ne opravdava.

Da je poslodavac dužan da, u cilju prepoznavanja, prevencije i sprečavanja zlostavljanja, sprovodi mere obaveštavanja i osposobljavanja zaposlenih i njihovih predstavnika da prepoznaju uzroke, oblike i posledice vršenja zlostavljanja, propisano je i ZSZR i Pravilnikom¹¹. Razrađujući ovu odredbu, Pravilnik je predvideo da poslodavac može da obezbedi obuku, odnosno osposobljavanje određenog zaposlenog ili zaposlenih za obavljanje posredovanja, kao načina razrešenja spornih odnosa povezanih sa zlostavljanjem¹². Takođe, radi prevencije zlostavljanja i prepoznavanja zlostavljanja, poslodavac može da odredi lice za podršku kome zaposleni koji sumnja da je izložen zlostavljanju može da se obrati radi pružanja saveta i podrške. Poslodavac može da zatraži i mišljenje sindikata o određivanju lica za podršku. Lice za podršku treba da sasluša zaposlenog, da mu da savet, da ga uputi, informiše i pruži podršku s ciljem rešavanja sporne situacije.¹³ Poslodavac je, radi ostvarivanja prava na zaštitu od zlostavljanja, dužan da zaposlenima učini dostupnim podatke o licu za podršku, licima ovlašćenim za pokretanje postupka za zaštitu od zlostavljanja (predstavnik sindikata, lice nadležno za poslove bezbednosti i zdravlja na radu, predstavnik zaposlenih za bezbednost i zdravlje na radu ili odbor za bezbednost i zdravlje na radu); licu kod poslodavaca kome se podnosi za-

¹¹ ZSZR, čl. 7. st 2.; Pravilnik, čl. 3. st. 1.

¹² Pravilnik, čl. 3. st. 2

¹³ Pravilnik, čl. 7.

htev za zaštitu od zlostavljanja i o spisku posrednika koji se vodi kod poslodavca, a ako kod poslodavca postoje zaposleni koji su osposobljeni za obavljanje posredovanja, poslodavac može učiniti dostupnim i podatke o tim licima¹⁴.

U postupcima za zaštitu od zlostavljanja kreće se od zakonskog definisanja ovog pojma. Zlostavljanje, u smislu čl. 6. st. 1 ZSZR, jeste svako aktivno ili pasivno ponašanje prema zaposlenom ili grupi zaposlenih kod poslodavca koje se ponavlja, a koje za cilj ima ili predstavlja povredu dostojanstva, ugleda, ličnog i profesionalnog integriteta, zdravlja, položaja zaposlenog i koje izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje, pogoršava uslove rada ili doводи do toga da se zaposleni izoluje ili navede da na sopstvenu inicijativu raskine radni odnos ili otkáže ugovor o radu ili drugi ugovor. Zlostavljanje, jeste i podsticanje ili navođenje drugih na opisano ponašanje, a izvršiocem zlostavljanja smatra se poslodavac sa svojstvom fizičkog lica ili odgovorno lice kod poslodavca sa svojstvom pravnog lica, zaposleni ili grupa zaposlenih kod poslodavca, koji vrši opisano zlostavljanje¹⁵.

Citirana zakonska odredba afirmativnog je karaktera, za postojanje zlostavljanja na radu potrebno je da budu kumulativno ispunjeni uslovi trajnosti radnje zlostavljanja (radnja može biti i pasivna i aktivna), zatim da takva radnja ima za cilj ili predstavlja povredu dostojanstva, ugleda, ličnog i profesionalnog integriteta, zdravlja i dr., te da se usled takve radnje žrtva mobinga navede da na svoju inicijativu raskine radni odnos ili otkáže ugovor o radu ili drugi ugovor. Afirmativnu definiciju zlostavljanja na radu koja je identična zakonskoj, Pravilnik dopunjuje negatornom i daje odgovor šta nije zlostavljanje. Tako, ne smatraju se zlostavljanjem pojedinačni akt poslodavca (rešenje, ponuda aneksa ugovora o radu, upozorenje i dr.), kojim je rešavano o pravima, obavezama i odgovornostima iz radnog odnosa, protiv koga zaposleni ima pravo na zaštitu u postupku propisanim posebnim zakonom; kao ni uskraćivanje i onemogućavanje prava utvrđenih zakonom, opštim aktom i ugovorom o radu, čija se zaštita ostvaruje u postupku kod poslodavca i pred nadležnim sudom (npr. neisplaćivanje zarade i drugih primanja). Zatim, ne smatra se zlostavljanjem radna disciplina koja je u funkciji bolje organizacije posla, ni preduzete aktivnosti koje su opravdane za ostvarivanje bezbednosti i zdravlja na radu. Zlostavljanjem se ne smatra svako neopravdano pravljenje razlike ili nejednako postupanje prema zaposlenom po bilo kom osnovu diskriminacije, koje je zabranjeno i u vezi s kojim se zaštita obezbeđuje u skladu s posebnim zakonom, kao ni povremene razlike u mišljenjima, problemi i konflikti u vezi s obavljanjem poslova i radnih zadataka, osim ako isti nemaju za cilj da povrede ili namerno uvrede zaposlenog i dr. Zloupotrebu prava na zaštitu od zlostavljanja čini zaposleni koji je svestan ili je morao biti svestan da ne posto-

¹⁴ Pravilnik, čl. 6.

¹⁵ ZSZR, čl. 6. st. 2. i 3.

je osnovani razlozi za pokretanje postupka za zaštitu od zlostavljanja, a pokrene ili inicira pokretanje tog postupka sa ciljem da za sebe ili drugog pribavi materijalnu ili nematerijalnu korist ili da nanese štetu drugom licu.¹⁶

POSTUPAK ZAŠTITE OD ZLOSTAVLJANJA NA RADU KOD POSLODAVCA

Zabranjen je bilo koji vid zlostavljanja na radu i u vezi sa radom, kao i zloupotreba prava na zaštitu od zlostavljanja¹⁷. Poslodavac je dužan da zaposlenog zaštititi od zlostavljanja i odgovara za štetu koju odgovorno lice ili zaposleni vršeći zlostavljanje prouzrokuje drugom zaposlenom kod istog poslodavca, u skladu sa zakonom. Poslodavac koji je naknadio štetu koju je prouzrokovalo odgovorno lice ili zaposleni ima pravo da od tog lica ili zaposlenog zahteva naknadu iznosa isplaćene štete.¹⁸ Odgovornost poslodavca za štetu koju pričinio njegov zaposleni, kao i njegovo pravo i dužnost da se po isplati štete trećem licu, sa regresnim zahtevom obrati zaposlenom koji je štetu pričinio, regulisana je odredbama Zakona o radu i zakona koji regulišu obligacione odnose. Razlika je u tome što su i obeštećeno "treće" lice i štetnik - zaposleni kod poslodavca.

Zanimljive su odredbe članova 15 i 16 Pravilika, koje predviđaju šta treba da uradi zaposleni u slučaju sumnje da je izvršeno zlostavljanje. Zaposleni koji sumnja da je izložen zlostavljanju treba da se obrati licu za koje sumnja da vrši zlostavljanje i da mu ukaže na njegovo ponašanje, a u cilju rešavanja sporne situacije i bez pokretanja postupka za zaštitu od zlostavljanja. Pored obraćanja licu za koje sumnja da vrši zlostavljanje nad njim, zaposleni treba da se obrati licu za podršku ili licu kod poslodavca ovlašćenom za podnošenje zahteva za zaštitu od zlostavljanja, odnosno drugom licu koje uživa njegovo poverenje, radi predočavanja problema i pružanja saveta o načinu daljeg postupanja i rešavanju sporne situacije, a to lice treba da sasluša zaposlenog, da mu da savet, da ga uputi, informiše i pruži podršku u cilju rešavanja sporne situacije. Obraćanje zaposlenog koji sumnja da je izložen zlostavljanju, licu za koje sumnja da vrši zlostavljanje i ukazivanje na njegovo ponašanje sigurno je dobar savet, ali koliko je praktično primenjiv? Ovakvo obraćanje uputno je kada postoji konflikt. Razlika između konflikta i mobinga nije u tome šta se i kako čini, već u frekventnosti, trajanju i nameri. Konflikt najčešće postoji između zaposlenih sa simetričnim odnosom u hijerarhiji i u većini slučajeva je kratkotrajan. Mobing se vrši sistematično i smišljeno, a vr-

¹⁶ ZSZR, čl. 11. st. 3: Pravilnik, čl. 14.

¹⁷ ZSZR, čl. 5.

¹⁸ ZSZR, čl. 8-9.

šilac obično pokušava da uspostavi ili ima psihološku dominaciju nad žrtvom¹⁹. Nije isključeno da konflikt prethodi mobingu i da se rešavanjem konflikta zapravo sprečava nastajanje mobinga. Kod mobinga strah parališe žrtvu, a ohrabruje zlostavljača. Emocionalno osnaživanje žrtve je prvi korak u borbi protiv tog straha²⁰. Na isti način je pod znakom pitanja i obraćanje drugom licu koje uživa njegovo poverenje. Naime, žrtve zlostavljanja su često navodile da im skoro niko, na radnom mestu i u porodici, ne veruje ili ih, čak, smatra krivim za situaciju u kojoj se nalaze²¹.

Postupak posredovanja kod poslodavca

Postupak za zaštitu od zlostavljanja kod poslodavca, ako se za zlostavljanje na radu ne tereti odgovorno lice u pravnom licu, odnosno poslodavac sa svojstvom fizičkog lica, počinje tako što zaposleni koji smatra da je izložen zlostavljanju podnosi obrazloženi zahtev za pokretanje postupka za zaštitu od zlostavljanja neposredno tom licu. Ovaj zahtev može podneti i predstavnik sindikata, lice nadležno za poslove bezbednosti i zdravlja na radu, predstavnik zaposlenih za bezbednost i zdravlje na radu ili odbor za bezbednost i zdravlje na radu, uz pismenu saglasnost zaposlenog koji smatra da je izložen zlostavljanju²². Pravo na podnošenje zahteva za zaštitu od zlostavljanja zastareva u roku od šest meseci od dana kada je zlostavljanje učinjeno i počinje da teče od dana kada je poslednji put izvršeno ponašanje koje predstavlja zlostavljanje, s tim da u tom roku i za vreme vođenja postupka posredovanja ne teku rokovi zastarelosti propisani zakonom za utvrđivanje odgovornosti zaposlenog za nepoštovanje radne discipline, odnosno povredu radne dužnosti²³. Pravilnikom je bliže propisana sadržina zahteva za pokretanje postupka za zaštitu od zlostavljanja. U zahtevu treba da se navedu podaci o podnosiocu zahteva, odnosno podaci o zaposlenom koji smatra da je izložen zlostavljanju, ako nije podnosilac zahteva, kao i podaci o zaposlenom koje se tereti za zlostavljanje. Zatim, navodi se kratak opis ponašanja za koje se opravdano veruje da predstavlja zlostavljanje, trajanje i učestalost tog ponašanja, kao i datum kada je poslednji put učinjeno to ponašanje. Takođe, u zahtevu treba da budu

¹⁹ Slobodanka Perić, *Pristojan rad*, izdavač Pravni fakultet u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici, Beograd, 2013, str. 222.

²⁰ "Prestala sam da ćutim i da se sklanjam, rekla sam joj da je to što radi mobing i stavila sam na oglasnu tablu članak iz novina o mobingu..." Mirjana Tripković, Psihičko zlostavljanje na radnom mestu: analiza rada Službe VDS info i podrška žrtvama u 2008. godini, *Temida, časopis o viktimizaciji, ljudskim pravima i rodu*, vol. 12, br. 2/2009, str. 25.

²¹ Mirjana Tripković, *op.cit.*, str. 24.

²² ZSZR, čl. 13.

²³ ZSZR, čl. 22.

navedeni i dokazi, tj. svjedoci, pisana dokumentacija, lekarski izveštaji, dozvoljeni audio i video zapisi i dr.²⁴

Poslodavac je dužan da, u roku od tri dana, po prijemu zahteva, stranama u sporu predloži posredovanje kao način razrešenja spornog odnosa. Tri dana od dana prijema ovog predloga poslodavca, zaposleni koji smatra da je izložen zlostavljanju, zaposleni koji se tereti za zlostavljanje i predstavnik poslodavca, sporazumno određuju ili biraju lice za vođenje postupka posredovanja²⁵. Ako se, pak, za zlostavljanje tereti odgovorno lice u pravnom licu, odnosno poslodavac sa svojstvom fizičkog lica, zaposleni koji smatra da je izložen zlostavljanju može podneti zahtev za pokretanje postupka posredovanja neposredno tom licu, a može i bez podnošenja zahteva za pokretanje postupka posredovanja kod poslodavca, pokrenuti postupak pred nadležnim sudom, do isteka gore pomenutog roka zastarelosti za pokretanje postupka za zaštitu od zlostavljanja kod poslodavca.²⁶ Dakle, pokretanje postupka za zaštitu od zlostavljanja kod poslodavca, u ovom slučaju nije obavezno. U ovom slučaju, poslodavac može da prihvati zahtev za posredovanje, takođe u roku od tri dana. Član 16 ZSZR je propisao da za posrednika može biti određeno, odnosno izabrano lice koje uživa poverenje strana u sporu, da se on može se izabrati sa spiska posrednika koji se vodi kod poslodavca - u skladu sa kolektivnim ugovorom, odnosno kod organa, organizacije ili ustanove za posredovanje - u skladu sa zakonom, zatim sa spiska posrednika socijalno-ekonomskog saveta sačinjenog na predlog socijalnih partnera, te sa spiska udruženja građana čiji su ciljevi usmereni na poslove posredovanja, odnosno zaštite od zlostavljanja.

Postupak posredovanja je hitan, sprovodi se tako što posrednik stranama u sporu pomaže da postignu sporazum. U postupku posredovanja, na zahtev strane u sporu, može da učestvuje i predstavnik sindikata. Ovaj postupak je zatvoren za javnost, a podaci prikupljeni u toku posredovanja tajna su i mogu se saopštavati samo učesnicima u postupku i nadležnim državnim organima u vezi sa postupkom za zaštitu od zlostavljanja. Strane mogu da se sporazumeju o načinu na koji će se postupak posredovanja sprovesti, a ako o tome ne postignu sporazum, posrednik će postupak sprovesti na način koji smatra da je odgovarajući, imajući u vidu okolnosti spornog odnosa i interese strana u sporu, uz poštovanje načela hitnosti. Posrednik može da vodi zajedničke i odvojene razgovore sa stranama u sporu, kao i da uz saglasnost jedne strane drugoj prenese i predoči predloge i stavove o pojedinim pitanjima. Zatim, posrednik može da daje predlog mogućih načina za rešavanje spora, ali ne može stranama u sporu da nameće rešenje, a ukoliko oceni da pretila opasnost od nastupanja nenaknadive štete zaposlenom koji

²⁴ Pravilnik, čl. 22.

²⁵ ZSZR, čl. 15.

²⁶ ZSZR, čl. 14.

smatra da je izložen zlostavljanju, može dostaviti poslodavcu obrazloženu inicijativu za meru premeštaj u drugu radnu okolinu - na iste ili druge poslove, odnosno radno mesto ili meru udaljenje sa rada uz nadoknadu zarade, sve u skladu sa zakonom²⁷.

Okončavanje postupka posredovanja kod poslodavca

Koliko traje postupak posredovanja? Kako se završava? Postupak posredovanja okončava se u roku od osam radnih dana od dana određivanja, odnosno izbora posrednika, s tim da se iz opravdanih razloga taj rok može se produžiti na maksimalno 30 dana od dana određivanja, odnosno izbora posrednika. Imajući u vidu da je postupak posredovanja hitan, ali istovremeno i delikatan po svom predmetu, više je razloga koji mogu biti opravdani i zbog kojih postupak traje duže od 8 radnih dana. Rok od osam radnih dana je dovoljan u situaciji kada je na osnovu jednog odvojenog i/ili zajedničkog razgovora sa stranama, sasvim jasno i posredniku i stranama u sporu da nije moguće postići sporazum, bez obzira što je posrednik spreman da im u tome pomogne. Isti rok je dovoljan i u situaciji kada postoji druga krajnost, kada je upravo radi rešavanja postojeće situacije bilo dovoljno da neko treći, nepristrasan, objektivno i stručno pomogne stranama u sporu da iskažu ono što same iz svojih subjektivnih pozicija nisu mogle, sve uz poštovanje načela tajnosti koje je itekako značajno u ovako delikatnoj stvari. Ukoliko posrednik vodi odvojene i zajedničke razgovore, prenosi i predočava predloge i stavove o pojedinim pitanjima jedne strane drugoj, može biti potrebno i opravdano da postupak traje duže od osam radnih dana. Ipak, postupak ne može trajati duže od 30 dana od dana određivanja, odnosno izbora posrednika, što je takođe opravdano ograničavanje imajući u vidu načelo hitnosti, ali i tajnosti. Ovaj rok je dovoljan da strane iznesu svoje stavove, zatim da saslušaju predloge i stavove druge strane o pojedinim pitanjima i da ih razmotre, te da uz aktivnu pomoć i razmenu posrednika postigu sporazum.

Drugi način da se postupak okonča je odlukom posrednika, posle konsultacije sa stranama, da se postupak obustavlja, jer dalji postupak nije opravdan, a treći način je izjavom strane u sporu o odustajanju od daljeg postupka.²⁸ Smatra se da postupak posredovanja nije uspeo ako strane u sporu ne odrede, odnosno ne izaberu posrednika kako je gore navedeno ili ako se postupak okonča na način koji nije zaključivanje pismenog sporazuma između strana u sporu. U slučaju da postupak posredovanja nije uspeo jer strane u sporu nisu odredile, odnosno

²⁷ ZSZR, čl. 17-18.

²⁸ ZSRS, čl. 19.

nisu izabrale posrednika, onda je poslodavac dužan da podnosiocu zahteva i zaposlenom koji smatra da je izložen zlostavljanju ako nije podnosilac tog zahteva, dostavi obaveštenje da postupak posredovanja nije uspeo. Ako posredovanje nije uspelo, jer je postupak obustavljen ili zbog izjave strane u sporu o odustajanju od daljeg postupka, onda tu obavezu ima posrednik, te je dužan da najkasnije u roku od tri dana od dana isteka roka koje je zakon predvideo za trajanje posredovanja, stranama u sporu i poslodavcu dostavi odluku o obustavljanju postupka, odnosno obaveštenje da je jedna od strana u sporu odustala od daljeg postupka.²⁹ Od dana dostavljanja ovog obaveštenja teče rok od 15 dana za podnošenje tužbe sudu za zaštitu od zlostavljanja.

Iz navedenog sledi zaključak da je postupak posredovanja uspeo samo onda kada se zaključi pismeni sporazum između strana u sporu. Odredbe čl. 22 ZSZR propisale su sadržinu ovakvog sporazuma, tj. šta sporazum treba naročito da sadrži, zatim od čega zavisi njegovo dejstvo, te da sporazum može sadržati i preporuke za poslodavca u pogledu otklanjanja mogućnosti nastavljanja zlostavljanja. Tako, sporazum naročito sadrži mere koje su usmerene na prestanak ponašanja koje predstavlja zlostavljanje, odnosno isključenje mogućnosti nastavljanja takvog ponašanja. Dejstvo sporazuma postignutog u postupku posredovanja zavisi od volje strana u sporu, ako je sporazumom obuhvaćeno uređivanje ponašanja u njihovom međusobnom odnosu, a sporazum može sadržati i preporuke poslodavcu u pogledu otklanjanja mogućnosti nastavljanja zlostavljanja, kao npr. premeštaj zaposlenog u drugu radnu okolinu ili druge mere koje se tiču statusa i prava strana u sporu. Ove preporuke poslodavac može prihvatiti, ako su u skladu sa zakonom i njegovom poslovnim politikom.

*Postupak za utvrđivanje odgovornosti zaposlenog za nepoštovanje
radne discipline, odnosno povredu radne dužnosti*

Odredbe člana 23 ZSZR regulišu postupak za utvrđivanje odgovornosti zaposlenog. Naime, ako postupak posredovanja ne uspe, a postoji osnovana sumnja da je izvršeno zlostavljanje ili je zloupotrebjeno pravo na zaštitu od zlostavljanja, poslodavac je dužan da pokrene postupak za utvrđivanje odgovornosti zaposlenog za nepoštovanje radne discipline, odnosno povredu radne dužnosti i može zaposlenom u tom slučaju, pored sankcija propisanih zakonom za nepoštovanje radne discipline, odnosno povredu radne dužnosti, da izrekne jednu od sledećih mera: 1) opomena; 2) mera udaljenja sa rada od četiri do 30 radnih dana bez na-

²⁹ ZSRS, čl. 20.

knade zarade; 3) mera trajnog premeštaja u drugu radnu okolinu - na iste ili druge poslove, odnosno radno mesto, u skladu sa zakonom.

Ako zaposleni, kome je zbog vršenja zlostavljanja izrečena neka od navedenih mera, u roku od šest meseci ponovo izvrši zlostavljanje, poslodavac može da mu otkáže ugovor o radu, odnosno izrekne meru prestanka radnog odnosa, u skladu sa zakonom. Poslodavac je, međutim, shodno članu 24 ZSZR koji utvrđuje mere za sprečavanje zlostavljanja do okončanja postupka dužan da reaguje i ranije: u vremenu do okončanja postupka za zaštitu od zlostavljanja koji se vodi kod njega. Tako, ako zaposlenom koji smatra da je izložen zlostavljanju prema mišljenju službe medicine rada preti neposredna opasnost po zdravlje ili život ili ako mu preti opasnost od nastanka nenaknadive štete, poslodavac je dužan da, do okončanja postupka za zaštitu zaposlenog od zlostavljanja kod poslodavca, zaposlenog koji se tereti za zlostavljanje premesti u drugu radnu okolinu - na iste ili druge poslove, odnosno radno mesto ili da mu izrekne meru udaljenja sa rada uz nadoknadu zarade.

Pravo na odbijanje rada, regulisano u čl. 26 ZSZR, ima zaposleni, kome prema mišljenju službe medicine rada preti neposredna opasnost po zdravlje ili život, ako poslodavac ne preduzme mere koje je dužan u tom slučaju. Zaposleni je dužan da, bez odlaganja, obavesti poslodavca i inspekciju rada o odbijanju rada. Za vreme odbijanja rada zaposleni ima pravo na naknadu zarade u visini prosečne zarade koju je ostvario u prethodna tri meseca, a dužan je da se vrati na rad kada poslodavac preduzme mere koje je bio dužan, a najkasnije do okončanja postupka zaštite od zlostavljanja kod poslodavca. Zaposlenom koji je odbio da radi ne može da se otkáže ugovor o radu, odnosno izrekne mera prestanka radnog odnosa.

Zaštita učesnika u postupku je preduslov za njegovu uspešnu primenu, te je članom 27 ZSZR utvrđeno sledeće: pokretanje postupka za zaštitu od zlostavljanja, kao i učešće u tom postupku ne može da bude osnov za stavljanje zaposlenog u nepovoljniji položaj u pogledu ostvarivanja prava i obaveza po osnovu rada, pokretanje postupka za utvrđivanje disciplinske, materijalne i druge odgovornosti zaposlenog, otkaz ugovora o radu, odnosno prestanak radnog ili drugog ugovornog odnosa po osnovu rada i proglašavanje zaposlenog viškom zaposlenih, u skladu sa propisima kojima se uređuje rad. Ovu zaštitu ima i zaposleni koji ukaže nadležnom državnom organu na povredu javnog interesa utvrđenog zakonom, učinjenu od strane poslodavca, a osnovano sumnja da će biti izložen zlostavljanju, dok zaposleni, za koga se u skladu sa zakonom utvrdi da je zloupotrebio pravo na zaštitu od zlostavljanja, ovu zaštitu ne uživa.

Prevenција postupka za zaštitu od zlostavljanja na radu

Za radni odnos je karakterističan jak (egzistencijalni) interesni sukob zaposlenog i poslodavca. Kako je poslodavac jača strana i pravno i faktički, tradici-

onalni zadatak radnog prava je da tu pravnu i faktičku nejednakost zaposlenog i poslodavca ublaži u meri koja je neophodna, da bi se obezbedila socijalna stabilnost zaposlenja, ali i samog poslodavca i društva u celini³⁰. Iako je radni odnos pravni izraz interesnog kompromisa radnika i poslodavaca, pravni položaj stranka u tom odnosu bazira i na načelu humanizacije. To znači da se subjekti tog odnosa, sa svim međusobnim pravima, obavezama i odgovornostima ne mogu odvajati od njihovih ljudskih osobina i potreba. Prava, obaveze i odgovornosti u radnom odnosu permanentno se kreću u pravcu što većeg približavanja potreba radnika i poslodavaca kao ljudskih bića. Sistem tih prava, obaveza i odgovornosti, iako je pre svega, interesno zasnovan, ipak omogućuje strankama u radnom odnosu da jedna drugu vide kao ravnopravne partnere i ljudska bića koja sa odgovarajućom pažnjom, međusobnim poštovanjem i dostojanstvom zasnivaju i ostvaruju te odnose³¹.

Što se tiče Pravilnikom propisanih pravila ponašanja poslodavaca i zaposlenih u vezi sa prevencijom i zaštitom od zlostavljanja na radu, i poslodavac i zaposleni dužni su da se ponašaju na način kojim se poštuje dostojanstvo zaposlenih i da nastoje da u dobroj veri poštuju opšta pravila ponašanja na radu, a poslodavac treba da nastoji da obezbedi radnu okolinu u kojoj će se poslovi obavljati u atmosferi poštovanja, saradnje, otvorenosti, bezbednosti i jednakosti, da razvija svest kod zaposlenih o potrebi uzajamnog poštovanja, saradnje i timskog rada u izvršavanju radnih zadataka, da pruži dobar primer tako što će se prema svima ponašati ljubazno, sa dostojanstvom i uz dužno poštovanje, da omogući sindikatima da svojim učešćem daju doprinos u osposobljavanju i radu na prevenciji i sprečavanju zlostavljanja, da omogući zaposlenima pravo da iznesu svoje mišljenje, stavove i predloge u vezi sa obavljanjem posla, kao i da se njihovo mišljenje sasluša i da zbog toga ne trpe štetne posledice³². Pored ovih opštih odrednica, a radi prevencije od zlostavljanja i seksualnog uznemiravanja, Pravilnikom su detaljno propisana ponašanja od koji poslodavac i zaposleni treba naročito da se uzdrže. To su ponašanja koja se odnose na nemogućnost odgovarajućeg komuniciranja, ponašanja koja mogu da dovedu do narušavanja dobrih međuljudskih odnosa, narušavanja ličnog ugleda zaposlenog, narušavanja profesionalnog integriteta zaposlenog, narušavanja zdravlja zaposlenog, ponašanja koja bi se mogla smatrati seksualnim uznemiravanjem i druga istovrsna ponašanja³³.

Iako je prevencija najbolje rešenje, može se zaključiti da to uopšte nije jednostavno u današnjem socio-ekonomskom sistemu i da brojne mere koje se pred-

³⁰ Predrag Jovanović, Interesni sukobi i socijalna stabilnost u sferi radnih odnosa, *Radno i socijalno pravo, časopis za teoriju i praksu radnog i socijalnog prava*, br. 1/2013, str. 35.

³¹ Predrag Jovanović, *op. cit.*, str. 54.

³² Pravilnik, čl. 10.

³³ Pravilnik, čl. 12.

viđaju i za radnike i za menadžment daju ograničen rezultat. To znači da se ego-centrizam teško nadmašuje od same ličnosti, ali i pored toga, zaštita dostojanstva na radu i eliminisanje diskriminacije treba da bude osnovna nacionalna radna agenda i politika³⁴. Upravo u oblasti radnih i socijalnih prava pokazalo se da donošenje dobrih zakona jeste neophodno, ali nije dovoljno. Bez ove svesti, nema ni govora o prevenciji zlostavljanja na radu.

Uopšte, 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 sve podsticajno deluje na ekonomski i tehnološki razvoj i na tome zasnovan kvalitetniji život³⁵.

ZAKLJUČAK

Zaposleni koji nije zadovoljan ishodom postupka zaštite od zlostavljanja kod poslodavca (i zaposleni koji za zlostavljanje tereti odgovorno lice u pravnom licu, odnosno poslodavca sa svojstvom fizičkog lica i koji je nije podnosio zahtev za pokretanje postupka posredovanja kod poslodavca) može da potraži sudsku zaštitu i da podnese tužbu protiv poslodavca zbog zlostavljanja na radu ili u vezi sa radom. Uz težinu statusa pasivno legitimisane strane, poslodavac mora podneti i teret dokazivanja u sudskom postupku.

Naime, prema članu 31. ZSZR, ako je u toku postupka tužilac učinio verovatnim da je izvršeno zlostavljanje, teret dokazivanja da nije bilo ponašanja koje predstavlja zlostavljanje je na poslodavcu. Uspeh poslodavca u sudskom postupku zavisi od toga hoće li uspeti da dokaže negativnu činjenicu - da zlostavljanje na radu ne postoji. Budući da zlostavljanje na radu podrazumeva pravu agresiju na radnika koja se odvija isplanirano i sistematično, onda je jasno da se već u trenutku podnošenja tužbe, desilo "nasilje bez nasilja"³⁶ i da su štetne posledice nastale. U ovom sudskom sporu ni strana koja je u njemu uspela, ne može se nazvati pobednikom. Radno okruženje nije samo mesto gde zaposleni dolaze na rad, već istovremeno i mesto gde provode značajan deo svog života. Važno je formiranje stava kod zaposlenih da rade vredan i odgovoran posao, a takav osećaj se jav-

³⁴ Lazar Jovevski, Mobing kao radno-pravni i radno-sociološki fenomen, str. 526.

³⁵ Gordan Stefanović, Pravo na život i radna i socijalna prava, *Pravni život*, br. 11/2012, str. 609.

³⁶ Vesna Baltezarević, Mobing: komunikacija na četiri noge, *Temida, časopis o viktimizaciji, ljudskim pravima i rodu*, vol. 10, br. 4/2007, str. 75.

lja u slučajevima gde menadžment vodi otvorenu komunikaciju, pokazuje interes za zaposlenog, njegove ideje i predloge.³⁷

U stručnoj literaturi nalazimo zanimljiv stav da su “u društvima visokoindustrijalizovanog sveta Zapada, mesta rada ostala jedina poprišta borbe (*battlefield*)”, gde se ljudi mogu međusobno “ubijati” bez rizika da zbog toga budu izvedeni pred sud³⁸.

U postupku posredovanja kod poslodavca, ključnu ulogu ima posrednik, koji treba da bude nepristrasan u odnosu na strane u sporu i neutralan u odnosu na predmet spora³⁹. Polazno stanovište je da će konflikti biti rešeni lakše i uz manje odricanja ako se u prvi plan stave interesi i potrebe sukobljenih strana, a ne pitanje moći ili prava. Posrednici treba da nastoje da stvore atmosferu ozbiljne usredsređenosti na konkretna pitanja, jer strane u sporu “čuju” jedna drugu kroz višestruke uticaje prošlih iskustava i emocija. Posrednik treba da poseduje veštinu aktivnog slušanja i da strane u sporu sa empatijom, a ne sa simpatijom, da bude onaj koji ohrabruje, pojašnjava i usmerava diskusiju, rezimira i sumira iskaze strana u sporu i pomaže u identifikaciji problematike. Sporazum treba da je napisan jasnim, jednostavnim jezikom, izbalansiran, pozitivan, praktičan. Sporazum treba da se odnosi na budućnost i da ne sadrži optužbe, poželjno je da definiše rokove za njegovo ostvarivanje, te šta će se od stavki sporazuma pratiti i na koji način.⁴⁰

Emocionalna inteligencija je sposobnost da se drugi ubede u nešto ili moti- višu da urade nešto, sposobnost da se izgradi odnos prijateljstva, da se obuzdaju sopstvene i tuđe emocije, da se povratna informacija tzv. “feedback” prima iskreno i otvoreno, da se posmatra i analizira i sopstveno i tuđe ponašanje i dr. Mnogo reči i još više zahteva koji se postavljaju pred komunikatora. Uostalom, zato se

³⁷ Vesna Baltezarević, Organizaciona komunikacija i mobing, *Temida, časopis o viktimizaciji, ljudskim pravima i rodu*, vol. 12, br. 2/2009. str. 13.

³⁸ Branko Lubarda, Ostvarivanje i zaštita socijalnih prava, *Pravni život*, br. 11/2010, str. 767.

³⁹ Imenik miritelja i arbitara RAMRRS objavljen je u “Sl. glasniku RS” br. 110/2013. Na dužnost miritelja u postupku mirnog rešavanja kolektivnih radnih sporova upisano 41 miritelj, a na dužnost arbitra u postupku mirnog rešavanja individualnih radnih sporova 33 arbitara. Prema Javnim konkursu, za miritelja i arbitra moglo je biti izabrano lice koje je državljanin Republike Srbije; ima visoku stručnu spremu i najmanje pet godina radnog iskustva u oblasti radnih odnosa; nije osuđivano za krivično delo na безусловnu kaznu zatvora od najmanje šest meseci ili za kažnjivo delo koje ga čini nepodobnim za obavljanje ovih poslova, te lice koje je dostojno dužnosti miritelja, odnosno arbitra. Za arbitra je moglo biti izabrano lice koje pored opštih uslova, ima položen pravosudni ispit ili je redovni profesor fakulteta iz pozitivno-pravnih predmeta.

⁴⁰ IN-HOUSE seminar “Posredovanje u slučajevima zlostavljanja na radu”, Beograd, 21-22. novembar 2011, predavač Vera Kondić, Centar za razvoj ljudskih resursa i menadžment- MNG Centar d.o.o.

učesnici komunikacije dele na dobre i loše komunikatore⁴¹. Ne može da doprine procesu posrednik koji je pristrasan, interpretator, savetodavac, pasivan, bespomoćan. Ukoliko se složimo sa zaključkom da je zaštita žrtava mobinga teška i neizvesna aktivnost⁴², još više se moramo složiti sa zaključkom da to nikako nije razlog da se od nje odustane.

VESNA BILBIJA, MA,
Public company "Post offices of Serbia"
Operating unit of postal traffic "Subotica"

THE PROCEDURES FOR PROTECTION OF MOBBING AT THE EMPLOYER

Summary

Taking into account the consequences and the delicacy of the procedure of determining the cases of mobbing, the Law on Prevention of Harassment at Work foresees few different possibilities of exercising the protection of mobbing, and they are: 1) Through the procedure of mediation at the employer; 2) Through the procedure of determining responsibility of the employee accused of mobbing at the employer; 3) Through the proceedings before the competent court.

The topic of this paper is the procedure for protection of harassment at work at the employer. The above mentioned Law has been applied for four years. A great number of procedures for protection of harassment at work have been conducted at the employer and also final judgements in cases of law-suits for mobbing have been made. As expected, the earlier the phase of noticing and sanctioning the act of harassment, the lesser and easier the negative consequences are. That is why, it is of great importance for the procedure for protection of mobbing at the employer to be conducted properly and efficiently.

⁴¹ Vesna Baltezarević, Organizaciona komunikacija i mobing, str. 7.

⁴² Vesna Baltezarević, Organizaciona komunikacija i mobing, str.14.

UGOVORNA ODGOVORNOST ZAPOSLENOG

– Nova zakonska regulativa –

U V O D

Zaključenjem ugovora o radu zaposleni i poslodavac kao ugovorne strane, preuzimaju prava ali i obaveze u skladu sa zakonom i kolektivnim ugovorom ili drugim opštim aktom. Sloboda ugovaranja u radnom pravu ograničena je intervencijom države, zbog samog značaja koji ima radno pravo i radni odnos. U Srbiji materiju radnih odnosa reguliše Zakon o radu¹ čije su poslednje izmene i dopune u cilju procesa usaglašavanja sa evropskim standardima, donele izvesne novine u odnosu na prethodnu zakonsku regulativu. Obaveza zaposlenog je da savesno i odgovorno obavlja radne zadatke, poštuje organizaciju rada i disciplinu kod poslodavca i obaveštava poslodavca o okolnostima koje utiču ili bi mogle da utiču na obavljanje poslova po ugovoru o radu kao i o svakoj vrsti potencijalne opasnosti po život i zdravlje i nastanak materijalne štete. Odgovornost zaposlenog može da bude i ugovorna i deliktna.² Zaposleni za svoj rad snose ličnu odgovornost (subjektivna odgovornost) koja može biti disciplinska,³ deliktna,⁴ i materi-

Svetlana Anđelić, “doo Kotlenik-promet”, Lađevci, Kraljevo.

¹ Zakon o radu, “Sl. glasnik RS”, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 i 75/2014.

² Perović, S., “Osnov ugovorne i deliktne odgovornosti”, *Pravni život*, vol. 53, br. 3–4/2004, str. 5–49.

³ Lubarda, B., “Disciplinska odgovornost i harmonizacija prava”, *Pravo i privreda*, vol. 38, br. 5–8/2001, str. 241–253.

⁴ Orlić, M., “Subjektivna deliktna odgovornost u srpskom pravu”, *Pravni život*, br. 10/2010, str. 809–840.

jalna odgovornost. Ako zaposleni ne izvršava savesno i odgovorno radne obaveze i ne poštuje radnu disciplinu, poslodavac može da preduzme određene disciplinske mere prema zaposlenom, da u krajnjem slučaju zaposlenom otkáže ugovor o radu pod zakonom predviđenim uslovima. Poslodavac ima pravo da od zaposlenog zahteva naknadu štete ako je zaposleni na radu ili u vezi s radom namerno ili krajnjom nepažnjom prouzrokovao štetu poslodavcu ili trećem licu, a koju je nadoknadio poslodavac. Ako je štetu pričinilo više zaposlenih, isti odgovaraju neograničeno solidarno za nastalu štetu. Pretpostavka da je zaposleni kriv za štetu je oboriva.⁵ Zaposleni se može osloboditi od odgovornosti za štetu ako dokaže da nije kriv, odnosno da je šteta nastala kao posledica više sile, isključive odgovornosti oštećenog ili nekog trećeg lica.⁶

Pojam, vrste i načela odgovornosti zaposlenog

Postavlja se pitanje da li se pravila o ugovornoj odgovornosti i načela obligacionog prava mogu primeniti i na ugovor o radu? Ugovor o radu je po svojoj pravnoj prirodi ugovor *sui generis*, jer ima specifična obeležja koja ga razlikuju od svih drugih ugovora. Ugovor o radu zaključuju zaposleni i poslodavac, što znači da ovaj ugovor spada u grupu ugovora *intuitu personae* koji se zaključuje zbog ličnih kvaliteta jedne ili obe ugovorne strane u pravnom poslu. Međutim, ugovor o radu se ne može isključivo podvesti pod norme obligacionog prava, već je regulisan posebnim, radno-pravnim normama. Za razliku od ugovora o delu gde nalogoprimac preuzima obavezu obavljanja jedne ili više tačno određenih radnji uz jednokratnu nadoknadu i na čije regulisanje se primenjuju odredbe Zakona o obligacionim odnosima, kod ugovora o radu zaposleni preuzima trajnu radnu obavezu za koju dobija nadoknadu u vidu zarade koja se periodično isplaćuje, tako da ugovor o radu ima karakter ugovora sa trajnim prestacijama. Na prava, obaveze i odgovornosti iz radnog odnosa primenjuju se permanentno kogentne norme Zakona o radu, kao i odredbe opšteg akta tj. kolektivnog ugovora.

Ugovor o radu spada u grupu formalnih pravnih poslova kojim se zasniva radni odnos između poslodavca i zaposlenog, zaključuje se u pisanoj formi pre stupanja zaposlenog na posao. Zakon o radu posebno štiti zaposlenog u slučaju da forma ugovora nije ispoštovana. Ako poslodavac sa zaposlenim ne zaključuje ugovor o radu u zakonom predviđenoj formi, smatraće se da je zaposleni zasnovao radni odnos na neodređeno vreme danom stupanja na rad.

Ugovor o radu je konsesualan pravni posao jer se zaključuje prostom saglasnošću volja ugovornih strana ali proizvodi pravno dejstvo ispunjenjem od-

⁵ Ačanski, T., "Pretpostavljena krivica kao opšti osnov odgovornosti za štetu", Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 1983, br. 1-4, str. 59-73.

⁶ Cigoj, S., Nužna odbrana, krajnja nužda, otklanjanje štete od drugoga (čl. 161), Komentar Zakona o obligacionim odnosima, 1983, str. 585-587.

ložnog uslova, stupanjem zaposlenog na rad. Ako zaposleni ne stupi na rad danom utvrđenim ugovorom o radu, smatra se da nije zasnovao radni odnos, osim ako je sprečen da stupi na rad iz opravdanih razloga ili ako se poslodavac i zaposleni drugačije dogovore.⁷ Od dana stupanja na rad, zaposleni ostvaruje svoja prava i odgovara za obaveze koje je preuzeo ugovorom o radu. Ugovor o radu spada u grupu kauzalnih pravnih poslova jer se iz samog teksta ugovora vidi osnov obaveživanja zaposlenog i poslodavca.

Ako ugovor o radu posmatramo kao obligacioni odnos, koji se zasniva na određeno ili na neodređeno vreme i kojim se jedna ugovorna strana, zaposleni obavezuje da kod poslodavca izvršava radne obaveze i poštuje radnu disciplinu, a druga ugovorna strana, poslodavac se obavezuje da zaposlenom isplaćuje zaradu za njegov rad, na prava, obaveze i odgovornosti ugovornih strana iz ugovora o radu, mogu se primeniti osnovna načela obligacionog prava: načelo slobode ugovaranja, načelo izvršenja ugovorne obaveze (*pacta sunt servanda*), načelo saveznosti i poštenja i načelo naknade štete. Sloboda ugovaranja kod ugovora o radu, ograničena je intervencijom države. Poslodavac, kao ekonomski jača ugovorna strana određuje bitne elemente ugovora. Međutim, volja poslodavca je ograničena zakonskim odredbama o zaštiti minimalnih prava zaposlenog.⁸ Zakon o radu propisuje sadržinu ugovora o radu, odnosno koje bitne elemente koje ovaj ugovor mora da sadrži.⁹ Na taj način država svojom intervencijom, štiti zaposlenog kao slabiju stranu u ugovornom odnosu. Ako ugovor o radu sadrži odredbe koje predviđaju nepovoljnije uslove rada od onih koje su predviđene zakonom, kolektivnim ugovorom ili opštim aktom poslodavca, takve odredbe su ništave i ne mogu se primenjivati. U tom slučaju važi princip *in favorem laboratoris*, odnosno primenjivaće se odredbe sadržane u opštem aktu, odnosno zakonske odredbe. Iz navedenih razloga ugovor o radu se ne može smatrati ugovorom po pristupu, adhezionim ugovorom, već se na njega može primeniti ograničeno načelo autonomije volje. Načelo *pacta sunt servanda*, manifestuje se kroz dužnost ugovornih strana, odnosno poslodavca i zaposlenog da izvrše ugovorom o radu preuzete obaveze. Poslodavac je dužan da zaposlenom: obezbedi obavljanje poslova utvrđenih ugovorom o radu (uslove, opremu, osnovna sredstva i prostorije za rad); organizuje i obezbedi uslove i sredstva za zdrav i bezbedan rad; obezbedi zaštitu od diskriminacije, uznemiravanja i seksualnog uznemiravanja; isplati zaradu za obavljeni rad, naknadu zarade i druga primanja predviđena zakonom; nadoknadi zaposlenom štetu u slučaju povrede na radu.

Zaposleni ima pravo na odgovarajuću zaradu, bezbednost i zdravlje na radu, zdravstvenu zaštitu, zaštitu ličnog integriteta, dostojanstvo ličnosti i druga

⁷ Član 34. Zakon o radu.

⁸ Jovanović, P., "Interesna obeležja radnog odnosa", Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad, 2013, vol. 47, br. 4, str. 21–34.

⁹ Član 33. Zakon o radu.

prava u slučaju bolesti, smanjenja ili gubitka radne sposobnosti i starosti, materijalno obezbeđenje za vreme privremene nezaposlenosti, kao i pravo na druge oblike zaštite u skladu sa zakonom i opštim aktom, odnosno ugovorom o radu.¹⁰

Osnovna obaveza zaposlenog je da savesno i odgovorno obavlja poslove na kojima radi, odnosno ispunjava radnu obavezu i poštuje radnu disciplinu, kao i da obavesti poslodavca o okolnostima koje utiču ili bi mogle da utiču na obavljanje poslova po ugovoru o radu i potencijalnoj opasnosti po život i zdravlje i nastanak materijalne štete, da nadoknadi štetu koju je prouzrokovao svojom krivicom, na radu ili u vezi sa radom, poslodavcu ili trećem licu. Nepoštovanje odredbi ugovora o radu, povlači odgovornost za štetu. Načelo naknade štete u ugovoru o radu manifestuje se kroz obavezu poslodavca da zaposlenom nadoknadi štetu zbog povrede na radu ili u vezi sa radom i obavezu zaposlenog da nadoknadi štetu koju je prouzrokovao svojom krivicom, na radu ili u vezi sa radom, poslodavcu ili trećem licu. Za razliku od poslodavca čija odgovornost može biti i subjektivna i objektivna, odgovornost zaposlenog po ugovoru o radu je lična, tj. subjektivna odgovornost¹¹ i ispoljava se kao disciplinska odgovornost, odnosno odgovornost za povredu radne obaveze i radne discipline¹² i materijalna odgovornost, odnosno odgovornost za štetu koju zaposleni na radu ili u vezi sa radom, svojom krivicom, prouzrokuje poslodavcu ili trećem licu.¹³

Odgovornost zaposlenog može biti i vanugovorna, tj. deliktna. Deliktna odgovornost (krivična odgovornost, odgovornost za privredni prestup i odgovornost za prekršaj) ne isključuju disciplinsku odgovornost zaposlenog ako protivpravna radnja predstavlja povredu radne obaveze i radne discipline. Disciplinska i krivična odgovornost su samostalne i nezavisne odgovornosti.¹⁴ Neznatna društvena opasnost isključuje postojanje krivičnog dela, ali ne i postojanje povrede radne obaveze. Disciplinska odgovornost ne poznaje neznatnu društvenu opasnost i zato je strožija od krivične odgovornosti. Svaka povreda ugovorne obaveze povlači odgovornost za štetu. U našem pravnom sistemu važi pretpostavka krivi-

¹⁰ Član 12. Zakon o radu.

¹¹ Cigoj, S., "Građanska odgovornost", u: Stanković O., Perović S., i Trajković M., (ur.) Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, Beograd, 1978, str. 400.

¹² Bojović-Knežević, A., "Građanska, krivična, i disciplinska odgovornost sudija – međunarodni dokumenti i pravo Srbije", Strani pravni život, 2008, br. 3, str. 122–138.

¹³ Ilić, A., "Disciplinska i materijalna odgovornost državnih službenika u pravnom sistemu Republike Srbije", Univerzitet u Nišu, vol. 36, br. 1/2012, str. 377–391; Janjlić S., Lapac V., "Materijalna odgovornost zaposlenog za štetu prouzrokovanu poslodavcu", Pravni život, vol. 45, br. 11/1996, str. 721–730.

¹⁴ Toroman, M., "Jedinstvo i dualitet ugovorne i deliktne odgovornosti i mogućnost njihove komulacije", Zbornik radova o stranom i uporednom pravu, Beograd, Institut za uporedno pravo, broj 2/63, str. 160–161.

ce počinioca štete. Oštećeni ne mora da dokazuje krivicu počinioca štete, već zaposleni kao počinilac mora da dokaže da nije kriv.

*Ogovornost zaposlenog za povredu radne obaveze i radne discipline
(disciplinska odgovornost)*

Pojam i elementi disciplinske odgovornosti. – Disciplinska odgovornost je odgovornost za povrede radne obaveze utvrđene opštim aktom ili ugovorom o radu i druge povrede radne discipline propisane posebnim aktom poslodavca za koje se od strane ovlašćenih organa i u zakonom predviđenom postupku izriču zakonom propisane disciplinske mere. Da bi se zaposleni ponašao odgovorno on mora da zna za šta je tačno zadužen, koja su mu ovlašćenja i prava i kakve sankcije eventualno može da snosi. U tom cilju, Zakonom o radu predviđana je obaveza poslodavca da svojim opštim aktom utvrdi organizaciju poslovanja, radna mesta, tj. poslove koje zaposleni obavlja na određenom radnom mestu, potrebno obrazovanje, odnosno neophodna opšta i posebna znanja i veštine za obavljanje poslova na određenom radnom mestu, kao i složenost i odgovornost za svako od njih. Ugovorom o radu se konkretno utvrđuje radna obaveza zaposlenog, kao i slučajevi povrede radne obaveze i radne discipline. Svaki ugovor o radu mora da sadrži sledeće elemente: naziv i sedište poslodavca; ime i prezime zaposlenog, mesto prebivališta, odnosno boravišta zaposlenog; vrstu i stepen stručne spreme zaposlenog; vrstu i opis poslova koje zaposleni treba da obavlja; mesto rada; način zasnivanja radnog odnosa (na neodređeno ili određeno vreme); trajanje ugovora o radu na određeno vreme; dan početka rada odnosno stupanje na rad; radno vreme; novčani iznos osnovne zarade, elemente za utvrđivanje radnog učinka, naknade zarade, uvećane zarade i druga primanja zaposlenog; rokove za isplatu zarade i drugih primanja na koja zaposleni ima pravo; pozivanje na kolektivni ugovor, odnosno pravilnik o radu poslodavca koji je na snazi; trajanje dnevnog i nedeljnog radnog vremena.¹⁵

Ugovorom o radu, pored radnih obaveza u skladu sa opisom radnog mesta na koji je zaposleni raspoređen Aktom o sistematizaciji radnih mesta kao opštim aktom poslodavca, mogu biti predviđena i druga prava i obaveze zaposlenog, ali u granicama koje postavljaju zakon i kolektivni ugovor kao opšti akt. Ugovorom o radu mogu da se utvrde poslovi koje zaposleni ne može da radi u svoje ime i za svoj račun, kao i u ime i za račun drugog pravnog ili fizičkog lica, bez saglasnosti poslodavca kod koga je u radnom odnosu ili posle prestanka radnog odnosa kod poslodavca (klauzula o zabrani konkurencije).¹⁶

Ugovor o radu ne mora da sadrži sve propisane elemente ako su oni utvrđeni zakonom, kolektivnim ugovorom, pravilnikom o radu ili drugim aktom po-

¹⁵ Član 33. Zakon o radu.

¹⁶ Član 161 i 162. Zakon o radu.

slodavca u skladu sa zakonom u kom slučaju u ugovoru mora da se naznači akt kojim su ta prava utvrđena u momentu zaključenja ugovora o radu. Na prava i obaveze koja nisu utvrđena ugovorom o radu primenjuju se odgovarajuće odredbe zakona, kolektivnog ugovora i opšteg akta poslodavca.

Povreda radne obaveze i discipline može biti izvršena činjenjem i nečinjenjem (propuštanjem dužnog činjenja), odnosno neizvršavanjem ili nemarnim, neblagovremnim i/ili nesavesnim izvršavanjem radne obaveze. Osnovni elementi disciplinske odgovornosti zaposlenog su postojanje povrede radne obaveze i radne discipline i krivica zaposlenog.

Zaposleni koji svojom krivicom ne poštuje radnu disciplinu i ne ispunjava svoje dužnosti i radne obaveze predviđene ugovorom o radu i opštima aktima poslodavca čini povredu radne discipline i radne obaveze. Zakonodavac je taksativno naveo slučajeve povrede radne obaveze i radne discipline, usled kojih poslodavac može zaposlenom da otkáže ugovor o radu.¹⁷ Za indetifikaciju povrede radne obaveze od značaja su način, vreme i mesto izvršenja povrede. Povreda radne obaveze postoji samo ako je izvršena činjenjem ili propuštanjem dužnog činjenja od strane zaposlenog, njegovom krivicom, na radu ili u vezi sa radom.

Postojanje krivice uslovljeno je uračunljivošću.¹⁸ Za razliku od uračunljivosti, neuračunljivost je stanje u kome zaposleni ne može da shvati značaj svojih radnji i upravlja svojim postupcima.¹⁹ Zaposleni koji sam sebe dovede u stanje u kome nije mogao da shvati značaj svojih radnji i upravlja svojim postupcima (korišćenjem alkohola, droge ili drugih opojnih sredstava) ne može da izbegne odgovornost. Najteži oblik krivice je umišljaj,²⁰ koji postoji kada je zaposleni bio svestan da čini povredu radne obaveze i kad je hteo njeno izvršenje (direktan umišljaj) ili je svestan da usled njegovog postupka može doći do povrede radne obaveze, pa je na to pristao (eventualni umišljaj).²¹ Blaži oblik krivice od umišljaja je nehat,²² koji može biti svesni (kad je zaposleni svestan da usled njegovog postupka može doći do povrede radne obaveze, ali je olako držao da do povrede neće doći) i nesvestan (kad zaposleni nije svestan da zbog njegovog postupka može doći do povrede radne obaveze iako je prema okolnostima slučaja i ličnim svojstvima trebalo da bude svestan te mogućnosti). Namera (*dolus*) postoji kad je

¹⁷ Član 179, stav 2–3, Zakon o radu.

¹⁸ Ristivojević, B., "O opštim oblicima krivice u Rimskom statutu", Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad, vol. 42, br. 1–2/2008, str. 627–644.

¹⁹ Drakić, D., "Analiza propisa o neuračunljivosti kroz sudsku praksu", Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad, vol. 37, br. 3/ 2003, str. 301–309.

²⁰ Srzentić, N., Stajić, A., Lazarević, L., "Krivično pravo – opšti deo", Beograd, 1978, str. 269.

²¹ Salihagić-Mars, F., "Neki problemi u vezi razgaraničenja eventualnog umišljaja i svesnog nehata", Pravni život, br. 3/1966, str. 7–8.

²² Bavcon, L., "Nehat kao oblik vinosti u savremenom krivičnom pravu", 1964, br. 2, str. 213.

zaposleni svestan svoje radnje i hoće njeno izvršenje. Gruba nepažnja (*culpa lata*) postoji kada se zaposleni nije ponašao u određenoj situaciji kao savesna i pažljiva osoba. Obična nepažnja (*culpa levis*) postoji kad se zaposleni nije u određenoj situaciji ponašao kao uobičajeno pažljiva osoba. Slučajevi koji isključuju protivpravnost radnje su: stvarna zabluda, prinuda, nužna odbrana i krajnja nužda. Stvarna zabluda²³ postoji kad je zaposleni učinio povredu radne obaveze pogrešno smatrajući da postoje okolnosti prema kojima bi ako bi stvarno postojale, preduzeta radnja bila dopuštena. Prinuda je fizička sila ili ozbiljna pretnja kojom se od zaposlenog iznudi preduzimanje radnje koja predstavlja povredu radne obaveze. Nužna odbrana,²⁴ je ona odbrana koja je neophodno potrebna da zaposleni od sebe ili drugog odbije istovremeni protivpravni napad. Krajnja nužda²⁵ postoji kada je radnja povrede radne obaveze preduzeta da zaposleni od sebe ili drugog otkloni istovremenu opasnost.

Zakonska obaveza zaposlenog je da savesno i odgovorno obavlja radne zadatke, poštuje organizaciju rada i disciplinu kod poslodavca i obaveštava poslodavca o okolnostima koje utiču ili bi mogle da utiču na obavljanje poslova po ugovoru o radu kao i o svakoj vrsti potencijalne opasnosti po život i zdravlje i nastanak materijalne štete. Zaposleni odgovara samo za radne dužnosti i obaveze koje su u vreme izvršenja kao takve utvrđene zakonom, opštim aktima poslodavca i ugovorom o radu u skladu sa načelom legaliteta (*nullum crimen sine lege*). Jedna od osnovnih obaveza zaposlenog je da poštuje propisano radno vreme kod poslodavca. Novina Zakona o radu je vreme pripravnosti zaposlenog kao vreme u kome je zaposleni pripravan da se odazove na poziv poslodavca da obavlja poslove ako se ukaže takva potreba, pri čemu se zaposleni ne nalazi na mestu gde se njegovi poslovi obavljaju u skladu sa zakonom.²⁶ Vreme pripravnosti zaposlenog ne smatra se radnim vremenom. Zaposleni ne snosi odgovornost ako ugovorom o radu i/ili opštim aktom poslodavca nije predviđeno vreme pripravnosti kao obaveza zaposlenog.

Disciplinski postupak. – Za razliku od prethodnog zakonskog rešenja, Novi Zakon o radu predviđa vođenje disciplinskog postupka i postojanje posebnog disciplinskog organa.²⁷

Disciplinski postupak je nezavistan i samostalan i ne isključuje krivičnu, prekršajnu i materijalnu odgovornost. Disciplinski postupak se pokreće i vodi

²³ Tomanović, M., "Sporna pitanja vinosti i stvarne i pravne zablude", Beograd, Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo, 1999, vol. 37, br. 1, str. 45–59.

²⁴ Risimović, R., "Izazvana nužna odbrana", Beograd Bezbednost, 2011, vol. 53, br. 2, s. 168-181.

²⁵ Tomanović, M., "Krajnja nužda u krivičnom pravu", Pravni život, 2006, vol. 55, br. 9, s. 229-249.

²⁶ Član 50. Zakon o radu.

²⁷ Član 180. Zakon o radu.

zbog lakše povrede radne obaveze koja se bliže utvrđuje kolektivnim ugovorom ili pravilnikom o radu poslodavca, samo ukoliko poslodavac nije jednostrano raskinuo ugovor o radu sa zaposlenim zbog teže povrede radne obaveze i radne discipline. Lakša povreda radne obaveze je propust koji zaposleni učini na radu ili u vezi sa radom a koja se ne smatra težom povredom u smislu Zakona o radu. Pod težom povredom radne obaveze i radne discipline podrazumeva se ponašanje zaposlenog na radu ili u vezi sa radom, kojim se nanosi ozbiljna šteta poslodavcu i koje je takvo, da se osnovano može zaključiti da zaposleni ne može da nastavi da i dalje radi kod istog poslodavca. Poslodavac može protiv zaposlenog da pokrene disciplinski postupak:²⁸ zbog povrede radne obaveze utvrđene zakonom, opštim aktom poslodavca i ugovorom o radu, ako smatra da postoje olakšavajuće okolnosti ili da povreda radne obaveze nije takve prirode da zaposlenom treba da prestane radni odnos; zbog nepoštovanja radne discipline utvrđene zakonom, opštim aktom poslodavca i ugovorom o radu.

Disciplinski postupak je hitan i zasniva se na osnovnim procesnim načelima: načelo javnosti, načelo ravnopravnosti stranaka, načelo utvrđivanja materijalne istine, načelo slobodne ocene dokaza, načelo procesne ekonomije. Organ nadležan za vođenje disciplinskog postupka i izricanje mere za povredu radne obaveze i radne discipline je disciplinska komisija, koju poslodavac formira i sastoji se od neparnog broja članova, a najmanje tri člana. Disciplinski postupak protiv zaposlenog pokreće zakonski zastupnik poslodavca, međutim i svako od zaposlenih ima pravo na podnošenje prijave za pokretanje disciplinskog postupka. Prijava se podnosi u pisanoj formi. Prijava mora da sadrži ime i prezime lica protiv koga je podneta, poslove koje to lice obavlja, činjenice na osnovu kojih se prijava podnosi odnosno opis povrede radne obaveze i/ili radne discipline i dokaze koji na to ukazuju, kao i osnovne podatke o podnosiocu disciplinske prijave (ime i prezime, adresa i radno mesto na koje je raspoređen). Disciplinska rasprava je usmena i javna osim u slučajevima koje zakon predviđa. O disciplinskoj raspravi vodi se zapisnik. Zaposleni ima pravo da u disciplinskom postupku uzme branioca. Organ koji vodi disciplinski postupak dužan je da licu protiv kog se postupak vodi, podnosiocu prijave i svedocima (ako ih ima i navedeni su u prijavi) dostavi poziv za disciplinsku raspravu.

Disciplinski organ može samostalno ili preko angažovanih stručnih lica izvršiti po potrebi uviđaj u cilju utvrđivanja okolnosti povrede radne obaveze i/ili radne discipline. Zaposlenom ne može biti izrečena disciplinska mera bez njegovog prethodnog saslušanja, osim u slučaju da se zaposleni ne odazove pozivu za raspravu bez opravdanog razloga. Po završetku disciplinskog postupka disciplinski organ donosi odluku u formi rešenja kojom oglašava zaposlenog krivim, oslobađa zaposlenog odgovornosti ili obustavlja disciplinski postupak. Prilikom izri-

²⁸ Član 179–180, Zakon o radu.

canja disciplinske mere naročito se uzimaju u obzir težina povrede radne obaveze i/ili discipline, njene posledice, stepen odgovornosti zaposlenog, raniji rad i ponašanje na radu zaposlenog i druge okolnosti koje su od uticaja na vrstu i visinu mere. Rešenje mora biti obrazloženo sa poukom o pravnom leku. Zaposleni nezadovoljan odlukom disciplinskih organa, može svoja prava da ostvaruje u sudskom postupku u roku od šezdeset dana od dana prijema rešenja disciplinskog organa. Pokretanje i vođenje disciplinskog postupka zastareva u roku od devedeset dana od dana saznanja za povredu i počinioaca, odnosno u roku od šest meseci od dana kada je povreda radne obaveze i/ili radne discipline učinjena. Ako povreda sadrži elemente i obeležja krivičnog dela, pokretanje disciplinskog postupka zastareva protekom roka zastarelosti za to krivično delo.

Disciplinske mere. – Poslodavac može zaposlenom za povredu radne obaveze ili nepoštovanje radne discipline ako smatra da postoje olakšavajuće okolnosti ili da povreda radne obaveze, odnosno nepoštovanje radne discipline, nije takve prirode da zaposlenom treba da prestane radni odnos, umesto otkaza ugovora o radu, izrekne jednu od sledećih disciplinskih mera:²⁹ 1. upozorenje odnosno opomena sa najavom otkaza; 2. privremeno udaljenje s posla bez naknade u trajanju od jednog do petnaest radnih dana; 3. novčanu kaznu u visini do 20% osnovne zarade zaposlenog za mesec u kome je novčana kazna izrečena, u trajanju do tri meseca.

Upozorenje, odnosno opomena sa najavom otkaza je disciplinska mera u kojoj se navodi da će poslodavac zaposlenom otkazati ugovor o radu bez ponovnog upozorenja, ako u narednom roku od šest meseci učini istu povredu radne obaveze ili nepoštovanje radne discipline. Poslodavac je dužan da vodi evidenciju izrečenih disciplinskih mera. Apstinencija zaposlenog od ponovljene povrede radne obaveze i radne discipline je uslov za brisanje disciplinske mere iz evidencije. Poslodavac je dužan da pre otkaza ugovora o radu zaposlenog pisanim putem upozori na postojanje razloga za otkaz ugovora o radu i da mu ostavi rok od najmanje osam dana od dana dostavljanja upozorenja da se izjasni na navode iz upozorenja.³⁰ U 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. Teret dokazivanja da postoji opravdan razlog za prestanak radnog odnosa snosi poslodavac. Poslodavac može zaposlenom dati otkaz ugovora o radu samo iz razloga navedenih u upozorenju. Usmeno upozorenje na postojanje razloga za otkaz ugovora o radu ne proizvodi pravno dejstvo. Zaposleni uz izjašnjenje može da priloži mišljenje sindikata čiji je član (ukoliko sindikat postoji), u roku koji zakon predviđa, u kom slučaju je poslodavac je dužan da

²⁹ Član 179 a Zakon o radu.

³⁰ Prethodnim Zakonom o radu, za izjašnjenje zaposlenog bio je predviđen rok od pet radnih dana od dana upozorenja.

razmotri priloženo mišljenje sindikata.³¹ Po razmatranju izjašnjenja zaposlenog, i mišljenja sindikata, poslodavac može: da donese rešenje o otkazu ugovora o radu zaposlenom čime mu prestaje radni odnos kod poslodavaca; da, uzimajući u obzir olakšavajuće okolnosti ukoliko one postoje, upozori zaposlenog da će mu otkazati ugovor o radu ako ponovo učini istu ili sličnu povredu, bez ponovnog upozorenja; da zaposlenom izrekne meru udaljenja sa rada; da zaposlenom izrekne novčanu kaznu; da zaposlenog oslobodi odgovornosti odnosno obustavi postupak. Privremeno udaljenje zaposlenog sa rada bez naknade, u trajanju od jednog do petnaest radnih dana je disciplinska mera koja može biti izrečena zaposlenom od strane disciplinskog organa u slučaju: ako je protiv zaposlenog započeto krivično gonjenje u skladu sa zakonom zbog krivičnog dela učinjenog na radu ili u vezi sa radom; ako zaposleni nepoštovanjem radne discipline ili povredom radne obaveze ugrožava imovinu veće vrednosti utvrđene opštim aktom ili ugovorom o radu; ako je priroda povrede radne obaveze, odnosno nepoštovanja radne discipline ili je ponašanje zaposlenog takvo da ne može da nastavi rad kod poslodavca pre isteka roka predviđenog zakonom.

Ako je protiv zaposlenog započeto krivično gonjenje u skladu sa zakonom zbog krivičnog dela učinjenog na radu ili u vezi sa radom, poslodavac može zaposlenom da izrekne meru privremenog udaljenja sa rada koja može da traje do pravnosnažnog okončanja tog krivičnog postupka. Po isteku tog perioda poslodavac je dužan da zaposlenog vrati na rad ili da mu otkáže ugovor o radu ili izrekne drugu meru u skladu sa zakonom ako za to postoje opravdani razlozi.

Novčana kazna u visini do 20% osnovne zarade zaposlenog za mesec u kome je novčana kazna izrečena je disciplinska mera koja se izvršava obustavom od zarade zaposlenog, na osnovu rešenja poslodavca o izrečenoj meri i vremenski je ograničena na period do tri meseca.

Prestanak radnog odnosa, odnosno otkaz ugovora o radu je krajnja disciplinska mera i sprovodi se u skladu sa zakonom i odredbama pravilnika i drugih opštih akata poslodavca kao i u skladu sa ugovorom o radu. Inače, da bi zaposleni bio odgovoran za povredu radne obaveze moraju se kumulativno ispuniti sledeći uslovi: da postoje svi elementi povrede radne obaveze ili radne discipline, da je zaposleni izvršio povredu svojom krivicom i da je zaposleni u trenutku izvršenja povrede bio uračunljiv. Pod krivicom zaposlenog smatra se namera ili gruba nepažnja. Poslodavac može zaposlenom da otkáže ugovor o radu ako je zaposleni pravnosnažno osuđen za krivično delo na radu ili u vezi sa radom. Za razliku od prethodnog zakonskog rešenja, nov Zakon o radu daje mogućnost poslodavcu da zaposlenom otkáže ugovor o radu i ako njegovo ponašanje predstavlja radnju iz-

³¹ Član 181, Zakon o radu.

vršenja krivičnog dela učinjenog na radu i u vezi sa radom, nezavisno od toga da li je protiv zaposlenog pokrenut krivični postupak za krivično delo.³²

Ugovor o radu otkazuje se rešenjem, u pisanom obliku i obavezno sadrži obrazloženje i pouku o pravnom leku. Rešenje mora da se dostavi zaposlenom lično, u prostorijama poslodavca, odnosno na adresu prebivališta ili boravišta zaposlenog. Ako poslodavac zaposlenom nije mogao da dostavi rešenje na navedeni način, dužan je da o tome sačini pismenu belešku, a rešenje se objavljuje na oglasnoj tabli poslodavca i po isteku osam dana od dana objavljivanja smatra se dostavljenim.

Zaposlenom prestaje radni odnos danom dostavljanja rešenja. Otkaz ugovora o radu zbog povrede radne obaveze poslodavac može dati zaposlenom u roku od tri meseca od dana saznanja za činjenice koje su osnov za davanje otkaza odnosno u roku od šest meseci od dana nastupanja činjenica koje su osnov za davanje otkaza. U roku od šezdeset dana od dana dostavljanja rešenja o otkazu ugovora o radu, zaposleni može da pokrene radni spor pred nadležnim osnovnim sudom (za razliku od ranijeg zakonskog rešenja, kojim je bio predviđen rok od devedeset dana od dana dostavljanja rešenja). Pre toga, obe strane mogu inicirati mirno rešavanje spora. Sporna pitanja u vezi sa radnim odnosima između poslodavca i zaposlenog, pored nadležnog suda može da rešava i izabrani arbitar, ukoliko je opštim aktom poslodavca predviđeno arbitražno rešavanje sporova između zaposlenih i poslodavaca.

Odgovornost zaposlenog za štetu (materijalna odgovornost)

U skladu sa načelom “ko drugome štetu pričini, dužan je i da je nadoknadi, osim ako dokaže da je šteta nastala bez njegove krivice”,³³ zaposleni je odgovoran za štetu koju je na radu ili u vezi s radom, namerno ili krajnjom nepažnjom, prouzrokovao poslodavcu.³⁴ Na odgovornost za štetu koju pričini zaposleni na radu ili u vezi sa radom, primenjuju se opšta pravila Zakona o obligacionim odnosima uz izvesna odstupanja.

Odgovornost zaposlenog za štetu nastaje iz ugovora o radu, gde je on kao jedna ugovorna strana obavezan da nadoknadi štetu koju na radu ili u vezi s radom, svojom krivicom prouzrokuje poslodavcu kao drugoj ugovornoj strani povredom radne obaveze i/ili radne discipline. Da bi se zaposleni smatrao odgovornim, t.j. krivim za štetu potrebno je da bude sposoban za rasuđivanje, odnosno da je sposoban da shvati značaj svog dela i da je sposoban da upravlja svojim postup-

³² Član 179, stav 2, tačka 5, Zakon o radu.

³³ Član 154, ZOO.

³⁴ Član 158, ZOO.

cima, da je šteta nastala na radu ili u vezi s radom, da je šteta pričinjena poslodavcu odnosno trećem licu kome je poslodavac nadoknadio štetu.

Oblici krivice su umišljaj i nehat. Umišljaj ili namera postoji kada zaposleni ima svest o tome da svojom radnjom pričinjava štetu drugome i volju da drugome nanese štetu. Nehat ili nepažnja može biti svestan i nesvestan. Svestan nehat postoji kada zaposleni zna da svojom radnjom može prouzrokovati štetu, ali se nada da do toga ipak neće doći. Nesvestan nehat postoji kada zaposleni uopšte ne predvidi da svojom radnjom može prouzrokovati štetu, ali je to morao i moći da predvidi. Pretpostavka da je zaposleni kriv za štetu je oboriva. Zaposleni se može osloboditi od odgovornosti za štetu ako dokaže da nije kriv odnosno da je šteta nastala kao posledica više sile, isključive odgovornosti oštećenog ili nekog trećeg lica. Postoje izvesne okolnosti koje zakon predviđa a koje isključuju protivpravnost.³⁵ Krivica zaposlenog nastaje kada se zaposleni ne ponaša onako kako se ponaša razuman i pažljiv čovek u određenoj situaciji na datom radnom mestu. Oštećeni ima pravo da zahteva naknadu štete od poslodavca, ali i direktno od zaposlenog ako je zaposleni štetu prouzrokovao namerno tj. umišljajno.³⁶

Zaposleni koji je na radu ili u vezi s radom namerno ili krajnjom nepažnjom prouzrokovao štetu trećem licu, a koju je nadoknadio poslodavac dužan je da poslodavcu nadoknadi iznos isplaćene štete.³⁷ Ako je štetu pričinilo više zaposlenih, isti odgovaraju neograničeno solidarno za nastalu štetu.³⁸ Objektivna odgovornost poslodavca postoji nezavisno od krivice zaposlenog. Da bi oštećeno lice ostvarilo pravo na naknadu štete potrebno je da dokaže da poslodavac ima obavezu da snosi rizik štete, odnosno neophodno je da oštećeni dokaže da je pretrpeo štetu i da između štete i štetnikove radnje postoji uzročna veza.³⁹ Poslodavac odgovara samo za štetu koju zaposleni pričinu u okviru radnog vremena i na radnom mestu u delokrugu poslova koji su mu povereni. Poslodavac koji je oštećenom isplatio nadoknadu štete koju je zaposleni prouzrokovao namerno ili krajnjom nepažnjom, ima pravo da zahteva od zaposlenog naknadu isplaćenog iznosa (pravo na regres od zaposlenog). To pravo zastareva u roku od šest meseci od dana isplaćene naknade štete.⁴⁰

³⁵ Okolnosti koje isključuju protivpravnost su: vršenje javne dužnosti, pristanak oštećenog, nužna odbrana, krajnja nužda, dozvoljena samopomoć, korišćenje svojim pravom (*Qui iure suo utitur, neminem laedit* – Ko koristi svoje pravo, nikom ne nanosi štetu).

³⁶ Član 170, ZOO.

³⁷ Draškić, M., "Granice odgovornosti dužnika za štetu pričinjenu povredom ugovornih obaveza", Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 1985, br. 33(3–4), str. 365–370.

³⁸ Član 206–208, ZOO.

³⁹ Konstantinović, M., "Osnov odgovornosti za prouzrokovanu štetu", Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 1982, br. 3–4, 507–518.

⁴⁰ Član 171, ZOO.

Postupak za utvrđivanje postojanja štete i odgovornosti zaposlenog za štetu pokreće poslodavac odnosno njegov zakonski zastupnik na osnovu ličnog saznanja ili podnete prijave. Prijavu, čiji je sadržaj zakonom propisan može podneti svako od zaposlenih ili treće lice. Postojanje štete i njenu visinu utvrđuje komisija kao poseban organ formiran od strane poslodavca. Vrsta štete i visina štete se utvrđuju prema opštim pravilima obligacionog prava o odgovornosti za štetu.⁴¹

Prema Zakonu o radu, ako se ne može utvrditi tačan iznos štete koju zaposleni pričinio poslodavcu ili trećem licu svojom krivicom na radu ili u vezi sa radom, ili bi njeno utvrđivanje proizvelo nesrazmerne troškove, visina štete se određuje u paušalnom iznosu. Paušalni iznos se utvrđuje na osnovu tržišne ili stvarne vrednosti oštećene stvari. Poslodavac može zahtevati naknadu u visini punog iznosa prouzrokovane štete ukoliko je šteta znatno veća od paušalno utvrđene štete. Naknada štete se ostvaruje obustavom do 1/3 od neto zarade zaposlenog. Zakon o radu ne isključuje mogućnost da naknada štete bude ostvarena i na drugi način koji poslodavac smatra celishodnim. Sva novčana potraživanja po osnovu naknade štete zastarevaju u roku od tri godine od dana saznanja za štetu i počinioca. Ako je šteta nastala kao posledica krivičnog dela, rok zastarelosti za potraživanje poslodavca prema zaposlenom je rok zastarelosti krivičnog gonjenja za krivično delo iz kog je šteta nastala.

ZAKLJUČAK

Da bi ugovor o radu bio punovažan, volja poslodavca, a samim tim i odgovornost zaposlenog, ograničeni su zakonom. U našoj praksi, najčešći izvor organizacionih problema je neravnomeran odnos kompetencija i složenosti radnih zadataka koji je naročito izražen u privatnom sektoru gde je vlasnik i osnivač ujedno i menadžer koji nije u stanju da sve oblasti poslovanja drži pod kontrolom, a zaposleni nisu ovlašćeni da samostalno deluju. Novim Zakonom je predviđen disciplinski postupak kao posebna vrsta postupka za utvrđivanje odgovornosti zaposlenog za povredu radne obaveze i radne discipline, kao i disciplinske mere koje se u tom postupku izriču zaposlenom od strane poslodavca. Jedna od mera je udaljenje zaposlenog sa rada bez naknade u trajanju od jednog do petnaest dana. Postavlja se pitanje celishodnosti, ekonomičnosti i opravdanosti ovakve disciplinske mere. Za vreme udaljenja zaposlenog sa rada poslodavac i dalje trpi štetu jer dolazi do poremećaja u organizaciji poslovanja, a zaposleni koji je udaljen s posla trpi neizvesnost u pogledu svog radnog odnosa. Iz navedenih razloga ovu disciplinsku meru treba ukinuti.

⁴¹ Karanikić-Mirić, M., "Ograničenja odgovornosti za štetu u srpskom pravu", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 2012, vol. 60, br. 1, str. 244–273.

SVETLANA ANĐELIĆ
Bachelor of Laws DOO KOTLENIK-PROMET,
Kraljevo

CONTRACTUAL LIABILITY OF EMPLOYEE
(NEW LEGISLATIVE)

Summary

In order to have valid work contract, will of employer, and therefore responsibility of employee, are restricted by law. In our practice, the most common source of organization problems is uneven spread of competencies and complexity of work tasks, especially expressed in private sector, where owner is also founder and manager, who is not able to keep under control all aspects of business, and employees are not authorized to operate independently. The new law intended disciplinary action as the special kind of activity for definition responsibility of employee for breach of operative liability, as well as disciplinary measures to be imposed in the proceeding to employee by employer. One of measures is removing employee from work without reimbursement, for the period between one and fifteen days. There is the question of appropriateness, effectiveness and justification of such disciplinary measure. During removal of employee from work employer still suffers the damage because there are disturbances in organization of business, and employee who is removed from work suffers due to uncertainty regarding his employment. From mentioned reasons this disciplinary measure should be abolished.

ZORAN MIHAJLOSKI,
MARKO ANDONOV,
TEOFIL TOMANOVIĆ

IMPLEMENTATION OF THE NEW LABOR-LAW INSTITUTE
- Termination by offering a new amended employment agreement
in the Macedonian legislature and practice -

INTRODUCTION

The Law on Labour Relations¹ certainly represents a new step in defining the concept of labor in the global economy, part of which is the Republic of Macedonia. The Law regulates the relations between the employer and the employee established by the employment agreement. The employment, however, is defined as a contractual relationship between the employer and the employee.

The interest of the general public, but primarily of the legal profession, about the Law on Labor Relations is understandable if we consider its importance relating to the rights, the obligations and the responsibilities of the employer and employee. This approach contributes to a better interpretation of the Law on Labor Relations, and thus to its proper application.

Dr. Zoran Mihajloski, Judge in Appeal Court Skopje and Associate Professor, School of Law, Skopje.

Dr. Marko Andonov, Dean and Associate Professor, School of Law, Skopje.
Teofil Tomanović, Retired judge in Appeal Court Skopje.

¹ Law on Labor Relations, Official Gazette of Republic of Macedonia no. 62/05.

One of the true enigmas of the Law on Labour Relations, regardless of the fact that it is applicable since August 5, 2005 remains the provision of Article 78 entitled - termination by offering new amended employment agreement. This provision of the Law has been marginally mentioned a several times during meetings, conferences and roundtables as well as during other meetings of the Macedonian Lawyers Association. So far it has not received the needed attention, nor a deeper analysis by the professional and scientific community has been performed, although this is undoubtedly necessary because of its relevance concerning the rights and the obligations of the employer and employee. Particularly if it is related to the issue of deployment of the employee, as a substitute of the essence of the provision itself.

As previously stated, the employment is a contractual relationship between the employer and the employee where the employee commences employment voluntarily and participates in the organized work process of the employer for salary and other income, personally and continuously performs the work in accordance with the instructions and under supervision of the employer. One of the main features of the employment, above all, is that it is a social relationship, that is, a relationship established between certain parties – the employer and the employee cited in abovementioned definition. This means that there should be two participants, one of whom is the owner of the workforce and the latter owns the means of production i.e. is the owner of the capital.

*Employment as a basic assumption in the exercise of the employees' rights
under the Law on Labor Relations*

The employment is a legal relationship because of the legal norms which regulate and sanction the establishment of the employment and the actualization of that relation as a social relation in the process of labor. Voluntarism as one of the characteristics of the employment means voluntary establishment of employment (signing of the employment agreement) and is basically an expression of human freedom and the constitutional right to work. Organization and subordination, as one of the features of the employment, means that the work and the employment is organized and under control and supervision of the organizer of the working process - the employer (under the instructions and supervision of the employer - part of the legal definition of employment). The employment is commenced so the employee performs the work permanently, so durability is one of the features. Of course, only under the conditions prescribed by the Law and the Collective agreement the employment can be terminated as well as the validity of the employment agreement.

However, this specified feature of the employment distinguishes it from other types of relationships established during the process of work. Another feature of the employment is that the employee performs the work as his/her own occupation (profession) which enables him/her existence. The Labor - legal status of the worker in the employment indicates the fact that it is a relation previously legally regulated. Regardless of the fact that there still is a tendency for the employment to be reduced to ordinary wage relationship, that otherwise is contrary to the generally accepted practice of the modern capitalist countries where employment is treated as a social relationship and the underlying issues that determine its character are determined by law, and the other issues (wages, working conditions, vacation, etc.) by the collective agreements. In other words, the fundamental elements of the employment relationship are: entities, content and form.

The employment is established between the employee and the employer, the content of the employment is determined by the employment agreement and the relation is strictly formal, since it must be preceded by legal basis for employment by conclusion of the employment agreement. Employment may commence upon conclusion of an agreement of employment between the employee and the employer. This means that the employment agreement is a constitutional act for establishing employment.²

With termination of the employment the employee ceases to exercise the privileges of the employment, that is - from that moment the realization of the rights, obligations and responsibilities based on the performance of the duties of employment ceases. More accurately, the fulfillment of the obligations by the employer and the employee ceases. According the definition of employment³, termination of employment actually is annulment of the employment agreement. This, in fact, terminates its legal validity, and from that moment, *ex nunc*, the employment agreement no longer has legal consequences for the parties. The employment may be terminated only in the manner and under conditions prescribed by law and the collective agreement⁴, which means that any other type of termination of employment is illegal.

However, it should be kept in mind that the expiration of the validity of the employment agreement for a specific category of workers is not affected by the provisions of the Labour Law for termination of the validity of the contract of employment. The provision of Article 54 paragraph 1 item 5 of the Labour Law stipulates that if the employment agreement is concluded by business people

² Law on Labor Relations, Article 13 Paragraph 1.

³ *Ibid.*, Article 5, Paragraph 1, Item. 5.

⁴ *Ibid.*, Article 3 Paragraph 3, Item 5.

(executives), the parties may otherwise regulate the rights, obligations and responsibilities in the employment agreement, among other and on the matter of the termination of the validity of the employment agreement. However, the Law on Trade Companies provides completely non-identical and essentially opposite concept for regulation of the mutual relations of these parties and provides that the executive members of the board of directors, board members, or the manager and the directors (who by decision the managing body have been designated as having special powers and responsibilities) are not subject to the provisions of the collective agreements as well as the provisions of the Labour Relations Act relating to the establishment and termination of employment, disciplinary responsibility, salaries, fees and the protection of workers' rights.⁵

The termination of the validity of the employment agreement is regulated by the law (general or special), collective agreements (general, at branch level – activity and at level of the employer), employment agreement and international documents (conventions and recommendations).

*The role and the significance of the employment agreement
in the exercise of labor rights*

Employment may commence upon conclusion of an agreement of employment between the employer and employee⁶. This means that the employment agreement represents a legal foundation for establishing a working relationship and a legal relation between the two parties. The employment agreement is a special type of agreement to be concluded in the form determined by law and by its nature is a bilateral binding agreement. The employment agreement, in the legal theory known as working agreement (according to Article 269 Paragraph 4 of the Law on Labor Relations, the existing employment agreements signed before the entry into force of this Law shall be considered as employment agreements) cannot be considered equal to the agreements covered by the Law on Obligation Relations because it is a special kind of agreement known and discussed in the Labor Law. According to the generally accepted theory, the elements of the employment agreement represent, above all, performing the assigned work by the employee according to his/her education and acquired working ability; right of the worker to earnings as a result of the ongoing effort and finally, the subordination i.e. subordination of the worker relating to the employer under whose supervision and guidance he/she performs the assigned job tasks or has been allocated to over the duration of employment.

⁵ Law on Trade Companies, Official Gazette of Republic of Macedonia, Article 366, Paragraph 4.

⁶ Law on Labor Relations, Article 13 Paragraph 1.

The employment agreement should contain provisions relating to the termination of the validity of the employment agreement. The employment relationship between the employee and employer is based on the employment agreement. This is because the employer may terminate the employment contract in cases, or for reasons specified by the Law and the Collective Agreement. Furthermore, by signing the employment agreement the employee is familiarized with the terms and conditions under which the employment can be terminated. Because of this reason, the employment agreement should state the employer's acts that determine the employee's conditions of work. These provisions in the employment agreement protect the employee in respect of the exercise of the rights acquired by the conclusion of the employment agreement.

Termination by offering new amended employment agreement

Namely, the provision of Article 78 is situated in Chapter VII – of the Law on Labour Relations, titled - Termination of employment agreement through notice given by the employee and the employer. Therefore, this legal provision regulates the issue of a possible termination of the employment agreement by the employer. According to paragraph 1 of Article 78 of the Law on Labour Relations, the provisions of this law relating to the employment agreement are applied when the employer terminates the employment agreement and proposes to the employee conclusion of a new amended employment agreement. Analyzing the content of the aforementioned paragraph 1 the following two points can be concluded:

First, that the content of paragraph 1 does not correspond with the title of Article 78 – proposal for a new agreement before termination. This is because in this case, under paragraph 1 ... the employer terminates the employment agreement and proposes to the employee a conclusion ... Therefore, the termination of the employment agreement precedes offering a new amended employment contract and not vice versa. This, of course, refers to the formal part of the procedure for deciding the termination of the employment agreement, as the stated provision does not apply to previous unilateral action of the employer.

This conclusion is confirmed by the fact that Article 74 of the Proposal for adoption of the Law on Labour Relations⁷, with a small but significant difference in its content is the same as Article 78 of the Law on Labour Relations, but entitled - Termination by offering a new amended agreement. This title fully complies with the content of the cited paragraph 1 of Article 78 (in the explanation of the law it is stated that the rules for regular termination will be applied in the event of

⁷ Tomanovic, T., Delovno pravo, no. 13/2005, Skopje, 2005.

termination by offering new, amended employment agreement). If the employee accepts the new offer by the employee, the employee sustains the right to challenge the validity of the dismissal reason in front of the competent court. For comparison, we will say that the same title and content in the Proposal for adoption of the Law on Labor Relations is contained in the Slovenian legislation⁸ – termination (dismissal) by offering a new agreement under which, when the employer terminates the employment agreement and the employee is concurrently offered conclusion of a new employment agreement in accordance with Paragraph 3 of Article 88 of this Law shall apply the provisions of this Act relating to regular termination of the employment agreement (refers to cases of termination of the employment agreement because of the employee's incapability or for business reasons).

Second, the fact that actually something is missing in the content of the provision, making it incomprehensible. Namely, it is already stated that paragraph 1 begins with the words: the provisions of this Law relating to the employment agreement ... What provisions of the employment agreement? Those pertaining to Chapter II of the Law on Labor Relations⁹ - Employment agreement or the provision that regulates the content of the Employment agreement¹⁰? Again, we need to refer to the Proposal for adoption of a Law on Labor Relations, i.e. the comparative law. Namely, the already-mentioned Article 74 paragraph 1 of the Proposed Law on Labor Relations begins with the following words: the provisions of this Law relating to the termination of the employment agreement shall also apply ... Compared to the aforementioned Article 74, paragraph 1, Article 78, paragraph 1 of the Law on Labour Relations is missing the words ... the cancellation of ..., (changes were made in this provision) and these exact words complete its real content, thereby justifying the content of the entire legal provision consisted of three paragraphs. This conclusion confirms its correctness with the already cited provisions of comparative law, since it is quite clear that the proposal of a new amended agreement in certain cases should be related to the cancellation of the employment agreement. The analysis of the provisions of the Law on Labour Relations concerning the cancellation of the employment contract brings a conclusion that the article in question work-legal institute, mainly, can be applied in two cases as follows:

– First, when the employee is given termination of employment agreement pursuant to Article 76 paragraph 1 item 1 of the Law on Labour Relations, becau-

⁸ Zakon za delovnih razmerjih, Sl. list. R. Slovenija, Article 90, Paragraph 1.

⁹ Law on labor Relations, Article 13-23.

¹⁰ Ibid, Article 28.

se of his/her inability to fulfill contractual or other obligations of the employment (personal reasons), and

– Second, in case of termination of employment agreement due to business reasons pursuant to Article 76 paragraph 2 i.e. 96, paragraph 1, item 3 of the Law on Labour Relations.

However, what needs to be kept in mind is that the provision of Article 78 is much more significant for the employment, comprehended as a contractual relationship between the employer and the employee. Namely, according to the Law on Labor Relations, the employee and the employer must conclude an employment agreement as a consequence of the fact that the employment relationship is a contractual relationship between the employer and the employee. The employment agreement, being a bilateral agreement, regulates the employment concerns between the employer and the employee where the employee voluntarily participates in the organized process of work with the employer, for salary and other income, personally (the conjunction “and” is missing in the text of the Law) continuously to perform the work in accordance with the instructions and supervision of the employer. Due to this, the Law on Labor Relations does not permit unilateral change of the employment agreement, and there is a change when the contents of the entire employment agreement or of its individual provisions are changed. Such cases, as a rule, may happen when a change of the job position or tasks that employees perform occur, or in cases where the employer must reduce the salary of the worker because of operating problems etc¹¹. However, there are cases when the actual change in the employment contract will occurs without the will of the employee and the employer, as in the case of provisions from Article 163 paragraph 2 of the Law on Labour Relations (special care during pregnancy), Article 49 of the Law on Pension and disability insurance (deployed at another appropriate job position) etc.

For example, when the employer wants to reduce the salary of the employee, and the employee refuses to sign the annex agreement which modifies the existing agreement for employment of contractual salary, if the employer wants to conduct this intention the only possibility is the option to offer the employee termination of the employment agreement by offering new amended employment agreement with that same content the worker previously have not agreed to, pursuant to Article 78 of the Law on Labour Relations. This way, the content of Article 78 of the Law on Labour Relations is fulfilled, beside the aforementioned cases. Otherwise, according to the comparative experiences, the employers sometimes abuse the possibility of termination of the employment agreement by offer-

¹¹ Tomanovik, T., *Prestanuvanje na vaznosta na dogovorot za vrabotuvanje so objasnuvanja, sudska prakтика i obrasci*, Agencija “Akademik” Skopje, 2006, pg. 78.

ring a new amended employment agreement and oftentimes because of allegedly justified reasons; by amending the employment agreement the employee is being offered another job, less pay, different working conditions and so on. If the employee does not accept the amendment of the employment agreement, the employment agreement is terminated by offering a new amended employment agreement.

Since the further analysis of this issue is beyond the scope of this subject, we will conclude the observation with the conclusion that the conditions under which the employee can be redeployed (promoted), according to the comparative law, can be regulated with a collective agreement. Translated into the applicable legal framework in our country this is possible, since the collective agreements regulate the rights and the obligations of the parties who signed the agreement, and may also contain legal rules governing the conclusion, content and termination of the employment and other issues concerning the labor relations or related to the labor relations¹².

The employee must declare the intention regarding the new amended agreement for employment within 15 days of receipt of the offer¹³, however, if the employee accepts the offer by the employer, he is not entitled to severance pay for termination of the previous employment agreement, and reserves the right to dispute the reasons for the changes in the employment agreement before the authorized court.¹⁴

How to interpret the word – offer? As previously clarified, the employer shall submit to the employee the new or amended employment agreement, except in the cases cited in Article 76 paragraph 1 item 1 and 96 paragraph 1 item 3 of the Law on Labour Relations, preceded by a decision for termination of the employment agreement. If at this stage the employee accepts the new or amended employment agreement, it would mean that there are no matters of argument between the employer and employee and the matter is closed. It is up to the worker whether to accept the offer or not. If the employee finds that the offer is not suitable, he/she will refuse to conclude a new or amended employment agreement, and the current employment agreement will remain in force. As it is clarified that if the employer wants to proceed with his/her intention, he/she will act under provisions of Article 78, paragraph 1 of the Law on Labour Relations. In such case, according to paragraph 2, within 15 days the employee must declare the intention whether he/she will accept the offer i.e. will conclude a new or amended employment agreement, taking into account that in case of non-accept-

¹² Law on Labor Relations , Article 206, Paragraph 1.

¹³ Ibid Article 78, Paragraph 2.

¹⁴ Ibid Article 78, Paragraph 3.

tance the termination of the employment agreement will be activated. The legal diction that the employee must declare the intention does not oblige him/her to do so, because by not respecting the legal deadline, he/she will manifest rejection of the proposed new or amended employment agreement, with the same legal consequences as if he/she did straightforwardly. The employee can declare the statement after the expiry of the period of 15 days (also, because of various objective reasons that hinder him/her to do so within this period). It is up to the employee whether he/she will accept such statement or activate the termination of the employment agreement. Hence, it can be concluded that the word - offer does not constitute a separate written act of the employer, but that it is contained in the decision of the employer for termination of the existing employment agreement with the employee, with a possibility for the employee to sign a new or amended employment agreement.

Similarities and differences between the amendment of the employment agreement and termination by offering new amended employment agreement

The question is, both in theory and in practice, if any change or amendment of the employment agreement concluded between the employer and the employee will be an exercise of the legitimate landmark of Article 78 of the Law on Labour Relations, i.e. termination by offering a new amended agreement. The employment agreement as a constitutive act which establishes the employment relationship between the employer and the employee basically determines the status right of the employee to be working for the employer and the earnings or salary of the employee. This means that the employment agreement accurately determines the employee's job position, according to his education and acquired working ability.

Also, an essential element of the employment agreement is the right of the employee to earnings as a result of the ongoing labor (wages). At the conclusion of the employment agreement between the employer and the employee other rights and obligations can be established, determining other clauses which mean certain rights and obligations.

The offer of a new amended agreement basically means giving up the essential elements of the employment agreement. The Labor law institute, termination by offering new amended agreement provided for in Article 78 of the Labour Act, means giving up the constituent elements of the employment relationship between the employee and the employer, established by the employment agreement. This means that the labor law institute can exclusively be applied when the job position of the employee is changed in the existing employment agreement (and position of their job duties) as well as the earnings of the employee or the salary.

However, if there are certain changes or additions to the existing employment agreement that directly do not affect the changes of the basic constituent elements of the employment relationship, then the labor law institute cannot be applied pursuant to Article 78, which represents a type of termination of the existing contract. In this sense, more examples of amendment or changes in the existing agreement can be named, such as setting up certain clauses with the prior consent of both parties, extension of the validity of the current agreement, as well as many other amendments and changes to the existing agreement, which do not affect the basic constituent elements of the employment relationship - the status of the employee and the earnings. In this regard, it should not be particularly emphasized that the rights arising from the basic elements of the employment based on the employment agreement, are protected by law, collective agreements and international treaties.

The employee has the right to contest the validity of the reasons for the changes in the employment agreement if he/she accepts the offer but also when he/she does not accept the offer. The application of this labor legal institute is sanctioning only the cases when the employee will accept the offer, but since we are talking about a decision that terminates the employment agreement, the employee will be entitled to exercise the right according the general principles for the protection of the labor rights.

There are different opinions concerning the judicial protection. There is an opinion that with the lawsuit that will initiate labor dispute before the court, the employee will seek to reverse the amended employment agreement, basing the request on the lack of grounds for amendment of the agreement and will file a request to the court to oblige the employer to reinstate the employee to the workplace from the previous employment agreement.¹⁵ Namely, as already stated, Article 78 of the Law on Labour Relations has a much broader content. On the other hand, the reasons for which the employee is offered a new or amended employment agreement are contained in the decision on termination of the employment agreement, which is activated if the employee does not accept the offer contained in the same decision.¹⁶ Accordingly, the employee disputes the decision for termination of the employment agreement that provides reasons to change the existing employment agreement. It will be done according Article 93, paragraph 1 of the Law on Labour Relations, since this will be a case of termination of the employment agreement with a notice period. This means that previously in accordance with paragraph 2 of this legal provision the employee will have to appeal

¹⁵ Chavdar, K., *Delovno pravo*, Skopje, no 14/2005, pg. 106.

¹⁶ Tomanovik, T., *Prestanuvanje na vaznosti na dogovorot za vrabotuvanje so objasnuvanja, sudska prakтика I obrasci*, Agencija "Akademik", Skopje, 2006, pg. 81.

against the decision on termination of the employment agreement, then pursuant to paragraph 4 shall acquire the right to protection before the competent court. On the other hand, the employee's request for termination of the signed new or amended employment agreement is not in accordance with Article 181 paragraph 2 and 3 of the Law on labor relations, according to which the protection of labor rights may not be requested if so-called previous protection with the employer is not achieved.

Let's take into consideration the case of the previously cited article 96 paragraph 1 item 1 of the Law on Labour Relations. In this case the employer is in the procedure of terminating the employment agreement due to business reasons. In such case the employee shall receive a decision on termination of the employment agreement with an offer for conclusion of a new amended employment agreement with an instruction of the right to appeal. If the employee wishes to challenge the validity of the reasons for the change of the employment agreement, he/she will have to challenge the decision on termination, because the termination of the employment agreement, in this case due to business reasons, is the underlying reason for the offer of a new amended employment agreement.

The question about the deadlines during which the employee can (should) request protection according Article 78, paragraph 3 of the Law on Labour Relations naturally follows. There are several variations, including the following:

- In the case when the employee will accept the offer, the period for filing a complaint against the decision on termination according to Article 93, paragraph 2 of the Law on Labour Relations starts from the day when the employee has concluded the agreement (the employee must do so within 15 days starting the day decision on termination of the employment agreement is received);
- If the employee does not accept the offer, the deadline according to Article 93, paragraph 2 of the Law on Labour Relations starts from the date when the employee made a statement to reject the agreement, and
- If during the prescribed deadline the employee does not respond to the offer, then the deadline according to Article 93, paragraph 2 of the Law on Labour Relations starts from the first day after the expiration of the 15 days deadline.

In each of the cases, the eight-day deadline according to Article 93, paragraph 2 of the Law on Labour Relations for filing a complaint against the decision for termination does not start from the date of its delivery to the employee, but will depend on how the employee will respond to the offer for conclusion of a new or amended employment agreement. This is because the protection according to Article 78 paragraph 3 of the Law on Labour Relations, in relation to Article 93, paragraph 2 of the same law, appears as *lex specialis*.

CONCLUDING REMARKS

It is very important to emphasize that labor legislation does not allow unilateral change of employment agreement. Such cases, usually, may occur in connection with a change of job or tasks that employees perform or in cases where the employer must reduce salary because of operating problems. The employee has the right to contest the merits of the reasons for the change of the employment agreement in case of acceptance of the offer, as well as in case if the employee not accept the offer. Indeed, the legislation determines only the case when the employee accepts the offer, but since we are talking about a decision that terminates the employment agreement, the employee will be entitled to the exercise his/her right by the general principles for the protection of labor rights.

In case of certain amendments and modifications of the existing employment agreement, not directly related to the basic constituent elements, the legal institute prescribed in article 78 is not applicable. In this sense, more examples of amendment of the existing agreement can be given, such as setting certain additional clauses upon prior consent of both parties (employee and employer). Furthermore, the rights arising from the basic elements of the employment, based by the employment agreement are protected by laws, collective agreements and international treaties. At the end we would like to express our hope that we managed to provide modest contribution in clarifying the above mentioned legal institute in the field of Labor Law.

STOJAN DABIĆ

BANKARSKI POSLOVI I POSLOVI SA HARTIJAMA OD VREDNOSTI U PREDNACRTU GRAĐANSKOG ZAKONIKA

Početak zakonskog regulisanja bankarskih poslova na prostorima Srbije

Daleke 1862. godine Srbija je bila mala kneževina bez razvijene privrede, bez nacionalne valute 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. godine 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. Bio je to prvi zakon kojim su regulisani bankarski poslovi u Srbiji.

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 regulisanje bankarskih poslova 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, a Zakon o uređenju uprave državnih fondova uz nužne dopune je transformisan u Zakon o bankama nove države. Pored ove državne razvojne banke u tom periodu poslovale su brojne privatne banke po celoj teritoriji zemlje koje su se bavile kreditiranjem privrede i stanovništva na lokalnom nivou.

Organizacija banaka posle Drugog svetskog rata

Po završetku II svetskog rata na zgarištu privrede Kraljevine Jugoslavije formirana je nova Jugoslavija (FNRJ). Od oko 700 bankarskih jedinica 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 zakonskog regulisanja bankarskih poslova korišćen u Kraljevini Srbiji i izgradnju kapitalnih projekata usmeravala preko Državne hipotekarne banke. I Nova Jugoslavija se opredelila da strategiju razvoja privrede ostvaruje posredstvom jake domaće specijalizovane banke, a da finansiranje tekućih potreba privrede i stanovništva poveri NBJ i mreži komunalnih banaka. 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. Osnovni principi definisanja i regulisanja bankarskih poslova su preuzeti iz ranijih zakona a promene u novim zakonima su se odnosile na organizaciju banaka i upravljanje bankama. NBJ je dobila ulogu glavnog snabdevača i regulatora količine novca u opticaju.

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.

Od samih početaka funkcionisanja bankarskog sistema u Srbiji pa do danas banke su uvek bile dežurni krivci za sve nedaće sa kojima se suočavalo društvo i privreda. Političari su ih napadali najčešće pred izbore. Posle izbora su “kažnjavali” banke donošenjem novih zakona kojima je vršena samo reorganizacija u smislu ukрупnjavanja ili usitnjavanja banaka ne dirajući pri tom regulativu koja se odnosila na definisanje bankarskih poslova tako da se danas može reći da je definicija bankarskih poslova bila nepromenljivi deo svih pojedinačnih zakona kojima se regulišu bankarski poslovi.

Ekonomisti, privrednici pa i građani napadaju banke kada moraju da plate kamatu ili kada moraju da vrate kredite o roku dospeća. Razloge za ovakav stav prema bankama treba pre svega tražiti u psihologiji dužnika jer su retki slučajevi da dužnik voli svog poverioca, a banke su u glavnom poverioci. Banke su predstavljale posebnu vrstu monopola često određujući uslove korišćenja kredita koje su mogli da ispoštuju samo retki korisnici. Najveći broj korisnika uzimao je kredite iz nužde ne pitajući za uslove računajući pri tom da enormno visoku kamatu neće platiti, a ni kredit neće vratiti.

S obzirom da smo mi dužnička zemlja i da će još dugo banke biti glavni poverioci teško je očekivati da će se uvreženi odnos prema bankama u skorije vreme prevazići. Ono što se može sada učiniti je da se nivo poznavanja bankarskih poslova podigne na viši stepen čime bi se postigli uslovi veće zaštite korisnika bankarskih usluga.

Polazeći od konstatacije da je aktuelno bankarsko poslovanje veoma značajno, ne samo za uspešni razvoj nacionalne ekonomije nego i za odvijanje kvalitetnog života i poslovanja građana i njihovih asocijacija Prednacrt Građanskog zakonika je sasvim opravdano posvetio posebnu pažnju, pre svega, dopunama važećih zakonskih odredaba o bankarskom poslovanju i poslovanju sa hartijama od vrednosti.

*Principi za izradu Predloga prednacrta Građanskog zakonika
iz oblasti bankarstva i hartija od vrednosti*

Kao što je poznato, u Zakonu o obligacionim odnosima, u članovima od 1364–1436, regulisani su bankarski poslovi koji se odnose na: bankarske depozite (novčani depozit, ulog na štednju i deponovanje hartija od vrednosti), tekući račun; ugovor o kreditu, posebno na osnovu zaloga hartija od vrednosti ili drugih pokretnih stvari (tzv. lombardni kredit); akreditiv; bankarsku garanciju i depozitne poslove (ugovor o sefu). Kako su bankarski poslovi podložni promenama primenom savremenih oblika poslovanja to se ukazala potreba da se postojeća regulativa prilagodi tim promenama. Bitne novine u sferi bankarskih poslova odnose se

na predlog regulisanja poslova koji nisu konzistentno zakonski u postojećem Zakonu o obligacionim odnosima regulisani.

U ukupno predloženih 72 člana u kojima se obrađuju bankarski poslovi nalazi se 19 novih članova koji se odnose na poslove koji nisu u postojećem Zakonu obrađivani, a 12 članova je pretrpilo dopunu u cilju prilagođavanja teksta Zakonika sa realnim stanjem u sudskoj praksi i u realnom pravnom i ekonomskom životu. Materija o hartijama od vrednosti regulisana je u 40 članova od čega se 6 članova odnosi na novu materiju, a 6 članova je pretrpelo izmene i dopune radi usaglašavanja sa postojećom praksom.

U predloženom tekstu data su alternativna rešenja na pojedine članove Prednacrta ne zbog toga što Radna grupa nije imala svoj stav već prvenstveno zbog želje da se animira stručna javnost za raspravu u traženju najboljih rešenja.

U analizi svih dosadašnjih i sadašnjih posebnih zakona koji regulišu bankarske poslove i poslove hartija od vrednosti utvrđeno je da su oni najvećim delom teško razumljivi i samim tim i teško primenljivi u svakodnevnom pravnom životu. Na osnovu te analize zaključeno je da je nužno da se u Građanskom zakoniku utvrde principi u koje će se morati uklapati svi budući posebni zakoni iz ove oblasti bez obzira iz koje zemlje i kog pravnog sistema budu preuzimani. U nameri da se ovaj Zakonik kao i posebni zakoni što više približe korisnicima u predlogu su date definicije pojedinih poslova, učesnika i instrumenata na koje se primenjuju zakonske odredbe.

Sam Građanski zakonik u svojoj čistoti neće mnogo izgubiti ako se zbog potrebe skraćivanja ukupnog teksta pojedine predložene formulacije izbace, ali čini mi se, da će pravna praksa dosta izgubiti jer neće imati na jednom mestu definisanu materiju na koju se primenjuju odredbe ovog Zakonika i drugih posebnih zakona.

Predložene nove odredbe Zakonika iz oblasti bankarskog poslovanja¹

Predložene nove odredbe Zakonika iz oblasti bankarskog poslovanja odnose se na definiciju bankarskih poslova jer je uočeno da se u svakodnevnoj poslovnoj praksi često nalazi neujednačeno shvatanje sadržaja bankarskih poslova. Pored propisane obaveze da se banka u svom poslovanju mora ponašati sa pažnjom dobrog stručnjaka posebnim odredbama definisano je obaveza banke da uslove svog poslovanja javno objavi kroz svoju poslovnu politiku. (Članovi: 1364, 1365, 1366) Kao nova odrednica predloženo je da se odredbe ovog Zakonika o bankar-

¹ Preuzeto iz "Prednacrta Građanskog zakonika o Harttjama od vrednostt i o bankarsktm poslovima". Tekst je izrađen, pro bono, u saradnji sa Radnom grupom u kojoj su učestvovali, pored članova Komisije: prof. dr Mirka Vasiljevića (kao predsednika Radne grupe), i prof. dr Predraga Sulejića, prof dr Stojan Dabić (rukovodilac Radnog tima), Emica Zdravković, Nikola Cicmil, mr Mirjana Radović i Ratomir M. Slijepčević

skim poslovima shodno primenjuju i na druge privredne subjekte koji su ovlašćeni za obavljanje određenih bankarskih poslova.

Prilikom analize banakrskog poslovanja kao i razloga zbog koji su pojedine banke otišle u stečaj primećeno je da je u njihovoj poslovnoj politici bilo problema sa definicijom kreditnih poslova kao i sa procenom kreditne sposobnosti korisnika kredita. Najveći broj banaka je odobravao kredite na osnovu hipoteke na nepokretnoj imovini ili na osnovu zaloge na pokretnoj imovini ne vodeći računa da je ta imovina precenjena i da samim tim nije utrživa i da su odobreni krediti krajnje rizični jer korisnik kredita nema adekvatnu poslovnu aktivnost koja garantuje urednu naplatu kredita. Iz tih razloga u predlogu Prednacrta pored definicije kreditnih poslova predložena je i obaveza banaka da pre odobravanja kredita izvrše procenu kreditne sposobnosti tražioca kredita. (Članovi: 1368, 1392, 1395 i 1397)

U cilju podrške naporima da se uvede poslovna disciplina u bankarskim poslovima uvedene su restriktivne klauzule kojima su definisani izvori za prinudnu naplatu dospelih kredita. U slučaju trajnije insolventnosti korisnika kredita data je mogućnost da se ugovorom mogu predvideti klauzule koje ograničavaju raspolaganje njegovim sredstvima, dodatno zaduživanje i druge isplate.

Zbog neujednačenosti registracije datih instrumenata obezbeđenja naplate kredita predložena je obaveza da se založno pravo banke na založenim hartijama od vrednosti ili založenim pokretnim stvarima upisuje u javni registar. (Članovi: 1397 i 1401).

U poglavlju o deviznim poslovima dodati su novi članovi kojima je definisana vrsta deviznih i devizno-valutnih poslova kao i nosioci tih poslova. (Čl. 1403 i 1404).

Prilikom definisanja teksta iz oblasti poslova platnog prometa postojala je dilema dali u Prednacrtnu treba dati šire odredbe kojima se regulišu subjekti platnog prometa, način izvršavanja platnog prometa (vrsta naloga i odnosi učesnika u platnom prometu i računi preko kojih se obavlja platni promet ili se samo zadovoljiti kratkom konstatacijom da se ovi poslovi obavljaju saglasno posebnim zakonima. Ipak na kraju zauzet je stav da se zbog značaja ovih poslova za banke kao nosioce platnog prometa proširene odredbe nađu u predloženom obliku u Prednacrtnu Zakonika. (Čl.: 1405, 1406 i 1407.)

Polazeći od činjenice da upotreba platne kartice u Srbiji još uvek nije dovoljno razvijena, stalo se na stanovište da bi formulacije novih članova u kojima su definisane obaveze i prava korisnika kartice i banke izdavaoca platne kartice dale dodatnu pravnu sigurnost u korišćenju ovog instrumenta platnog prometa. (Čl.: 1418, 1419, 1420 i 1421.).

Pad vrednosti nekretnina koje su služile bankama kao sredstvo obezbeđenja naplate odobrenih kredita doveo je do smanjenja odobravanja kredita korisnicima. Banke naplatu korišćenih kredita sve više vrše promenom načina izmirenja

kroz otkup potraživanja koje imaju korisnici po komercijalnim poslovima. Analizom pravne regulative ovih poslova utvrđeno je da su oni neadekvatno zastupljeni i da su parcijalno obrađeni u različitim propisima. Polazeći od činjenice da se sa pravom može očekivati da će kupovina potraživanja sve više zamenjivati klasično odobravanje kredita stalo se na stanovište da se ova materija jedinstveno reguliše u Zakoniku. Iz tih razloga u predlogu Prednacrtu Zakonika predložene su nove odredbe kojima su obrađena osnovna pitanja vezana za realizaciju ovih poslova. (Čl.: 1431, 1432, 1433, 1434, 1435 i 1436).

Predložene dopune članova Zakonika

U članu 1376 data je mogućnost da banke pored izdavanja štedne knjižice mogu primiti štedne uloge i na osnovu posebnog ugovora o štednji.

Članom 1383 izvršena je preformulacija postojećih odredbi vezanih za tekući račun kroz alternativu. S obzirom da je nova formulacija preciznija od postojeće to je sasvim opravdano da se ona prihvati u definitivnom tekstu.

Izrada i dostavljanje izvoda o stanju na tekućem računu u postojećem tekstu je regulisana kao obaveza banke samo na zahtev deponenta. U članu 1391 predviđena je obaveza banke da izrađuje izvod posle svake promene stanja na tekućem računu a način uručenja izvoda se vrši po dogovoru sa deponentom. Bez obzira što je nova formulacija data u obliku alternative ona je znatno bliža stvarnim potrebama deponenta pa je kao takvu treba ugraditi u konačan tekst.

Polazeći od činjenice da je ugovor o kreditu osnovni dokumenat kojim se banka obavezuje da korisniku kredita stavi na raspolaganje ugovoreni iznos sredstava po unapred ugovorenim uslovima to je sadržaj ugovora bitan za regulisanje ukupnih odnosa banke i korisnika kredita. U članu 1394 date su dve varijante dopune postojećeg teksta ZOO. U kraćoj varijanti kao obavezni elementi ugovora o kreditu nisu posebno navođeni jer su vezani za poslovnu politiku svake banke već je rečeno da se ugovorom o kreditu utvrđuju iznos, kao i uslovi davanja, korišćenja, načina obezbeđenja i vraćanja kredita. U proširenoj varijanti sadržaja ugovora precizno su nabrojani bitni elementi koje mora da sadrži svaki ugovor o kreditu. I ako bi u normalnim uslovima kraća varijanta bila zadovoljavajuća jer pretpostavlja da učesnici u ugovaranju imaju dovoljan nivo znanja iz ugovornog prava proširena varijanta u kojoj se navode svi bitni elementi ugovora će biti od velike pomoći ne samo kod izrade ugovora o kreditu već i kod izrade odluke o odobrenju kredita pa je zbog toga ova varijanta prihvatljivija od skraćene varijante.

Član 1396 je dopunjen sa odredbom da se u slučaju otkaza kredita sve preostale rate smatraju dospelim danom otkaza.

U članu 1402 kojim je pored regulisanja načina korišćenja založenih hartija od vrednosti definisan i način naplate dospelih potraživanja prodajom založenih pokretnih stvari.

Akreditiv kao instrument platnog prometa nastao je kao posledica obostranog nepoverenja. Naime, kupac nema poverenja da će mu prodavac isporučiti kupljenu robu ako mu unapred izvrši plaćanje a prodavac ne veruje kupcu da će mu isporučenu robu platiti posle prijema robe. Rešenje je pronađeno kroz posredovanje banke. Kupac otvara akreditiv (polaže depozit) kod banke sa ovlašćenjem banci da položena sredstva može preneti prodavcu samo pod uslovom ako mu prodavac dokumentuje da je ugovorena roba i isporučena. Kao što se vidi to je tipičan bankarski posao koji dokazuje da je mesto regulisanja ovih poslova nedvosmisleno u okviru bankarskih poslova. Iz napred iznetih razloga predložena alternativa u članu 1408 je prihvatljivija od postojećeg teksta.

Zbog sigurnosti korisnika akreditiva i zbog ozbiljnosti samog instrumenta u članu 1413 je dodato da je akreditiv uvek neopoziv bez obzira da li je u uslovima akreditiva ta naznaka izvedena. Zbog čestog mešanja snačenja bankarskih poslova vezanih za aviziranje i potvrđivanje akreditiva u članu 1414 je postojeći tekst I varijantom izmenjen adekvatnom formulacijom tako da II varijantu treba odbaciti kao nepotrabno detaljisanje učesnika u akreditnom poslu. Prilikom kontrole primljene dokumentacije za korišćenje akreditiva banka je bila u postojećem tekstu u obavezi da, ukoliko utvrdi da ista nisu u skladu sa uslovima akreditiva, u najkraćem roku o tome obavesti nalogodavca, navodeći sva utvrđena odstupanja dokumenata od uslova akreditiva. U datoj alternativni banka je obavezana da obavestiti i stranu od koje je primila dokumenta jer i podnosilac dokumenata na nplatu mora biti obavešten o uočenim nedostacima.

Što se tiče granica odgovornosti banke u akreditivnim poslovima banka se u tim poslovima ponaša kao katalizator u hemijskim reakcijama. Katalizator u hemiji je hemijska supstanca koja ubrzava hemijsku reakciju bez da pri tome sama bude promjenjena. Na isti način se ponaša i banka jer akreditivna banka ne preuzima nikakvu obavezu u pogledu robe ili usluge povodom koje je otvoren akreditiv. Ona posluje sa dokumentima koji omogućuju brz i siguran protok robe i novca. Iz ovih razloga predložena alternativa u članu 1416 je prihvatljivija od postojećeg teksta.

U alternativni na odredbe člana 1082 ZOO u članu 1417 predloga Prednacrta Zakonika se definiše da je akreditiv uvek neprenosiv osim ako nije u uslovima izričito naznačeno da je prenosiv što više odgovara bankarskoj praksi od formulacije postojećeg teksta. Zbog svoje preciznije i šire obrade prenosivosti i deljivosti akreditiva predložena alternativa je bolje rešenje za definitivan tekst.

Imajući u vidu da se izdavanjem garancija mogu baviti i sva garantno sposobna lica to je u članu 1422 u II varijanti predloga za izmenu postojeće formulacije u ZOO rečeno da je bankarska garancija bankarski posao kojim se banka garant po nalogu klijenta (nalogodavca) obavezuje prema korisniku garancije da će mu u slučaju da nalogodavac ne ispuni određenu obavezu o dospelosti platiti utvrđeni iznos u garanciji, ako budu ispunjeni svi uslovi navedeni u garanciji.

HARTIJE OD VREDNOSTI

Razvoj tržišta hartija od vrednosti i razvoj informacionih tehnologija uslovio je da se u poglavlju o hartijama od vrednosti izvrše nužne izmene i dopune postojećeg teksta u ZOO. Odmah na početku poglavlja o hartijama od vrednosti se pošlo sa definicijom da je hartija od vrednosti isprava koja sadrži određena prava, koja njen zakoniti imalac može da ostvari prema izdavaocu (emitentu), odnosno prema trećem licu.

Prava i obaveze iz hartije od vrednosti nastaju u trenutku kada izdavalac hartiju od vrednosti preda njenom korisniku, odnosno kada se zakoniti imalac upiše u javni registar (Centralni registar hartija od vrednosti). Prava iz hartija od vrednosti mogu biti obligaciona, svojinska i druga stvarna prava, kao i druga utvrđena posebnim propisima.

Hartija od vrednosti može biti i u formi elektronskog zapisa određenog zakonom. Odredbe o hartijama od vrednosti izdate u formi pisane isprave shodno se primenjuju i na hartije od vrednosti u formi elektronskog zapisa, ako posebnim propisom nije drukčije određeno. (Čl. 266)

Prilikom formulacije člana 269 postojala je dilema da li zadržati u tekstu naziv "Javni registar" ili ići odmah na definisanje da pored Centralnog registra hartija od vrednosti postoje i drugi registri. Upravo zbog razvoja tržišta hartija od vrednosti i razvoja informatičkih tehnologija zauzet je stav da se u osnovnom tekstu zadrži "Javni registar" kao zajednički naziv za sve moguće sadašnje i buduće registre i da se predložena alternativa odbaci.

Uvođenjem novog oblika emitovanih hartija od vrednosti (dematerijalizovane hartije od vrednosti) koje se emituju u seriji bilo je nužno da se u Prednacrt unesu nove odredbe kojima se regulišu: bitni sastojci hartije, vrste hartija koje mogu biti dematerijalizovane, promet tih hartija i uslovi njihovog pozajmljivanja.

U članu 270 su pobrojani svi bitni elementi koje mora da sadrži elektronski zapis emitovane hartije.

Hartije od vrednosti koje se izdaju u seriji sadrže i: oznaku vrste hartije od vrednosti, ako je izdavalac izdao više klasa, odnosno serija hartija od vrednosti i broj hartija od vrednosti; nominalnu vrednost ukupne emisije, odnosno serije hartija od vrednosti koje se izdaju; nominalnu vrednost pojedinačne hartije od vrednosti, odnosno računovodstvenu vrednost ukoliko se hartije od vrednosti izdaju bez nominalne vrednosti; prava i obaveza koja hartija od vrednosti sadrži; elektronski potpis izdavaoca sa datumom izdavanja hartija od vrednosti.

Posebne elemente za jednoobraznu identifikaciju pojedinih vrsta hartija od vrednosti utvrđuje ovlašćeni registar u kojem se vodi evidencija o izdavaocima i zakonskim imalcima hartija od vrednosti izdatim u seriji. Polazeći od činjenice da se u različitim tekstovima posebnih propisa neujednačeno definišu hartije od

vrednosti koje se mogu izdavati u dematerijazovanom obliku to je ocenjeno da se u članu 271 Predloga daju jedinstvene definicije tih hartija.

Hartije od vrednosti koje se izdaju u seriji su:

1) *akcije* - hartije od vrednosti koje glase na deo osnovnog kapitala akcionarskog društva i koje zakonitom imaocu (akcionaru) daju skup prava u akcionarskom društvu kao emitentu;

2) *obveznice, blagajnički zapisi i komercijalni zapisi* - hartije od vrednosti na osnovu kojih zakoniti imaoc stiče potraživanja prema emitentu, koje se može ostvariti nakon isteka roka dospelosti;

3) *varanti* - hartije od vrednosti koje zakonitom imaocu daju pravo na kupovinu, odnosno prodaju hartija od vrednosti drugih finansijskih instrumenata određenog dana, odnosno u određenom periodu po unapred određenoj ili određivoj ceni;

4) *depozitne potvrde* - hartije od vrednosti koje izdaje domaća banka koja poseduje inostrane akcije ili obveznice deponovane kod banke u inostranstvu i koje predstavljaju domaći ekvivalent inostranih hartija od vrednosti a zakonitom imaocu omogućuju korišćenje prava iz tih hartija;

5) druge hartije od vrednosti u skladu sa posebnim zakonom.

Polazeći od generalno zauzetog stava da se u ovom Zakoniku definišu principi u koje se moraju uklapati svi posebni zakoni to je sasvim opravdano da ovaj član ostane i da se ne prihvati predložena alternativa o njegovom brisanju jer date definicije upotpunjuju posebne zakone u kojim one nisu jasno precizirane jer se ti zakoni često preuzimaju iz različitih zemalja i različitih pravnih sistema.

Hartije od vrednosti izdate u seriji mogu učestvovati u prometu na finansijskom tržištu kao i sve druge hartije od vrednosti. Razlika u trgovini hartija od vrednosti ogleda se samo u tehnologiji obavljanja kupoprodajne transakcije.

Hartije od vrednosti izdate u seriji su prenosive i mogu biti predmet kupovine i prodaje između učesnika na finansijskom tržištu, u skladu sa posebnim zakonom. Hartije od vrednosti izdate u seriji mogu biti predmet zaloge za obezbeđivanje potraživanja na robnom i finansijskom tržištu.

Prava na hartijama od vrednosti izdatim u seriji, prenos tih prava i ograničenja raspolaganja tim hartijama vrše se upisom tih prava na račun zakonitog imaoca u centralnom registru, odnosno kod depozitara, u skladu sa posebnim zakonom. (Čl. 272)

U članu 273 data je mogućnost da se hartije od vrednosti izdate u seriji mogu pozajmljivati između učesnika na organizovanom tržištu na osnovu međusobnog ugovora o zajmu zaključenog u skladu sa zakonom.

Način vraćanja pozajmljenih hartija od vrednosti izdatih u seriji uređuju se ugovorom koji zaključuju zajmodavac i zajmoprimac.

Ako ugovorne strane nisu utvrdile način vraćanja pozajmljenih hartija od vrednosti, zajmoprimac vraća one koje je pozajmio, a ako to nije moguće, vra-

ća odgovarajući ekvivalent u drugim hartijama od vrednosti po izboru zajmodavca, odnosno plaća novčani iznos srazmerno njihovoj tržišnoj vrednosti koju one imaju na dan dospeća obaveze za njihov povraćaj.

U predlogu je data alternativna stavu tri da se zajmoprimac obavezuje da u koliko nema iste hartije da vrati dužan je da zajmodavcu naknadi svu prouzrokovanu štetu.

Stav tri ne bi trebalo menjati jer je njegova formulacija preciznija i jednostavnija za primenu. Alternativu treba odbaciti jer ona upućuje na postupak radi utvrđivanja eventualne štete koju zajmoprimac treba da nadoknadi zajmodavcu.

Ostvarivanje prava iz hartija od vrednosti regulisano je u članu 239 ZOO. Odredbe ovog člana su kroz predloženu alternativu u članu 274 Predloga zamenjene novim tekstom koj glasi: "Prava iz hartije od vrednosti pripada njenom zakonitom imaocu.

Kao zakoniti imalac hartije od vrednosti na donosioca smatra se njen donosilac.

Kao zakoniti imalac hartije od vrednosti na ime ili po naredbi smatra se lice na koje hartija od vrednosti glasi, odnosno lice na čiji je račun hartija od vrednosti upisana kod centralnog registra hartija od vrednosti, odnosno depozitara (depozitne, kastodi banke).

Savesni pribavilac hartije od vrednosti na donosioca postaje njen zakoniti imalac i stiče prava upisana na njoj i kad je hartija od vrednosti izašla iz ruku njenog izdavaoca, odnosno njenog ranijeg imaoca i bez njegove volje".

Ispunjenje prava iz hartije od vrednosti može zahtevati samo njen zakoniti imalac, odnosno lice koje on ovlasti. (Čl. 275)

Pored u ZOO poznatih načina prenos prava iz hartije (prostom predajom, cesijom i indosamentom u članu 277 dodat je nov stav kojim je definisano da se prenos prava iz dematerijalizovane hartije od vrednosti na ime vrši upisom na račun sticaoca u centralnom registru, odnosno kod depozitara, u skladu sa posebnim zakonom.

Odredbe o sjedinjavanju i deljenju hartija od vrednosti čl. 287 dopunjene su novim stavom da u slučaju sjedinjenja, odnosno podele hartija od vrednosti izdatih u seriji od strane istog izdavaoca, nove hartije od vrednosti moraju imati istu nominalnu vrednost, kao i druge hartije od vrednosti iste vrste tog izdavaoca (princip homogenizacije).

U 288 je dodat novi stav kojim se precizira da prava iz hartije od vrednosti prestaju njihovim ostvarenjem od strane zakonitog imaoca.

U cilju izbegavanja mogućih nesporazuma vezanih za amortizaciju izgubljenih hartija od vrednosti u članu 293 novim stavom nedvosmisleno je propisano da se hartije od vrednosti izdate u seriji ne mogu amortizovati.

STOJAN DABIĆ, LL.D.,

Professor, International center for financial market development

BANKING ACTIVITIES AND SECURITIES ACTIVITIES IN
THE CIVIL CODE DRAFT

Summary

Key novelties in the Civil Code Draft in the area of banking activities and securities activities refer to proposition of regulation of activities that are not consistently and legally regulated in the existing Law on contracts and torts.

From 72 of the suggested articles referring to banking activities, there are 19 new articles referring to activities that were not treated in the current Law, and 12 articles have suffered amendments with the purpose of adjustment of the Civil Code Draft with actual situation in court practice and actual legal and business life.

Securities matters have been regulated in 40 articles, from which 6 articles refer to new matters, and 6 articles have suffered changes and amendments due to the harmonization with existing practice. There have been given alternative solutions to particular articles in the enclosed text.

In this paper, author explains his comments and opinions related to suggested alternative solutions.

SRĐAN GOLUBOVIĆ

EVOLUCIJA ULOGE EVROPSKE CENTRALNE BANKE U USLOVIMA GLOBALNE FINANSIJSKE KRIZE

U V O D

Globalna finansijska kriza, koja se 2008. godine prelila i na evrozonu, razotkrila je brojne nedostatke institucionalnih okvira Evropske monetarne unije. Pokušaj monetarnog ujedinjenja, uz zadržavanje fiskalne samostalnosti država članica, doživeo je neuspeh. Kao odgovor na krizu inicirane su institucionalne promene (paket šest mera i Fiskalni sporazum) od kojih se očekuje da obezbede fiskalnu disciplinu država članica, unaprede ekonomsko upravljanje Unijom i obezbede čvršću koordinaciju ekonomskih politika država članica. U isto vreme, pod uticajem krize menja se i uloga Evropske centralne banke. Od institucije koja je pre svega posvećena stabilnosti cena, Evropska centralna banka pretvara se u instituciju koja gotovo jednaku važnost pripisuje finansijskoj stabilnosti. Uspostavljanje i očuvanje finansijske stabilnosti, međutim, podrazumeva mnogo aktivniju ulogu centralne banke u obezbeđivanju likvidnosti banaka ali i prisutnost centralne banke na tržištu državnih obveznica. Uporedo sa jačanjem funkcije zajmodavca u poslednjoj instanci, Evropskoj centralnoj banci se dodaju posebni zadaci u pogledu supervizije banaka i ostalih finansijskih institucija. Pored promena u pogledu ciljeva i funkcija, centralna banka evrozone suočava se i sa promenama

Dr Srđan Golubović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Pripremljeno u okviru projekta Održivost identiteta Srba i nacionalnih manjina u pograničnim opštinama istočne i jugoistočne Srbije (179013), koji se izvodi na Univerzitetu u Nišu – Mašinski fakultet, a finansira ga Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja RS.

i u instrumentalnom delu. Naime, u nastojanju da adekvatno odgovori na izazove dužničke krize, Evropska centralna banka opredelila se za upotrebu nestandardnih instrumenata monetarne politike, koji odstupaju od dosadašnje prakse ove monetarne institucije i na granici su okvira definisanih pravom EU. U radu se sagledavaju pravci promene uloge Evropske centralne banke pod uticajem globalne finansijske krize. Prvi deo rada bavi se evolucijom ciljeva za čiju realizaciju su odgovorne centralne banke Euro sistema. U drugom delu analiziraju se promene u funkcijama Evropske centralne banke, reafirmacijom funkcije zajmodavca u poslednjoj instanci i uvođenjem nadležnosti za nadzor banaka i ostalih finansijskih institucija. I, najzad, u poslednjem delu rada razmatra se primena nestandardnih instrumenata od strane Evropske centralne banke.

CILJEVI EVROPSKE CENTRALNE BANAKE

Stavovi moderne monetarne teorije o položaju centralne banke u potpunosti su došli do izražaja kod definisanja položaja Evropske centralne banke (ECB). Ona predstavlja nezavisnu instituciju koju odlikuje samostalnost u vođenju monetarne politike, ali i jasno definisani ciljevi za čiju je realizaciju odgovorna. Prema odredbama Lisabonskog ugovora prioritetni cilj u monetarnoj sferi predstavlja stabilnost cena.¹ To, između ostalog, naglašavaju i odredbe Ugovora o EU koji se odnose na opšte ciljeve Unije, gde se ukazuje na važnost dugoročnog razvoja, zasnovanom na ujednačenom ekonomskom rastu i stabilnosti cena.² Pored toga, čl. 119. Ugovora o funkcionisanju EU predviđa da aktivnosti država članica i Unije, usmerene ka ostvarivanju utvrđenih ciljeva, podrazumevaju poštovanje sledećih načelnih opredeljenja: stabilne cene, zdrave javne finansije i monetarne uslove, kao i stabilan platni bilans. Najzad, članovima 127. (1) i 282. (2) Ugovora o funkcionisanju eksplicite se određuje stabilnost cena kao glavni cilj Evropskog sistema centralnih banaka, koji pored Evropske centralne banke čine i nacionalne centralne banke država članica.

Uobičajen argument u korist davanja prioriteta stabilnosti cena je da centralna banka koja nastoji da ostvari raznovrsne ciljeve može, čak i u slučaju benevolentnog centralnog bankara, pasti u iskušenje da iskoristi kratkoročni *trade-off* između stope inflacije i rasta proizvodnje (zaposlenosti). Evropsko zakonodavstvo daje slobodu Evropskoj centralnoj banci da odredi značenje „stabilnosti cena“,

¹ Lisabonski ugovor stupio je na snagu 1.12.2009. godine i čine ga Ugovor o Evropskoj uniji (*Treaty on European Union – TEU*) i Ugovor o funkcionisanju Evropske unije (*Treaty on the Functioning of the European Union TFEU*) koji su objavljeni u “*Official Journal of the European Union*” (*O.J.*), od 9.5.2008. godine. Vid. Milutin Janjević, *Konsolidovani ugovor o Evropskoj uniji*, Službeni glasnik, Beograd 2009.

² Čl. 3. t.3. Ugovora o Evropskoj uniji.

kao i punu autonomiju u izboru instrumenata i primeni strategije za ostvarivanje njenog primarnog cilja. O svim ovim aktivnostima ECB odlučuje potpuno samostalno. Savet guvernera Evropske centralne banke opredelio se za to da glavni cilj monetarne politike kvantitativno izrazi, tako što određuje da stabilnost cena postoji ako je godišnji rast harmonizovanog indeksa potrošačkih cena (*Harmonised Indices of Consumer Prices HICP*) u evrozoni ispod 2%.³

Davanje apsolutnog prioriteta stabilnosti cena bilo je uslovljeno negativnim iskustvom evropskih zemalja sa visokom stopom inflacije. To je i razlog što su vodeće zemlje EU (pre svega Nemačka), insistirale na stabilnosti cena kao primarnom cilju. S obzirom na važnost ovog cilja, pojedini autori smatraju da obaveza osiguranja stabilnosti cena predstavlja svojevrstu osnovnu normu - *Grundnorm* ili *Raison d'être* ukupnog por-etka Unije.⁴ Naravno, to ne znači da se monetarna politika vodi potpuno izolovano i bez uvažavanja drugih ciljeva ekonomske politike. Evropski sistem centralnih banaka može da pruži podršku opštoj ekonomskoj politici koja se vodi u Uniji, pod uslovom da se time ne ugrožava stabilnost cena.⁵ Pored toga, Ugovor o funkcionisanju EU kao jedan od ciljeva za čiju je realizaciju odgovorna ECB navodi finansijsku stabilnost. Pod finansijskom stabilnošću podrazumeva se sposobnost finansijskog sistema (banaka i nebankarskih finansijskih insitucija) da i u uslovima ekonomskih poremećaja nastavi sa obavljanjem svojih funkcija, koje se odnose na finansijsko posredovanje, formiranje i plasiranje finansijskih resursa. Dakle, finansijski sistem je stabilan ukoliko je u stanju da se nosi sa ekonomskim poremećajima, nezavisno od toga da li su izazvani internim ili eksternim faktorima. Zakonodavstvo EU pitanje finansijske stabilnosti ne definiše kao prioritetni cilj, već kao obavezu Evropskog sistema centralnih banaka da doprinosi efikasnom vođenju politika nadležnih organa koje se odnose na stabilnost finansijskog sistema (čl. 127. (5) Ugovora o funkcionisanju EU). Monetarna politika i finansijska stabilnost su međusobno povezane dok, s druge strane, finansijska tržišta i finansijska infrastruktura imaju nezaobilaznu ulogu u transmisiji monetarne politike. U godinama koje su prethodile pojavi kri-

³ Dok u većini razvijenih zemalja stabilnost cena predstavlja primarni cilj centralne banke, praksa varira kada je u pitanju interpretacija tog cilja. Tako, postoje centralne banke koje izbegavaju kvantitativnu definiciju cilja (Federalne rezerve SAD, centralna banka Japana), zatim, centralne banke koje kvantitativnu definišu šta se podrazumeva pod stabilnošću cena (ECB i centralna banka Švajcarske), kao i centralne banke koje stabilnost cena definišu tako što određuju tzv. ciljnu stopu inflacije (pionirski korak u tom pravcu učinila je centralna banka Novog Zelanda). Detaljnije o načinu određivanja stabilnosti cena vidi: E. Castelnuovo, S. Nicoletti-Altissimi and D. Rodríguez-Palenzuela, *Definition of Price Stability, Range and Point Inflation Targets: the Anchoring of Long-term Inflation Expectations*, European Central Bank Working paper 273/2003, 8-13.

⁴ Herdegen J. Matthias, *Price Stability and Budgetary Restraints in the Economic and Monetary Union: The Law as Guardian of Economic Wisdom*, Common Market Law Review 9/1998, 21.

⁵ Član 127. (1) Ugovora o funkcionisanju Evropske unije.

ze, finansijska stabilnost nije bila u fokusu monetarnih vlasti Unije, budući da su u evrozoni postojali povoljni ekonomski uslovi (kontinuiran privredni rast i niska stopa inflacije), a finansijski sektor, zahvaljući mobilnosti kapitala i deregulaciji, ostvarivao je snažnu ekspanziju.

Globalna finansijska kriza tokom 2008. i 2009. godine, kao i recesija koja je pogodila evrozonu imala je značajan uticaj na evoluciju ciljeva Evropske centralne banke. Kolaps na američkom finansijskom tržištu tokom 2008. godine izazvao je ozbiljnu globalnu recesiju, koja se prelila i na evropske zemlje, pogoršavajući njihovu fiskalnu poziciju. Kada su početkom 2010. godine tržišta konačno prepoznala rizik koji se vezuje za države sa visokom zaduženošću, kamatna stopa na obveznice ovih država počela je vrtoglavo da raste. S obzirom na to da je najveći deo investiranih sredstava poticao od evropskih banaka, pad vrednosti obveznica uticao je na pogoršanje njihove pozicije. Do kulminacije dužničke krize dolazi krajem 2011. godine, kada je visina javnog duga u odnosu na bruto domaći proizvod (BDP) kod pojedinih članica evrozone (Grčka) dostigla granicu koja je ove zemlje dovela blizu bankrota. U takvim uslovima, izostanak akcije na finansijskom tržištu dovodi prezadužene zemlje u stanje koje *P. de Grauwe* kvalifikuje kao stanje nepovoljne ravnoteže (*bad equilibrium*), koje karakterišu visoka kamatna stopa, recesija, rastući budžetski deficit i nesolventnost.⁶ Suočena sa krizom, koja dovodi u pitanje i opstanak evrozone, EU je definisala program čiju osnovu čini zaustavljanje nepovoljnih kretanja na finansijskom tržištu. Centralna uloga u ovom programu pripala je Evropskoj centralnoj banci, što je, između ostalog, bilo uslovljeno i nespremnošću vodećih država da kroz parlamentarnu proceduru obezbede transfer značajnijih sredstava prezaduženim državama. I, najzad, pokazalo se da su odredbe Ugovora o funkcionisanju EU o položaju ECB dovoljno fleksibilne i da za potrebe očuvanja evrozone ostavljaju dovoljno prostora za njeno delovanje u funkciji zajmodavca poslednjeg utočišta nelikvidnih banaka, odnosno pružanje finansijske podrške prezaduženim državama članicama⁷ Od institucije koja je u fokusu imala pre svega stabilnost cena, centralna banka se transformiše u instituciju koja gotovo jednaku važnost pripisuje finansijskoj stabilnosti.⁸ To nije nekonzistentno sa primarnim ciljem centralnih banaka Eurosystema (Evropska centralna banka i nacionalne centralne banke država čija je valuta evro), s obzirom na to da monetarni režim koji se temelji na stabilnosti cena, po prirodi stvari, mora da vodi računa i o stabilnosti finansijskog sistema.

⁶ Paul De Grauwe, *The European Central Bank as Lender of Last Resort in the Government Bond Market*, CESifo Economic Studies, Vol. 59, 3/2013. p. 521.

⁷ Daniel Wilsher, *Law and Financial Crisis: Searching for Europe's New Gold Standard*, European Law Journal, Vol. 20, No. 2, 2014. p. 20.

⁸ Rosa M. Lastra, *The Evolution of the European Central Bank*, Fordham International Law Journal, Vol. 35, 2012, p. 1265.

FUNKCIJE EVROPSKE CENTRALNE BANKE

Evropska centralna banka predstavlja instituciju Unije kojoj je poverena glavna uloga u organizovanju, usmeravanju i regulisanju monetarnih tokova. Prema članu 282. Ugovora o funkcionisanju EU, Evropska centralna banka usvaja mere potrebne za izvršenje zadataka poverenih Evropskom sistemu centralnih banaka (ESCB). Reč je o zadacima, preciziranim čl. 127. (2), koji obuhvataju: (i) utvrđivanje i vođenje monetarne politike Unije; (ii) vršenje deviznih poslova u skladu sa sporazumima o sistemu deviznog kursa u odnosu na valute trećih zemalja; (iii) držanje i upravljanje zvaničnim deviznim rezervama država članica; (iv) unapređenje nesmetanog delovanja platnog prometa. Među zadacima o kojima odlučuje ESCB nije pomenuto emitovanje novca u Uniji. Umesto toga, prema čl. 106, Evropska centralna banka je ovlašćena da odobrava emitovanje novčanica u Uniji, koje predstavljaju zakonsko sredstvo plaćanja.⁹ Od svih pobrojanih funkcija svakako je najvažnija nadležnost za vođenje monetarne politike. Za razliku od ciljeva monetarne politike, gde zakonodavstvo EU ograničava diskreciju vrhovne monetarne vlasti utvrđivanjem ciljeva za čiju realizaciju je odgovorna, vođenje monetarne politike prepušteno je Evrosistemu. Ugovor o funkcionisanju EU ne definiše šta se podrazumeva pod monetarnom politikom. Sadržaj monetarne politike bliže se određuje u poglavlju IV ESCB i ECB Statuta¹⁰ (članovi 17-24) i obuhvata: kreditne i operacije na otvorenom tržištu, određivanje stope obavezne rezerve; osiguranje efikasnog platnog prometa; operacije sa inostranstvom. Pored toga, Savet guvernera može da donese odluku, dvotrećinskom većinom glasova o primeni drugih operativnih metoda monetarne kontrole (čl. 20. ESCB Statuta).

Kao i u pogledu ciljeva, funkcije Evropske centralne banke pod pritiskom globalne finansijske krize evoluiraju. Postojećim funkcijama dodaju se nove koje se odnose na funkciju jačanja likvidnosti bankarskog sektora realizacijom funkcije zajmodavca u poslednjoj instanci i funkciju indirektnog zajmodavca državama članicama evrozone kupovinom njihovih obveznica na sekundarnom tržištu.¹¹ Sastavni deo institucionalnih okvira za vođenje jedinstvene monetarne politike je i određivanje adekvatnih prudencionih normi i limita, koji čine osnovu za uspostavljanje optimalnog odnosa između maksimiziranja profita i očuvanja solven-

⁹ Za razliku od donošenja odluka o emitovanju novčanica za koju je jedino ovlašćena ECB, stavljanje novčanica u promet prema čl. 3 Odluke ECB predstavlja isključivu nadležnost nacionalnih centralnih banaka

¹⁰ Protocol No 4 on the Statute of the European System of Central Banks and of the European Central Bank, OJ EU, C115/230, 2008.

¹¹ Agustín José Menéndez, Editorial: *A European Union in Constitutional Mutation?*, European Law Journal, Vol. 20. No. 2, 2014, p. 129.

tnosti i stabilnosti finansijskog sektora.¹² Od prudencione kontrole se očekuje da prati, procenjuje i umanju sistemski rizik u finansijskom sektoru i na taj način utiče na unapređenje performansi banaka, odnosno obezbedi odgovarajući nivo stabilnosti i poverenja u bankarski sistem.¹³ U praksi, supervizijska funkcija može biti poverena različitim institucijama. Tako, ova uloga može biti poverena vladi, odnosno ministarstvu finansija, centralnoj banci ili agenciji za superviziju banaka. Do izbijanja finansijske krize, zakonodavstvo EU najvećim delom supervizijsku funkciju prepuštalo je državama članicama, uz ograničena ovlašćenja Evropskoj centralnoj banci. Prema odredbama Ugovora, ECB nema operativne zadatke u pogledu prudencione kontrole finansijskog sektora, već joj mogu biti povereni specifični zadaci koji su u vezi sa politikama u oblasti kontrole kreditnih institucija i ostalih finansijskih organizacija, izuzev osiguravajućih preduzeća (nadzorna funkcija ECB predviđena je članom 127(2) UFEU i članom 3.1 i 22 Statuta ESCB kao obaveza unapređenja nesmetanog funkcionisanja sistema plaćanja odnosno nadležnosti donošenja propisa “u cilju osiguranja efikasnosti i solidarnosti sistema kompenzacije i plaćanja u okviru Unije i sa trećim zemljama”). Model finansijske supervizije u EMU pokazao se neefikasnim u apsorbovanju ekonomskih i finansijskih šokova sa kojima su se suočile zemlje evrozona. Prihvatanje sistema u kome se vođenje nadnacionalne monetarne politike kombinuje sa razjedinjenim sistemom prudencionog nadzora, u kome ključnu ulogu imaju supervizorske institucije država članica, rezultiralo je kumuliranjem prekomernih rizika u finansijskom sektoru i izbijanjem dužničke krize koja je ugrozila jedinstvenu valutu i poremetila funkcionisanje finansijskog tržišta Unije. Dužnička kriza u evrozoni, koja je izazvana nestabilnošću finansijskog sektora, aktuelizovala je potrebu stvaranja bankarske unije, koja bi se temeljila na jedinstvenim pravilima za finansijske usluge na unutrašnjem tržištu. Prvi korak ka stvaranju bankarske unije je unapređenje nadzornog mehanizma. U tom smislu, iniciraju se promene u sistemu supervizije tako što se postojećim nacionalnim sistemima mikroprudencione kontrole finansijskih institucija dodaje i makroprudenciona kontrola finansijskog sistema koju bi obavljala nadnacionalna tela.¹⁴ Od makroprudencione supervizije očekuje se da prati i analizira trendove i neravnoteže u finansijskom sistemu, kao i da blagovremeno upozori na sistemske rizike koje ovi trendovi mogu da izazo-

¹² Jačanje finansijske stabilnosti podrazumeva: 1) razvoj regulatornih i supervizorskih aranžmana koji jačaju tržišnu disciplinu, 2) kreiranje institucionalnih okvira i finansijske infrastrukture neophodne za zdrav finansijski sektor i 3) promovisanje tržišne discipline i efikasne korporativne kontrole preko finansijskih institucija.

¹³ S. Jović, *Bankarstvo*, Beograd, 1990, str. 108-109.

¹⁴ D. Głuch, L. Škovranová and M. Stenström, *Central Bank Involvement in Macro-Prudential Oversight*, Legal Working Paper Series, No 14, 2013, p. 2.

vu.¹⁵ Glavni zadatak makroprudencione supevizije je sigurnost finansijskog i ekonomskog sistema u celini, odnosno prevencija sistemskog rizika.¹⁶

Novi sistem nadzora nad finansijskim sektorom stupio je na snagu decembra 2010. godine formiranjem Evropskog sistema za finansijsku superviziju. Budući da dosadašnji sistem nije bio efikasan u proceni rizika koji ugrožavaju stabilnost finansijskog sistema, sekundarnim zakonodavstvom Unije uspostavlja se Evropski odbor za sistemske rizike¹⁷ kao makroprudencioni finansijski supervisor. Pored toga, formiraju se i tri nove institucije (Evropsko nadzorno telo za bankarstvo¹⁸, Evropsko nadzorno telo za osiguranje i strukovno penziono osiguranje¹⁹ i Evropsko nadzorno telo za hartije od vrednosti i tržišta kapitala²⁰) koje treba da spreče kumuliranje prekomernih rizika u finansijskom sistemu. Pored formiranja specijalizovanih tela, novi sistem finansijske supervizije značajnu ulogu poverava Evropskoj centralnoj banci obavezujući je na pružanje podrške makroprudencionoju kontroli finansijskog sistema.²¹ Prema čl. 2. Uredbe Saveta br. 1096/2010, Evropska centralna banka obezbeđuje analitičku, statističku, logističku i administrativnu podršku Evropskom odboru za sistemske rizike (ESRB). Ova podrška uključuje: a) pripremu sastanka ESRB-a; b) prikupljanje i obradu informacija, uključujući i obradu statističkih podataka; c) pripremu analiza neophod-

¹⁵ Makro-prudenciona analiza stabilnosti bankarskog sektora predstavlja najbitniji segment procene celokupne finansijske stabilnosti u mnogim zemljama, naročito u onim u kojima je bankarski sektor dominantan u poređenju sa ostalim finansijskim posrednicima. Navedeno prema: T. Jovanović, *Ciljevi i oblici regulisanja poslovanja banaka*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 2009, 159.

¹⁶ S druge strane, cilj mikroprudencione supervizije je sigurnost i stabilnost pojedinih finansijskih institucija, odnosno zaštita komitenata. Navedeno prema: R. M. Lastra, *Op. cit.* p. 1275.

¹⁷ Regulation (EU) No 1092/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 on European Union macro-prudential oversight of the financial system and establishing a European Systemic Risk Board (OJ L 331, 15.12.2010, p. 1).

¹⁸ Regulation (EU) No 1093/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Banking Authority), amending Decision 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/78/EC (OJ L 331, 15.12.2010, p. 12).

¹⁹ Regulation (EU) No 1094/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Insurance and Occupational Pensions Authority), amending Decision 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/79/EC (OJ L 331, 15.12.2010, p. 48).

²⁰ Regulation (EU) No 1095/2010 of the European Parliament and of the Council of 24 November 2010 establishing a European Supervisory Authority (European Securities and Markets Authority), amending Decision 716/2009/EC and repealing Commission Decision 2009/77/EC (OJ L 331, 15.12.2010, p. 84).

²¹ Council Regulation (EU) No 1096/2010 of 17 November 2010 conferring specific tasks on the European Central Bank concerning the functioning of the European Systemic Risk Board (OJ L 331, 15.12.2010, p. 162).

nih za realizaciju zadataka ESRB, uz uvažavanje tehničkih saveta nacionalnih centralnih banaka i supervizora; d) administrativnu podršku u međunarodnoj saradnji sa drugim relevantnim telima u pogledu makrobonitetskih pitanja; i e) podršku radu organa ESRB (Opšti odbor, Upravljački odbor, Savetodavni tehnički odbor i Savetodavni naučni odbor). Ovako definisani zadaci daju Evropskoj centralnoj banci prostor za učešće u svim fazama makroprudencionog nadzora. Pri kupljanjem i analizom podataka ona je u poziciji da blagovremeno prepozna rizike kojoma je izložen bankarski sektor, kao i da pomogne njihovom umanjenju davanjem odgovarajućih upozorenja i preporuka. Evropska centralna banka, na taj način, postaje aktivan činilac politike nadzora kreditnih institucija u državama članicama.

UPOTREBA NESTANDARDNIH INSTRUMENTATA MONETARNE POLITIKE

Evolucija ciljeva i funkcija Evropske centralne banke odrazila se i na način sprovođenja monetarne politike. Sve do izbijanja krize, ECB se oslanjala na standardne instrumente. Ugovor o funkcionisanju EU (čl. 282. (4) ostavlja slobodu subjektima monetarne politike da odluče o instrumentima, odnosno merama potrebnim za izvršenje poverenih zadataka. Štaviše, Ugovor (čl. 130) zabranjuje bilo kakav politički uticaj na ECB od strane institucija, organa ili tela Unije, vlada država članica ili bilo kog drugog organa. Bliže određenje instrumenata koje ECB stoje na raspolaganju nalazimo u Statutu ESCB i ECB. Prema odredbama Statuta, radi ostvarivanja poverenih ciljeva i zadataka, ECB može koristiti sledeće instrumente: a) Operacije na otvorenom tržištu, pod kojima se podrazumeva intervencija na finansijskom tržištu direktnom kupovinom i prodajom (promptno ili na termin) ili, u skladu sa sporazumom o naknadnom otkupu, odobravanjem ili uzimanjem na zajam potraživanja i utuživih instrumenata, bilo u komunitarnoj valuti ili valuti zemlje nečlanice, kao i plemenitih metala (čl. 18. (1); b) Kredite za likvidnost, koji obuhvataju kreditne operacije sa kreditnim institucijama i drugim učesnicima na tržištu, uz odgovarajuća sredstva obezbeđenja (čl. 18. (1); c) Obavezne rezerve čiju visinu određuje ECB u skladu sa ciljevima monetarne politike (čl. 19. (1); d) Ostale instrumente monetarne politike pogodne za realizaciju utvrđenih ciljeva, koje, prema čl. 20. Statuta, Savet guvernera može da uvede dvotrećinskom većinom glasova.

Pored standardnih instrumenata, finansijska i dužnička kriza prisilila je centralne banke Eurosystema na upotrebu instrumenata koje svrstavamo u kategoriju nestandardnih. Tako je tokom 2010. godine Evropska centralna banka pokrenula Program za tržišta hartija od vrednosti.²² U okviru ovog programa (čl. 1. Od-

²² European Central Banka Decision No. ECB/2010/5 Establishing a Securities Markets Programme, 2010, OJ L 124/8.

luke br. 124/8), centralne banke Eurosistema mogle su istupati na sekundarnom tržištu, kad su u pitanju utrživi dužnički instrumenti emitovani od strane države ili javnopravnih ustanova država čija je valuta evro, odnosno na primarnom i sekundarnom tržištu za hartije od vrednosti emitovane od strane privatnih subjekata koji su osnovani u evropodručju. Primena ovog instrumenta obustavljena je septembra 2012. godine, kada ECB uvodi nov instrument poznat pod nazivom direktne monetarne transakcije (*outright monetary transactions* - OMTs). Program direktnih monetarnih transakcija odnosi se na potencijalno neograničenu kupovinu državnih obveznica na sekundarnim tržištima, sa rokom dospeća od jedne do tri godine. Za direktnu kupovinu prihvatljive su obveznice emitovane od strane država koje zbog visokih troškova zaduživanja teško dolaze do sredstava na finansijskom tržištu. Zbog zabrane monetarnog finansiranja ECB ne kupuje obveznice na primarnom već na sekundarnom tržištu. Državne obveznice se kupuju od investitora po tržišnim cenama. Ova podrška, međutim, nije bezuslovna. Da bi bila uključena u ovaj program država članica mora da postigne sporazum sa Evropskim mehanizam za finansijsku stabilnost (EFSM), odnosno Evropskim stabilizacionim mehanizmom – (ESM).²³ Nepoštovanje programa prilagođavanja vodi obustavi primene ovog instrumenta. Za razliku od intervencija centralnih banaka Eurosistema prema programu iz 2010. godine, direktne monetarne transakcije su *ex ante* neograničene, što ih posebno čini delotvornim u suzbijanju očekivanja da će doći do kraha evrozone.

Uvođenje ovog nestandardnog instrumenta pokrenulo je široku raspravu o njegovoj zakonitosti.²⁴ Najčešće istican argument tiče se kršenja ključnog načela EMU, a koja se odnosi na zabranu monetarnog finansiranja. Ugovor o funkcionisanju EU (čl. 123) izričito zabranjuje centralnim bankama Eurosistema da odobravaju kredit ustanovama ili organima Unije, centralnim upravama, regionalnim, lokalnim ili drugim javnim organima, ostalim javnim organizacijama ili preduzećima država članica, odnosno od njih direktno preuzimaju instrumente

²³ Evropski mehanizam za finansijsku stabilnost (European Financial Stabilization Mechanism – EFSM) formiran je nakon što je Savet EU usvojio Uredbu o finansijskoj podršci državama koje su najteže pogođene dužničkom krizom. Council Regulation (EU) No 407/2010 of 11 May 2010 establishing a European Financial Stabilisation Mechanism, *Official Journal of the European Union*, L 118/2010. Evropski stabilizacioni mehanizam (European Stabilization Mechanism – ESM) predstavlja međunarodnu finansijsku instituciju koja treba da pruži podršku zemljama koje se suočavaju sa finansijskim teškoćama ili im prete ozbiljni finansijski problemi usled čega bi bila ugrožena stabilnost evrozone u celini. Vidi: European Council Decision of 25 March 2011 amending Article 136 of the Treaty on Functioning of the European Union with regard to a stability mechanism for Member States whose currency is the euro, 2011/199/EU, *Official Journal of the European Union*, L 91.

²⁴ Opširnije: C. Gerner-Beuerle, E. Küçük & E. Schuster, *Law Meets Economics in the German Federal Constitutional Court: Outright Monetary Transactions on Trial*, *German Law Journal*, Vol. 15, No 2/2014, p. 283-284.

duga. Spremnost ECB da otkupi neograničenu količinu državnih obveznica znači i da je ECB preuzela odgovornost da na tržištu državnih obveznica obavlja funkciju zajmodavca poslednjeg utočišta, čime se prezaduženim zemljama daje podsticaj da nastave sa praksom daljeg zaduživanja (problem moralnog hazarda). Druga važna primedba tiče se realizacije primarnog cilja ECB, s obzirom na to da se kao argument navodi da intervencija centralne banke na finansijskom tržištu u okviru OMT ugrožava stabilnost cena. Kupujući državne obveznice centralna banka povećava količinu novca u opticaju i na taj način uvećava rizik od pojave inflacije. U oceni navedenih argumenata možemo zaključiti da upotreba direktnih monetarnih transakcija, kao nestandardnog instrumenta ECB, nije u suprotnosti sa pravom EU. Prema Statutu ESCB i ECB (čl. 18.), centralne banke Eurosystema mogu istupati na finansijskom tržištu, kupovinom i prodajom utrživih hartija od vrednosti, što državne obveznice svakako jesu. Ono što Ugovor o funkcionisanju EU (čl.123) i Statut (čl. 21.) eksplicite zabranjuju je kreditiranje javnopravnih entiteta i direktna kupovina njihovih obveznica. S obzirom na to da je program direktnih monetarnih transakcija vezan za kupovinu dužničkih instrumenata na sekundarnom tržištu, jasno je da uvođenje ovog instrumenta ne predstavlja povredu načela zabrane monetarnog finansiranja.²⁵ Kada je u pitanju problem moralnog hazarda, upotreba ovog instrumenta strogo je uslovljena spremnošću država dužnika da preduzmu mere fiskalne konsolidacije i pozitivnom ocenom preduzetih mera od strane institucija Unije. Usvojenim izmenama sekundarnog zakonodavstva (čl. 2-a Uredbe 1175/2011) stvara se pravni osnov za bližu koordinaciju ekonomske politike, što uključuje i prethodno razmatranje budžeta država članica. Usaglašenost ekonomske politike država članica ostvaruje se u okviru evropskog semestra za koordinaciju ekonomske politike.²⁶ Kada je u pitanju primedba da upotreba OMT nije konzistentna sa primarnim ciljem Evropske centralne banke ona bi se mogla prihvatiti pod uslovom da je moguće dokazati da ova vrsta intervencije centralne banke dovodi do inflacije. Ukoliko bi to uvek važno onda centralna banka ne bi smela da kupuje dužničke instrumente budući da time podriva realizaciju primarnog cilja za koji je odgovorna, a to je stabilnost cena. Inflaciona kretanja nastaju ukoliko povećanje monetarne baze, nastalo kupovinom državnih obveznica, poslovne banke iskoriste za ekspanziju kreditnih plasmana. Međutim,

²⁵ I pored toga što je ocenio je da postoje razlozi da se upotrebom direktnih monetarnih transakcija izlazi iz okvira mandata ECB i krši zabrana monetarnog finansiranja, Nemački ustavni sud nije isključio mogućnost da je program OMT u skladu sa evropskim ugovorima, pod uslovom da se njegova primena tumači restriktivno i zatražio je tumačenje Evropskog suda pravde o tome da li je ovaj instrument u skladu sa evropskim ugovorima. *Ibid*, p.282.

²⁶ Regulation (EU) No 1175/2011 of the European parliament and of the Council of 16 November 2011 amending Council Regulation (EC) No 1466/97 on the strengthening of the surveillance of budgetary positions and the surveillance and coordination of economic policies, *Official Journal of the European Union*, L 306/12.

ukoliko postoji kriza likvidnosti banke će dodatna sredstva pre koristiti za poboljšanje svoje pozicije nego za kreditnu ekspanziju, a samim tim i rizik od inflacije je mnogo manji. Nedavna istraživanja pokazuju da obezbeđivanje dodatne likvidnosti od strane centralne banke u uslovima dužničke krize ne izaziva inflaciju, prvenstveno zbog nespremnosti bankarskog sektora da porast primarnog novca transmituje u povećan obim kreditiranja.²⁷ Osim toga, samo uvođenje direktnih monetarnih transakcija bilo je praćeno čvrstom opredeljenošću ECB da svaki višak likvidnosti sterilizuje.²⁸ Najzad, upotreba OMT pokazala se kao ključna mera za očuvanje finansijske stabilnosti. Iskazivanje spremnosti ECB da interveniše korišćenjem ovog nestandardnog instrumenta, u meri u kojoj je to potrebno, imalo je trenutne efekte na finansijskom tržištu EU. Ne samo da su prezađženim državama članicama postala dostupna sredstva po nižoj kamatnoj stopi, već su i u značajnoj meri redukovane tenzije u evrozoni. U nedostatku efikasnih institucionalnih rešenja koja će osigurati vitalnost evrozone (bankarska i fiskalna unija), Evropska centralna banka bila je jedina institucija koja je bila u stanju da upotrebom odgovarajućih instrumenata stabilizuje uzdrmani finansijski sistem Unije.

ZAKLJUČAK

Povoljna ekonomska klima tokom prve decenije funkcionisanja evrozone prikrila je strukturne slabosti Evropske monetarne unije, ali i nesavršenost usvojenih institucionalnih rešenja, pre svega onih koji se odnose na fiskalnu disciplinu. One postaju vidljive sa izbijanjem ekonomske krize i nesposobnošću pojedinih zemalja članica monetarne unije da se izbore sa naraslim državnim dugom. Suočena sa izazovom, koji je doveo u pitanje i opstanak evrozone, Evropska unija se opredelila za program izlaska iz krize sa Evropskom centralnom bankom kao glavnim akterom. U periodu koji je prethodio finansijskoj krizi, Evropska centralna banka imala je ulogu nezavisne institucije zadužene za vođenje monetarne politike i usmerene na očuvanje stabilnosti cena. Sa izbijanjem globalne finansijske krize i njenim prelivanjem na evrozonu ECB dobija kvalitativno novu ulogu. U tom smislu, finansijska stabilnost se sve više prepoznaje kao cilj od izuzetnog značaja za opstanak evrozone. Uspostavljanje i očuvanje finansijske stabilnosti podrazumevalo je i proširenje nadležnosti centralnih banaka Euro sistema. Evropska centralna banka dobija funkciju zajmodavca poslednjeg utočišta, ne samo na banakarskom tržištu, već i na tržišta državnih obveznica. Postojećim funkcijama dodaju se i zadatci u oblasti makrobonitetskog nadzora. Zahvaljujući resursima kojima raspolaže, ECB je sposobna da prikupljanjem i analizom podataka bla-

²⁷ Paul De Grauwe, *Op. cit.*, p. 521.

²⁸ Sterilizacija je mere koju koriste centralne banke kada žele da anuliraju dejstvo pojedinih mera monetarne politike na povećanje količine novca u opticaju.

govremeno prepozna rizike kojima je izložen bankarski sektor. U vršenju supervizijske funkcije ona je ovlašćena da daje odgovarajuća upozorenja i preporuke. Na taj način, Evropska centralna banka postala je aktivan činilac politike nadzora kreditnih institucija u državama članicama. Najzad, ozbiljnost krize evrozona podrazumevala je i uvođenje novih instrumenata monetarne politike. Pored standardnih instrumenata, Evropska centralna banka se opredeljuje za upotrebu nestandardnih instrumenata monetarne politike, među kojima posebno mesto pripada direktnim monetarnim transakcijama. Globalna finansijska kriza inicirala je značajne promene u ulozi ECB, ali je istovremeno pokazala da je ona od svih institucija Unije jedino sposobna da se prilagodi novim okolnostima i pravovremeno reaguje na izazove sa kojima se suočila evrozona.

SRĐAN GOLUBOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of law, University of Niš

EVOLUTION OF THE EUROPEAN CENTRAL BANK ROLE IN THE CONDITIONS OF GLOBAL FINANCIAL CRISIS

Summary

The global financial crisis, which spilled over the eurozone in 2008, has initiated significant changes in the role of the European Central Bank (ECB). Solving financial and sovereign debt crises in Europe was not possible while retaining the earlier mandate of the ECB - an independent institution responsible for monetary policy and dedicated to the preservation of price stability. The global financial crisis has shown that of all the institutions of the Union, only the ECB has been able to evolve and expand its mandate up to the law's bounds. The paper first analyzes the changes in the domain of goals and, in particular, points to the growing importance of financial stability as a goal that was ignored until the outbreak of the financial crisis. The second part of the paper discusses evolution of the European Central Bank functions, primarily reaffirmation of the function of the lender of last resort and introduction of mandate for macro-prudential supervision of banks and other financial institutions. Finally, the last part of the paper discusses the changes in the operational side of monetary policy - the use of non-standard instruments by the European Central Bank.

NIKOLA CICMIL

PLATNI PROMET KAO JAVNA FUNKCIJA BANAKA

U V O D

Cilj ovog priloga su praktično dva pitanja uzajamno povezana, a to su: prikaz platnog prometa kao javne funkcije koju obavljaju poslovne banke, i ukazivanje na nedorečenost rešenja u Zakonu o platnom prometu o regulaciji javnih ovlašćenja koje izvršavaju banke izvršavanjem poslova platnog prometa. Na početku, da bi se odredio predmet ovog priloga nužno je dati pojam, odnosno radnu definiciju institucije platnog prometa. U tom smislu može se reći da "platni promet obuhvata sva plaćanja koja se vrše između fizičkih i pravnih lica. Pod plaćanjem se podrazumeva prenos novčanih sredstava sa jednog fizičkog ili pravnog lica na druga u svrhu likvidacije privrednog ili drugog materijalno-pravnog odnosa." Dakle, "sva plaćanja izvršena u novcu, bez obzira ko ih vrši, na koji način i u koju svrhu, nazivaju se opštim imenom platni promet."¹

Poslovi platnog prometa su: otvaranje i ukidanje računa, plaćanje sa jednog računa na drugi račun (prenos, naplata, obračun, uplata i isplata), evidentiranje promena na računima, praćenje likvidnosti učesnika i nosilaca platnog prometa i poslovi obezbeđivanja dokumentaciono – statističke osnove za informisanje nadležnih organa radi vođenja ekonomske politike u zemlji.

Nikola Cicmil, savetnik Agencije "MEDO" Beograd.

¹ *Ekonomska enciklopedija*, I tom, strana 1077. izdanje "Savremena administracija" – Beograd, 1986.

Platni promet predstavlja krvotok raspodele i razmene materijalnih dobara u jednom društvu i u svetu, zato imamo unutrašnji platni promet, odnosno platni promet u zemlji i međunarodni platni promet.

Platni promet je istovremeno funkcija dozvola, zabrana, kontrole, izvršavanja plaćanja u zemlji i inostranstvu i funkcija komunikacije između subjekata u sistemu društvene reprodukcije.

PLATNI PROMET KAO DELATNOST OD OPŠTEG DRUŠTVENOG INTERESA

Učesnici u platnom prometu su sva fizička i pravna lica, kao i drugi subjekti prava i svi imaju zajednički interes da platni promet postoji, taj sistem je svima neophodan pošto bez njega ne može biti izvršena raspodela i preraspodela materijalnih dobara, odnosno njihova razmena. Društvo, odnosno društvena zajednica u celini su zainteresovani da se ta delatnost ostvaruje kontinuirano po jedinstvenom sistemu u kojem će svi učesnici biti ravnopravni, a njihovi interesi jedinstveno i ravnopravno zaštićeni.

Nosilac tog interesa je globalno društvo. Taj interes se poklapa sa interesima društveno-političke zajednice u celini pa ga zato treba odvojiti i razlikovati od zajedničkog interesa.² Proizilazi da je država, kao globalni predstavnik jednog društva, nosilac tog opšteg interesa. Pošto platni promet mora biti organizovan kao sveobuhvatni i jedinstveni sistem, za očekivati je da isti u načelu treba da bude uređen konstitutivnim aktom države, odnosno ustavan, što nažalost kod nas, u Srbiji, nije slučaj.

PLATNI PROMET KAO DRUŠTVENA FUNKCIJA SA JAVNIM OVLAŠĆENJEM

Pošto platni promet predstavlja opšte društveni interes, odnosno funkciju sa javnim ovlašćenjima, isti se mora ostvarivati preko određenih organa, odnosno organizacija koji će sprovesti i ostvarivati ta ovlašćenja.

U našem pravnom sistemu platni promet je uređen sa više zakona i podzakonskih akata, od kojih za ovu priliku treba istaći sledeće: Zakon o platnom prometu (Zakon o PP); Zakon o Narodnoj banci Srbije; Zakon o bankama; Zakon o obligacionim odnosima (ZOO); Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji (čl. 26, 87, 95. i 98) i Zakon o izvršenju i obezbeđenju (čl. 146. do 173. i čl. 193. do 201. i dr.)³

² Videti: *Pravna enciklopedija*, tom II strana 1031. Izdanje "Savremena administracija"- Beograd, 1985.

³ Zakon o platnom prometu ("Sl. list SRJ", br. 3/2002 i 5/2003 i "Sl. glasnik RS", br. 43/2004, 62/2006, 111/2009- dr. zakon i 31/2011); Zakon o Narodnoj banci Srbije ("Sl. glasnik RS", br. 72/2003,

Pored navedenih zakona, izvršavanje poslova platnog prometa uređeno je sa više podzakonskih provedbenih propisa, kojima se uređuju pitanja otvaranja, vođenja i ukidanja računa; oblika i načina korišćenja instrumenata platnog prometa, prinudnoj naplati sa računa klijenata, kontroli platnog prometa od strane Narodne banke Srbije o čemu će biti više reči u tekstu priloga koji sledi.

U ovom prilogu pažnja je usmerena na pojedine poslove platnog prometa koji predstavljaju javna ovlašćenja poslovnih banaka i Narodne banke Srbije putem kojih se ostvaruje i štiti interes učesnika u platnom prometu.

Osnovni zakon kojim je uređen platni promet kod nas je Zakon o PP koji je donet 18.01.2002. godine, a njegova neposredna primena je počela od 01.01.2003. godine, kada je platni promet prešao na banke. Istovremeno su prestale da važe odredbe Zakona o PP, kojim je ukinut Zavod za obračun i plaćanje kao poslednja modifikacija Službe društvenog knjigovodstva.

Članom 1. Zakona propisano je da se ovim Zakonom uređuju poslovi platnog prometa, kao i prava i obaveze banke i klijenta. Ova odrednica nije adekvatna sadržini Zakona, odnosno sadržini i obuhvatnosti platnog prometa kao delatnosti od opšteg društvenog interesa.

Ne želimo da se kritički osvrćemo na sadržinu aktuelnog Zakona o PP, ali ga bolji znalci platnog prometa ne mogu ni posebno hvaliti. Pre važeća pravna regulativa o platnom prometu bila je sveobuhvatnija i pravno kvalitetnije izražena. Sadašnja rešenja su možda rezultat naše preforsirane želje da budemo što više "evropski". Ali o tome više nekom drugom prilikom.

Zakonom su uređena pitanja koja se odnose na: račune za obavljanje platnog prometa; transakcije plaćanja; odredbe o načinu plaćanja i nalogima za plaćanje o prinudnoj naplati sa računa klijenata; odredbe o odgovornosti za naknadu štete učesnicima u platnom prometu i odredbe o nadležnosti NB Srbije i poslovnih banaka kao nosilaca platnog prometa za obavljanje delatnosti platnog prometa. Nesporno je da u praksi postoje nosioci i učesnici platnog prometa, iako to važeći Zakon nije regulisao, mada je takvo rešenje postojalo u prethodno važećem Zakonu o službi za platni promet.

Za ovu priliku, bitna su prava i obaveze Narodne banke Srbije – i poslovnih banaka, koje su nosioci platnog prometa, na što ćemo se sada bliže osvrnuti.

55/2004, 85/2005 -dr. zakon,44/2010, 76/2012 i 106/2012); Zakon o bankama ("Sl. glasnik RS", br. 107/2005 i 91/2010); 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); Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji ("Sl. glasnik RS", br. 80/2002, 84/2002 - ispr., 23/2003 - ispr., 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 - dr. zakon, 62/2006 - dr. zakon, 63/2006 - ispr. dr. zakona; 61/2007, 20/2009, 72/2009 - dr. zakon, 53/2010, 101/2011, 2/2012 - ispr., 93/2012, 47/2013 i 108/2013); Zakon o izvršenju i obezbeđenju ("Sl. glasnik RS", br. 31/2011, 99/2011 - dr. zakon, 109/2013 - odluka US i 55/2014).

*Javna ovlašćenja Narodne banke Srbije
u poslovima platnog prometa*

Narodna banka Srbije kao nosilac monetarne vlasti, ima svoju posebnu funkciju – da “uređuje, kontroliše i unapređuje nesmetano funkcionisanje platnog prometa u zemlji i sa inostranstvom” – član 4, tačka 9. Zakona o Narodnoj banci Srbije, što je bliže uređeno drugim odredbama ovog Zakona, kao i odredbama Zakona o PP.

Zakonom o PP-član 39. određeni su poslovi, bolje rečeno nadležnosti NB Srbije u obavljanju poslova platnog prometa, između kojih treba istaći sledeće: Vođenje žiro, obračunskih i drugih računa poslovnih banaka; Izvršavanje međubankarskog kliringa i obračuna plaćanja između učesnika u platnom prometu (multilateralna kompenzacija); Praćenje likvidnosti banaka i preduzimanje mera za održavanje te likvidnosti; Uspostavljanje i održavanje infrastrukture za obavljanje platnog prometa Republike Srbije; Stara se o razvoju i unapređenju platnog prometa; Donosi propise kojima uređuje način obavljanja poslova platnog prometa i vršenje poslova kontrole ostvarivanja platnog prometa kod banaka.

Kontrolu poslovanja banaka, Narodna banka Srbije vrši u postupku kontrole – kao posebnom obliku opšteg upravnog postupka i o utvrđenim nezakonitostima i nepravilnostima donosi rešenje – rešenje koje je konačno u upravnom postupku.⁴

Izneto ukazuje da je položaj Narodne banke Srbije – kao nosioca platnog prometa precizno određen Zakonom, da u vršenju poslova platnog prometa Narodne banke Srbije ima javna ovlašćenja kojima su podložni svi učesnici u platnom prometu, te da je vršenje tih javnih ovlašćenja garantovano donošenjem izvršnih rešenja, a neizvršavanje tih rešenja i drugih obaveza utvrđenim propisima o platnom prometu i propisima o bankama je osigurano preduzimanjem određenih sankcija – novčane kazne, privredni prestupi i prekršaji.

*Javna ovlašćenja poslovnih banaka
u poslovima platnog prometa*

Osnovno pravo i obaveza banaka utvrđeno Zakonom o bankama i Zakonom o PP je obaveza sprovođenja transakcija plaćanja između učesnika u platnom prometu, odnosno prenos, naplata, obračun, uplate i isplate sa računa pravnih i fizičkih lica u internim i međubankarskim transakcijama.

Izvršavanje tih poslova je jedinstveno uređeno za sve učesnike u platnom prometu, a njihova obaveznost zaštićena propisanim sankcijama i pravom Narod-

⁴ Zakona o opštem upravnom postupku-ZUP je objavljen u “Službenom listu SRJ”, br. 33/97 i 31/2001 i “Službenom glasniku RS”, br. 30/2010.

ne banke Srbije da kod poslovnih banaka vrši nadzor i kontrolu izvršavanja poslova platnog prometa (član 4. tačka 9. Zakona o NB Srbije i član 39. tač. 12 i 13. Zakona o PP).

Od poslova platnog prometa, koje obavljaju banke, nužno je istaći sledeće: vode račune pravnih lica i fizičkih lica koja obavljaju delatnost; izvršavanje transakcija plaćanja međubankarske transakcije plaćanja s tih računa i na te račune; utvrđuje za svakog klijenta dnevni promet i o tome ih posebno obaveštavaju; obavljaju gotovinska plaćanja za račun učesnika u platnom prometu; obavljaju blagajničko-trezorske poslove i obezbeđuju smeštaj i čuvanje gotovog novca; prijem i naplata čekova; izdavanje platnih kartica i plaćanje platnim karticama i drugim instrumentima plaćanja i obavljaju i druge poslove platnog prometa u skladu sa zakonom.

U Zakonu o PP i Zakonu o bankama nijednoj odredbi se izričito ne kaže da su ti poslovi javna ovlašćenja banaka. Zakonodavac je, izgleda ne slučajno nego namerno, izbegao da izričito kaže da je izvršavanje poslova platnog prometa javno ovlašćenje. Nigde nema pisanog rešenja, odnosno zaključka da se nešto odobri ili zabrani ili naloga da se nešto ne može, odnosno mora učiniti.

Pokušajmo da iz pojedinih odredaba Zakona o PP i podzakonskih akata "izvučemo" ta javna ovlašćenja koja znače dozvole, naloge, odbijanja ili zabrane u odnosu na učesnike u platnom prometu. Slede primeri:

1) Za početak, uzmimo za primer ovlašćenja banke za plaćanje sa računa učesnika u platnom prometu. Plaćanje počinje podnošenjem naloga za plaćanje – instrumenta plaćanja – na papirnom nosiocu, magnetnoj traci ili elektronskim putem. Banka prima dati nalog, vrši njihovu proveru i kontrolu – ko je nalogodavac, da li kod banke ima račun, da li ima pokriće na računu za plaćanje, da li nalogodavac ima dospele a neizmirene obaveze, da li sa tim plaćanjem treba platiti istovremeno i neku drugu obavezu, kao i da li je nalog snabdeven sa svim drugim elementima -elementima verodostojnosti, da plaćanje bude nesporno izvršeno.

Ako nalog za plaćanje ispunjava sve uslove kako je propisano i sve uslove metodologije u unutrašnjem platnom prometu, banka dozvoljava plaćanje i istovremeno izvršava nalog. Banka je faktički donela usmeno rešenje (koje je saopšteno podnosiocu naloga) i izvršila nalog za plaćanje.

Međutim, ukoliko nalog za plaćanje ne ispunjava uslove "banka će vratiti" (razumemo odbiti – kako vratiti) podneti nalog za plaćanje koji nije ispostavljen u skladu sa propisima –što je izričito određeno članom 9. st. 2 i 5. Zakona o PP. Postavlja se pitanje šta se dešava ako banka "vrati" podnosiocu nalog za plaćanje? Nesporno je da u ovom slučaju banka odbija izvršenje naloga, što za podnosioca naloga može imati štetne posledice – pada u docnju zbog neblagovremeno plaćenih obaveza prema poveriocu, sledi mu obaveza plaćanja kamate i drugih penala, gubi ugled i poverenje kod poverioca i na kraju, njemu zbog pravdanja pred

poveriocem treba dokaz da je pokušao plaćanje, ali da je banka “vratila”, odnosno odbila podneti nalog za plaćanje obaveza. Znači podnosilac od banke traži dokument – pismenu ispravu da je ona “vratila”, odnosno odbila izvršenje naloga.

Kada je nalog izvršen – sve je u redu, mada je faktički banka, kao što je već rečeno, donela usmeno rešenje i odobrila izvršenje naloga. Kod vraćanja naloga neće ići tako. Često podnosilac naloga traži pismeni izveštaj-ispravu o vraćanju naloga. Upornost podnosioca naloga mora se završiti pismenim aktom banke o vraćanju, odnosno odbijanju izvršenja naloga. Taj pismeni akt je rešenje o odbijanju izvršenja naloga, doneto na osnovu javnog ovlašćenja banke da obavlja poslove platnog prometa. To rešenje je akt vesti – akt autoritativnog rešavanja, donet u upravnom postupku čija je procedura vrlo precizno uređena Zakonom o opštem upravnom postupku. No ipak, Zakon o PP ne upućuje na primenu tog Zakona.

Za Narodnu banku Srbije to je izričito i određeno Zakonom o bankama ... – član 9. Rešenja Narodne banke Srbije su konačna s tim i izvršne. Protiv istih nema pravnih lekova u upravnom postupku, jedino preostaje sudska kontrola istih vođenjem upravnog spora kod Apelacionog suda Republike Srbije, što je u našim uslovima poseban “perpetum mobile” zbog nepoštovanja sudskih odluka i sudske vlasti.

Prema tome, pošto su poslovi platnog prometa, koje obavlja Narodna banka Srbije, poslovi od opšteg interesa, a Banka ih izvršava na osnovu javnog – zakonskog ovlašćenja, proizilazi da su i poslovi platnog prometa koje obavljaju poslovne banke na osnovu Zakona, poslovi od opšteg interesa i da ih banke izvršavaju na osnovu javnih zakonskih ovlašćenja te da poslovne banke, s tim u vezi, donose odgovarajuća rešenja.

Svako rešenje doneto u upravnom postupku mora se tako i označiti. Izuzetno, posebnim propisom se može predvideti da se rešenju može dati i drugi naziv, kao što je “blokada tekućeg računa” odnosno “rešenje o blokadi tekućeg računa” i sl. Takvih primera u izvršavanju poslova platnog prometa ima više.

Nadalje, rešenje u upravnom postupku i postupku obavljanja poslova platnog prometa, može biti doneto kao usmeno rešenje, koja mogućnost je predviđena članom 203. stav 2. i članom 204. ZUP. Takvih primera ima više u izvršavanju poslova platnog prometa, što je očigledan primer sa “vraćanjem” naloga za plaćanje – član 9. Zakona.

2) Članom 3. Zakona o PP propisana je obaveza za pravna i fizička lica koja obavljaju delatnost da su dužni (čitaj: moraju) da za plaćanja u dinarima otvore tekući račun u banci, da vode sredstva na tom računu i vrše plaćanja preko tog računa u skladu sa ovim zakonom (Zakon o PP) i ugovorom o otvaranju tekućeg računa zaključenim sa bankom.

Nadalje, u istoj odredbi stoji da uslove i način vođenja i gašenja računa kod banke propisuje Narodna banka Srbije. Potencijalni učesnik u platnom prome-

tu mora banci podneti zahtev za otvaranje tekućeg računa, kako je to propisano Odlukom Narodne banke Srbije o uslovima i načinu otvaranja, vođenja i gašenja računa kod banke⁵, nakon čega banka i podnosilac zahteva zaključuju ugovor o otvaranju i vođenju tekućeg računa. O autonomiji volje klijenta banke nema ni govora prilikom zaključenja tog ugovora.

Po podnetom zahtevu moguće su dve situacije: Banka dozvoljava otvaranje tekućeg računa ili Banka odbija zahtev za otvaranje tekućeg računa. To praktično znači da banka, na osnovu datog joj javnog ovlašćenja, ceni da li će dozvoliti otvaranje tekućeg računa ili će podneti zahtev odbiti. U oba slučaja treba doneti odgovarajuću odluku, rešenja ili zaključak, koji u odnosu na podneti zahtev mogu biti pozitivni ili negativni. Ako se zahtev prihvati, rešenje je pozitivno i može biti doneto usmeno, nakon čega dolazi zaključenje ugovora o otvaranju i vođenju tekućeg računa.

Međutim, ako je rešenje negativno, podnosilac zahteva će insistirati na pisanoj odluci da bi mogao da se na tu odluku žali da bi zaštitio svoja ustavna i zakonska prava, zašto da i on nema tekući račun kod banke – kada to imaju drugi klijenti banke. Znači, banka u ovom slučaju mora iskazati svoje javno ovlašćenje u pisanoj odluci – rešenju, ili najmanje i zaključku sa pravom žalbe.

3) Sledi novi primer javnog ovlašćenja banke u poslovima platnog prometa utvrđen u odredbi člana 7. Zakona, kojim je propisano da će “Banka dužnika odbiti nalog za plaćanje pošiljaoca samo u slučaju smrti dužnika ili gubitka njegove poslovne sposobnosti, u slučaju stečaja ili likvidacije pravnog lica – dužnika, odnosno u slučaju ograničenja ovlašćenja fizičkog ili pravnog lica u skladu sa Zakonom.” Dakle u pitanju je nesporno javno ovlašćenje banke.

Očigledno u pitanju su značajne činjenice, od kojih zavisi mogućnost raspolaganja sredstvima dužnika.

Ako je u pitanju smrt ili stečaj dužnika, otvara se pitanje nasleđa, odnosno sukcesije. Kod ograničenja poslovne sposobnosti – otvara se pitanje starateljstva, kod zabrane obavljanja delatnosti ili oduzimanja dozvole za rad-pitanje likvidacije i još niz drugih pitanja u odnosu na obaveze prema poveriocima dužnika.

Smatramo da svako odbijanje naloga za plaćanje od strane banke u navedenim slučajevima, sem pisane odluke/rešenja ne “drži vodu” niti ima smisla. Takva odluka banke mora da se prezentira kao dokaz u postupku sukcesije, izvršenja obaveza “bivšeg” dužnika, u postupku stečaja, odnosno likvidacije ili zabrane delatnosti i mora biti data u formi pisane izjave. Zašto zakonodavac nije rekao “Banka će pisanom odlukom (rešenjem) odbiti nalog za plaćanje pošiljaoca u slučaju smrti dužnika ili gubitka njegove poslovne sposobnosti” itd... što bi bilo sasvim logično i rešenje “lege artis” u konkretnom slučaju.

⁵ Odluka Narodne banke Srbije o uslovima i načinu otvaranja, vođenja i gašenja računa kod banke je objavljena u “Službenom glasniku RS” br. 35/2005, 25/2009, 106/2013 i 113/2013.

4) Primer javnih ovlašćenja banke u poslovima platnog prometa imamo i u članu 30. Zakona o PP u kojem se uređuje način povraćaja više plaćenih sredstava u transferu odobrenja (plaćanja) na teret računa dužnika – greškom banke koja je sa računa nalagodavca skinula (zadužila) više sredstava od iznosa koji stoji u nalogu nalagodavca, ili je banka nalog nalagodavca izvršila više puta, odnosno kada su sredstva pogrešno usmerena – tj. kada je plaćanje izvršeno nekom drugom primaocu, a ne onom koji je naznačen u nalogu za plaćanje. Primalac, kojem su greškom doznačena tuđa sredstva – bilo prenosom većeg iznosa od iznosa označenog u nalogu ili pogrešnim usmeravanjem tuđih sredstava, ne sme raspolagati tako dobijenim sredstvima – član 30. stav 2. Zakona. Postavlja se pitanje, kako u skladu sa Zakonom, otkloniti ovako učinjene nepravilnosti i stanje sredstava zakonito restituirati? Nadalje, u istoj odredbi Zakona, određeno je da će banka takva sredstva vratiti – kao povraćaj nalagodavcu na osnovu dokaza banke koja je greškom izvršila nalog u većem iznosu.

Postavlja se pitanje kakav je to dokaz? Da li banka primaoca sredstava može da izvrši povraćaj ako je račun primaoca sredstava blokiran za druge obaveze?

Smatramo da u ovom slučaju banka “grešnik” treba da donese izvršnu pisanu odluku (rešenje) na osnovu javnog ovlašćenja i tu odluku dostavi banci gde se vodi račun primaoca sredstava na izvršenje. Analogan slučaj prethodnom biće i, kada su greškom banke sredstva nalagodavca usmerena korisniku koji nije naznačen u nalogu dužnika – nalagodavca. I tada treba doneti izvršno rešenje, koje će izvršiti banka kod koje se vodi račun primaoca sredstava, koja su za njega tuđa sredstva. U oba napred navedena slučaja treba doneti rešenje, u kojem u dispozitivu treba da stoji nalog da se primaocu (tuđih) sredstava zabranjuje raspolaganje tim sredstvima. Rešenje treba da postoji i radi čuvanja redosleda u izvršenju za slučaj da primalac tuđih sredstava na računu nema sredstava da vrati greškom banke doznačena mu sredstva. Izneto ukazuje da je u pitanju još jedno javno ovlašćenje banke u poslovima platnog prometa koje izvire (“viri”) iz Zakona a što bi trebalo precizno iskazati u Zakonu, a ne tako javna ovlašćenja skrivati od banke same i svih drugih nas – učesnika u platnom prometu, kada nas život demantuje – da to zaista i nije tako!

5) Nadalje, podsetimo i na još jedan primer javnog ovlašćenja NB Srbije i poslovnih banaka, a to je slučaj blokade računa izvršnih dužnika.

Prinudna naplata sa računa klijenata banke vrši se na osnovu: izvršnih rešenja poreskih, carinskih i drugih nadležnih organa; izvršnih sudskih rešenja, drugih izvršnih naslova i zakonskih ovlašćenja kao i naloga poverilaca na osnovu dospelih hartija od vrednosti i ovlašćenja koje je dužnik dao svojoj banci i svom poveriocu. To su praktično osnovi za prinudnu naplatu. Prinudnu naplatu vrši Narodna banka Srbije na osnovu primljenih osnova za naplatu. Prinudna naplata počinje blokadom dinarskih i deviznih računa izvršnih dužnika kod poslovnih banaka na osnovu naloga koje daje Narodna banka Srbije. Nakon potpunog izvr-

šenja naloga za prinudnu naplatu, Narodna banka Srbije bez odlaganja obaveštava banke o tom izvršenju radi deblokade računa dužnika kod tih banaka. Proizilazi da se u postupku prinudne naplate vrši blokada, odnosno deblokada računa izvršnih dužnika nalogom Narodne banke Srbije. Pitanje je šta je to blokada, odnosno deblokada računa klijenta banke kao izvršnog dužnika? Kakav je to pravni akt i koje su njegove karakteristike?

Blokada je zapravo izričita zabrana plaćanja sa tekućeg računa klijenta banke sve dok se ne izmire one obaveze klijenta – izvršnog dužnika utvrđene u izvršnom naslovu, zbog kojih je upravo i naložena blokada. Praktično, blokada je izvršno rešenje poslovne banke u smislu člana 261. ZUP koje je nazvano nalog za blokadu, odnosno blokada. Radi se o nepotpunoj odredbi Zakona. Šta bi smetalo Zakonodavcu da je u članu 48. uneo još jedan stav u kojem bi stajalo da se “blokada, odnosno deblokada računa izvršnog dužnika u postupku prinudne naplate, vrši izvršnim rešenjem ovlašćene banke. Takvim rešenjem bilo bi nesporno pokriveno javno ovlašćenje poslovne banke, a klijent banke bi imao pravo na vođenje upravnog spora protiv takvog rešenja. Pravna situacija bi bila rešena principijelno i “lege artis”. “

6) Analogno iznetim primerima je i slučaj ukidanja tekućeg računa klijenta banke, što je bliže regulisano odredbama Odluke Narodne banke Srbije o uslovi- ma i načinu otvaranja, vođenja i gašenja računa kod banke.

Račun klijenta Banka gasi na osnovu: zahteva klijenta, odnosno i bez zahteva klijenta, kad klijent prestaje da postoji kao pravni subjekt; na osnovu zakona, odnosno drugog propisa; zbog stečaja ili likvidacije kao i zbog nastalih statusnih promena kod klijenta. Ako se račun klijenta gasi na osnovu njegovog zahteva, sredstva sa ugašenog računa se prenose na račun naveden u zahtevu. Sredstva sa računa klijenta koji su prestali da postoje na osnovu zakona, prenose se na račun njegovog pravnog sledbenika, a ako sledbenik nije određen zakonom ili drugim propisom, sredstva sa ukinutog računa, prenose se na račun otvoren kod banke za sredstva koja se ne koriste.

U slučaju stečaja ili likvidacije, sredstva sa računa klijenta prenose se na račun koji u zahtevu odredi stečajni, odnosno likvidacioni upravnik.

U svim navedenim slučajevima gašenja računa klijenta, sledi i prenos sredstava na druge račune, a klijentu čiji je račun ugašen o tome treba dati određenu ispravu, čiju kopiju treba da ima banka u svojoj dokumentaciji kao dokaz sprovedenih radnji. Logično bi bilo da ta isprava bude izvršno rešenje banke.

ŠTA SMO IZGUBILI A ŠTA DOBILI UKIDANJEM SLUŽBE ZA PLATNI PROMET

Donošenjem sada važećeg Zakona o PP, poslovi platnog prometa su počev od 01.01.2003. godine prešli na banke kada su definitivno prestali da postoje svi

organizacioni oblici Službe za platni promet, odnosno Zavoda za obračun i plaćanje. Takvo rešenje tada i danas sa distance od 12 godina, poznavaooci platnog prometa ne mogu opravdati. Kreatori te ideje nisu bili dobronamerni.

Prenošenjem platnog prometa u banke i računa klijenata, banke su praktično dobile na korišćenje depozite klijenata po viđenju, odnosno tzv. "novčani talog" na tekućim računima koji su banke svakog dana do određenog procenta (a iskustvena norma kaže da je to od oko 30% dnevnih depozita) mogle da plasiraju u kratkoročne plasmane i tako ostvaruju solidne prihode.

Svoj stav banke pravdaju činjenicom da platni promet čine transakcije plaćanja na osnovu ugovora za koje banke naplaćuju proviziju te da banke nemaju nikakvu obavezu kontrole zakonitosti plasiranja novčanih sredstava, sa časnim izuzetkom kontrole pranja novca. Nepravda je učinjena u odnosu na klijente i ista do danas traje. Sistem platnog prometa u tome delu je ostao nedograđen, ostao je posao za Ustavni sud Srbije, odnosno posao za Zakonodavca.

Prelaskom platnog prometa u banke izgubljena je tzv. prethodna – preventivna kontrola poslova platnog prometa i svih knjigovodstvenih izveštaja u kojima se iskazuje korišćenje i raspolaganje novčanim sredstvima.

Preventivnu, odnosno prethodnu kontrolu transakcija plaćanja i pratećih finansijskih izveštaja, a posebno periodičnih obračuna i završnih računa u Službi platnog prometa, vršili su kontrolori i viši kontrolori – školski profil više stručne sprema – ekonomske struke. Ti radnici su kontinuirano osposobljavani i instruisani znanjima iz računovodstva i knjigovodstva uz obavezno proučavanje propisa iz tih oblasti. Tada se nije moglo desiti da se isplate lični dohoci, odnosno zarade a da se istovremeno ne plate obaveze po osnovu pripadajućih poreza, doprinosa za zdravstveno, penzijsko i invalidsko osiguranje, doprinosa za zapošljavanje, školstvo, rudarski i vodni doprinos kao i druge obaveze prema državi i lokalnoj samoupravi. Nije se mogao dogoditi nepovezani radni staž.

U Službi platnog prometa postojala je tada i tzv. inspeksijska kontrola – inspektori koji su vršili kontrolu finansijskog poslovanja neposredno kod učesnika u platnom prometu. Bilo je uspostavljeno pravilo da se kod velikih korisnika (preduzeća, zadruga, banaka i dr.) obično najmanje jednom u četiri godine vrši eksterna kontrola završnih računa, odnosno godišnjih finansijskih izveštaja. To je bila svestrana suštinska kontrola koja je počinjala kontrolom popisa imovine – zaliha robe i proizvoda (žitarice u silosima, magacini gotove robe i repromaterijala, kontrola obaveza i potraživanja, otpis potraživanja), zatim kontrola materijalnog knjigovodstva, kontrola finansijskog knjigovodstva, sve vrste gotovinskih isplata i kontrola obračuna i uplate pripadajućih poreza i doprinosa, kao i račun-ska kontrola završnih finansijskih izveštaja kao što su bilansi stanja i bilans uspeha u periodičnim i godišnjim obračunima korisnika-učesnika u platnom prometu. Te poslove banke nisu preuzele nisu ih ni radile, a nisu mogle jer zato nisu imale potreban kapacitet, odnosno kadrove niti odgovarajuća znanja.

U sledu tih zbivanja poslovi platnog prometa teku preko banaka stihijski, gotovinske isplate teku bez uplata odgovarajućih doprinosa za zdravstveno i penzijsko - invalidsko osiguranje pa se javlja problem nepovezanog radnog staža, budžetski prihodi se ne ostvaruju željenom dinamikom – nestala je preventivna i inspekcijska kontrola naplate tih prihoda. Poreska uprava države nema snage i kapacitet da isteruje obračun i naplatu izvornih prihoda budžeta države i lokalne samouprave, deficit republičkog budžeta iz godine u godinu raste da bi u prvoj polovini 2014. godine dostigao iznos od 60% bruto društvenog proizvoda. To su bili naši veliki društveni gubici, a time smo izgubili i dobru društvenu evidenciju i finansijsku statistiku koja je služila kao osnov za vođenje ekonomske politike i mera privrednog sistema. Ne možemo se oteti utisku da i to sve nije naručeno.

Uporedo sa tim zbivanjima stiže nama i privatizacija uvedena Zakonom o privatizaciji 2001. godine⁶ kojim se vrši rasprodaja društvenog i državnog kapitala. To je sistem burazerske-tajkunske privatizacije. Vodi se ekonomsko obezvređivanje društvenih preduzeća, rastakanje njihove imovine radi što jeftinije prodaje, radnici masovno ostaju bez posla. U politički život ulaze brojne političke stranke koje međusobno dele javna preduzeća i preko svojih članova u upravnim odborima povlače sredstva za svoju delatnost i potrebe. Nastaje totalna pljačka i rastakanje društvenog bogatstva a narod i građani padaju u totalnu bedu i nemaštinu, a najveće žrtve svih tih promena i ukupne tranzicije su radnici.⁷

Državna administracija decembra meseca 2011. godine menja i dopunjava Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji i obavezuje banke da prilikom isplate zarada i naknada zarada istovremeno naplaćuju obaveze po osnovu poreza i doprinosa za obavezno socijalno osiguranje. Ta praksa dobija širu

⁶ Videti Zakon o privatizaciji ("Službeni glasnik RS", br. 38 od 29.06.2001. god.

⁷ "Ljudi moraju da shvate da je izvršena velika istorijska prevara radničke klase one bivše Jugoslavije, dakle radničke klase uopšte, radnika, čoveka kada su im njihova preduzeća oduzeta, proglašena državnom imovinom, potcenjena.. Što je najgore, preduzeća su prodana tajkunskom kapitalu, ja bih rekao kriminalnom kapitalu ili čak i poklonjena, uz brojne beneficije, provizije itd. To ja ne mogu da shvatim, ljudima objašnjavam – ljudi, to je kapital radnika! Pedeset godina su stvarili ta preduzeća, oni su ih osnovali, oni su ih finansirali, zaduživali se domaćim, stranim kreditima, samofinansiranjem, amortizacijom, oni su obnovili pet ili šest puta ceo kapital, to je njihov kapital. I radnici su izbačeni na ulicu, bez bilo kakve socijalne zaštite, bez bilo kakve pravne, sindikalne zaštite, i sindikati su u tom privatnom sektoru pocepani, nemaju neku jedinstvenu politiku. Narod se našao na ulici, nezaštićen. Zato mislim da je slučaj i kod vas kao i kod nas, problem jako velike korupcije, kriminala na sve strane, dakle, jedna hobotnica kriminala mora da se seče, mora se vratiti onaj oblik koji smo nekada imali- to je Zavod za obračun i plaćanje, ili nekadašnji SDK, gde smo imali kontrolu svih monetarnih fiskalnih tokova. To je pretpostavka da uvedemo jedno sređeno društvo, da imamo kontrolu svih novčanih tokova i da sasečemo pipke te hobotnice, kriminogene, kriminalne hobotnice koja guši sve. Ruši zaista sve, tu zdrave ekonomije nema zdravog društva nema." Videti: *Zemlje regije se moraju zaštititi od proboja stranog kapitala* – profesor Dr Slobodan Komazec, intervjuu radiju "Slobodna Evropa" od 7.7.2013. g. – novinar G. S.–Hadžihasanović).

dimenziju dopunom Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji decembra 2013. godine kojom se uvodi tzv. "objedinjena naplata poreza i doprinosa" po osnovu isplaćenih zarada, a nosilac tih poslova je Republička poreska uprava preko svojih lokalnih jedinica.

I šta se desilo? Posle punih 11 godina spoticanja vraćamo ukinuti sistem rada Službe za platni promet (ZOP je prestao sa radom 31.12.2002.godine) na druga vrata u kojem tu vrlo efikasnu, nepristrasnu i dnevno ažurnu službu zamenjuje Republička poreska uprava koja ni približno nema stručne i organizacione kapacitete da prati, kontroliše i vrši naplatu poreza i doprinosa. Kada bismo sada imali tu službu ista bi "online" mogla da vrši kontrolu zakonitosti obračuna propisanih poreza i doprinosa kod svih obveznika i vrši njihovu naplatu, da ih direktno usmerava Poreskoj upravi Republike i poreskoj upravi lokalne samouprave, Fondu za PIO, Fondu za zdravstvo, Fondu za nezaposlenost i Centralnom registru obaveznog socijalnog osiguranja. Rastakanje naše realne proizvodnje bilo je uzrokovano i uništavanjem našeg bankarskog sektora.⁸

ZAKLJUČAK

I na kraju, šta zaključiti iz svega ovoga što je napred rečeno. Čini se da bi to mogle biti sledeće poruke:

1. U predstojećem ustavu Republike Srbije, definisati – odnosno uneti odrednice da je platni promet u zemlji delatnost od opšteg interesa i pojmov-

⁸ "Tako su naše najveće domaće banke uništene na silu, velika privreda je ostavljena na odstrel tajkunima, kriminalcima i stranim prevarantima, sve je bilo spremno za dolazak stranih špekulanata i građanima je pripremljena nova zamka za uzimanje devizne štednje. Koliko su te državne banke bile propale najbolje govori podatak da ni danas, posle dvanaest godina rasprodaje, nisu uspele da rasprodaju imovinu tih banaka. Uglavnom, strani bankari su došli i zauzeli skoro 80 % našeg bankarskog tržišta. Najrazvijenija država u EU Nemačka ne dozvoljava da strane banke imaju više od 25% učešća na njihovom tržištu. Tako se brani država i nacionalno bankarstvo. Strane banke su otvorile svoje banke u Srbiji sa pozajmljenim kapitalom od 15 miliona evra, uzeli su od građana depozite u vrednosti od jedne milijarde evra, vratile su pozajmicu svojim osnivačima od 15 miliona evra, pa su parama građana i privrede Srbije za poslednjih dvanaest godina zaradile čist profit preko 22 milijarde evra, prošle godine (2013) preko 2,3 milijarde evra. Zapravo, banke ne žele da rade sa privredom. Njima se više isplati da rade špekulacije sa državom kojoj uvek treba novac za prazan budžet. Mislim da su zapadne banke završile planiranu pljačku Srbije i zato sada sve beže iz Srbije i sve su na prodaji. Šta je rešenje? Oslobođanje Narodne banke Srbije od okupacije, ... i nova kreditno-monetarna politika. Pretvaranje JUBMES banke u INVESTBANKU u državnom vlasništvu i otvaranje Srpske razvojne banke – SRB banke u kojoj će se smestiti svi depoziti države i javna preduzeća. Takođe, platni promet treba oduzeti bankama i vratiti ga u nekadašnji SDK ili ZOP, jer je to bila najbolja državna institucija za kontrolu finansijskih tokova" - Branko Dragaš, TV Novi Sad - emisija od 12.9.2013. god.

no razgraničiti pojam “platnog prometa” od pojma “platni sistem”, koji je unet u odredbe Zakona o Narodnoj banci Srbije.

Zatim, da tu delatnost obavljaju banke – Narodna banka Srbije i poslovne banke kao nosioci platnog prometa, kao i da banke obavljaju delatnost platnog prometa u opštem javnom interesu jedinstveno i nepristrasno u odnosu na sve učesnike u platnom prometu i da za to imaju javna ovlašćenja utvrđena zakonom.

2. Doneti odgovarajući Zakon o platnom prometu u kojem će se detaljno definisati javna ovlašćenja nosilaca platnog prometa, poslovi platnog prometa i način njihovog izvršavanja za račun učesnika u platnom prometu – pravnih lica, preduzetnika i fizičkih lica;

3. Propisati zakonom da nosioci platnog prometa obavljaju platni promet u javnom interesu - i da u ostvarivanju tog javnog interesa nosioci platnog prometa imaju javna ovlašćenja na osnovu kojih mogu meritorno odlučivati o pravima učesnika u platnom prometu, a koja su izvan dispozicije nosioca i učesnika u platnom prometu (Rešenje a ne ugovor o otvaranju tekućeg računa);

S tim u vezi, propisati obavezu nosilaca platnog prometa da o pravima i obavezama učesnika u platnom prometu odlučuju u upravnom postupku donošenjem izvršnih rešenja i zaključava sa pravom na podnošenje žalbe.

4. Propisati zakonom obavezu za banke, kao nosioce platnog prometa, da u postupku plaćanja vrše prethodnu zakonsku kontrolu svih plaćanja, a posebno obaveza prema državi i lokalnoj samoupravi (poreza i doprinosa za obavezno socijalno osiguranje).

5. Propisati zakonom obavezu da banke klijentima plaćaju kamate na depozite po viđenju kao i obavezu klijenata da bankama plaćaju naknadu za izvršene usluge u platnom prometu.

NIKOLA CICMIL
Agency “MEDO” Beograd

PAYMENT TRANSATIONS AS A PUBLIC FUNCTION OF BANKS

Summary

This enclosure practically addresses the following two issues: payment transactions/operations as a public function carried out in the Republic of Serbia by the National Bank of Serbia and commercial banks, and The issue of inadequate regulation of the payment transactions function in the currently applicable Law on Payment Transactions of the Republic of Serbia. Payment transactions refer to any and all monetary payments made between legal, i.e., physical entities, regardless of who makes them and in what way they are made. The currently applicable Law on Payment Trans-

actions of the Republic of Serbia was adopted on 18 January 2002 and it came into force on 1 January 2003.

The text of the enclosure particularly focuses on commercial banks' authorizations, their rights to open current accounts to participants in payment transactions, to block/freeze and de-block/unfreeze such accounts, to terminate such accounts, to refuse to execute payment orders issued by participants in payment transactions as well as on banks' rights to unilaterally return erroneously executed orders and payments on such grounds, without any obligation on the part of the banks to make decisions in an administrative procedure in any of the above operations, which they should otherwise be obliged to do, given the fact that the performance of payment transactions is a public function. Such legal solutions deny participants in payment transactions the right to appeal, in contravention of the Constitution of the Republic of Serbia and the principle of equality of the subjects (of law) before the law, the problem which must be addressed by a new law on payment transactions.

PREDRAG KNEŽEVIĆ,
ŽARKO ANĐELKOVIĆ

POLOŽAJ BANAKA KAO HIPOTEKARNIH POVERILACA

U V O D

Zakon o hipoteci¹ propisao je osnovna načela hipoteke koja su bila propisana i Zakonom o osnovama svojinsko-pravnih odnosa², da je hipoteka: stvarno pravo na tuđoj stvari, akcesorno pravo, specijalno pravo, nedeljivo pravo, zasnovana na načelima oficijelnosti i publiciteta.

U odnosu na Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, Zakon o hipoteci, između ostalog proširuje predmet hipoteke, delimično odstupa od kliznog ranga hipoteke, delimično odstupa od načela oficijelnosti propisujući pravo poverioca na vansudsko namirenje.

Predmet hipoteke

Založno pravo je stvarno pravo na tuđem objektu, a hipoteka založno pravo na nepokretnosti. Zapravo, hipoteka se ne konstituiše na nepokretnosti, nego na pravu svojine na nepokretnosti, čime založni poverilac stiže ovlašćenje da tuđu nepokretnost unovči radi zadovoljenja svoje tražbine.

Predrag Knežević, advokat u Beogradu.

Dr Žarko Anđelković, profesor Pravnog fakulteta za privredu i pravosuđe u Novom Sadu.

¹ Zakon o hipoteci, ("Službeni glasnik RS", br. 115/2005).

² Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa ("Sl. list SFRJ", br. 6/80 i 36/90, "Sl. list SRJ", 29/96 i "Sl. glasnik RS", br. 115/2005 – dr. Zakon).

Predmet hipoteke je nepokretna stvar, pre svega pravo svojine na zemljištu, građevinskom objektu i slično. Predmet hipoteke je nepokretnost u celini sa svim njenim sastavnim delovima, prirodnim plodovima dok su neodvojeni, a ako ugovorom o hipoteci nije drukčije određeno, takođe i pripaci i priraštaji u vidu poboljšanja i povećanja vrednosti nepokretnosti nakon zasnivanja hipoteke čine predmet hipoteke (tzv. ekstenzivnost hipoteke). Hipoteka se može uspostaviti i na susvojini i zajedničkoj svojini.

Poseban deo zgrade. Posebni delovi zgrade na kojima postoji pravo svojine (etažna svojina), mogu biti predmet hipoteke (stan, poslovne prostorije, garaže, garažno mesto i dr.). Predmet prava etažne svojine je poseban deo zgrade a na zajedničkim delovima zgrade uspostavljeno je pravo nedeljive zajedničke svojine. Zajednički delovi zgrade mogu se opredeliti kao sastavni delovi zgrade (zidovi, krov, fasada, stepeništa, hodnici i sl.), prostorije namenjene zajedničkom korišćenju (tavan, podrum ukoliko nije određen kao pripadajući deo stanu, perionice, sušionice, zajedničke garaže i sl.) i zajedničke instalacije (vodovodna, kanalizaciona, centralnog grejanja, telefonska, lift i sl.).

Sporno je pitanje da li se pravo zajedničke nedeljive svojine može prenositi i opteretiti hipotekom. Svojinska prava na delovima zgrada regulisana su članom 19 Zakona o osnovama svojinsko pravnih odnosa na sledeći način: "Pravo svojine na posebnom delu zgrade može postojati na stanu, poslovnoj prostoriji ili na garaži, odnosno garažnom mestu. Na zajedničkim delovima zgrade i uređajima u zgradi vlasnici posebnih delova zgrade imaju pravo zajedničke nedeljive svojine."

Ovo pitanje je elaborirano u naučnoj literaturi od strane prof. Žarka Anđelkovića na sledeći način:

"Pema tome, u prvom slučaju (stav1. člana 19) radi se o etažnoj svojini, a u drugom slučaju (stav 2. člana 19) o ETAŽUM-u, kao posebnom obliku privatne svojine na zajedničkim delovima stambene zgrade. Prema citiranom članu ovog svojinsko pravnog propisa radi se o definisanom svojinskopravnom režimu na delovima zgrade i tako vlasnici stanova i drugih posebnih delova zgrade imaju zakonsko pravo, odnosno ovlašćenje da raspolažu zajedničkom nedeljivom svojinom na zajedničkim delovima zgrade (ograničeno fakticitetom). Međutim, zbog napred iznetih terminoloških, kao i vremenskih važenja propisa i naročito suštinski promenjenog pravnog režima na delovima zgrada, još uvek je prisutna "spornost" ili nejasnoća, da li se može ugovorom između zgrade i investitora preneti svojina."³

Zaključno mišljenje profesora Žarkovića je da je takav vid raspolaganja pravno valjan jer nije protivan gore citiranom zakonu i njegovim odredbama o sticanju prava svojine. Polazeći od ovog zaključka razmotrićemo u ovom radu pi-

³ Anđelković, Ž.: Građa za urbano pravo, odeljak: Naknada za zajednički deo zgrade, "Čigoja štampa", Beograd, 2011, str. 125.

tanje hipotekarnog zalaganja ETAŽUM-a. Osnovna pitanja koja se postavljaju je da li je ovo samostalno prenosivo pravo, da li je u prometu, da li ima tržišnu vrednost i da li se može upisati u registre nepokretnosti.

ETAŽUM nije samostalno prenosivo pravo i u prometu je samo zajedno sa predmetom etažne svojine. Ne upisuje se u registar nepokretnosti. ETAŽUM može postati samostalno prenosivo pravo kada vlasnici posebnih delova zgrade donesu odluku o pretvaranju zajedničkih prostorija u stan, pripajanju ili nadziđivanju u skladu sa Zakonom o održavanju stambenih zgrada⁴ Taj promet se vrši ugovorom između Stambene ugrade i investitora kada ETAŽUM dobija i tržišnu vrednost. Nakon pretvaranja, pripajanja ili nadziđivanja investitor upisuje formirani stan kao poseban deo zgrade u registar nepokretnosti.

Naše mišljenje je da se ETAŽUM može optereti hipotekom i bez pretvaranja u stambeni prostor pod određenim uslovima. Zakon o hipoteci kada definiše posebne delove zgrade u članu 3 pored enumeracije dodaje i dr. što bi se moglo protumačiti kao i drugi delovi zgrade koji predstavljaju poseban deo u smislu građevinske celine bez obzira na svojinski režim, a da mogu biti u samostalnom pravnom prometu i upisani u registar nepokretnosti. ETAŽUM koji predstavlja samostalnu građevinsku celinu mogao bi se upisati u registar nepokretnosti na osnovu rešenja o specifikaciji posebnih delova zgrade koju izdaje opština na čijoj teritoriji se nalazi nepokretnost na osnovu projekta zgrade. Na ETAŽUMU kao posebnom delu bi se upisalo pravo nedeljive zajedničke svojine i takvo pravo bi moglo biti predmet hipoteke. Time bi se omogućilo vlasnicima stanova da bez otuđenja ETAŽUMA pribavljaju sredstva za odražavanje zgrade a mogli bi biti i sami zajedničari investitori formiranja novih stambenih jedinica u cilju njihovog izdavanja u zakup ili prodaje pod znatno povoljnijim uslovima nego ustupanjem po Zakonu o održavanju stambenih zgrada. Što se tiče nadziđivanja takođe smatramo da bi se hipoteka mogla staviti na pravo građenja kao i kod svih ostalih objekata u izgradnji.

Neizgrađeno građevinsko zemljište. – Kod mogućnosti zalaganja neizgrađenog građevinskog zemljišta, treba praviti razliku da li se radi o zemljištu na kome postoji pravo svojine ili gradskom građevinskom zemljištu.

Neizgrađeno građevinsko zemljište na kome postoji pravo svojine je u prometu i može biti predmet hipoteke. Uspostavljena hipoteka se proteže i na kasnije podignut trajni objekat i to kako na nedovršeni u toku izgradnje tako i na dovršeni. Neizgrađeno gradsko građevinsko zemljište u društvenoj svojini nije moglo biti predmet hipoteke jer nije u prometu kao ni pravo građenja koje se uspostavljalo na ovom zemljištu.

⁴ Zakon o održavanju stambenih zgrada ("Službeni glasnik RS", br. 44/95,46/98, 1/2001 i 88/2011).

Objekat u izgradnji. – Zakon o hipoteci omogućuje da predmet hipoteke može biti i pravo na zemljištu koje sadrži ovlaštenje slobodnog raspolaganja, a naročito pravo građenja, pravo preče gradnje, ili raspolaganja u državnjoj, odnosno društvenoj svojini. Zakon proširuje predmet hipoteke i na objekat u izgradnji, kao i poseban deo objekta u izgradnji, bez obzira da li je već izgrađen, pod uslovom da je izdato pravnosnažno odobrenje za gradnju i da nije doneto odobrenje za upotrebu. Mogućnost da se hipoteka uspostavi na objektu u izgradnji, kao i na posebnom delu objekta u izgradnji predstavlja opterećenje prava građenja, a na samom objektu ili njegovom posebnom delu hipoteka nastaje njegovom izgradnjom, automatski na osnovu upisa hipoteke.

Zakon propisuje da se hipoteka dok je objekat u izgradnji prvo upisuje na zemljištu na kome se objekat gradi, a po upisu objekta u registar nepokretnosti hipoteka se upisuje na izgrađenom objektu, odnosno posebnom delu zgrade, po službenoj dužnosti od strane Republičkog geodetskog zavoda nadležne Službe katastra nepokretnosti. Zakon dozvoljava da se hipoteka upiše i na posebnom delu objekta u izgradnji što je sporno sa gledišta Zakona o državnom premeru i katastru jer se posebni delovi zgrade mogu upisati tek po upisu same zgrade i po dobijanju upotrebne dozvole. U praksi su katastri počeli šire da tumače odredbe Zakona tako da uz primenu i Zakona o hipoteci u teretni list upisuju hipoteke na posebnim delovima zgrade iako ti delovi nisu upisani u popisni i vlasnički list, a na osnovu investiciono tehničke dokumentacije.

Hipoteka na objektu u izgradnji upisuje se u teretni "G" list nepokretnosti i vezuje se na zemljište - katastarsku parcelu na kojoj se objekat gradi ili je već izgrađen. Investitor objekta u izgradnji, nosilac odobrenja za izgradnju, mora dokazati pravo svojine ili korišćenja na parceli na kojoj se objekat gradi. U postupku za upis hipoteke na posebnom delu objekta u izgradnji, radi obezbeđenja kredita za kupovinu tog posebnog dela objekta u izgradnji, neophodno je postojanje isprava kojima se dokazuje sukcesija između investitora, kao nosioca odobrenja za izgradnju i korisnika zemljišta i lica koje je zaključilo ugovor o kreditu i potpisalo založnu izjavu. Ovo je posebna poodnost za kupce posebnih delova jer se hipoteka može bristi i u toku izgradnje po isplati cene za posebni deo nepokretnosti tako da je ona u prometu oslobođena hipoteke.

Specifičnosti prodaje kada je predmet hipoteke objekat u izgradnji je da se njegova prodaja vrši ustupanjem prava gradnje utvrđenim odobrenjem za gradnju, uz naknadu i prodajom stvari koje su ugrađene u objekat u izgradnji. Nadležni organ poništava staro odobrenje za gradnju i izdaje istovetno odobrenje kupcu ali kupac po samom zakonu odmah nakon kupovine stupa u sva prava i obaveze prodavca prodavca po osnovu starog odobrenja za gradnju i pre izdavanja odobrenja kupcu. Pravo gradnje ustupa se uz naknadu koju u slučaju aukcijske prodaje treba da utvrdi sudski veštak kao orijentacionu tržišnu vrednost, a u slučaja-

ju prodaje neposrednom pogodbomu visini uobičajene cene koja se može postići prodajom tog prava u dobroj veri u vreme hipotekarne prodaje.

Sudska praksa je zauzela stav da se u smislu člana 27 i 39 Zakona o hipoteci i naknadnim ugovorom zaključenim između hipotekarnog poverioca i dužnika, po dospelosti potraživanja, može na isti način preneti pravo gradnje na hipotekarnog poverioca, što dovodi do namirenja poverioca i prestanka hipoteke.⁵

Poljoprivredno zemljište. – Predmet hipoteke može biti i poljoprivredno zemljište stim što su se u praksi pojavili problemi oko statusa poljoprivrednog zemljišta stečenog privatizacijom njegovog korisnika. Saglasno odredbama važećeg Ustava konstituisana je ustavna obaveza pretvaranja društvene u privatnu svojinu. Pretvaranje društvene u privatnu svojinu se realizuje u postupku privatizacije ali se može sprovesti i u stečajnom i izvršnom postupku. Predmet privatizacije mogu biti samo nepokretne stvari na kojima fizička i pravna lica mogu imati pravo svojine. Predmet privatizacije predstavlja društveni, odnosno državni kapital u preduzećima i drugim pravnim licima. U društveni kapital preduzeća spada i poljoprivredno zemljište u društvenoj svojini stečeno pravnim poslom od strane pravnog lica kao njegovo sredstvo za proizvodnju. To je izričito propisano Zakonom o pretvaranju društvene svojine na poljoprivrednom zemljištu u druge oblike svojine⁶. Za razliku od tako stečenog poljoprivrednog zemljišta ostalo zemljište u društvenoj svojini stečeno po osnovu Zakona o agrarnoj reformi i propisima o nacionalizaciji poljoprivrednog zemljišta predstavlja državnu svojinu. Društveno zemljište koje predstavlja društveni kapital preduzeća može se otuđiti iz društvene svojine.

Međutim, prodaja društvenog kapitala u koji ulazi poljoprivredno zemljište subjekta privatizacije ne može se sprovesti pre izvršenog popisa zemljišta u njegovom posedu u državnoj svojini. Osim toga, pretvaranje tog dela društvenog kapitala u privatno vlasništvo ne može se vršiti pre nego što se izvrše odgovarajuće promene u zemljišnim i drugim javnim knjigama razgraničenog dela zemljišta u državnoj svojini, od zemljišta subjekta privatizacije u društvenoj svojini. Tek po ispunjenju tih uslova moguće je pristupiti prodaji poljoprivrednog zemljišta u društvenoj svojini kao posebnog dela društvenog kapitala subjekta privatizacije. Privatizacija poljoprivrednog zemljišta u državnoj svojini je zabranjena i Zakonom o pretvaranju društvene svojine na poljoprivrednom zemljištu u druge oblike svojine jer je dopuštena prodaja samo poljoprivrednog zemljišta u društvenoj svojini.

U praksi su prisutni brojni problemi u realizaciji promene društvene u privatnu svojinu a koji se reprekutuju i na hipotekarne poverioce. Kako u katastrima

⁵ Presuda Vrhovnog suda Srbije, U.981/2008 od 26.02.2009. god.

⁶ Zakon o pretvaranju društvene svojine na poljoprivrednom zemljištu u druge oblike svojine ("Službeni glasnik RS", br. 49/92 i 54/96).

nepokretnosti nije sproveden postupak razgraničenje državne i društvene svojine, nakon izvršen realizacije obaveza ustanovljenih ugovorom o prodaji društvenog kapitala u javnim knjigama se i dalje na prodatim nekretninama upisuje pravo korišćenja ili raspolaganja a nepokretnosti se vode u društvenoj svojini. Promena se vrši samo u odnosu na subjekt u čiju korist se takvo pravo upisuje. To praktično znači da se i posle sprovedene privatizacije na prodatim nekretninama vrši samo upis prava korišćenja u korist subjekta privatizacije, te se krajnji efekat svojinske promene na nekretninama po osnovu privatizacije, svodi samo na promenu titulara prava korišćenja, a ne i na promenu njihovog svojinskog oblika. Nakon sprovedene prodaje subjekta privatizacije banke su uspostavljale hipoteke na pravu korišćenja i raspolaganja na privatizovanoj imaovini koja je i dalje bila upisana kao društvena svojina a titular je bio privredni subjekt u privatnoj svojini. To nije bilo soporno jer se hipoteke mogu uspostavljati i na pravu korišćenja nepokretnosti u društvenoj svojini. Međutim, takve hipoteke se ne mogu realizovati do razgraničenja državne i društvene svojine a ukoliko se ispostavi da su na zemljištu u državnoj svojini tada su bile predmet pobijanja.

Ministarstvo poljoprivrede, šumarstva i vodoprivrede dalo je mišljenje⁷ da iz odredaba Zakona o pretvaranju društvene svojine na poljoprivrednom zemljištu u druge oblike svojine proizilazi da je prodaja poljoprivrednog zemljišta moguća samo ukoliko je: preduzeće završilo popis i evidenciju poljoprivrednog zemljišta i dobilo potvrdu o završenom popisu; predmet prodaje zemljište u društvenoj svojini koje je stečeno teretnim pravnim poslom koje predstavlja društveni kapital tog preduzeća; predmetno zemljište ponuđeno na prodaju Ministarstvu poljoprivrede, šumarstva i vodoprivrede. Sudska praksa je pak zauzela stav da se imovina u postupku stečaja ne može prodavati do razgraničenja društvene i državne svojine a ako se ustanovi da je poljoprivredno zemljište u državnoj svojini, smatra se da nepokretnost nije ušla u stečajnu masu i državi se priznaje izlučno pravo. Ukoliko na takvoj nepokretnosti postoji hipoteka po izlučenju iz stečajne mase država vodi spor za brisanje hipoteke jer je ista uspostavljena bez saglasnosti države. Tako su banke iako savesne kod uspostavljanja hipoteke pouzdavajući se u javne knjige došle do situaciju da ne mogu da realizuju hipoteke ili da moraju da čekaju završetak postupka razgraničenja koji traje godinama.

Zasnivanje hipoteke

Na osnovu Zakona o osnovama svojinsko pravnih odnosa hipoteka se sticala na osnovu pravnog posla (ugovora ili testamenta), sudske odluke i zakona. Ovo su pravni osnovi za sticanje hipoteke (*iustus titulus*).

⁷ Mišljenje Ministarstva poljoprivrede, šumarstva i vodoprivrede, br. 011-00-00099/2005-06 od 20.1.2006. god.

Zakonom o hipoteci predviđene su ugovorna hipoteka, nastala na osnovu ugovora ili sudskog poravnanja, jednostrana hipoteka nastala na osnovu založne izjave, zakonska hipoteka, nastala na osnovu zakona, sudska hipoteka, nastala na osnovu sudske odluke i izvršna vansudska hipoteka koja između ostalog sadrži izričitu izjavu vlasnika nepokretnosti da po dospelosti duga poverilac može naplatiti potraživanje prodajom nepokretnosti u vansudskom postupku namirenja propisanim zakonom bez podnošenja tužbe sudu i bez prava vlasnika na vođenje parnice. Sam, pak, način sticanja hipoteke (modus aquirendi), po Zakona o osnovama svojinsko pravnih odnosa, na osnovu pravnog posla i sudske odluke, je upis u javnu knjigu, a na osnovu zakona hipoteka se stiče ex lege u trenutku ispunjenja zakonskih uslova.

Zakon o hipoteci pak nastanak hipoteke bez obzira na osnov sticanja isključivo vezuje za upis u nadležni registar nepokretnosti.

U praksi se postavilo pitanje kakav je pravni položaj hipotekarnog poverioca ako usled propusta pri formiranju katastra nepokretnosti i prenosu podataka iz zemljišnih knjiga u katastar hipoteka ne bude preneti i upisana u katastar a treće savesno lice upiše novu hipoteku. Sudska praksa je zauzela stav da ovakav propust katastra ne može uticati na prava ranijeg hipotekarnog poverioca i da se hipoteka zemljišnih knjiga može biti preneti i kasnije sa pravom prioriteta prema upisu iz zemljišnih knjiga.⁸ Ova situacija može imati dvojaki uticaj na banke. Sa jedne strane banka je obezbeđena za stare hipoteke usled propusta katastra da iste prenese, ali sa druge strane može se desiti da se iako savesna zasnuje novu hipoteku a kasnije izgubi prioritet naplate nakon prenosa stare hipoteke u katastar.

Realizacija hipoteke

Ugovorna hipoteka se do stupanja Zakona o hipoteci mogla relaizovati samo podnošenjem tužbe sudu i nakon ishodovanja sudske odluke u parničnom postupku prodajom nepokretnosti u izvršnom postupku. Pokrenuti parnični i izvršni postupci realizacije hipoteke na ovaj način i danas su u toku. *Sudske hipoteke* zasnovane po Zakonu o osnovama svojinsko pravnih odnosa presudom ili sudskim poravnanjem kao i u postupku obezbeđenja, sprovode se u postupku izvršenja na osnovu izvršne isprave. *Zakonske hipoteke* zasnovane na osnovu Zakona o osnovama svojinsko pravnih odnosa ex lege bez upisa u javne knjige o evidencijama na nepokretnostima u postupku realizacije su dovodile banke kao kasnije hipotekarne poverioce sa upisanim hipotekama u neravnopravan položaj, jer se rang zakonske hipoteke za koju nije postojao publicitet utvrđivao prema vremenu njenog nastanka po samom zakonu.

⁸ Rešenje privrednog apelacionog suda, Pž. 10138/2013 (3) od 6.3.2014 god.

Zakonodavac je Zakonom o hipoteci posebno propisao način namirenja izvršne vansudske hipoteke dok je za ostale vrste hipoteke samo uputio na zakon kojim se uređuje izvršenje i zakon koji uređuje prinudnu naplatu poreskih potraživanja na nepokretnostima. Pitanje koji će se postupak namirenja sprovesti, otvara se kada ima više zasnovanih hipoteka koje nisu iste vrste, a u različitim postupcima se poverioci različito namiruju. Postupak namirenja u skladu sa zakonom kojim se uređuje izvršenje dovodi do primene dva zakona koja regulišu postupak izvršenja i to: Zakona o izvršnom postupku⁹ i Zakona o izvršenju i obezbeđenju¹⁰.

Zakon o izvršenju i obezbeđenju se primenjuje od 4 maja 2012 godine. Postupci izvršenja i obezbeđenja u kojima je do dana početka primene ovog zakona započeto sprovođenje izvršenja okončavaju se po odredbama ovog zakona.. Sprovođenje izvršenja je započeto kada sud, s obzirom na sredstvo izvršenja, preduzme prvu izvršnu radnju propisanu Zakonom. Sprovođenje izvršenje na nepokretnosti započinje zabeležbom rešenja o izvršenju. Prema tome, svi postupci u kojima je započeto sprovođenje izvršenja zabeležbom rešenja o izvršenju u zemljišnu, intabulacionu knjigu ilil katastar nepokretnosti do 4 maja 2012 godine sprovode se po Zakonu o izvršnom postupku.

Postoje tri moguće situacije, da je sprovođenje izvršenja započelo pre početka primene Zakona o hipoteci po Zakonu o izvršnom postupku, po istom zakonu nakon početka primene Zakona o hipoteci i po Zakonu o izvršenju i obezbeđenju.

Postupak po Zakonu o izvršnom postupku. – Osnovne karakterisrike postupka koji se sprovodi po Zakonu o izvršnom postupku su: ugovorna hipoteka, odnosno založna izjava sastavljena u formi izvršne isprave u skladu sa Zakonom o hipoteci, predstavlja izvršnu ispravu; nakon zabeležba rešenja o izvršenju u javnoj knjizi, ne može se za namirenje drugog potraživanja istog ili drugog izvršnog poverioca sprovesti poseban postupak izvršenja na istoj nepokretnosti a izvršni poverilac za čije je potraživanje kasnije određeno izvršenje na istoj nepokretnosti stupa u već pokrenut izvršni postupak; kod hipoteka konstituisanih na suvlasničkom idealnom delu nepokretnosti izvršenje se može odrediti samo ako postoji saglasnost drugih suvlasnika, a u protivnom se prethodno mora sprovesti postupak deobe; sva založna prava na nepokretnosti gase se danom pravosnažnosti rešenja o predaji nepokretnosti iako izvršni založni poverioci nisu potpuno namireni; pravo preče kupovine ima izvršni poverilac ako na nepokretnostima nije postojalo ni zakonsko ni ugovorno pravo preče kupovine, odnosno ako imao ovo pravo nisu koristili; kupac ne može biti izvršni dužnik; prodaja nepokretnosti vrši se putem usmenog javnog nadmetanja, osim ako se stranke ne dogovore da se prodaja

⁹ Zakon o izvršnom postupku ("Službeni glasnik RS", broj 125/04).

¹⁰ Zakon o izvršenju i obezbeđenju ("Sl. glasnik RS", br. 31/2011 i 99/2011).

sprovede neposrednom pogodbom; postupak prodaje se sprovodi i ako ročištu za prodaju prisustvuje samo jedan ponudilac pod uslovom da jedini ponudilac nije izvršni poverilac; nepokretnost se ne može prodati ispod dve trećine procenjene vrednosti od strane veštaka, ukoliko se stranke drugačije ne sporazumeju; hipotekarni poverilac je peti po redosledu namirenja; brisanje prava i tereta u javnoj knjizi sud određuje rešenjem po pravosnažnosti rešenja o namirenju; ako se nepokretnost nije mogla prodati na drugom ročištu za javno nadmetanje ili neposrednom pogodbom, na predlog izvršnog poverioca sud će rešenjem dosuditi nepokretnost izvršnom poverioocu čime se smatra da je izvršni poverilac namiren u visini koja odgovara dvema trećinama procenjene vrednosti nepokretnosti.

Posebna nepogodnost u ovom postupku je redosled namirenja hipotekarnog poverioca. Pre založnog poverioca prvenstveno se namiruju: 1) troškovi izvršnog postupka, 2) potraživanja po osnovu zakonskog izdržavanja, ako se dokazuju izvršnom ispravom, 3) poreske i druge dažbine koje opterećuju nepokretnost u poslednjoj godini, 4) potraživanja po osnovu naknade štete nastale usled oštećenja zdravlja ili umanjenja odnosno gubitka radne sposobnosti i zbog izgubljenog izdržavanja usled smrti davaoca izdržavanja, potraživanja po osnovu radnog odnosa zaposlenog kod preduzetnika odnosno drugog fizičkog lica koje obavlja delatnost i potraživanja doprinosa za socijalno osiguranje koja su dospela, bez obzira na to da li su obezbeđena založnim pravom na prodatoj nepokretnosti. Ovaj postupak namirenja je za za banke kao poverioce najnepovoljniji jer se namiruju tek u petom isplatnom redu a u procesnom smislu ovaj postupak najduže traje jer omogućuje izvršnom dužniku da ulaže veliki broj pravnih lekova o kojima se odlučuje u prvom i drugom stepenu.

Postupak po Zakonu o izvršenju i obezbeđenju. – Osnovne karakteristike postupka po Zakonu o izvršenju i obezbeđenju su: zadržano je rešenje iz prethodnog zakona da se posle upisa rešenja o izvršenju, odnosno zaključka o sprovođenju izvršenja ne može za namirenje drugog potraživanja istog ili drugog izvršnog poverioca sprovesti poseban postupak izvršenja na istoj nepokretnosti; za izvršenje na suvlasničkom delu više nije potrebna saglasnost svih suvlasnika osim ako se prodaje cela suvlasnička nepokretnost; upis rešenja o izvršenju i zabeležba javne prodaje vrši se na zahtev izvršnog poverioca za razliku od prethodnog rešenja da sud po službenoj dužnosti vrši dostavu rešenja o zabeležbi nadležnom registru; založno pravo upisano na nepokretnosti gasi se danom predaje nepokretnosti kupcu; za razliku od prethodnog zakona izbegnuto je veštačenje a vrednost nepokretnosti zaključkom utvrđuje sud, odnosno izvršitelj u visini tržišne cene; ovaj zakon više ne ustanovljava pravo preče kupovine izvršnog poverioca; prodaja nepokretnosti vrši se putem usmenog javnog nadmetanja ili neposrednom pogodbom; na prvom nadmetanju početna cena iznosi 60% od procenjene vrednosti a na drugom ne može biti niža od 30% od procenjene vrednosti; javno nadmetanje za prodaju nepokretnosti održaće se i kad prisustvuje samo jedan ponudilac bez

obzira da li se radi o izvršnom poveriocu; kupac ne može biti izvršni dužnik; ako se prodaji neposrednom pogodbom pristupi nakon dva neuspela javna nadmetanja prodajna cena je predmet dogovora između strana u kupoprodajnom ugovoru i za nju se ne traži saglasnost izvršnog dužnika; iz iznosa dobijenog prodajom namiruju se prvenstveno, i to sledećim redom: 1) troškovi izvršnog postupka, 2) potraživanja po osnovu zakonskog izdržavanja, ako se dokazuju izvršnom ispravom i ako su prijavljena najkasnije na javnom nadmetanju za prodaju; 3) potraživanja obezbeđena založnim pravom; zaključkom o predaji nepokretnosti kupcu sud, odnosno izvršitelj će odrediti da se u javnoj knjizi brišu upisana prava i terti, a za razliku od prethodnog zakona brisanje se ne sprovodi službnim putem preko suda već kupac treba da podnese zahtev za brisanje; namirenje dosuđenjem stvari izvršnom poveriocu sprovodi se na predlog izvršnog poverioca ako se stvar nije mogla prodati na drugom ročištu za javno nadmetanje ili neposrednom pogodbom u roku koji je odredio sud, u kom slučaju se smatra da je izvršni poverilac namiren u visini koja odgovara iznosu od 30% od procenjene vrednosti stvari.

Poreski postupak. – Poreski postupak radi naplate poreskog duga regulisan je Zakonom o poreskom postupku i poreskoj administraciji¹¹. Osnovne karakteristike ovog postupka su: poreska uprava rešenjem nalaže popis nepokretnosti i po izvršenom popisu nepokretnosti, rešenjem nalaže upis založnog prava u registar nepokretnosti čime se konstituiše zakonsko založno pravo; poreska uprava rešenjem utvrđuje početnu vrednost nepokretnosti na način koji uređuje ministar i ista se prodaje od strane poreskog izvršitelja; na prvom usmenom javnom nadmetanju nepokretnost se ne može prodati po ceni nižoj od 75% utvrđene početne vrednosti, a ukoliko se ne proda na prvom, na drugom usmenom javnom nadmetanju nepokretnost se ne može prodati po ceni nižoj od 50% utvrđene početne vrednosti, dok se nakon toga javna nadmetanja ponavljaju sa najnižom cenom od jedne trećine utvrđene početne vrednosti, sve do prodaje nepokretnosti, odnosno isteka roka za njenu prodaju; nepokretnost koja ne bude prodana po pravilima o usmenom javnom nadmetanju u roku od tri meseca od dana donošenja zaključka o određivanju javne prodaje usmenim javnim nadmetanjem prodaje se neposrednom pogodbom po zaključku nporeske uprave po ceni koja ne može biti niža od jedne trećine utvrđene početne vrednosti nepokretnosti; nepokretnost koja se ne proda neposrednom pogodbom u roku od šest meseci prenosi se u svojину Republike rešenjem poreske uprave u vrednosti jedne trećine utvrđene početne vrednosti; u slučaju postojanja prioritnog hipotekarnog potraživanja drugog poverioca na prodatoj nepokretnosti, iz cene dobijene prodajom nepokretnosti, prvo se namiruje potraživanje tog poverioca do 1/3 utvrđene početne vrednosti nepo-

¹¹ Zakon o poreskom postupku i poreskoj administraciji ("Sl. glasnik RS", br. 80/2002, 84/2002 - ispr., 23/2003 - ispr., 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 - dr. zakon, 62/2006 - dr. zakon, 63/2006 - ispr. dr. zakona, 61/2007, 20/2009, 72/2009 - dr. zakon, 53/2010, 101/2011, 2/2012 - ispr., 93/2012 i 47/2013).

kretnosti; po konačnosti rešenja o namirenju prioritnog hipotekarnog poverioca Poreska uprava dostavlja to rešenje organu nadležnom za vođenje registra nepokretnosti, radi brisanja hipoteke na nepokretnosti.

Sprovođenjem namirenja u poreskom postupku banke ukoliko su prioritni hipotekarni poverioci mogu se namiriti najviše do 1/3 utvrđene početne vrednosti nepokretnosti koju je utvrdila poreska uprava.

Vansudski postupak naplate. – Postupak realizacije izvršne vansudske hipoteke je novina u našem pravu gde se odstupa od osnovnog načela hipotekarnog prava, načela oficijelnosti.

Početna cena, na prvoj aukciji ne može biti niža od 75% procenjene vrednosti, a ako ne uspe prodaja, na drugoj aukciji ne može biti niža od 60% procenjene vrednosti, stim što poverilac i vlasnik, odnosno dužnik mogu zaključiti ugovor da se prodaja može izvršiti i ispod ovih vrednosti. Poverilac takođe može na aukciji dati svoju ponudu. Poverilac ima pravo izbora da li će prvo organizovati aukcijsku prodaju ili će odmah pristupiti prodaji neposrednom pogodbom po ceni koja je približna tržišnoj, a što podrazumeva uobičajenu cenu koja se može postići prodajom te nepokretnosti u dobroj veri u vreme hipotekarne prodaje. U slučaju neposredne pogodbe ne vrši se procena nepokretnosti od strane sudskog veštaka. Nakon prodaje nepokretnosti, bez obzira na način prodaje, hipotekarni poverilac se iz prodajne cene namiruje za svoje celokupno potraživanje. Ukoliko je prodajna cena niža od visine potraživanja hipotekarni poverilac ima pravo da se za razliku namiri od ličnog dužnika ali ne i od hipotekarnog dužnika koji mu nije i lični dužnik. U tom slučaju obaveza ličnog dužnika se umanjuje za iznos razlike između 75% procenjene cene nepokretnosti i ostvarene cene, ako je ostvarena cena niža od 75% procenjene cene.

Iz sredstava dobijenih prodajom nepokretnosti prvenstveno se namiruju troškovi postupka a zatim hipotekarni poverioci prema redosledu sticanja hipoteka. U odnosu na namirenje u sudskom izvršnom postupku hipotekarni poverioci su u znatno boljem položaju po redosledu namirenja. Nakon namirenja poverioca pristupa se postupku ispisa hipoteke gde se pojavilo sporno pitanje ispisa kada na nepokretnosti ima više hipoteka. O ovom pitanju je sudska praksa zauzela stav koji nije u korist hipotekarnog poverioca čime je dezvuisan vansudski postupak namirenja kod postojanja više hipotekarnih poverilaca.

Zakonom o hipoteci propisano je da u slučaju sudske javne prodaje hipoteka prestaje i vrši se ispis svih hipotekarnih poverilaca na osnovu pravosnažne sudske odluke o namirenju hipotekarnih poverilaca. Hipoteka prestaje i kad je na osnovu verodostojne isprave ili izvršne isprave, u skladu sa Zakonom, predmet hipoteke prodat vansudskim putem i kad je poverilac namiren ili kad je poverilac namiren na osnovu naknadnog ugovora. U ovim slučajevima vansudske prodaje i namirenja na osnovu naknadnog ugovora, ispis se vrši na zahtev kupca predmeta hipoteke, ali prava docnijih hipotekarnih poverilaca ostaju rezervisana.

Ministarstvo finansija je dalo mišljenje prema kom prestaju da postoje svi tereti upisani na istoj nepokretnosti, bez obzira da li su hipotekarni poverioci u potpunosti namirili svoja potraživanja jer nema razloga da se namirenje iz hipotekovane nepokretnosti vansudskom prodajom nepokretnosti tretira na drugačiji način od prava koje se ostvaruje u sudskoj prodaji nepokretnosti¹². Kako i u samom mišljenju Ministarstva stoji da nema obavezujuću snagu za druge organe koji odlučuju o stvarima iz svoje nadležnosti, Republički geodetski zavod - katastar nepokretnosti je nastavio da se do donošenja zvaničnog tumačenja zakonodavca ili izmene odredbe ovog člana i dalje pridržava Zakona I ne dozvoljava ispis hipoteka docnijih poverilaca.

O ovome pitanju zauzet je stav na sednici Odeljenja Privrednog apelacionog suda. Prema ovom stavu, "iz odredbe čl. 49. Zakona o hipoteci proizlazi da ne postoji mogućnost sudskog ispisa docnijih hipotekarnih poverilaca u slučaju vansudskog postupka namirenja hipotekarnog poverioca i namirenja na osnovu naknadnog ugovora. Republički geodetski zavod ovu spornu zakonsku normu tumači tako što izražava stav po kome rezervisanost prava docnijih hipotekarnih poverilaca podrazumeva njihovo pravo na namirenje iz hipotekovane nepokretnosti na kojoj su hipoteku stekli posle poverioca iz izvršne vansudske hipoteke. Kasnije upisana hipoteka niža po rangu namirenja nije prestala i ona ostaje i dalje upisana do namirenja docnijih, nižih po rangu, hipotekarnih poverilaca. Shodno iznetom, sve dok prema čl. 49. Zakona o hipoteci u slučaju vansudske prodaje i naknadnog ugovora, prava docnijih hipotekarnih poverilaca ostaju rezervisana, nema mogućnosti da na osnovu sudske odluke dođe do ispisa docnijih hipotekarnih poverilaca niti se po sili Zakona može vršiti brisanje hipotekarnih poverilaca kasnijih redova prioriteta.

Kod takvog stanja stvari, kupac nepokretnosti odnosno poverilac iz izvršne vansudske hipoteke koji je namirenjem postao njen vlasnik, sprovedenim namirenjem se faktički ne namiruje zato što mu ostaje obaveza namirenja kasnije upisanog hipotekarnog poverioca čije je novčano potraživanje obezbeđeno hipotekom. Međutim, kao što je navedeno, drugačiji odgovor na postavljeno pitanje bi jedino bio moguć u situaciji promene samog Zakona o hipoteci u delu u kojem su regulisane posledice vansudske prodaje i namirenja na osnovu naknadnog ugovora"¹³. Posledica ovakvog stava je da su Banke bez obzira na efikasnost vansudskog postupka namirenja u slučajevim postojanja više hipotekarnih poverilaca počele da pribegavaju sudskom postupku namirenja. Naime, Privredni apelacioni sud i Vrhovni kasacioni sud su zaključili da poverilac novčanog potraživanja iz izvršne isprave iz čl. 15. Zakona o hipoteci (izvršna vansudska hipoteka) ima

¹² Mišljenje Ministarstva finansija Republike Srbije, br. 011-00-460/2009-05 od 8.7.2009. g.

¹³ Odgovori na pitanja privrednih sudova koji su utvrđeni na sednici Odeljenja Privrednog apelacionog suda održanoj 23.10.2012. god. - Sudska praksa privrednih sudova - Bilten br. 3/2012.

pravo prinudnog namirenja potraživanja sprovede prema pravilima vansudskog postupka namirenja iz čl. 29–38. Zakona o hipoteci ili u sudskom izvršnom postupku po pravilima Zakona o izvršenju i obezbeđenju. Odredbama Zakona o hipoteci ni na koji način nije isključena mogućnost, odnosno pravo ovakvog poverioca da od suda zahteva da odredi i sprovede izvršenje na osnovu već navedene izvršne isprave, u skladu sa Zakonom koji uređuje izvršni postupak¹⁴.

Namirenje u stečajnom postupku. – Razlučno pravo u stečaju realizuje se po donošenju rešenja o bankrotstvu kada stečajni upavnik započinje i sprovodi prodaju celokupne imovine ili dela imovine stečajnog dužnika.

Prodaja imovine se vrši javnim nadmetanjem, javnim prikupljanjem ponuda ili neposrednim pogodbom u skladu sa zakonom i nacionalnim standardima za upravljanje stečajnom masom. Odluku o načinu unovčenja donosi stečajni upravnik, uvažavajući specifičnosti predmeta prodaje u okvirima konkretnog tržišta. Na prvom javnom nadmetanju početna cena iznosi 50% od procenjene vrednosti predmeta prodaje. Depozit za učešće na javnom nadmetanju iznosi 20% od procenjene vrednosti predmeta prodaje. Početnu cenu ponovljenog javnog nadmetanja određuje stečajni upravnik i ona ne može biti niža od iznosa depozita. Kod javnog prikupljanja ponuda oglašena procenjenu vrednost predmeta nije minimalno prihvatljiva vrednost, niti je na bilo koji drugi način obavezujuća ili opredeljujuća za ponuđača prilikom određivanja visine ponude. Stečajni upravnik je dužan da prihvati najvišu dostavljenu ponudu, ukoliko je ista iznad 50% od procenjene vrednosti predmeta prodaje. Ako najviša dostavljena ponuda iznosi manje od 50% od procenjene vrednosti predmeta prodaje, stečajni upravnik je dužan da pre prihvatanja takve ponude dobije saglasnost odbora poverilaca. U slučaju prodaje neposrednom pogodbom odbor poverilaca daje saglasnost na minimalnu cenu koju predlaže stečajni upravnik, ako je iznos minimalne cene niži od 50% od procenjene vrednosti predmeta prodaje i na konkretnu ponudu dostavljenu od strane potencijalnog kupca, ukoliko je ta ponuda niža od 50% od procenjene vrednosti predmeta prodaje.

Posledica prodaje imovine stečajnog dužnika jeste da se na kupca po isplati cene prenosi pravo svojine na kupljenoj imovini bez ikakvih tereta. Stečajni sudija će rešenjem konstatovati da je prodaja izvršena i po pravnosnažnosti rešenja nadležnom registru naložiti upis prava svojine u korist kupca i brisanje svih tereta nastlih pre prodaje. Hipotekarni poveriocise namiruju se kao drugi po redosledu namirenja po isplati troškova. Kod prodaje stečajnog dužnika kao pravnog lica poverioci koji imaju pravo odvojenog namirenja se prioritarno namiruju iz sredstava ostavarenih prodajom imovine optercene razlučnim pravom, založnim

¹⁴ Odgovori Privrednog apelacionog suda na pitanja privrednih sudova koji su utvrđeni na sednicama odeljenja Privrednog apelacionog suda održanim dana 09 i 10.11.2010. god. – Sudska praksa privrednih sudova - Bilten br. 3/2010) i zaključak Vrhovnog kasacionog suda sa IX sednice građanskog odeljenja održane dana 04.10.2010. god.

i hipotekarnim pravom prema rangu prioriteta koji su stekli, a srazmerno procenjenom učešću vrednosti te imovine u odnosu na procenjenu vrednost pravnog lica. Ukoliko potraživanja razlučnih poverilaca nisu namirena u celosti iz vrednosti dobijene prodajom imovine opterećene razlučnim pravom, dalje u stečajnom postupku razliku će namiriti kao stečajni poverilac uz primeni opštih pravila o deobi.

Prestanak i ispis hipoteke

Za prestanak hipoteke potrebno je: da nastanu materijalno pravne činjenice za njen prestanak, da su one sadržane u ispravi podobnoj za upis u nadležni registar nepokretnosti i da se podnese nadležnom registru predlog za brisanje, odnosno ispis hipoteke.

Propisivanjem odredbi o raspolaganju neispisanom hipotekom, raspolaganje zabeležbom prvenstvenog reda i predbeležbom nove hipoteke Zakon o hipoteci odstupa od načela namirenja po redosledu upisa hipoteka, odnosno njihovom rangu. Vlasnik nepokretnosti može raspolagati neispisanom hipotekom u roku od 3 godine od dana prestanka potraživanja njenim prenosom u kom slučaju se sa istim rangom obezbeđuje drugo potraživanje novog ili starog poverioca do iznosa neispisane hipoteke. Ovo je odstupanje od načela da se hipoteka kao akcesorno pravo može prenositi samo zajedno sa potraživanjem.

Vlasnik nepokretnosti se može odreći prava na raspolaganje neispisanom hipotekom u korist trećeg lica samo ukoliko sa trećim licem koji ima neki pravni interes, a to može naročito biti hipotekarni poverilac sa docnijim redom prvenstva ili na primer pribavilac nepokretnosti, zaključi ugovor kojim se obavezuje da će u njegovu korist zahtevati ispis određene hipoteke sa zabeležbom takve obaveze u registar nepokretnosti. Docniji hipotekarni poverilac sa nižim rangom hipoteke u čiju korist je ugovoren ispis određene hipoteke, ispisom neispisane hipoteke stupa u rang neispisane hipoteke do iznosa potraživanja koje je bilo obezbeđeno ovom hipotekom, a ukoliko je njegovo potraživanje veće za razliku zadržava postojeći rang hipoteke.

Zabeležbom prvenstvenog reda u registru nepokretnosti uz zahtev za ispis hipoteke vlasnik zadržava prvenstveni red za upis nove hipoteke do iznosa obezbeđenog potraživanja ranijom hipotekom i u rangu ranije hipoteke čiji ispis zahteva, u roku od tri godine od kada je zabeležba bila dozvoljena. Imajući u vidu odredbe Zakona o hipoteci da vlasnik može raspolagati neispisanom hipotekom u roku od 3 godine od prestanka potraživanja, to proizilazi da u tom roku može uz ispis tražiti i zabeležbu, a nakon dozvoljene zabeležbe u narednom roku do 3 godine tražiti upis nove hipoteke sa zabeleženim rangom prvenstva.

Predbeležbom nove hipoteke u registar nepokretnosti vlasnik nepokretnosti stiče pravo upisa nove hipoteke na mestu već upisane hipoteke, sa istim redom prvenstva i do iznosa potraživanja obezbeđenog već upisanom hipotekom ukoli-

ko se stara hipoteka ispiše u roku od godinu dana od dana dozvole za predbeležbu nove hipoteke.

Raspolaganjem neispisanom hipotekom odstupa se od načela klizećeg ranga hipoteke i postiže još jedna funkcija obezbeđenja a to je negocijabilnost odnosno prometljivost ovog instrumenta.

PREDRAG KNEŽEVIĆ,

Lawyer, Belgrade

ŽARKO ANĐELKOVIĆ, LL.D.,

Professor, Faculty of Law for Business and Justice,

University in Novi Sad

POZITION OF THE BANKS AS THE MORTGAGE CREDITORS

Summary

The subject of this article is the position of the banks as the mortgage creditors, with special emphasis on the subject of mortgage, as well as problems during the establishment and execution of the mortgage. The authors are dealt possibility commitment indivisible common property rights to the common parts of the building. The process of settlement of mortgage debt may be initiated in judicial proceedings, litigation and enforcement proceedings, as well as in bankruptcy proceedings, tax procedure and extrajudicial proceedings. All these proceedings may differ in the method of settlement and in the duration of the procedure. In certain situations, the creditor other than the bank, may initiate some of the mortgage debt settlement procedures, and under these circumstances the banks are forced to settle the debt within the same procedure, although this is less favorable for the bank. Law on mortgage enables the extrajudicial settlement, which is widely used in the practice of banks. The problem arises when there are subsequent mortgages, because unlike in other procedures, subsequent mortgages are not deleted after the sale of real estate, and they remain an encumbrance on real estate. Therefore, in order to settle the mortgage debt, banks are forced to use judicial proceedings, which result in unfavorable outcome in terms of settlement.

MIRJANA KNEŽEVIĆ

KASTODI POSLOVANJE

U V O D

Kastodi poslovanje, zastupljenost ove vrste bankarskih poslova u našem bankarskom sistemu, ukazivanje na prednosti i nedostatke zakonske regulative kastodi poslovanja, su neka od pitanja na koja autor u radu pokušava da odgovori. Kastodi banke, kao značajan i nezaobilazan akter na organizovanom tržištu hartija od vrednosti obavljaju kastodi poslove, ali iste mogu obavljati i za to ovlašćene banke, kao i brokersko-dilerska društva.¹ Tema rada je utvrđivanje specifičnosti koji opredeljuje kastodi banku kao učesnika na tržištu hartija od vrednosti, da se kroz takvu vrstu pravog subjektiviteta bavi kastodi poslovanjem. Autor uporište za polaznu hipoteku da je adekvatniji termin za korišćenje “kastodi poslovanje” u odnosu na termin “kastodi banke”, traži u važećoj zakonskoj regulativi. Naime, Zakon o bankama navodi poslove kastodi banke kao jednu vrstu poslova koje banka može da obavlja.² Ovakva zakonska odredba predstavljala je osnov za donošenje Odluke guvernera Narodne banke Srbije o bližim uslovima za davanje

Dr Mirjana Knežević, profesor Ekonomskog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu. Rad je nastao u okviru projekta Filozofskog fakulteta u Kosovskoj Mitrovici, “Kosovo i Metohija između nacionalnog identiteta i evrointegracija”, koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije (broj projekta: 47023).

¹ Borković Bojan, “Razvoj brokersko-dilerskog poslovanja i pojava univerzalnih banaka kao aktivnih učesnika na finansijskom tržištu”, Zbornik radova fakulteta Tehničkih nauka, Novi Sad, 2012, god. 27, Broj 7, str. 1333-1337.

² Član 4, Zakon o bankama, “Sl. glasnik RS”, br. 107/2005 i 91/2010.

bankama saglasnosti za obavljanje delatnosti kastodi banke, kojom se određuje da postojeće banke koje nisu kastodi banke mogu pod određenim uslovima obavljati kastodi poslove.³ U tom postupku, banka kandidat za kastodi podnosi Narodnoj banci Srbije zahtev za davanje saglasnosti za obavljanje delatnosti kastodi banke, uz koji prilaže propisane dokaze da je u obavljanju kastodi poslova uredila adekvatne postupke zaštite svojih klijenata, da je vodila posebne evidencije o hartijama od vrednosti i licima u čije ime obavlja te poslove - za obavljanje poslova otvaranja i vođenja zbirnog kastodi računa. Narodna banka Srbije donosi rešenje o davanju banci saglasnosti za obavljanje delatnosti kastodi banke ako oceni da su ispunjeni propisani uslovi i da je rukovodstvo banke spremno i sposobno da identifikuje, vrednuje i nadzire rizike iz poslovanja banke i upravlja tim rizicima. Ako na osnovu izveštaja, dokaza i dokumentacije kojima raspolaže, oceni da ta banka više ne ispunjava uslove pod kojima joj je data saglasnost, Narodna banka Srbije donosi rešenje o oduzimanju banci saglasnosti za obavljanje delatnosti kastodi banke i o tome odmah obaveštava Komisiju za hartije od vrednosti.

Ukoliko kastodi banke pružaju samo uslugu na organizovanom tržištu hartija od vrednosti, postavlja se pitanje zašto su njihovi poslovi i delatnost u toj meri složeni, posebnim propisima regulisani, da po svemu primaju jednu širu dimenziju. Postoje mišljenja da kastodi banke vrše posebnu funkciju na tržištu hartija od vrednosti - funkciju *sine qua non*.⁴

POJAM KASTODI POSLOVANJA

Delatnost kastodi banaka, opšte posmatrano kao bankarska delatnost, je počela da se razvija relativno kasno (70-ih godina 20-og veka) i za vrlo kratko vreme postala glavni faktor razvoja finansijskog tržišta, a prema pojedinim mišljenjima danas predstavlja jedan od ključnih nosilaca inovativnosti i tehnološkog razvoja.⁵ Deregulacijom tržišta kapitala najrazvijenijih država, stvaranje pravne mogućnosti investiraja kapitala u strane hartije od vrednosti, dovodi do razvoja ove vrste bankarske delatnosti.

Novonastala praksa da institucionalni investitori ulažu u inostranstvu, zahteva postojanje pravnog okvira ovakvih poslovnih poduhvata. Vremenom, uz implementiranje adekvatne zakonske regulative banke ostvaruju sve veću dobit za pružene kastodi uluge, tako da kastodi poslovanje sa svih aspekata biva upotpun-

³ Odluka guvernera Narodne banke Srbije o bližim uslovima za davanje bankama saglasnosti za obavljanje delatnosti kastodi banke, "SL. glasnik RS", br. 68/2004.

⁴ Cicmil Nikola, "Delatnost kastodi banke na organizovanim tržištu hartija od vrednosti", Izbor sudske prakse, br. 4/2008, str. 7-12.

⁵ Kaščelan Vladimir, "Mesto i uloga kastodi banke na tržištu kapitala", Preduzetnička ekonomija, Vol VIII, Podgorica, 2005, str. 7.

njeno.⁶ Kastodi poslovanje treba posmatrati kao bankarsko poslovanje kompleksnog sadržaja koje u sebi sadrži skup administrativnih, informacionih i pravnih usluga namenjenih investitorima u poslovanju hartijama od vrednosti kako na domaćem tako i na stranom tržištu.

Kastodi poslovanje se najčešće definiše kao kastodi servis, starateljstvo nad hartijama od vrednosti u smislu vođenja računa o svim promenama koje mogu da utiču na imovinu bančinog klijenta. Terminološki se pojam vezuje za pojam „kastodi banka“ koji potiče iz anglosaksonskog pravnog sistema, od reči *castody* koja znači zaštitu, čuvanje i staranje (o novcu, hartijama od vrednosti).

Kastodi banka je banka koja ima dozvolu Komisije za hartije od vrednosti za poslove vođenja računa hartija od vrednosti u svoje ima, a za račun svojih klijenata i koja svojim klijentima pruža usluge kliringa i saldiranja transakcija sa hartijama od vrednosti, kao i druge usluge vezane za korporativne radnje (isplata dividende, glasanje na skupštini akcionara).

Postojanje banaka koje obavljaju kastodi poslovanje na tržištu kapitala, doprinosi da samo tržište dobije na značaju i ozbiljnosti sa aspekta sigurnosti ulaganja institucionalnih investitora iz inostranstva. Jedan od zadataka banaka koje obavljaju kastodi poslovanje je razvoj finansijskog tržišta i privlačenje stranih direktnih investicija.

Smanjivanjem rizika, banke koje obavljaju kastodi poslovanje stvaraju povoljnu investicionu klimu za strane ulagače. Izgradnjom neophodne tehničke infrastrukture kao i izgradnjom adekvatne zakonske regulative, kastodi poslovanje banaka doprinosi rastu poverenja stranih investitora koji sve više gledaju na strano tržište na kojem kastodi poslovanje funkcioniše, kao na novu investicionu šansu.

Na domaćem tržištu kastodi poslovanje dobija zakonsku osnovu još 2002. godine donošenjem Zakona o tržištu hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata. Raiffeisenbank je 2004. godine prva dobila dozvolu za obavljanje poslova kastodi banke na domaćem tržištu, dok danas dozvolu za obavljanje kastodi poslova ima jedanaest banaka.⁷ U poslovanju dobrovoljnih penzijskih i investicionih fondova, kastodi je obavezan i ima pre svega kontrolnu funkciju.⁸ U zavisno-

⁶ Cicmil Nikola, "Usluge kastodi banke u delatnosti investicionih fondova", *Pravni život* 2006, vol. 55, br. 11, str. 781-798.

⁷ Aik Banka ad Niš, Banca Intesa Ad, Eurobank ad, Komercijalna Banka ad, NLB Banka ad, Raiffeisen Banka ad, Razvojna Banka Vojvodine ad Novi Sad, Societe Generale Banka Srbija ad, Unicredit Bank Srbija ad, Vojvođanska Banka ad Novi Sad; Dostupna na: <http://www.kombeg.org.rs/Komora/udruzenja/UdruzenjeFinansijskihOrganizacija.aspx?veza=3122>

⁸ Zakon o dobrovoljnim penzijskim fondovima i penzijskim planovima, "Sl. glasnik RS", br. 85/2005 i 31/2011; Cicmil Nikola, "Dobrovoljni penzijski fondovi i njihovo učešće na finansijskom tržištu", *Pravni život*, br. 11/2013, str. 559-575.

sti od razvoja tržišta kapitala, prakse investiranja, potpune primene zakonske regulative zavisice i razvoj kastodi poslovanja na srpskom tržištu.⁹

ZAKONSKO UREĐENJE KASTODI POSLOVANJA

Zakon o bankama definiše poslove koje banka može da obavlja, a među njima se navode i poslovi s hartijama od vrednosti: izdavanje hartija od vrednosti, poslovi kastodi banke i dr.¹⁰ Poslovi kastodi banke na organizovanom tržištu hartija od vrednosti su uređeni Zakonom o tržištu hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata,¹¹ kao i drugim propisima. Prema navedenom zakonu, kastodi banka se određuje kao banka koja ima dozvolu Komisije za obavljanje poslova vođenja računa hartija od vrednosti za račun klijenata i postupanja po nalogu klijenata, kao i Narodna banka Srbije koja može da obavlja poslove kastodi banke bez dozvole Komisije – za hartije od vrednosti čiji su izdavaoci Republika Srbija i jedinice teritorijalne autonomije i lokalne samouprave. Da bi banka mogla da obavlja delatnost kastodi banke, potrebna je saglasnost Narodne banke Srbije.¹² Ukoliko Narodna banka Srbije utvrdi da su ispunjeni uslovi za obavljanje kastodi poslova, putem rešenja daje traženu saglasnost. Ukoliko propisani uslovi nisu ispunjeni, odbiće traženi zahtev. Pored saglasnosti Narodne banke Srbije, kastodi banka mora da ima i odgovarajuću dozvolu Komisije za hartije od vrednosti koju izdaju na osnovu važećeg pravilnika.¹³

Da bi kastodi banka mogla da obavlja delatnost za koju je dobila potrebna rešenja i dozvole, mora da bude i član Centralnog registra, depoa i kliringa hartija od vrednosti, što ujedno podrazumeva ispunjenost određenih kadrovskih, tehničkih i organizacionih uslova. U okviru svoje delatnosti, kastodi banka obavlja poslove koji se odnose na obavljanje platnog prometa hartija od vrednosti kao i na različite vidove staranja i zaštite prava imalaca hartija od vrednosti.¹⁴

Poslovi i usluge kastodi banke za račun učesnika na tržištu hartija od vrednosti možemo posmatrati kao standardne poslove i usluge za sve učesnike na or-

⁹ Kraguljević Aleksandra, "Kastodi banke – iskustva iz regiona sa fokusom na investicione i penzione fondove", Ekonomist media group, Beograd, 2006.

¹⁰ Član 4, stav 6, Zakon o bankama, "Sl. glasnik RS", br. 107/2005 i 91/2010.

¹¹ Zakon o tržištu hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata, "Sl. glasnik RS", br. 47/2006.

¹² Odluka guvernera Narodne banke Srbije o bližim uslovima za davanje bankama saglasnosti za obavljanje delatnosti kastodi banke, "Sl. glasnik RS", br. 68/2004.

¹³ Pravilnik Komisije za hartije od vrednosti o uslovima za obavljanje delatnosti kastodi banke, "Sl. glasnik RS", br. 100/2006.

¹⁴ Popović Vladimir, "Banke na tržištu hartija od vrednosti", Pravo i privreda, 2003, vol. 40, br. 9-12, str. 111-119.

organizovanom tržištu hartija od vrednosti; poslove i usluge za račun investicionih fondova i poslove i usluge za račun penzijskih fondova.

Kao standardne poslove i usluge za učesnike na organizovanom tržištu hartija od vrednosti kastodi banka: otvara i vodi vlasnički račun hartija od vrednosti račune kod Centralnog registra u ime i za račun zakonitih imalaca - svojih klijenata; otvara i vodi zbirne račune hartija od vrednosti kod Centralnog registra, u ime kastodi banke, a za račun zakonitih imalaca - svojih klijenata; vodi založne račune, račune upravljanja, račune suvlasništva hartija od vrednosti, račune deponovanih hartija od vrednosti, depozitne račune hartija od vrednosti, i račune novčanih sredstava za trgovanje hartija od vrednosti, i to po potrebi; izvršava naloge za prenos prava iz hartija od vrednosti i naloge za upis prava trećih lica na hartijama od vrednosti i stara se o prenosu prava iz tih hartija; naplaćuje potraživanja od izdavalaca po osnovu dospelih hartija od vrednosti, kamata i dividendi za račun zakonitih imalaca tih hartija i stara se o ostvarivanju drugih prava koja pripadaju zakonitim imalcima hartija od vrednosti koji su njeni klijenti; pruža usluge pozajmljivanja hartija od vrednosti; obaveštava akcionare o godišnjim skupštinama akcionarskih društava i zastupa ih na tim skupštinama; po ovlašćenju klijenta stara se o izvršavanju poreskih obaveza klijenta po osnovu hartija od vrednosti čiji je klijent zakoniti imalac; obavlja druge poslove u skladu sa zakonom i pravilima o poslovanju kastodi banke.¹⁵

Pod poslovima izvršavanja naloga za račun klijenta, kastodi banka izvršava naloge za prenos prava iz hartije od vrednosti koje se vode na vlasničkom računu klijenta; izvršava naloge za upis prava trećih lica na hartijama od vrednosti; izvršava naloge za brisanje prava trećih lica na hartijama od vrednosti; izvršava naloge klijenta za dostavljanje izvoda o stanju i prometu na računima hartija od vrednosti saglasno podacima Centralne informacione baze Centralnog registra.

Kastodi banka je dužna da u roku od tri dana od dana podnošenja zahteva dostavi izvod o stanju i promenama na računima hartija od vrednosti klijenta kod kastodi banke za traženi period kao i izveštaj o stanju novčanih sredstava na računu klijenta kod kastodi banke na dan dostavljanja izvoda. Korporativne radnje za račun klijenata kastodi banka obavlja kao poslove isplate dividendi u hartijama od vrednosti i novcu; isplate kupona, tj. glavnica obveznica; obaveštavanja o isplati dividende; obaveštavanje zakonitih imalaca o godišnjim skupštinama akcionarskih društava; obaveštavanja zakonitih imalaca akcija o pozivu za davanje zastupničke izjave; obaveštavanja zakonitih imalaca akcija o davanju zastupničke izjave; obaveštavanja zakonitih imalaca akcija o sticanju sopstvenih akcija; obaveštavanja o prinudnoj prodaji akcija; obaveštavanja o primarnoj prodaji hartija od vrednosti kada se plaćanje vrši drugim hartijama od vrednosti; dostavljanje jedinstvene evidencije akcionara za potrebe održavanja skupštine akcionara.

¹⁵ Član 184, Zakon o o tržištu hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata.

Kastodi banka može obavljati i poslove koji se odnose i na druge finansijske instrumente. Hartije od vrednosti koje se vode na vlasničkom računu klijenata i na zbirnom kastodi računu nisu vlasništvo kastodi banke i ne ulaze u njenu imovinu, ne mogu se uključiti u likvidacionu ili stečajnu masu, niti se mogu koristiti za izmirivanje obaveza ove banke prema trećim licima. Kastodi banka može raspolagati hartijama od vrednosti koje se vode na kastodi računu samo na osnovu naloga klijenta.

Pozajmljivanje hartija od vrednosti za račun klijenata banke, vrši se na osnovu prethodno zaključenog ugovora između banke i klijenta, za šta kastodi banka angažuje ovlašćenu banku, odnosno brokersko-dilersko društvo.

Nalog za izvršavanje kastodi posla klijent može dati banci u pismenom obliku neposredno ili preko pošte, kao i elektronskim putem. Kastodi banka je dužna da odmah a najkasnije narednog dana, klijentu dostavi potvrdu o prijemu naloga.

Podaci o stanju i prometu hartija od vrednosti na računima klijenata, kao i druge podatke koje saznaju obavljajući kastodi poslove za svoje klijente, kastodi banke su dužne da čuvaju kao poslovnu tajnu.

Takvi podaci se mogu dati na uvid trećim licima na osnovu naloga suda ili drugog nadležnog organa; na osnovu pismenog odobrenja klijenta; i ovlašćenim licima Komisije za hartije od vrednosti u postupku nadzora zakonitosti poslovanja. U odnosu na druge učesnike na tržištu hartija od vrednosti i drugih finansijskih instrumenata (banke i dilersko-brokerska društva), kao specifičan posao rezervisan samo za kastodi banke izdvaja se vođenje "zbornog kastodi računa" koji omogućava sprečavanje otkrivanja identiteta imalaca hartija od vrednosti na računu, uz istovremenu njihovu zaštitu u odnosu na poverioce banke, pojednostavljivanje procedure i smanjenje troškova.

Poslovi i usluge kastodi banke u delatnosti investicionih fondova su uređeni Zakonom o investicionim fondovima. Ovim zakonom se uređuje pitanje delatnosti investicionih fondova i delatnosti društva za upravljanje investicionim fondovima, što upućuje i na definisanje poslova i usluga kastodi banke. Investicioni fond kao institucija kolektivnog investiranja u okviru koje se prikupljaju i ulažu novčana sredstva u različite vrste imovine sa ciljem ostvarenja prihoda i smanjenja rizika ulaganja, se smatra osnovanim kada društvo za upravljanje zaključi ugovor sa kastodi bankom i kada podnese dokaz da je uplaćen osnivački ulog za osnivanje investicionog fonda.

Društvo za upravljanje investicionim fondovima, kao privredno društvo koje organizuje, osniva i upravlja investicionim fondovima, zaključuje ugovor sa kastodi bankom. Društvo za upravljanje je dužno da u propisanom roku od dobijanja dozvole za organizovanje otvorenog, odnosno osnivanja zatvorenog fonda dužno da isti zaključi.¹⁶ Tim ugovorom, kastodi banka se obavezuje da obavlja

¹⁶ Zakon o investicionim fondovima, "Sl. glasnik RS", br. 46/2006, 51/2009 i 31/2011.

ugovorene poslove, a društvo za upravljanje se obavezuje da plaća naknadu kastodi banci. Kastodi usluge za jedan investicioni fond obavlja isključivo jedna kastodi banka.¹⁷

Kastodi banka vodi račun investicionog fonda i obavlja druge kastodi usluge za račun investicionog fonda, a u pogledu sredstava investicionog fonda postupa samo po nalogima društva za upravljanje koji su u skladu sa zakonom i prospektom investicionog fonda.

Kastodi banka obavlja sledeće kastodi usluge:¹⁸ otvara i vodi račune hartija od vrednosti koje čine imovinu otvorenog investicionog fonda kod Centralnog registra za hartija od vrednosti, u svoje ime, a za račun članova otvorenog fonda (zbirni kastodi račun); otvara i vodi račune hartija od vrednosti koje čine imovinu zatvorenog investicionog fonda kod Centralnog registra za hartija od vrednosti, u ime i za račun zatvorenog fonda; otvara i novčani račun investicionog fonda, vrši prikupljanje uplata investicionih jedinica, vrši prenos novčanih sredstava prilikom ulaganja imovine i vrši otkup investicionih jedinica; obaveštava društvo za upravljanje o korporativnim aktivnostima u vezi sa imovinom investicionog fonda, odnosno klijenta čijom imovinom društvo upravlja; izvršava naloge društva za upravljanje za kupovinu i prodaju imovine investicionog fonda, ukoliko nisu u suprotnosti sa zakonom i prospektom fonda; kontroliše i potvrđuje obračunatu neto vrednost imovine otvorenog i zatvorenog fonda, vrednost investicione jedinice, odnosno neto vrednost imovine po akciji; kontroliše obračun prinosa otvorenog fonda; izvršava naloge za prenos prava iz hartija od vrednosti i naloge za upis prava trećih lica na hartijama od vrednosti i stara se o prenosu prava iz tih hartija; obaveštava Komisiju o uočenim nepravilnostima u poslovanju društva za upravljanje u vezi sa upravljanjem fondom, odmah nakon što uoči takve nepravilnosti; obaveštava društvo za upravljanje o izvršenim nalogima i drugim preduzetim aktivnostima u vezi sa imovinom investicionog fonda; podnosi u ime investicionog fonda Komisijsi za hartije od vrednosti i drugim nadležnim organima prigovor protiv društva za upravljanje za štetu nastalunečinjenjem ili neadekvatnim upravljanjem fondom; obavlja druge poslove za račun investicionog fonda u skladu sa zakonom i zaključenim ugovorom.

Prema Pravilniku o uslovima za obavljanje delatnosti kastodi banke,¹⁹ i Pravilniku o investicionim fondovima,²⁰ kastodi banka za račun investicionog fonda obavlja i druge poslove. Jedan od njih je i upis i uplata akcija za račun zatvorenog investicionog fonda na osnovu javnog poziva, koji se ne može uputiti pre izdava-

¹⁷ Član 76, Zakon o investicionim fondovima

¹⁸ Član 77, Zakon o investicionim fondovima

¹⁹ Pravilnik o uslovima za obavljanje delatnosti kastodi banke, "Sl. glasnik RS", br. 41/2011.

²⁰ Pravilnik o investicionim fondovima, "Sl. glasnik RS", br. 15/2009, 76/2009, 41/2011.

nja dozvole za osnivanje tog fonda. Ukoliko javni poziv za uplatu investicionih jedinica kod otvorenog investicionog fonda, odnosno javni poziv za prodaju akcija zatvorenog fonda ne bude uspešan, kastodi banka vrši povraćaj vlasnicima uplaćenih sredstava u propisanom roku.

Kastodi banka je dužna da za svaki fond odvojeno vodi elektronski registar imovine tog fonda, na osnovu zaključenog ugovora sa društvom za upravljanje investicionim fondom. Radi usaglašavanja svojih podataka o neto vrednosti imovine, neto vrednosti investicione jedinice odnosno neto vrednosti imovine po akciji i prinosu fonda sa podacima društva za upravljanje fondom o tim vrednostima, kastodi banka podatke o tržišnoj vrednosti hartija od vrednosti koje čine imovinu fonda pribavlja preko informativnih servisa tržišta na kome se trguje tim hartijama.²¹

Pored ovako uređenih poslova, kastodi banka prema Pravilniku o investicionim fondovima vrši kontrolu potvrđivanje neto vrednosti imovine i prinosa fonda,²² kao i raspodelu dobiti i isplatu dividendi akcionarima zatvorenog fonda, a na osnovu odluke skupštine akcionara i naloga društva za upravljanje. U slučaju kada društvo za upravljanje prestaje da upravlja investicionim fondom usled oduzimanja dozvolu za rad od strane Komisije za hartije od vrednosti, kastodi banka sa kojom društvo za upravljanje ima zaključen ugovor, do izbora novog društva za upravljanje, a najduže tri meseca, obavlja samo neodložne poslove u vezi sa upravljanjem otvorenim fondom, tj. poslove koji treba da se obave da ne bi nastupila šteta za otvoreni fond.

U tom vremenskom periodu treba da se izvrši izbor novog društva za upravljanje tim investicionim fondom. U slučaju neuspelog izbora, Komisija donosi odluku o raspuštanju investicionog fonda.

Ukoliko Komisija donese odluku o raspuštanju otvorenog investicionog fonda, kastodi banka obaveštava javnost, unovčava imovinu fonda, vrši isplatu pripadajućeg dela članovima fonda, isplatu potraživanja poveriocima fonda o tome obaveštava Komisiju za hartije od vrednost.

ZAKLJUČAK

Da bi banka dobila dozvolu za obavljanje kastidi poslova, mora da zadovolji postavljene stroge kriterijume kao i da prođe složene procedure propisane od strane Narodne banke Srbije i Komisije za hartije od vrednosti. Postojeća regulativa daje mogućnost banci koja je dobila dozvolu za obavljanje delatnosti kastodi banke, da kastodi usluge iz okvira kastodi poslovanja pruži i stranim investitorima van zemlje njihovog domicila. Na taj način banka se uključuje u globalnu ka-

²¹ Član 30, Pravilnik o uslovima za obavljanje delatnosti kastodi banke.

²² Član 41, Pravilnik o investicionim fondovima.

stodi mrežu, doprinosi razvijanju finansijskog tržišta i privlači direktne investicije iz inostranstva.

Kroz kreiranje povoljne investicione klime i smanjenjem rizika, izgradnjom potrebne tehničke infrastrukture, banka koja je dobila dozvolu za obavljanje kastodi poslovanja, postaje institucija od posebne važnosti za razvoj tržišta kapitala.

Kastodi poslovanje doprinosi razvoju tržišta kapitala, kao i povećavanju priliva stranih investicija. Banka koje obavlja kastodi poslove trguju hartijama od vrednosti u svoje ime za račun klijenta (privatnih i pravnih lica, osiguravajućih kuća, privatnih i penzionih fondova), tako da se banka pojavljuje na tržištu hartija od vrednosti kao kupac ili prodavac, dok ime pravog vlasnika hartije od vrednosti ostaje skriveno. Na taj način, ove banke su od posebne važnosti za dobijanje poverenja investitora, kao i prevazilaženje prostorne barijere kod trgovinskog poslovanja. Preuzimanjem kompletne brige o hartijama od vrednosti koje su u vlasništvu klijenta (najčešće investicionih i penzionih fondova, ali i fizičkih lica koja su ujedno i investitori), ove banke se pojavljuju na tržištu kao kontrolor ulaganja investicionih i penzionih fondova. Zato, postojanje investicionih i penzionih fondova podrazumeva postojanje banaka koje pružaju kastodi usluge.

Za razliku od brokerskih društava čija je osnovna delatnost na tržištu kupovina i prodaja hartija od vrednosti, banke koje obavljaju kastodi poslove obavljaju znatno veći broj poslova koji se ne završava samo sa otvaranjem vlasničkog računa i prenosom hartija od vrednosti, već se one brinu o vođenju novčanog računa svog klijenta, o dividendama, o plaćanju poreza, itd. Od posebne važnosti je što strani investitor ima veće poverenje i veću sigurnost u kastodi banku zbog propisanog minimuma osnovnog kapitala, nego u akcionarsko ili društvo sa ograničenom odgovornošću. Postojanje banaka koje obavljaju kastodi poslove pokazuje na kojem se stepenu razvoja nalazi tržište kapitala u Srbiji.

MIRJANA KNEŽEVIĆ, Ph.D.,
Associate Professor, Faculty of Economics
University of Kragujevac

CUSTODY OPERATIONS

Summary

In order for bank to obtain a license for performing custody operations, it must meet defined strict criteria, as well as pass complex procedures defined by National Bank of Serbia and Commission of the securities. The existing legislation gives the possibility to the bank which obtained permit for operating as custody bank, that custody services from custody operations offers also to

foreign investors outside of their domicile country. Therefore, bank is involved in global custody network, contributes to the development of financial market and attracts foreign investments from abroad. Unlike brokerage firms whose basic activity on the market is buying and selling of securities, bank with custody operations perform significantly larger number of jobs which are not completed only with opening of owner's account and transfer of securities, but they take care about keeping current account of their client, dividends, tax payments, etc. It is especially important that foreign investor has greater confidence and greater security in custody bank due to defined minimum of equity capital, than in stockholders' company and Limited Liability Company. The existence of banks providing custody operations indicates the level of development of capital market in Serbia.

PRAVNI RIZIK U BANKARSKOM POSLOVANJU

U V O D

Predmet ovog rada predstavlja analiza pravnog rizika koja uključuje njegovu definiciju i identifikaciju oblika u kojima se manifestuje u praksi, kao i analizu upravljanja pravnog rizika. S obzirom na činjenicu da Republika Makedonija je zemlja sa finansijsko tržište koje se uglavnom oslanja na bankarski sektor, veoma je važno da se uspešno upravlja sa svim rizicima sa kojim se komercijalne banke svakodnevno suočavaju u svom poslovanju, a među njima uključuje se i pravni rizik. Ali *dobro osmišljena i pripremljena pravna regulativa koja će se dosledno sprovoditi u praksi*, je izuzetno važna pretpostavka i okvir za prudentno upravljanje rizicima u bankarskom sektoru. Događaji koji su se desili na početku prve dekade 21 veka, tačnije svetska finansijska (ekonomska) kriza, prouzrokovali su potrebno razmišljanje o pretnjama i ranjivosti koje dolaze i koji mogu da se kontrolišu od strane subjekta. Pravni rizik naročito je stekao svoj značaj upravo tokom ove svet-ske finansijske krize, što je doprinelo da se usvoje nove i postroge propise, koji direktno ili indirektno nameću potrebu za upravljanje, poštovanje i usoglašavanje sa pravnim zahtevima i problemima u institucijama.

Dakle, *cilj* ovog rada je da se ukaže na značaj pravnog rizika u bankarskom poslovanju i njegovo prudentno upravljanje prvo generalno, a posle i dajući naglasak na upravljanje pravnim rizicima komercijalnih banaka u Republici Makedoniji.

OPERATIVNI RIZIK U BANKARSKOM POSLOVANJU

U pravnom sistemu u Republici Makedoniji, rizik u bankarskom poslovanju, predstavlja verovatnost neka određena aktivnost ili događaj da imaju direktan negativan uticaj na profit komercijalne banke i/ili na osnovnih sredstava, čime izaziva poteškoće u postizanju svojih ciljeva¹. Pored Zakona o Narodnoj banci Republike Makedonije i Zakon o banaka, kao ključni akti koji deluju kao centralni stub makedonskog pravnog bankarskog sistema, osnovni podzakonski akt u ovom segmentu koji je propisan odlukom Centralne banke Republike Makedonije, predstavlja Odluka o upravljanju rizicima u bankarsko poslovanje. Dakle, prema *ove Odluke svi rizici* po našim propisima su grupisane u dve grupe i to: merljive i nemerljive rizike. Dakle, određene vrste rizika pokrivena, tačnije *definirane* u normativnom okviru u Republici Makedoniji su: kreditni rizik, rizik likvidnosti, tržišni rizik, valutni (devizni) rizik, rizik kamatne stope, operativni rizik, pravni rizik, rizik zemlje, reputacioni i strateški rizik.

Operativni rizik u pravnom sistemu u Republici Makedoniji se definiše kao: “rizik od gubitka koji može nastati kao rezultat nesposobnosti osoblja, odnosno njihovom krivicom na poslu, neadekvatnosti unutrašnjeg procesa banke, ili zbog nekih spoljašnjih događaja, odnosno korisđenje usluge od nadvorešnje osobe (outsorsinga).”²

Međutim, uprkos mnogo definicija o tome šta predstavlja operativni rizik i zašto se pojavljuje u bankarsko poslovanje, Bazelski komitet za efektivne supervizije banaka u okviru Bazel 2, operativni rizik definiše kao³: *rizik od gubitka zbog neodgovorne osoblje, nejednakvosti, neadekvatni ili neuspešni interni procesi i sistemi ili zbog spoljnih događaja*. Ova definicija uključuje pravni rizik, ali ne uključuje strateški i reputacioni rizik, jer je reč o rizicima koje je teško kvantifikovati, tačnije teško je da se utvrdi iznos gubitaka za komercijalne banke u slučaju realizacije ovih rizika. Ova definicija Bazelskog komiteta za efektivne supervizije banaka u potpunosti je prihvaćena i u našem pravnom sistemu, prišto u Republici Makedoniji operativni rizik obuhvata i: pravni rizik, rizik od pranja novca i finansiranja terorizma, kao i rizik od neadekvatnosti informacionog sistema.

Tokom *svetske finansijske (ekonomske) krize* u praksi su bili evidentni najvažne podvrste operativnog rizika, tačnije: nelegalne privredne aktivnosti, i ne-

¹ Narodna banka Republike Makedonije, “Odluka o upravljanju rizicima”, (“Službeni glasnik”, br. 42/2011), glava II, tačka 3, stav 1.

² Narodna banka Republike Makedonije, “Odluka o upravljanju rizicima”, (“Službeni glasnik”, br. 42/2011), glava II, tačka 3.

³ Basel Committee on Banking Supervision, “International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards – A Revised Framework Comprehensive Version”, BIS, June 2006, str. 144.

ovlašćenog trgovanja sa finansijskim instrumentima, krađe i zloupotrebe, neetičkog ponašanja, povećani pravni rizik, netačno finansijsko izveštavanje i neobjavljivanje informacije pred upravnim organima banaka, koje su bile specifične za ove finansijske institucije. Zbog toga su bile potrebne reforme i na regulaciju, u smislu preduzimanje neophodne mjere i radnje da se ublaže posledice svetske finansijske krize. Ali, čak i u nekim slučajevima to može dovesti do povećanog operativnog rizika, tačnije njegova podvrsta - pravni rizik, kao rezultat neusaglašenost sa regulative i njeno nepoštovanja, ili zbog negativnih efekata novih propisa na bankama i njihovo poslovanje i na već donesene odluke.

Dakle, *efikasno upravljanje sa operativni rizik* je od izuzetnog značaja, posebno u sprečavanju finansijskih kriza. Ovo prudentno korporativno upravljanje znači izbor modela za izračunavanje potrebnog kapitala za operativni rizik (tačnije izradu naprednog pristupa - model koji će proizvoditi manju potrebu za dodatnim zahtevima kapitala za pokrivanje operativnog rizika), isto kao i donošenje pravni akti i usklađenost sa regulatornim zahtevima u ovoj oblasti, tačnije prava posvećenost i stvarnu primenu upravljanje operativnog rizika.

PRAVNI RIZIK U BANKARSKOM POSLOVANJU

S obzirom na činjenicu da u teoriji ne postoji jedna jedinstvena definicija za ovu vrstu rizika sa kojim se suočavaju komercijalne banke u svom poslovanju, pojedine institucije (uglavnom centralne banke) daju svoje definicije i objašnjenja šta predstavlja pravni rizik. Tako, na primer, Centralna banka Velike Britanije (Bank of England), definiše pravni rizik kao "rizik da će neočekivano tumačenje zakona ili pravne nesigurnosti izložiti sistem plaćanja ili njegove učesnike na razne finansijske i druge moguće gubitke."⁴

Jedna od definicije koje su predložene od strane Radne grupe za pravni rizik, osnovana Subkomitetom E8 Međunarodne advokatske komore (IBA), kaže da: "pravni rizik je rizik od gubitka za jedne institucije."⁵ Dalje pridaje izvore pravnog rizika "prvenstveno izazvan od neispravne transakcije; ili naknade (uključujući odgovor na žalbu ili protivtužbe) ili nastanka događaja koji dovodi do pravne odgovornosti za instituciju ili gubitka (na primer: kao rezultat raskida ugovora); propust da se preduzmu odgovarajuće mere za zaštitu imovine (na primer: intelektualne svojine) u vlasništvu institucija; ili promene u zakonu i u pravnom sistemu."⁶

⁴ Bank of England, "Oversight of the payment systems", Bank of England 2000, str. 1-10.

⁵ Guernsey Financial Services Commission, "Legal Risk Guidance Note for Banks", Attachment: IBA Working Party on Legal Risk, Suggested Definition of Legal Risk, 2004, str. 1-5.

⁶ Ibid.

Bazelski komitet za efektivnu superviziju banaka, kao veoma važna finansijska institucija u svetu, pravni rizik definiše na sledeći način, i kaže da: “pravni rizik uključuje ali se ne ograničava na izlaganja parične kazne, penale ili štete koje su predmet kazne, i koje proizlaze od nadzornih aktivnosti, kao i privatna poramnivanja, ali isključuje strateški i reputacioni rizik.”⁷

U okviru operativnog rizika se uključuju i *pravni rizik* koji u pravnom sistemu u Republici Makedoniji se definiše kao “sadašnjeg ili budućeg rizika po profita i kapitala banke, izazvan povrede ili kršenja zakona i propisa, sporazumi, propisane prakse, etički standardi ili kao posledica pogrešnog tumačenja propisa, pravila, ugovora i drugih pravnih dokumenata.”⁸ Ova vrsta rizika se javlja naročito u zemljama u razvoju, zbog njihova neusaglašena regulativa, i zato što oni često menjaju zakone i druge pravne akte, jer u ovim zemljama pravni sistem nije dovoljno stabilan i pre svega je zavisan od rešenja od jedne garniture koja je na vlast u tom trenutku, i ovo je pravi hendikep za normalno funkcionisanje institucije. Pravni rizik može se pojaviti u nekoliko pod-varijanti uključujući⁹: 1. kao rezultat aktivnosti preduzetih od strane komercijalne banke i njene zaposlene koji nisu u potpunosti u skladu sa pravnim okvirom; 2. zbog nesigurnosti efekata sprovođenja zakona; i 3. neefikasnost pravnog sistema u zemlji u celini.

Prvi način pojavljivanja pravnog rizika, odnosi se na rizik zbog greške u ugovorima, nepropisno dokumentovanih i ilegalnih transakcija, klauzule ugovora koje nisu jasno formulisane i stoga su neshvatljive, kao i greške koje se javljaju zbog neuspeha zaposlenih, ili zbog neke greške pravnih savetnika u komercijalne banke, kao i u slučaju kada obezbećenje naplata potražnje komercijalne banke se obavlja sa nepropisno odabranih instrumenata. Sve ovo izaziva komercijalne banke da se suoče sa rizikom koji je sprečava u ostvarivanju zakonskih prava i izvršenje njenih dnevnih aktivnosti. Iako se može primetiti da u svim navedenim slučajevima, ljudski faktor, tačnije osoblje i rukovodstvo komercijalne banke su glavni uzroci pravnog rizika, mora se naglasiti da sama banka preuzima odgovornost, ali to ne bi trebalo da bude smatrano kao gubitak banke zbog prevare. Dakle, nezavisno dali komercijalna banka je ošteđena, ili njeno rukovodstvo ili zaposleni obmanjuju kupce ili druge zainteresovane strane, gubitak zbog prevare, prema nekim autorima¹⁰, nije deo pravnog rizika. Jedina dodirna tačka je samo odgo-

⁷ Basel Committee on Banking Supervision, “Sound Practices for the Management and Supervision of Operational risk”; BIS, June 2011, str. 5.

⁸ Narodna banka Republike Makedonije, “Odluka o upravljanju rizicima”, (“Službeni glasnik”, br. 42/2011), glava II, tačka 3.

⁹ Mantysaari P., “The Law of Corporate Finance: General Principles and EU Law - Volume I: Cash Flow, Risk, Agency, Information”, Springer, 2010, str. 29-94.

¹⁰ Chorafas D., “Wealth Management - Private Banking, Investment Decisions and Structured Financial Products”, Elsevier, 2006, str. 167-180.

vornost rukovodstva komercijalne banke da spreči ovu prevaru i da prati dali učesnici poštuju pravila banke i kodeks bankarskom poslovanju.

Drugi način nastanka pravnog rizika je neizvesnost o efektima sprovođenja zakona, kao rezultat nejasne i neprecizne regulative, tačnije nerazumno tumačenje zakona i propisa koji imaju dodatne reperkusije na buduće poslovanje komercijalne banke. Dakle, to je spoljni faktor koji je u ovom slučaju uzrok pravnog rizika, a komercijalna banka pokušava da se zaštiti ovog rizika preko angažovanja branioca i pravnih stručnjaka, ali ipak ne može u potpunosti da elimira njegovo prisustvo. Takođe, problemi u primeni zakona i neusklađenost regulative može izazvati ovu nesigurnost primenjenog zakonskog okvira.

I poslednji oblik pravnog rizika javlja se u vidu neefikasnost pravnog sistema u zemlji u celini, što znači nedostatak efikasnog zakonodavstva i sudske prakse, nedostatak pravne sigurnosti, odnosno siromašnih pravni sistem u zemlji, što izaziva rizik u bankarskom poslovanju. Zemlje u koje postoji visoki stepen korupcije i neefikasnosti sudskog sistema, kao što je na primer Republika Makedonija, posebno imaju efekte ovog podvrsta operativnog rizika.

UPRAVLJANJE PRAVNOG RIZIKA

Ključna aktivnost u vođenju prudentne politike u bankarskom poslovanju je upravljanje rizikom. Kao u životu jednog čoveka, tako i u bankarskom poslovanju, rizik jednostavno se ne može izbeći, a samim tim i jedino što može da se uradi je da se profesionalno upravlja sa ovim rizikom. Zato kažemo da je upravljanje rizikom možda najvažnija funkcija banaka da se osigura od rizika sa kojima se suočavaju u svakodnevnom poslovanju. Ovo upravljanje rizicima banke sastoji se od¹¹: *identifikaciju rizika, njegovo merenje, kontrolu, bezbednost i eliminisanje rizika*. U prvoj fazi, tačnije u *identifikacije pravnog rizika* treba da se odgovori na pitanje: gde je verovatno da će doći do pravnog rizika, kada, zašto i kako događaji (koji su pretnja ili slabost) mogu da zabrane postizanje ciljeva ili mogu da pridonese za smanjivanje imovinske vrednosti institucije. Identifikacija pravnog rizika treba da se uradi na način koji zadovoljava ciljeve koje institucija želi da postigne sprovođenjem programe za upravljanje pravnog rizika.

Merenje ili procena pravnog rizika se povezuje sa matematičkim formula za određivanje verovatnošću i impakt rizika.¹² U proceni rizika relevantni su ovi faktori:¹³

¹¹ Comptroller's Handbook, "Bank Supervision Process", Comptroller of the Currency Administrator of National Banks, 2007, str. 1-25.

¹² McCormick, R., "The management of Legal risk by financial institutions"- Draft discussion paper, 2004, str. 3.

¹³ Ibid.

– pravna infrastruktura u državi u kojoj institucija vodi svoj biznis, i nezavisnosti pravosuđa, složenost ugovora i korporativnog pravnog pojma, izvršenje sudskih odluka i arbitražnih odluka i rizika u vezi sa transakcijom i ugovornom bezbednosti;

– da li relevantan izvor prava (tipično, sudske prakse ili zakonodavstva), zajedno sa tržišnim praksama su odgovorni i čvrsto postavljena u pogledu pravnih pitanja koja će najverovatnije uticati na poslovanje institucije u datom jurisdikcijom;

– veliki obim pravne nesigurnosti, takozvani “najgori scenario”, ako neizvesnost je rešena na način nepovoljan za instituciju;

– hronološki prikaz podataka iz ustanova u istom biznisu u istoj nadležnosti (javno dostupnih) protiv rivalskih tužbi ili neispravnih transakcija;

– rizik od “kolateralne štete” u slučaju materijalizacije rizika;

– da li pravna dokumentacija i regulatorno okruženje mogu se relativno lako ili izuzetno teško razumeti, od pojedinaca koji će biti uključeni u marketing i prodaju proizvoda; i

– verovatnošću pojave sukoba interesa.

Na postavljeno pitanje ko bi trebao da preduzme odgovornost za procenu pravnog rizika za institucije, odgovor bi bio *pravno oddeljenje*. Međutim, fazu procena treba posmatrati kao posebno pitanje, nasuprot onome o donošenja odluke na osnovu procene.

Faza praćenja ili *praćenje učinka*, obuhvata postupak za izveštavanje i praćenje procesa upravljanja pravnog rizika. Nakon što su identifikovani rizici opisani, procenjeni i ocenjeni od strane tima, neophodno je usvojiti niz poslovnih odluka višeg menadžmenta u instituciji, u smislu kontrole i ublažavanje ove rizike. U tom kontekstu, institucija treba da odredi i usvoje strategije za suočavanje sa rizicima koji su identifikovani i procenjeni, za sve manje-više predvidljivih scenarija rizika. Još jedan važan segment u smislu kontrole pravnog rizika, je *gubitak izazvan pravnim rizicima*, koji zahteva analizu finansijskog uticaja dokumentaciju i sredstva za pravnim postupcima, itd. Uspostavljanje efikasnih strategija da se bave pravnim rizicima, zahteva angažovanje iskustava i znanja stručnjaka tržišta i institucije u procesu njihovo kreiranje.

Konačno, u praksi često se razgovara za uklanjanje i osiguranje pravnog rizika kroz *distribuciju i raspodelu pravnog rizika u ugovorima*, ali ove dve tehnike ne treba smatrati kao alat za transfer rizika, nego kao pristup za lečenje pravnog rizika. Raspodela rizika vodi raspoređivanja rizika preko standardnih pravila i načela ugovornog prava, a raspodela rizika se odnosi na ex ante raspodela rizika na jednu ili obe strane preko ugovornih pravila.¹⁴

¹⁴ Kesitalo, P., “From assumptions to risk management: an analyses of risk management for changing circumstances in commercial contracts, especially in the Nordic countries: the theory of contractual risk management and the default norms of risk allocation” Helsinki: Kauppakaari, 2000, str. 20.

U naš pravnom okviru, tačnije u poglavlju 1, tačka 2, iz Odluke o upravljanju rizicima banke, koji propisuje Narodna Banka Republike Makedonije, identifikaciju, merenje i procenu, kontrolu i praćenje ili smanjenje rizika, su sastavni delovi samog procesa upravljanja bankarske rizike. Ali, uprkos činjenici da je danas povećan interes o upravljanju pravnog rizika širom sveta, ipak postoji nedostatak metoda koje će olakšati upravljanje s pravnim rizikom.¹⁵

Kada je reč o pitanju *ko i kako treba da upravlja s pravnim rizikom*, postoji potreba rukovodstvo na najvišem nivou u instituciji da uspostavi, odobri i periodično razmatra okvir za proces upravljanja s pravnim rizikom. Upravni autoritet, treba da nadgleda višeg menadžmenta da bi se osigurao da se politike, procesi i sistemi efikasno sprovode na svim nivoima.¹⁶ U mnoštvo institucija odgovornih za upravljanje pravnim rizicima su: direktor pravnog odeljenja ili pravni savetnik, ili *“kancelarija za usklađenost s propisima”*. Kada je u pitanju pravni rizik to je posao za svih zaposlenih u institucije. Zato treba napraviti odgovarajući *informativni sistem za pravni rizik*, i za rizike koji utiču na poslovanje preduzeća u celini. Takođe, u okviru institucije treba da se sprovode i neguje takozvana *kultura rizika* (ujedno i pravnom rizika), prišto sa ovim bi se izgradila svest među zaposlenima o postojanju rizika u obavljanju radnih zadataka, njihovo znanje i priznanje, kao i učenja o proaktivan pristup rada.

U komercijalnih bankama u Republici Makedoniji lice koje je odgovorno za operativni rizik na mesečnom nivou sledi sve operativne događaje rizika u bankama, uključujući i one koji su razdvojeni po propisima, izvestuje Odbora za upravljanje rizikom, a preko svog izveštaja i Nadzornog odbora banke. Jednom godišnje priprema poseban izveštaj o registrovanim rizičnim događajima i merama preduzetim za njihovo prevazilaženje. Svaki dan vrši se monitoring usklađenost banaka sa pravnom i nadzornog okvira, i kao rezultat toga, bankarski posao je konstantno usklađen sa pravnim zahtevima.

Konačno, ostaje da se zaključi da postoji mnogo prostora za poboljšanje u ovom segmentu bankarskog poslovanja, a to je zadatak koji je pre svega zavisao od članova najviših organa vlasti, ali ostaje tvrdnja da ceo sistem i njegova funkcionalnost zavisi od Nadzornog Odbora i izvršnog direktora, kao predsednika Upravnog odbora.

ZAKLJUČAK

Pravni rizik u bankarskom poslovanju kao sastavni deo operativnog rizika, tačnije njegova glavna podvrsta, javlja se naročito u zemljama u razvoju, zbog nji-

¹⁵ Burnett, R., “Legal risk management for the IT industry”; Computer Law & Security Report, 2005, str. 21.

¹⁶ Basel Committee on Banking Supervision., “Sound Practices for the Management and Supervision of Operational risk”, BIS June 2011, str. 5.

hove neusoglašene regulative, i zato što oni često menjaju zakone i druge pravne akte, jer u ovim zemljama pravni sistem nije dovoljno stabilan i pre svega je zavisen od jedne vladajuće strukture, što je pravi hendikep za normalno funkcionisanje institucije. Pravni rizik može se pojaviti u nekoliko pod-varijanti, a to su: kao rezultat aktivnosti preduzetih od strane banke i njenih zaposlenih koji nisu u potpunosti u skladu sa pravnim okvirom; zbog nesigurnosti efekata sprovođenja zakona; i neefikasnost pravnog sistema u zemlji u celini.

Proces upravljanja rizikom je možda najvažnija funkcija bankarskom poslovanju koja služi da se osigura komercijalna banka od rizika sa kojima se suočava u svakodnevnom poslovanju. Ovo upravljanje rizikom banke sastoji se od: *identifikaciju rizika, njegovog merenja, kontrolu, bezbednost i uklanjanje rizika.*

Upravljanje s pravnim rizikom u budućnosti treba da obuhvati sprovođenje: politike, strukture, procesa i kulture koje su direktno usmerene na izgradnju efikasnog upravljanja potencijalnim mogućnostima i neželjenim događajima čiji izvor je pravni rizik i rizici koji se mogu tretirati sa pravnim lekovima. Što se tiče našoj zemlji, u Republici Makedoniji, *u budućnosti usklađenosti bankarskom poslovanju sa važećom regulativom* treba da obezbedi zaštitu i eliminisanje svih posledica koje mogu nastati kao rezultat (posledica) nepoštovanja i nepravilne primene propisa. Ovaj cilj će se postići praćenjem novih zakona, njihove izmene i dopune, procena njihovog uticaja na poslovanje komercijalne banke i preporučivanje korektivne mere zbog potpune usaglašenost bankarskom poslovanju.

BILJANA PETREVSKA, Ph.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law "Iustinianus Primus",
University "Ss. Cyril and Methodius", Skopje, Macedonia

LEGAL RISK IN BANKING OPERATIONS

Summary

This paper analyzes the legal risk in banking operations and the necessary steps for prudent management of this kind of risk. It consists of 5 parts. The first part of this paper is an introduction to the framework that explains the subject of research, while the second part focuses on operational risk in banking, i.e. the concept and the management of this risk. The third part of this paper explains in detail the legal risk and individual variations through which it is manifested in banking. The fourth part of this paper analyzes the process of managing of legal risk. Finally, the fifth part of this paper is the Conclusion which states that: the management of legal risk in the future should include implementing the policies, structures, processes and culture that are directly aimed at building effective management of potential opportunities for minimizing the legal risk. In the Republic of Macedonia, the future compliance of the bank with current legislation should provide protection and elimination of all consequences that may arise as a result of non-compliance and improper application of the regulation.

JASMINA LABUDOVIĆ-STANKOVIĆ,
NADA TODOROVIĆ

NORVEŠKA I FINANSIJSKA KRIZA

U V O D

Iako je finansijsko tržište Norveške vrlo stabilno, pogodila ga je poslednja finansijska kriza.¹ Razlog tome ogleda se u rastu kreditnog tržišta, rastu cena nekretnina i cena hartija od vrednosti. Pa, ipak, efekti te krize u Norveškoj nisu ni izbliza onakvi kakvi su bili u nizu drugih zemalja. Naime, ovu zemlju karakteriše efikasna monetarna politika, manje ranjiv industrijski sektor, efikasna regulacija i nadzor, dobro upravljanje rizikom. Dodatno, banke nisu imale visoku izloženost visoko-rizičnim složenim finansijskim proizvodima, a kapitalna adekvatnost je bila zadovoljavajuća. Brzi pad kamatnih stopa od jeseni 2008. do sredine 2009. doprineo je ublažavanju negativnih efekata krize i vraćanju poverenja u nacionalnu ekonomiju.

Generalno govoreći, norveški bankarski sektor je dobro prebrodio krizu. Nijedna norveška banka nije propala za vreme krize. Gubici su minimizovani zahvaljujući rezervama, prihodima od hartija od vrednosti, kao i poslovima sa kur-

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

Dr Nada Todorović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

¹ Iako je integracija tržišta trebalo da doprinese većoj efikasnosti, ona je „doprinela mnogo većoj osetljivosti na složene finansijske proizvode, smanjenju transparentnosti, kao i širenju finansijske krize“ (*The Financial Market in Norway 2009*, Finanstilsynet, March 2010, str. 9).

snim razlikama.² Osim toga, Vlada Norveške je preduzela niz mera za suzbijanje efekata krize.

U radu ćemo se ukratko osvrnuti na bankarske krize koje su pogodile norveško tržište, a glavni predmet interesovanja nam je poslednja finansijska kriza (2007-2008), odnosno efekti te krize u Norveškoj i mere koje je ova država preduzela kako bi minimizovala efekte krize i izašla iz nje.

BANKARSKE KRIZE

Pre poslednje finansijske krize, Norveška je iskusila tri velike bankarske krize. Prva je eskalirala 1899. i trajala je do 1905.³ Uglavnom, je bila fokusirana na banke u Oslu. Druga je počela 1920.⁴ i trajala je do 1928., a treća je počela 1988. kada su manje banke počele da iskazuju gubitke, s tim što je postala sistemska 1991.⁵ Okončana je 1992. Sve tri bankarske krize imaju specifičnosti, budući da ih karakteriše različito institucionalno okruženje i monetarni režim.⁶ Tokom ove treće (1988-1992), primetan je uticaj finansijske liberalizacije koja utiče na pojavu ciklusa na kreditnom tržištu i na cenu aktive. Poslednje dve krize bile su naročito oštre, budući da su bile povezane sa nestabilnom makroekonomskom politikom i problemima sa nacionalnom valutom.⁷ Obe imaju karakter sistemskih.

Kriza 90-ih godina XX veka je zahvatila istovremeno Norvešku, Švedsku i Finsku. Okolnosti u kojima se kriza dešavala su različite, s tim što je u sve tri zemlje imala identične faze. Naime, kriza je bila povezana sa periodom velikog privrednog rasta koji je bio praćen finansijskom liberalizacijom, kao i uvođenjem novih finansijskih instrumenata. Nakon toga, usledio je period recesije i krize. Deregulacija koja je zahvatila ove skandinavske države 80-ih godina XX veka bila

² Isto, str. 3.

³ Ukupni gubici prouzrokovani ovom krizom iznosili su 4 miliona norveških kruna, odnosno 0,3% nominalnog BDP Norveške iz 1908. godine.

⁴ Nakon I svetskog rata, Norveška je doživela privredni prosperitet. Na svetskom tržištu je došlo do visokih cena ribe, što joj je išlo direktno u prilog, a visok profit ostvaren je i zahvaljujući izgradnji i prodaji brodova. To je pogodovalo stvaranju suficita u platnom bilansu. Usledio je veliki priliv zlata u zemlju i nastupila je monetarna ekspanzija. Makroekonomske prilike su se značajno izmenile, budući da Norveška od velikog dužnika postaje država poverilac. Njen dug je 1913. iznosio 1,860 miliona norveških kruna ili 100% BDP, dok je 1919., pred krizu, potraživanje prema inostranstvu bilo oko 1,400 miliona kruna ili 23% BDP. Međutim, ovako eksplozivni rast doveo je privredu u problem sa inflacijom, što je bio uvod u krizu (Karsten R. Gerdrup, *Three episodes of financial fragility in Norway since 1890s*, BIS Working Papers, No 142, October 2003, str. 14).

⁵ Isto, str. 1.

⁶ Isto.

⁷ Isto, str. 8

je, zapravo koren krize.⁸ Ovo je vreme i ekspanzivne fiskalne politike u Norveškoj. Takođe, atraktivne kamatne stope privukle su strani kapital, a došlo je i do rasta informacione asimetrije. Rezultat ove krize bila je propast mnogih banaka. Međutim, iz svake krize Norveška je izlazila sa poukom, te je tako nakon krize 90-ih godina XX veka, radila na poboljšanju kapitalne adekvatnosti, odnosno na jačanju finansijskog sektora.

Zajedničko svim prethodnim krizama je činjenica da je država pomagala oporavak banaka i preduzimala razne druge mere za izlazak iz krize i saniranje posledica krize.

GLOBALNA FINANSIJSKA KRIZA I NORVEŠKA

Globalna finansijska kriza 2007-2008. bila je oštrija i dublja od finansijske krize 1987. i krize dot.com 2000. godine. Razlog je činjenica da su poslednjom krizom bila zahvaćena domaćinstva, odnosno oni koji su želeli da reše svoje stambeno pitanje i postanu vlasnici stambenih objekata, što predstavlja mnogo širi deo populacije nego kada je reč o vlasnicima akcija koji su, uglavnom, pripadnici bogatije populacije, tj. populacije sa visokim prihodima.⁹

Iz finansijskog sektora kriza se brzo proširila na realni, sa američkog kontinenta na evropski, kao i na ostatak sveta dobijajući atribut globalna. Zavlдалo je nepoverenje ne samo na relaciji klijent – banka, već i između banaka, kao i drugih finansijskih institucija. Krizu su izazvali *sub-prime* krediti, tj. krediti koji su odobreni nelikvidnim klijentima sa lošom kreditnom istorijom i velikim dugovima. Finansijski entuzijazam, finansijske inovacije¹⁰ i ekspanzivna monetarna politika (politika jeftinog novca) ubrzali su kreditnu ekspanziju na američkom tržištu. Kao posledica toga došlo je do rasta cena aktive i prezaduženosti. Usledila je panična prodaja nekretnina zbog nemogućnosti da se uredno servisiraju krediti. Ubrzo je nastupio talas masovne insolventnosti, donoseći veliku nezaposlenost i recesiju. Milioni ljudi su izgubili svoje uštedevine koje su čuvali za penzionerske dane, a mnogi penzijski fondovi, zavarani da je aktiva u koju ulažu sigurna, izgubili su svu imovinu. Na udaru krize našla se i Norveška.

⁸ U suštini, koreni krize vezuju se za neravnotežu izazvanu problemima nastalim zbog visoko regulisanog finansijskog sistema 70-ih godina XX veka i veoma liberalizovanog od 80-ih godina XX veka.

⁹ *The Financial Market in Norway 2009*, str. 15.

¹⁰ Novi i često složeni finansijski instrumenti imaju za zadatak da povećaju likvidnost i finansijsku stabilnost tržišta, bolje upravljanje rizikom, kao i da obezbede bolju diverzifikaciju rizika. Međutim, mogu dovesti i do obrnutih efekata - nesigurnosti i gubitaka ukoliko investitori nisu dobro upoznati sa načinom njihovog funkcionisanja, ali i ukoliko postoje slaba regulatorna ograničenja (Marian Bell, *An insurance industry perspective on the 2007-08 financial crisis*, Zurich Government and Industry Affairs, April 2008, str. 8-9.)

STANJE NEPOSREDNO PRED FINANSIJSKU KRIZU

Norveški finansijski sistem je relativno mali, relativno koncetrovan, ali uz postojanje značajne konkurencije. Dominiraju domaće banke¹¹ koje posluju uglavnom na domaćem tržištu, s tim što postoji i izloženost spoljašnjem riziku, budući da je Norveška izrazito otvorena privreda. Strani kapital banaka počeo je sve više da ulazi u norveške banke nakon 2000. Postoje i konglomerati, s tim što je njihov broj značajno manji u odnosu na brojne druge evropske države. Jedno od važnih obeležja Norveške jeste što ima vrlo snažan javni sektor u poređenju sa drugim državama, što je olakšalo upravljanje rizicima u vreme krize. Veliki rast javne potrošnje i tražnja za dobrima i uslugama razlog su visokih stopa privrednog rasta Norveške. Norveška se može pohvaliti velikim investicijama u naftnu industriju, a neposredno pred krizu porasla je potrošnja i smanjila se štednja stanovništva. Koliko je norveški finansijski sistem zdrav govori i činjenica da Norveška u vreme krize nije morala da podiže nivo osiguranja depozita. Sve to govori o tome koliko je Norveška posebna.

U poređenju sa bankama drugih država,¹² u portfolijima norveških banaka dominiraju krediti, manji je procenat akcija, drugih hartija od vrednosti i depozita u drugim finansijskim institucijama.¹³ Krediti se, uglavnom, odobravaju domaćinstvima i kompanijama. Zbog krize, gubici po osnovu ovih kredita su, ipak, bili značajno manji u odnosu na gubitke koje su imale banke u većini zapadno-evropskih država.¹⁴ Neznatan procenat kredita koji je odobran stranim kompanijama zaštitio je norveške banke od velikih gubitaka i ostalih problema koje su imale strane banke i druge finansijske institucije. Ono što se pokazalo kao dobro je i činjenica što su minimalno ulagali u kupovinu hartija od vrednosti na stranim tržištima. Tako je smanjen i rizik od složenih visokorizičnih finansijskih proizvoda. Nisu ulagali u *sub-prime* kredite američkih banaka.

¹¹ International Monetary Fund, *Norway: Financial System Stability Assessment, including Reports on the Observance of Standards and Codes on the following topics: Banking Supervision, Insurance Regulation, and Payment Systems*, IMF Country Report No. 05/2005, 2005, str. 7.

¹² U Evropi su krizom najviše pogođene banke u Irskoj, Velikoj Britaniji i Španiji koje su najviše ulagale u hartije od vrednosti izdatim na osnovu odobrenih hipotekarnih kreditu (*mortgage-backed securities*). Čak su i neke banke u Švajcarskoj bile prinuđene da otpišu milijarde dolara jer nisu mogle da naplate potraživanja po osnovu hipotekarnih kredita. Mnoge evropske države, među kojima i Nemačka, Francuska, Velika Britanija, Španija, Belgija i Luksemburg su pružale značajnu finansijsku pomoć kako bi sprečile propast velikih banaka i kompanija za osiguranje. Island je čak nacionalizovao čitav bankarski sistem. Kako bi srećile bankrotstvo mnogih banaka, države su najčešće vršile dokapitalizaciju banaka.

¹³ *The Financial Market in Norway 2009*, str. 19.

¹⁴ *Isto*.

Makroekonomska stabilnost i niska stopa nezaposlenosti razlog su što Norveška nije intenzivnije pogođena krizom.¹⁵ Stopa nezaposlenosti 2009. iznosila je svega 3,3%, dok se u periodu 1999-2006. kretala u rasponu 2,5-4,5%. Smanjenje BDP nije bilo značajnije, svega 1,5%, s tim što je već sredinom 2009. bio za-beležen rast ovog makroekonomskog agregata.¹⁶ Uz to, zadovoljavajući je sistem upravljanja rizikom.

Makroekonomski uslovi bili vrlo stabilni od 2003., što je doprinelo i vrlo stabilnom finansijskom sistemu.¹⁷ Tome u prilog išao je rast cena nafte na svet-skom tržištu, budući da je Norveška treći najveći izvoznik nafte. Najveći deo pri-hoda od nafte, ova država preko Državnog naftnog fonda¹⁸ ulaže u stranu akti-vu. Veći deo sredstava (60%) ulaže se u aktivu koja nosi fiksni prinos, a manji deo (40%) u akcije, kao aktivu koja nosi varijabilni prinos. Portfolio aktive je dobro diverzifikovan. Osim o različitoj aktivi, vodi se računa i o geografskoj diverzifika-ciji. Kada je reč o ulaganju akcija, 50% se ulaže u Evropi, a 50% u Americi, Aziji i Okeaniji). S druge strane, ako govorimo o aktivi koja nosi fiksni prinos, struktu-ra portfolija je nešto drugačija (55% sredstava se ulaže u Evropi, 35% u Americi i 10% u Aziji i Okeaniji). Praksa ulaganja sredstava Državnog naftnog fonda u stra-nu aktivu pruža dobru zaštitu privredi i finansijskom sistemu od spoljašnjih ce-novnih oscilacija.¹⁹ Takođe, na ovaj način štiti se i devizni kurs. Iz Državnog naf-tnog fonda 4% sredstava izdvaja se za finansiranje državnog budžeta.

Najveći rizik s kojim su se suočavale norveške banke do poslednje krize je kreditni rizik, a nakon krize rizik likvidnosti.²⁰ Problemi banaka u Norveškoj su

¹⁵ Isto.

¹⁶ Poređenja radi, u Švedskoj je pad BDP iznosio 5%.

¹⁷ Najveći deo finansijskog sektora Norveške predstavljaju banke (56,2%), a zatim slede osiguravači života (16%) i hipotekarne kompanije (10%). Hipotekarne kompanije, kao finansijske institucije, su kompanije koje odobravaju hipotekarne kredite privredi i stanovništvu.

¹⁸ Ovaj fond je osnovan 1990. godine na osnovu Zakona o Državnom naftnom fondu, br. 36/1990. Državnim naftnim fondom upravlja Norveška banka, tj. centralna banka Norveške u ime Ministarstva finansija. Vlada Norveške je 2004. predložila nove etičke smernice upravljanja Državnim naftnim fondom. One se odnose na obavezu da se i budućim generacijama omogućujući da učestvuju u blagostanju koje obezbeđuje nafta, i na obavezu poštovanja osnovnih prava onih na koje se odnosi aktivnost kompanija u koje fond investira. Etičke smernice podrazumevaju tri ele-menta (povećanje vlasničkih prava da bi se promovisali dugoročni finansijski prinosi; da se isključe, tj. da se ne investira u kompanije koje proizvode hemijsko i biološko oružje, konvencionalno oružje, bombe i sl.; da se isključe kompanije koje učestvuju u nasilju, odnosno narušavaju osnovne ljudske slobode i prava i koje uništavaju životnu sredinu).

¹⁹ International Monetary Fund, *nav. delo*, strp. 7.

²⁰ Jedna u nizu funkcija finansijskih tržišta je funkcija likvidnosti. Ona je izuzetno važna budući da se odnosi na sredstva (gotovinu) koja se odmah mogu potrošiti. Novac predstavlja jedini

za vreme krize većinom bili povezani sa finansiranjem tekućeg poslovanja, što se manifestovalo kao problem likvidnosti.

Kreditni rizik je naročito bio prisutan kod domaćinstava koja su imala veliki procenat stambenih hipotekarnih kredita, brodskih kompanija i industrijskog sektora. Velikoj zaduženosti doprinele su niske kamatne stope koje su pogodovale smanjenju, odnosno minimizovanju kratkoročnog kreditnog rizika, ali i povećanju rizika u srednjem i dugom roku. Od ukupnog broja odobrenih kredita domaćinstvima, čak 80% su hipotekarni krediti, među kojima je 85% sa fluktuirajućom kamatnom stopom.²¹ Sve to je imalo vrlo negativan efekat kasnije, tj. kada je izbi-la finansijska kriza.

Makroekonomska stabilnost doprinela je i rastu profita u bankarskom sektoru 2003. i 2004. godine. Osim toga, zabeleženo je i bolje upravljanje rizikom.

MERE KOJE JE NORVEŠKA PREDUZELA ZA VREME KRIZE

I Norveška je deo globalnog finansijskog sistema, globalnog finansijskog tržišta, otvorena ekonomija, te je stoga bila pogođena poslednjom finansijskom krizom. Ipak, kako smo prethodno pomenuli, norveški finansijski sistem nije tako snažno bio pogođen ovom krizom zahvaljujući dobroj regulativi i nadzoru, zdravoj privredi i stabilnom finansijskom sektoru. O tome svedoči i činjenica da za vreme krize nijedna banka nije propala. Privreda Norveške spada u red vrlo stabilnih, budući da je beležila rast od sredine 90-ih godina XX veka.²² Mnogo veća makroekonomska stabilnost u odnosu na druge zemlje pomogla je ovoj zemlji da lakše izađe iz krize.

Na početku krize osetljivost Norvežana na finansijsku krizu bila je mnogo veća od normalne. Dug domaćinstava, kao procenat raspoloživog dohotka, bio je vrlo visok. Dug je rastao zahvaljujući rastu cena kuća i stanova, tj. nekretnina s jedne strane, i niskim kamatnim stopama, s druge strane. Da bi se vratilo, odnosno održalo poverenje građana u bankarski sistem, norveški parlament (*Stortinget*) je u oktobru 2007. godine odobrio finansijsku pomoć bankama u vrednosti od 350 milijardi kruna.

Da bi se kriza prevazišla, država je morala da preduzme i niz drugih mera.²³ Zbog krize je nadzorni organ za sektor finansijskih usluga pojačao kontrolu i nadzor (*Finanstilsynet*). U tom smislu, Ministarstvu finansija je dostavljen pred-

finansijski instrument koji ima "perfektnu likvidnost" (Peter Rose, Milton Marquis, *Finansijske institucije i tržišta*, McGraw-Hill, Irwin, 2011, str. 9).

²¹ International Monetary Fund, *nav. delo*, str. 10.

²² *The Financial Market in Norway 2009*, str. 15.

²³ Takva je bila praksa i u mnogim drugim državama.

log novih mera u pogledu veće finansijske discipline. Takođe, predložena su nova pravila za uzimanje hipotekarnih kredita. Između ostalog, to je značilo da banke moraju mnogo bolje da procenjuju sposobnost klijenata da otplaćuju kredite, bolje upravljaju likvidnošću i sl. Pojedine manje banke morale su da povećaju svoj kapital. Sličan scenario primenjivan je i u mnogim drugim državama.

Tako, mnoge evropske države, među kojima Nemačka, Francuska, Velika Britanija, Španija, Belgija i Luksemburg pružale su značajnu finansijsku pomoć kako bi sprečile propast velikih banaka i kompanija za osiguranje. Island je čak nacionalizovao čitav bankarski sistem. Kako bi srećile bankrotstvo mnogih banaka, države su najčešće vršile dokapitalizaciju banaka.²⁴ Državni kapital je često dobijao formu preferencijalnih akcija s fiksnim prinosom, a država je dobijala i pravo glasa u upravi ovih dokapitalizovanih banaka.²⁵

I Norveška je sprovodila dokapitalizaciju. Tako, izvršena je dokapitalizacija banke *Kommunalbanken* sa 300 miliona norveških kruna. Pomoć u vidu zajma od strane Vlade dobila je i Institucija za finansiranje izvoza (*Eksportfinans*) u iznosu od 50 milijardi norveških kruna uz rok otplate od 5 godina. Osnovana su bila dva fonda marta 2009., i to Fond obveznica i Finansijski fond.²⁶ Prvi je osnovan kako bi olakšao zaduživanje kompanija na tržištu obveznica, a potonji da investira u kapital banaka, obezbedi dugoročni zdrav kapital i spreči gubitke, kao i da poveća kreditnu sposobnost banaka, i to u rasponu između 400 i 500 milijardi norveških kruna. Praktično, ovi fondovi imali su za cilj da olakšaju zaduživanje stanovništva i privrede, kao i da doprinesu stabilizaciji finansijskog tržišta. Kapital svakog fonda iznosio je 50 milijardi kruna.

I centralna banka (*Norges bank*) je preduzela niz mera iz domena monetarne politike kako bi uticala na suzbijanje finansijske krize. Jedan od vrlo važnih remetećih faktora finansijske krize u Norveškoj, u sklopu globalne finansijske krize, bila je razlika između kamatne stope na tržištu novca i referentne kamatne stope. Zbog krize je kamatna stopa na tržištu novca imala visoke oscilacije, a uz to bila je visoka premija za rizik. Kamatne stope su bile veće od normalnih u poređenju sa referentnom kamatnom stopom. U mnogim državama centralne banke su snižavale referentne kamatne stope, pa tako i u Norveškoj. Od 15. oktobra do 17. decembra 2009., referentna kamatna stopa je snižena tri puta. Sa 4,5% snižena je na

²⁴ U literaturi se pominje zanimljiv podatak da je u pojedinim državama, kao na primer u Japanu, vlada gubila ugled zbog pružanja državne pomoći radi oporavka finansijskog sistema, i to u vreme bankarske krize krajem 90-ih godina XX veka (Tatjana Jovanić, *Ciljevi i oblici regulisanja poslovanja banaka*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2009, str. 302).

²⁵ Narodna banka Srbije, *Izveštaj o stanju u finansijskom sistemu*, Beograd, 2008, str. 17.

²⁶ Tom Berhardsen, Arne Kloster, Elisabeth Smith, Olav Syrstad, *The financial crisis in Norway: effects on financial markets and measures taken*, Financial Market Portfolio Management, Vol 23, No 4, 2009, str. 367.

3%, zatim na 1,75% i konačno na 1,25%.²⁷ Tako je monetarna politika postala faktor stabilizacije.

Zbog velikih razlika između kamatne stope na tržištu novca i referentne kamatne stope za vreme krize u Norveškoj, primena tradicionalne monetarne politike bila je otežana. Smanjenje referentne kamatne stope imalo je vrlo ograničeno dejstvo na premiju za rizik na tržištu novca. Po pravilu, smanjenje referentne kamatne stope utiče na smanjenje kamatne stope na tržištu novca, ali bez neke veće promene u pogledu premije za rizik. Zbog toga centralna banka mora da primeni druge mere monetarne politike koje će biti efikasnije, tj. koje će uticati na smanjenje premije za rizik, kao što je povećanje likvidnosti.²⁸ Zato je Norveška tokom krize preduzimala mere za povećanje likvidnosti, budući da je taj rizik bio značajno veći u poređenju sa kreditnim rizikom. Iz tog razloga zaključenje svop aranžmana, osnivanje Fonda obveznica i Finansijskog fonda predstavljaju mere u cilju povećanja likvidnosti i poboljšanja dugoročnog zaduživanja (finansiranja).

Kako bi poboljšala likvidnost finansijskog sistema, Norveška banka je zaključila svop aranžman sa Federalnim rezervama za slučaj da odobri zajam do 15 milijardi dolara, dok je kao obezbeđenje poslužila nacionalna valuta, tj. kruna.²⁹

Oktobra 2008. norveški parlament je ovlastio Ministarstvo finansija da razmeni državne hartije od vrednosti za norveške obezbeđene (pokrivene) obveznice u vrednosti od 350 milijardi kruna. Ovaj aranžman podrazumeva da banke mogu zameniti obezbeđene obveznice za državne hartije od vrednosti i koristiti ih kasnije kao obezbeđenje za zajmove od drugih banaka i finansijskih institucija. Osim toga, banke mogu da prodaju državne hartije od vrednosti kako bi obezbedile finansiranje. Svop aranžman može da traje do pet godina. Na kraju svop aranžmana, korisnici moraju da otkupe obezbeđene obveznice od države po istoj ceni po kojoj ih je država kupila.³⁰

Zahvaljujući "dobroj pripremljenosti" nakon krize 90-ih godina XX veka, norveške banke su savladale i krizu 2007-2008. Naime, tada je velika pažnja posvećena kapitalnoj adekvatnosti. Zahtevi u pogledu visine kapitala u Norveškoj su bili na višem nivou od onih predviđenih Bazelom 1. Dakle, iz krize 90-ih godina XX veka, Norveška je izvukla pouku i postala opreznija u izlaganju rizicima. Norveške banke se manje oslanjaju na finansiranje putem tržišta, a mnogo više na depozite, za razliku od banaka u Švedskoj i Danskoj, s tim što je poslednjih godina tržište novca i tržište obveznica postalo sve značajniji izvor finansiranja.

²⁷ *Isto*, str. 365

²⁸ *Isto*, str. 368.

²⁹ *Isto*, str. 367.

³⁰ *Isto*.

EFEKTI KRIZE

Efekti finansijske krize mogu biti direktni i indirektni. Direktni efekti se odnose na propadanje banaka, obezvređivanje i gubitak sredstava banaka i drugih finansijskih institucija koja su uložena u rizične finansijske instrumente (npr. *mortgage-backed securities*). Indirektni efekti se odnose na nastalo nepoverenje učesnika na finansijskim tržištima, povlačenje stranog kapitala, oskudnost kapitala za kreditiranje privrede, povećanu cenu zaduživanja, nelikvidnost privrede i opadanje privrednog rasta. U Norveškoj je kriza imala indirektno efekte jer, kako smo rekli nijedna banka nije propala, dok se kao vrlo krupan problem pojavio rizik likvidnosti.

Izvozno orijentisane kompanije su bile više pogođene krizom nego one kompanije koje su orijentisane na unutrašnje tržište zbog pada obima međunarodne trgovine i jačanja domaće valute – krune. Izgradnja brodova je opala, takođe, zbog pada međunarodne trgovine i velike ponude brodova.³¹ Kruna je oslabila u 2008., da bi apresirala tokom 2009. Cene kuća bile su prilično stabilne tokom 2007., a zatim su počele da padaju za 2%, odnosno za više od 5% u Oslu. Na berzi su, uglavnom, bile aktivne nefinansijske kompanije, osiguravači života i penzijski fondovi, što je uticalo na veću izloženost riziku, za razliku od banaka čija je izloženost bila značajno manja zbog minimalnog ulaganja u akcije. Zato je pad cena akcija većinom pogodio nebankarski sektor.

Efekti krize tokom 2008. na osiguravače života manifestovali su se preko negativnih trendova na tržištu akcija i korporativnih obveznica.³² Od 2009. situacija se poboljšava, budući da su osiguravači povećali svoj kapital zahvaljujući, opet, tržištu hartija od vrednosti. U svojim portfolijima držali su veći procenat hartija od vrednosti sa fiksnim prinosima nego prethodne godine. Norveški osiguravači života ulažu u akcije, obveznice i nekretnine. Kada je reč o penzijskim fondovima, dominiraju planovi sa definisanim isplatama, u odnosu na planove sa definisanim doprinosima, za razliku od drugih zemalja gde postoji suprotna praksa. Kod planova sa definisanim doprinosima osiguranici su direktno izloženi rizicima sa finansijskog tržišta, posebno oni kojima je par godina ostalo do penzionisanja, dok kod planova sa definisanim isplatama (penzijama), na udaru su poslodavci. Budući da su planovi sa definisanim doprinosima relativno novi, nije bilo većih gubitaka.

ZAKLJUČAK

Poslednja finansijska, ali i prethodne krize pokazuju da je formiranje cena nekretnina, kredita i hartija od vrednosti, često, nerealno, jer u početku cene brzo

³¹ *The Financial Market in Norway 2009*, str. 5.

³² *Isto*, str. 7.

rastu, da bi kasnije počele naglo (strmoglavno) da padaju. To je povezano sa velikim optimizmom investitora da će privredni rast ići u nedogled, s jedne strane, i sa potcenjivanjem rizika, s druge strane.

Norveška je prebrodila krizu zahvaljujući jakoj naftnoj industriji i investicijama u nju, čvrstoj monetarnoj i fiskalnoj politici. I ova, kao i prethodne krize pokazala je da je država morala da interveniše u privredi jer tržište samo ne može da vrati privredu u stanje ravnoteže i izvuče je iz krize.

JASMINA LABUDOVIĆ-STANKOVIĆ, Ph.D.,

Associate Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac

NADA TODOROVIC, Ph.D.,

Associate Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac

NORWAY AND FINANCIAL CRISIS

Summary

Although the Norwegian financial market is very stable, it is affected by the recent financial crisis. The reason for this is reflected in the growth of credit markets, rising real estate prices and tions with currency. In addition, the Norwegian government has taken a series of measures to combat with the effects of the crisis. In this paper, we will briefly address the banking crisis that hit the Norwegian market, and the main object of interest to us is the last five prices of securities. Yet, the effects of the crisis in Norway are not nearly as they were in many other countries. In fact, this country is characterized by effective monetary policy, less vulnerable industrial sector, effective regulation and supervision, good risk management. In addition, the banks did not have a high exposure to high-risk financial products and capital adequacy was satisfactory. Rapid decline in interest rates since the autumn of 2008 until mid-2009 contributed to the alleviation of the negative effects of the crisis and restore confidence in the national economy.

Generally speaking, the Norwegian banking sector has weathered the crisis. No one Norwegian bank failed during the crisis. Losses are minimized thanks to reserves, income from securities and transaccinancial crisis of 2007-2008, and the effects of the crisis in Norway, and the measures that Norway taken to minimize the effects of the crisis.

ČETVRTA KATEDRA

**PRAVO
NA INTELEKTUALNU
TVOREVINU**

Industrijska svojina i Autorsko pravo

DIMITRIJE P. MILIĆ

STICANJE I ZAŠTITA ŽIGOVA U UPRAVNOM POSTUPKU

U V O D

U pravo intelektualne svojine spadaju autorsko pravo i pravo industrijske svojine. Žig pripada grani prava prava industrijske svojine. U antičko doba obeležavani su proizvodi kako bi se označili ko ih je proizveo i iz kog kraja potiču. U srednjem veku u pojedinim, razvijenim sredinama postala je obaveza obeležavanja proizvoda. Korišćenjem znakova ili simbola zanatlije označavaju svoje proizvode. Rimski grnčari koristili su znakove za obeležavanje svojih proizvoda. To su činili i izvoznici ulja i vina iz zemalja Mediterana. U rimskom pravu postoje pravni propisi koji štite izvesna prava korisnika robnih oznaka. Prvi Zakon o žigovima donela je Francuska 1857. godine.

Razvoj trgovine dovodi i do donošenja Zakona o žigovima i u drugim zemljama a kasnije i na međunarodnom planu. Doneta je i Pariska konvencija za zaštitu industrijske svojine 1883. godine. Ona u određenim odredbama uređuje i pitanje žiga koje naziva: fabrički ili trgovinski žig, kao predmet zaštite industrijske svojine.¹ Na osnovu Pariske konvencije donet je i međunarodni sporazum o međunarodnoj registraciji žigova.

Srbija je po ugledu na francusko i nemačko pravo donela 1884. godine Zakon o zaštiti fabričkih i trgovačkih žigova. Godine 1922. godine donosi Zakon o zaštiti industrijske svojine. Taj zakon primenjivao se i u Jugoslaviji kao pravno pravilo do donošenja 1961. godine Zakona o robnim i uslužnim žigovima. Godi-

Dimitrije P. Milić, dugogodišnji sudija Vrhovnog suda Srbije, advokat u Beogradu.

¹ Pariska konvencija je doneta 1883. godine, a ratifikovala ju je i Jugoslavija ("Službeni list SFRJ", br. 5/74, Međunarodni ugovori i drugi sporazumi).

ne 1981. Jugoslavija donosi Zakon o zaštiti pronalazaka, tehničkih unapređenja i znakova razlikovanja. Kasnije se donosi Zakon o žigovima kao poseban Zakon. Danas je na snazi u Srbiji Zakon o žigovima iz 2009. godine.²

POJAM ŽIGA

Žig je pravno zaštićen znak kojim se obeležava roba ili usluga kako bi se na tržištu učinili različitim od istih ili sličnih roba i usluga. "Žig je pravo kojim se štiti znak koji u prometu služi za razlikovanje robe, odnosno usluga jednog fizičkog ili pravnog lica od iste ili slične robe, odnosno usluge drugog fizičkog ili pravnog lica."³ U odnosu na prethodni Zakon o žigovima iz 2004. godine važeći Zakon predviđa da se žigom u smislu ovog zakona smatra i žig koji je međunarodno registrovan za teritoriju Srbije na osnovu Madridskog aranžmana o međunarodnom registrovanju žigova odnosno Protokola uz Madridski aranžman o međunarodnom registrovanju žigova.⁴ Smisao znaka je da se roba i usluga određenog privrednog subjekta učini unikatnom i prepoznatljivom "u moru istovetnih roba i usluga koje egzistiraju na tržištu, a potiču od drugog privrednog subjekta."⁵ Obeležavanje robe i usluga vrši se radi njihove identifikacije, individualizacije na tržištu robe odnosno usluga. Radi njihovog razlikovanja na tržištu vrši se obeležavanjem pa se i na taj način obavlja određena privredna funkcija. Uslov za korišćenje oblika proizvoda odnosno usluge je njegovo stvaranje namenjeno za prodaju, a ne za sopstvene potrebe. Za obeležavanje nužno je postojanje bar dva proizvođača iz te robe koje se prodaju istoj grupi potrošača.

Pod robnim, odnosno, uslužnim žigom se ne podrazumevaju pečat, mada robnim i uslužnim znaci mogu svojim izgledom podsećati na pečat odnosno otisak pečata. Pod uslužnim i robnim znacima ne podrazumavaju se ni štambilj, kao ni službeni znak za obeležavanje originalnih metala - punc. I prema zakonskoj definiciji žig je pravo. Radi se o isključivom pravu, apsolutnom pravu. Međutim, žig može imati jednog ili više nosilaca prava korišćenja. Kada se žig koristi od strane jednog lica radi se o individualnom žigu. Kada žig koristi više lica radi se o kolektivnom žigu. Prema zakonskoj definiciji kolektivni žig je žig pravnog lica i on predstavlja određeni oblik udruživanja proizvođača, odnosno davalaca usluga koji imaju pravo da koriste subjekti koji su članovi tog udruženja pod uslovima predviđenim zakonom. Korisnici kolektivnog žiga imaju pravo da taj žig koriste samo na način koji je predviđen opštim aktom o kolektivnom žigu.⁶ Više

² "Službeni glasnik RS", br. 104/09 od 16.12.2009. god.

³ Član 1. stav 2. Zakona o žigovima.

⁴ Član 1. stav 3. Zakona o žigovima.

⁵ O tome Vladmir Marić: Zaštita muzičkog žiga, Pravni informator, Beograd, 2001, br. 1-2, st. 59.

⁶ Član 2. Zakona o žigovima.

privrednih društava pod nadzorom nosioca žiga mogu koristiti žig pa tada imamo žig garancije i on služi kao garancija kvaliteta geografskog porekla, načina proizvodnje ili drugih zajedničkih obeležja robe ili usluga tih privrednih subjekata. Dužnost je nosioca žiga garancije da dozvoli korišćenje žiga garancije svakom privrednom društvu za robe ili usluge, koje imaju zajedničke karakteristike propisane opštim aktom o žigu garancije.

PREDMET I USLOVI ZAŠTITE

Predmet žiga je znak kojim se vrši individualizacija roba i usluga u privrednom prometu. U savremenijim uslovima potrošnje robni i uslužni žigovi dobijaju poseban značaj. Potrošači biraju proizvode, znak podoban i traže usluge radi toga što njihove oznake upućuju na način života pa i određene ideje. Korišćenje određenih proizvoda koji su obeleženi znakom kod nekih grupacija predstavlja statusni simbol i simbol društvenog prestiža u pogledu onih roba koje se svakodnevno koriste. "Čuveni robni i uslužni znaci danas mogu da služe i kao simbol nacionalnih pa čak i civilizacijih vrednosti zavisno od područja sa kojeg potiče ponuđač od značajnih roba i usluga".⁷ Znak se može sastojati od reči, slogana, slova, brojeva, slika, crteža, rasporeda, boja, trodimenzionalnih oblika, kombinacija tih znakova kao i od muzičkih fraza prikazanih notnim pismom i sl. Dakle u zakonu su navedeni samo neki od primera u kojima se može pojaviti robni odnosno uslužni žig. U zakonu su dati određeni primeri. Prednost zaštite zakonom je dat kroz određene primere pa se znak može sastojati i od drugih odgovarajućih elemenata.⁸

Žigom se u načelu može zaštititi znak koji ispunjava osnovni zadatak žiga a to je da bude dovoljno distinktivan tako da može poslužiti raspoznavanju i razlikovanju istovrsne ili slične robe odnosno usluga u poslovnom prometu. Žigom se ne može zaštititi znak koji je protivan javnom poretku ili prihvaćenim moralnim principima, znak koji po svom ukupnom izgledu nije podoban za razlikovanje robe, odnosno usluga u prometu kao ni znak koji isključivo predstavlja trodimenzionalni oblik određene prirodi robe ili oblik robe nepohodan za dobijanje određenog tehničkog rezultata. Takođe žigom se ne može zaštititi znak koji isključivo označava vrstu robe odnosno usluga, njihovu namenu, vreme ili način proizvodnje, kvalitet, cenu, količinu, masu ili geografsko poreklo kao ni znak koji je uobičajen za označavanje određene vrste robe, odnosno usluga. Znak koji svojim izgledom ili sadržajem može da stvari zabunu u prometu i da dovede u zabludu učesnika u prometu u pogledu geografskog porekla, vrste, kvaliteta i drugih svoj-

⁷ Siniša Varda: Pravo industrijske svojine Treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, Kragujevac, 2010, str. 190. Autor se poziva na Idriz, Kamila, Intelktualna svojina - moćno sredstvo ekonomskog rasta, Beograd 2003. godine.

⁸ Član 4. stav 2. Zakona o žigovima.

stva robe, odnosno usluga ne može se zaštititi žigom, kao ni znak koji sadrži zva- nične znakove ili punceve za kontrolu ili garanciju kvaliteta ili ih podržava. Znak koji je istovetan ranije zaštićenom znaku za istu vrstu robe odnosno usluga ne uživa zaštitu žigom, kao ni znak koji je istovetan ranije zaštićenom znaku drugog lica za sličnu vrstu robe odnosno usluga ili sličan ranije zaštićenom znaku drugog lica za istovetnu ili sličnu vrstu robe, odnosno usluga, ako postoji verovatnoća da zbog te istovetnosti odnosno sličnosti nastane zabuna u relevantnom delu javno- sti koja obuhvata i verovatnoću dovođenja u vezu tog znaka sa ranije zaštićenim znakom.

Žigom se ne može zaštititi znak, opšte poznati znak a to je znak koji je isto- vetan ili sličan, za istu ili sličnu vrstu robe, odnosno usluga znaku drugog lica koji je poznat u Srbiji a u smislu propisa Pariske konvencije o zaštiti industrijske svo- jine, kao ni čuveni znak koji bez obzira na robu odnosno usluge na koje se odno- si, predstavlja reprodukciju, imitaciju, prevod ili transliteraciju zaštićenog znaka drugog lica ili njegovog bitnog dela koji je kod učesnika u prometu u Srbiji nesu- mljivo poznat kao znak visoke reputacije ako bi se korišćenjem takvog znaka ne- lojalno izvlačila korist iz stečene reputacije čuvenog žiga ili bi se štetilo njegovom distiktivnom karakteru odnosno reputaciji. Znak koji svojim izgledom ili sadr- žajem povređuje autorska prava ili druga prava industrijske svojine kao ni znak koji sadrži državni ili drugi javni grb, zastavu ili simbol, naziv ili skraćenicu nazi- va neke zemlje ili međunarodne organizacije, kao i njihovo podržavanje, osim po odobrenju nadležnog organa odnosno zemlje ili organizacije ne može se štiti ži- gom. Znaci koji predstavljaju ili podržavaju nacionalni ili religijski simbol takođe ne mogu biti zaštićeni žigom.

Znak koji nije podoban za razlikovanje, znak koji isključivo označava vrstu robe odnosno usluga na namenu, način i vreme proizvodnje, valitet, cenu, količi- nu, masu i geografsko poreklo, kao i znak koji je uobičajan za označavanje robe odnosno usluga, može se zaštititi žigom ako podnosilac prijave dokaže da je oz- biljnim korišćenjem znak postao podoban za razlikovanje prometu robe odnosno usluga na koje se odnosi. Ukoliko nosilac ranijeg žiga da izričitu pismenu sagla- snost može se zaštititi žigom i istovetan ranije zaštićeni znak. Kod utvrđivanja da li se radi o opšte poznatom znaku ili čuvenom žigu uzima se u obzir "upoznatost re- levantnog dela javnosti sa znakom, uključujući i poznavanje do koga je došlo pu- tem promocije znaka. Relevantnim delom javnosti smatraju se stvarni i potenci- jalni korisnici robe, odnosno usluga, koje se obeležavaju tim znakom, kao i lica uključena u distributerske tokove te robe, odnosno usluga."⁹ Znak koji sadrži lik ili lično ime može se zaštititi samo po pristanku tog lica ako se radi o liku ili ličnom imenu umrlog lica može se zaštititi samo po pristanku roditelja, supružnika i dece umrlog. Ako se radi o znaku koji sadrži lično ime istorijske ili druge umrle zna- menite ličnosti može se zaštititi uz dozvolu nadležnog organa i pristanak supružni-

⁹ Član 5. Zakona o žigovima.

ka i srodnika do III stepena srodstva. Strana, fizička i pravna lica u pogledu zaštite znaka žigom u Srbiji uživaju ista prava kao i domaća fizička i pravna lica ukoliko to proizlazi iz međunarodnih ugovora ili iz načela uzajamnosti. Postojanje uzajamnosti dokazuje lice koje se na uzajamnost poziva.¹⁰

PRIVREDNA FUNKCIJA ŽIGA

Prevaziđeno je shvatanje da žig prvenstveno pokazuje poreklo robe, da je njegova funkcija upoznavanje potrošača na preduzeće iz koga dolazi roba na tržištu.¹¹ U stručnoj literaturi iznosi se funkcija žiga za označavanje porekla proizvoda, njegovu identifikaciju kao i identifikaciju usluga pa i njihovu garanciju. Međutim, žig obuhvata i ime i funkciju, propagandu, reklamu i ima takmičarsku funkciju.

Obeležavanjem roba odnosno usluga u cilju njihove identifikacije na tržištu ostvaruje se više privrednih funkcija. One mogu biti: funkcija razlikovanja, funkcija ukazivanja na poreklo robe, odnosno usluge, garantna funkcija i reklamna funkcija. Razvoj industrije, saobraćaja, informatike, novih tehnologija i usluga ukazuje na potrebu potpunije identifikacije robe i usluga i zaštitu svih nosilaca prava što je i opšti društveni interes. Znaci razlikovanja proizvoda i usluga i njihovo obeležavanje doprinose i nosiocima prava, bolji i efikasan poslovni i finansijski efekat. Potrošači robe i korisnici usluga dolaze do željenih proizvoda ili usluga. Zahvaljujući žigu lako se saznaje ko je proizvođač a ko vršilac usluge. Stvara se određena sigurnost i lakše se dolazi do željenog proizvoda odnosno usluge. Žig ima sigurnost i poverenje. Zaštita znaka razlikovanja brže i potpunije se štiti ako je znak zaštićen žigom.

POSTUPAK ZA STICANJE ŽIGA

Priznanje žiga kod nas ostvaruje se u posebnom postupku, upravnom, koji se sprovodi pred Zavodom za intelektualnu svojinu. Postupak se pokreće podnošenjem prijave za priznanje žiga. Sledeća faza je ispitivanje sadržine isprave formalno i materijalno, a zatim donošenje odluke o priznanju ili odbijanju prijave. Prijavu mogu podneti domaća i strana fizička i pravna lica. Strana lica prijavu podnose preko punomoćnika, zastupnika sa spiska koji se vodi kod Zavoda za intelektualnu svojinu ili domaćeg advokata.

Bitni delovi prijave za priznanje žiga su: zahtev, znak koji se želi zaštititi žigom i spisak robe, odnosno usluga na koje se znak odnosi.¹² Zahtev, znak koji se želi zaštititi i spisak robe odnosno usluga na koje se znak odnosi moraju sadržati naročito propisane zakonske usluge, elemente figurativne, a spisak robe, odno-

¹⁰ Član 6. Zakona o žigovima.

¹¹ Albert Verona - Pravo industrijskog vlasništva, Informator, Zagreb 1978, str. 160.

¹² Član 12. Zakona o žigovima.

sno usluga moraju biti označeni i svrstani prema klasama iz Međunarodne klasifikacije robe i usluga. Kada se traži priznanje kolektivnog žiga mora se priložiti i opšti akt o kolektivnom žigu, a uz priznanje žiga garancija opšteg akta o žigu garancije.¹³

Procedura priznanja žiga pred Zavodom uređena je zakonom. Zavod ispituje da li je prijava formalno pravno uredna, a nakon toga da li su ispunjeni materijalno-pravni uslovi za priznanje žiga. Zavod donosi rešenje o priznanju ili odbijanju žiga. Priznato pravo upisuje se u Registar žigova i objavljuje u Službenom glasilu. Nosiocu prava izdaje se isprava o žigu. Međunarodno registrovanje žiga posebno je uređeno Zakonom o žigovima.¹⁴

UPRAVNA ZAŠTITA

Zavod za intelektualnu svojinu povodom donete prijave za priznanje žiga donosi rešenje u upravnom postupku. Protiv odluke Zavoda može se izjaviti žalba Vladi u roku od 15 dana od dana prijema. Protiv odluke Vlade po žalbi može se pokrenuti upravni spor u roku od 30 dana od prijema odluke.¹⁵ Odluka doneta od strane upravnog organa ima karakter upravnog akta, pojedinačnog upravnog akta. Kako se radi o konačnom upravnom aktu u smislu Zakona o upravnim sporovima tužba se može podneti Upravnom sudu.¹⁶

Prema Zakonu o žigovima žalba se izjavljuje na odluku Zavoda Vladi, ne navodi se naziv organa. Administrativna komisija Vlade odlučuje o žalbi na rešenje Zavoda, kvalifikovanog organa za donošenje i odlučivanje o prijavi za priznanje žiga. Takvo zakonsko rešenje ne može biti u funkciji pravne i potpune zaštite prava intelektualne svojine. To treba hitno preispitati, naći drugo i bolje rešenje kako bi po žalbi odlučivao neki drugostepeni organ.

ZAKLJUČAK

Usklađujući pravo intelektualne svojine sa propisima Evropske unije Srbija je donela 2009. godine Zakon o žigovima. Na takva postupanja upućuje i poglavlje VII pravo intelektualne svojine za prijem zemalja u Evropsku uniju. Način sticanja i zaštita znaka u prometu robe, odnosno usluga štiti se žigom. To pitanje ima poseban značaj u savremenim uslovima razvoja na nacionalnom i međunarodnom planu, posebno razvojem novih tehnologija i informatike. Sve to zahteva kvalitetne i obučene kadrove i njihovu specijalizaciju. Potrebno je izmeniti odredbu u Zakonu o žigovima i predvideti drugi organ za odlučivanje o žalbama na odluke Zavoda za intelektualnu svojinu, kao drugostepeni za odlučivanje.

¹³ Član 13. Zakona o žigovima.

¹⁴ Član 32. - 36., član 37, Teritorijalno priznanje međunarodno registrovanog žiga.

¹⁵ Član 7. Zakona o žigovima.

¹⁶ Član 3. - 6. Zakona o upravnim sporovima ("Službeni glasnik RS", br. 111/2009).

UTVRĐIVANJE KONKRETNE DISTINKTIVNOSTI BOJE KAO PREDMETA ŽIGA

U V O D

Prema Zakonu o obeležavanju proizvoda koji je u Nemačkoj važio do 31.12.1994. godine nije bila moguća registracija apstraktnih boja kao predmeta žiga. Ova mogućnost je uvedena Zakonom o žigovima koji je stupio na snagu 1.1.1995. godine. U čl. 3, st. 1, izričito je navedeno da boje i kombinacije boja mogu biti zaštićene žigom, čime je implementiran čl. 2, Direktive 89/104/EEZ.

Na osnovu ovih odredaba boje se mogu zaštititi žigom, što znači da su apstraktno distinktivne. Pod apstraktnom distinktivnošću se podrazumeva apstraktna podesnost oznake za razlikovanje bilo kojih proizvoda i usluga. Njome se neka oznaka konstituiše kao pravno relevantna u smislu razlikovanja proizvoda i usluga. Apstraktna distinktivnost u smislu čl. 3, st. 1, nemačkog Zakona o žigovima se mora razlikovati od podobnosti oznake za registraciju, koja se utvrđuje na osnovu konkretne distinktivnosti u smislu čl. 8, st. 2, br. 1, istog Zakona. Drugim rečima, kada se prizna apstraktna distinktivnost boja, u svakom pojedinačnom slučaju se mora ispitati da li su one konkretno distinktivne. Nepostojanje konkretne distinktivnosti je apsolutna smetnja za registraciju, koja se, pak, može otклонiti korišćenjem oznake u prometu. Nasuprot tome, apstraktna distinktivnost se ne može steći nametanjem u prometu.

U vezi sa utvrđivanjem konkretne distinktivnosti neke boje postojale su značajne razlike, kako na nacionalnom nivou između Saveznog vrhovnog suda Nemačke i Saveznog patentnog suda Nemačke, tako i na nivou Evropske unije između prakse Saveznog vrhovnog suda Nemačke i Evropskog suda pravde. O ovim pitanjima ćemo govoriti u radu.

POJAM KONKRETNE DISTINKTIVNOSTI

Konkretna distinktivnost je svojstvo oznake da se u prometu shvati kao sredstvo razlikovanja njom obeleženih proizvoda i usluga nekog preduzeća od proizvoda i usluga drugih preduzeća. Može biti izvorna i stečena. Izvorna distinktivnost je nezavisna od korišćenja u prometu, tj. oznaka je kao takva distinktivna ili nedistinktivna. Drugim rečima, izvorna distinktivnost postoji već onda kada se oznaka može razviti u sredstvo kojim se upućuje na poreklo i na identifikaciju proizvoda, što je moguće samo kada oznaka poseduje tzv. latentnu funkciju porekla. Utvrđivanje latentne funkcije porekla u postupku registracije vezano je za prognozu budućeg razvoja oznake kao sredstva razlikovanja u vezi sa konkretnim proizvodima ili uslugama koje su sadržane u prijavi.¹

Izvorna distinktivnost ne postoji samo u malom broju slučajeva, što znači da je za registraciju oznake dovoljna već i neznatna distinktivnost. Međutim, mora se imati u vidu da se zabrana registracije oznaka koje ne poseduju nikakvu distinktivnost razlikuje od situacija u kojima je oznaka opisujuća ili uobičajena u govornom jeziku i prometu. Naime, oznaka koja nije opisujuća niti uobičajena u govornom jeziku i prometu, biće izvorno distinktivna već na osnovu prognoze o latentnoj funkciji porekla, kada će se u delu prometa, koji nije neznatan, shvatiti kao sredstvo razlikovanja proizvoda ili usluga. Nepostojanje izvorne distinktivne moći može biti otklonjeno nametanjem oznake u prometu. Naime, oznaka koja po poreklu nije distinktivna može biti registrovana, kada se korišćenjem nametnula u prometu i time stekla konkretnu distinktivnost. Međutim, obim merodavnih prometnih krugova za ocenu izvorne distinktivnosti ne može se poistovetiti sa obimom prometnih krugova koji su merodavni za utvrđivanje činjenice da se oznaka nametnula u prometu. To znači da se pooštreni zahtevi u vezi sa nametanjem u prometu ne mogu postaviti za ocenu izvorne distinktivnosti oznake.²

IZVORNA DISTINKTIVNOST APSTRAKTNIH BOJA U RANIJOJ PRAKSI SAVEZNOG VRHOVNOG SUDA NEMAČKE

U ranijoj praksi Saveznog vrhovnog suda Nemačke bila je priznata izvorna distinktivnost apstraktnih boja. U načelnoj presudi "Farbmarke Gelb/Schwarz"

¹ Karl-Heinz Fezer, *Markenrecht*, 3. Auflage, München, 2001, str. 386.

² Ibid, str. 387.

ističe se: “Kao i druge forme žigova, koje su navedene u čl. 3, st. 1, Zakona o žigovima, boje su u načelu prikladne da budu oznake porekla. Boje se, takođe, mogu grafički predstaviti i to korišćenjem sistema klasifikacije boja ili podnošenjem odgovarajuće mustre.”³

U presudi “Farbmarke magenta/grau”⁴ Savezni vrhovni sud Nemačke je zastupao stav da prema čl. 3, st. 1, Zakona o žigovima žigom mogu da budu zaštićene sve oznake koje su podesne da razlikuju proizvode ili usluge nekog preduzeća od proizvoda ili usluga drugog preduzeća. Na osnovu same formulacije ovog člana proističe da za apstraktnu podobnost boja ili kombinacija boja ne moraju da postoje nikakvi posebni uslovi za zaštitu u poređenju sa drugim oznakama, kao što su oznake u reči ili u slici. Drugim rečima, boje moraju da ispunjavaju opšte uslove, pre svega uslov samostalnosti u odnosu na proizvod. Značajno je da nije prihvaćeno ni mišljenje Saveznog patentnog suda, po kojem boje izvorno nisu distinktivne. Naprotiv, naglašeno je da se ne može generalno zaključiti da određena boja izvorno nije i najmanje distinktivna u vezi sa bilo kojim proizvodom.

Prema ovoj presudi izvorna distinktivnost apstraktnih boja ne može se unapred isključiti, a da pre toga nije utvrđena praksa i shvatanje u prometu. Ovakvim stavom odbačeno je prividno iskustveno načelo po kojem bojama izvorno ne pripada nikakva funkcija upućivanja na poreklo. To znači da se boje mogu registrovati, bez potrebe da se nametnu u prometu. Izvorna distinktivna moć ne postoji samo onda kada se u vezi sa konkretno prijavljenim proizvodima, na osnovu prakse ili shvatanja u prometu, zaključi da boja ne ispunjava funkciju upućivanja na poreklo. Reč je o izuzetku, s obzirom da je dovoljna i neznatna distinktivnost. Drugim rečima, Savezni vrhovni sud Nemačke jasno razgraničava ispitivanje izvorne distinktivne moći od one koja je stečena nametanjem u prometu. Oznaka se mora nametnuti u prometu samo onda kada je na osnovu konkretno utvrđenog činjeničnog stanja u vezi sa običajima ili shvatanjima u prometu, negirana izvorna distinktivnost za prijavljene proizvode.⁵

U teoriji se ističe da se paušalnim neprihvatanjem izvorne distinktivnosti, kao što je slučaj u praksi Saveznog patentnog suda, previđa restriktivno područje apsolutne smetnje za registraciju oznake. Naime, o apsolutnoj smetnji za registraciju može se govoriti kada ne postoji ni najmanja distinktivnost,⁶ pa se zato apstraktno boje ne mogu smatrati kao izvorno nedistinktivne za obeležavanje ma

³ BGH, Farbmarke gelb/schwarz - I ZB 20/98, од 10.12.1998, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 6/1999, str. 492.

⁴ BGH, Farbmarke magenta/grau - I ZB 23/98. од 25.03.1999, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 8/1999, str. 731.

⁵ Karl-Heinz Fezer, *navedeno delo*, str. 437.

⁶ Isto, str. 430.

kojih proizvoda. Na primer, braon ili bela boja nisu izvorno distinktivne za obeležavanje čokolada, ali su izvorno distinktivne lila ili tirkizna boja.⁷

Izvorno distinktivna boja se ne može registrovati, ako postoji potreba da ostane slobodna, tj. dostupna i drugim učesnicima u prometu, kao i onda kada je u prometu uobičajena za konkretne proizvode. To znači da je podobnost za registraciju apstraktne boje nezavisna od nametanja u prometu, osim u slučaju postojanja apsolutnih smetnji za registraciju. Boja uživa zaštitu za konkretne proizvode na osnovu registracije, bez prethodne upotrebe, a intenzitetom korišćenja na tržištu razvija se njena distinktivna moć koja je promenljiva veličina.⁸

PRESUDA EVROPSKOG SUDA PRAVDE “LIBERTEL”

U presudi “Libertel”⁹ Evropski sud pravde je zauzeo suprotan stav u odnosu na stav koji je u navedenim presudama zastupao Savezni vrhovni sud Nemačke. Naime, Evropski sud pravde je dao odgovor na pitanje da li se i pod kojim okolnostima boji kao takvoj može priznati distinktivna moć u smislu čl. 3, st. 1 (a) i (b), kao i u smislu čl. 3, st. 3, Direktive 89/104/EEZ. U odgovoru na ovo pitanje sud polazi od konstatacije da je glavna funkcija žiga da potrošaču garantuje identitet porekla obeleženih proizvoda, tj. žigom se obeležava dotični proizvod kao proizvod koji potiče od nekog određenog preduzeća. U tom pogledu u obzir se moraju uzeti kako uobičajeno korišćenje žigova u smislu upućivanja na poreklo u dotičnim područjima, tako i opažanje u merodavnom prometu. Oznaka u boji kao takva se u merodavnom prometu nužno ne opaža na isti način, kao oznaka u reči ili slici. Naime, oznaka u reči ili slici je nezavisna od pojavnog oblika proizvoda koji je obeležen žigom. Promet je takođe naviknut da oznake u reči ili slici neposredno shvata kao oznake kojima se upućuju na određeno poreklo proizvoda. Međutim, ne može se bezrezervno smatrati da isto važi i za oznake koje su stopljene sa pojavnom slikom proizvoda. Potrošači nisu naviknuti da zaključuju o poreklu proizvoda na osnovu boje proizvoda, ili njegovog pakovanja, bez grafičkih elemenata ili elemenata u reči. Boja se kao takva, prema sadašnjim prometnim običajima, načelno

⁷ Isto, str. 436.

⁸ Ovu praksu Savezni vrhovni sud Nemačke nastavlja i u presudi “Farbmarke Violettfarben”: „Prilikom ispitivanja distinktivnosti beskonturnih boja ne sme se postaviti strože merilo od onog koje važi za druge forme žigova. I u slučaju žigova u boji dovoljna je svaka, takođe, još samo neznatna distinktivnost, da bude ispunjen uslov za registraciju. Konkretna distinktivnost neke boje može se zato isključiti samo onda kada je na osnovu prakse i shvatanja u prometu potvrđeno da boja nema funkciju upućivanja na poreklo.” BGH, *Farbmarke violettfarben* - I ZB 57/98: *Eintragungsfähigkeit einer konturlosen Farbmarke*, od 1.3.2001, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 12/2001, str. 1154.

⁹ BGH, “Libertel” C - 104/01, od 6. 5. 2003, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*, 7/2003, strp. 604- 609.

ne koristi kao sredstvo identifikacije, jer ne poseduje osobinu da se njome razlikuju proizvodi određenog preduzeća od proizvoda drugog preduzeća. Samo pod izuzetnim okolnostima boja poseduje izvornu distinktivnost, na primer, kada je veoma mali broj proizvoda za koje je žig prijavljen, a merodavno tržište specifično. U slučaju da boja nije izvorno distinktivna u smislu čl. 3, st. 1, (b) distinktivnost može da stekne na osnovu korišćenja shodno čl. 3, st. 3, Direktive 89/104/EEZ, a u vezi sa proizvodima za koje je prijavljena za registraciju.¹⁰

PRAKSA SAVEZNOG VRHOVNOG SUDA NEMAČKE
POSLE PRESUDE "LIBERTEL"

Posle presude Evropskog suda pravde "Libertel", Savezni vrhovni sud Nemačke je u zaključku "Farbe Gelb"¹¹ promenio svoje prvobitno shvatanje i prihvatio izložene stavove Evropskog suda pravde, kao i stavove prethodne instance, a to je Savezni patentni sud Nemačke. Naime, Savezni patentni sud ističe da je distinktivnost svojstvena konkretna podobnost neke oznake da u prometu bude shvaćena kao sredstvo razlikovanja za proizvode ili usluge nekog preduzeća od proizvoda i usluga drugog preduzeća. Distinktivnost odgovara glavnoj funkciji žiga, a to je garantovanje identiteta porekla obeleženih proizvoda. Smernice za ocenu distinktivnosti su proizvodi za koje se zahteva zaštita žigom i shvatanje merodavnih prometnih krugova. Prilikom ocene distinktivnosti apstraktne boje dodatno se mora uzeti u obzir da merodavni promet nije naviknut da samo na osnovu boje proizvoda ili njihovog pakovanja zaključni o poreklu proizvoda, jer se apstraktna boja u prometu načelno ne upotrebljava kao sredstvo za identifikaciju. Samo pod posebnim okolnostima boja može da bude distinktivna, na primer, kada je veoma mali broj prijavljenih proizvoda, a merodavno tržište veoma specifično. Drugim rečima, ograničeni broj proizvoda za koje se zahteva zaštita i vrlo specifični tržišni segment su, prema praksi Evropskog suda pravde, primeri posebnih okolnosti pod kojima se u prometu nekoj boji može pripisati upućivanje na poreklo, za razliku od uobičajenog opažanja boje kao dekorativnog elementa ili kao boje samog proizvoda.

U zaključku u vezi sa odlukom prethodne instance, Savezni vrhovni sud Nemačke ističe: "Kada je reč o apstraktnim žigovima u boji mora se poći od toga da takvi žigovi ne poseduju zahtevanu distinktivnost u smislu čl. 8, st. 2, br. 1, Zakona o žigovima i kada se primene najniži standardi ispitivanja. U slučaju apstraktnih žigova u boji se zato, po pravilu, mora ispitivati da li postoje naročite okolnosti kojima se, ipak, opravdava pretpostavka da je prijavljeni žig distinktivan. Ova

¹⁰ Marianne Grabrucker, Elisabeth Fink, "Aus der Rechtsprechung des Bundespatentgerichts im Jahre 2008"; *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 5/2009, str. 430.

¹¹ BGH, Farbe gelb - I ZB 76/08, od 19.11.2009, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 7/2010, str. 637.

ocena zahteva obimno ispitivanje shvatanja u prometu prilikom opažanja boje na dotičnom sektoru proizvoda, kao i isto takvo ispitivanje interesa zajednice za slobodnim korišćenjem zahtevane boje. Drugim rečima, prilikom ispitivanja uslova distinktivnosti, takođe, se ispituje navedeni opšti interes. Za ocenu distinktivnosti od značaja je i to da li se registracija boje zahteva za veliki broj proizvoda, ili samo za određenu grupu. Posebne okolnosti pri kojima apstraktni žig u boji može da poseduje distinktivnost naročito postoje kada je broj proizvoda za koje je žig prijavljen veoma mali i merodavno tržište veoma specifično.”¹²

Međutim, Savezni vrhovni sud Nemačke smatra da Savezni patentni sud nije u potpunosti ispitao da li je u konkretnom slučaju reč o nekom specifičnom tržištu. Postojanje specifičnog tržišta ne može se osporiti samo konstatacijom da se područjem energetike obuhvata veliki broj različitih usluga. Pored toga, Savezni patentni sud nije u dovoljnoj meri ispitao da li je na dotičnom sektoru usluga u prometu stvorena navika da se boje smatraju kao sredstvo obeležavanja i da li konkretno zahtevana boja deluje kao upućivanje na poreklo. Naime, ispitivanje smetnje za registraciju, koja se odnosi na nepostojanje distinktivne moći, mora biti sveobuhvatno i na osnovu svih relevantnih okolnosti konkretnog slučaja. Pri tome je samo jedan od kriterijuma za ocenu distinktivnosti apstraktne boje da li je žig prijavljen za obeležavanje veoma malog broja proizvoda i da li je merodavno tržište veoma specifično. Izuzetne okolnosti, pri kojima se može govoriti o distinktivnosti apstraktnog žiga, po pravilu se ne mogu ustanoviti kada prijava nije ograničena na neko specifično tržište i na veoma mali broj proizvoda ili usluga. Savezni patentni sud nije u dovoljnoj meri cenio ni navod da se promet u području energetike navikao da apstraktnim bojama pripada i funkcija upućivanja na poreklo.¹³

U navedenom zaključku prihvaćen je stav da je registracija boje u načelu moguća samo kada se na osnovu upotrebe za obeležavanje dotičnih proizvoda u znatnom delu prometa prihvata kao sredstvo za identifikaciju porekla proizvoda. Pitanje zahteva koji se postavljaju u vezi sa distinktivnom moći koja se stiče upotrebom na osnovu čl. 3, st. 3 (1) Direktive, Evropski sud pravde je razmotrio u presudi “Chiemsee”. Tužilja u ovom sporu je istakla da je prema čl. 3, st. 3, Direktive neophodni stepen distinktivne moći isti kao i stepen distinktivne moći koji se izvorno zahteva za registraciju žiga, pa iz tog razloga nema značaja potreba da oznaka ostane dostupna u prometu. Prilikom utvrđivanja distinktivne moći koja se stiče korišćenjem moraju se uzeti u obzir oceniti sva dokazna sredstva, na primer, promet proizvoda obeleženih žigom, reklamni troškovi, kao i izveštaji u štampi. Nasuprot tome, tužena ističe da su čl. 3, st. 3, Direktive i čl. 8, st. 3, nemačkog Zakona o žigovima “dve strane iste medalje”. Naime, prvi propis se od-

¹² Isto, str. 640.

¹³ Isto, str. 641.

nosi na rezultat, tj. na sticanje distinktivne moći, a drugi na način kojim se ovaj rezultat postiže, a to je nametanje žiga kao oznake za razlikovanje u prometu. Mogućnost registracije opisujuće oznake zavisi od okolnosti konkretnog slučaja, a naročito od intenziteta potrebe za dostupnošću oznake. Tužena smatra da je u saglasnosti sa čl. 3, st. 3, Direktive da se opisujuća oznaka mora nametnuti u više od 50% učesnika u prometu, kao i to da je stvar nacionalnog prava da odredi metod po kojem će utvrditi nametanje žiga u prometu.

Evropska komisija zastupa mišljenje da za sticanje distinktivne moći korišćenjem na osnovu čl. 3, st. 3, Direktive nema uticaja potreba da oznaka ostane dostupna. Za utvrđivanje distinktivne moći neophodno je ispitivanje u svakom pojedinačnom slučaju, a bez značaja je da li se oznaka nametnula u više od 50% prometa. Pored demoskopskih veštačenja u obzir se uzimaju i stavovi industrijskih i trgovačkih komora, kao i strukovnih udruženja i eksperata.

Po stanovištu suda neka oznaka koja izvorno nije distinktivna, može korišćenjem da stekne distinktivnost i da po tom osnovu bude registrovana kao žig. Distinktivna moć stečena korišćenjem znači da je oznaka podesna da se njome obeleže proizvodi u smislu porekla iz određenog preduzeća i da se razlikuju od proizvoda drugih preduzeća. Za utvrđivanje distinktivne moći koja je stečena korišćenjem nadležna institucija mora da ispita sve okolnosti kojima se može dokazati da je žig stekao podobnost da se njime obeleže dotični proizvodi. Za utvrđivanje distinktivne moći žiga takođe mogu da budu uzete u obzir okolnosti koje se odnose na tržišni udeo žiga, intenzitet, geografsko prostiranje i trajanje korišćenja, reklamni troškovi preduzeća u vezi sa žigom, deo učesnika u prometu u kojem se proizvod na osnovu žiga prepoznaje kao proizvod koji potiče od nekog određenog preduzeća, kao i stavovi industrijskih i trgovačkih komora i drugih strukovnih udruženja. Kada nadležna institucija, na osnovu ovih podataka smatra da se u prometnim krugovima ili barem u njihovom značajnom delu, proizvod obeležen žigom prepoznaje kao proizvod koji potiče iz nekog određenog preduzeća, tada je ispunjen uslov koji se za registraciju žiga postavlja čl. 3, st. 3, Direktive. Međutim, okolnosti pod kojima se može smatrati da je ovaj uslov ispunjen ne mogu se utvrditi samo na osnovu generalnih i apstraktnih podataka, kao što je, na primer, utvrđeni procentualni iznos.

Na osnovu svega, Evropski sud pravde smatra da se čl. 3, st. 3 (1) Direktive mora tumačiti na sledeći način: distinktivna moć žiga koja je stečena korišćenjem znači da je žig podesan da se njime obeleže proizvodi kao proizvodi koji potiču iz nekog određenog preduzeća i da se time razlikuju od proizvoda drugih preduzeća; nije dozvoljeno diferenciranje distinktivne moći prema ustanovljenom interesu da geografska oznaka bude dostupna za korišćenje drugim preduzećima; nadležna institucija prilikom utvrđivanja da li je žig korišćenjem stekao distinktivnu moć mora da sveobuhvatno ispita sve okolnosti kojima se može dokazati da je žig postao podesan za identifikaciju proizvoda; uslov za registraciju žiga je ispunjen

kada se u značajnom delu učesnika u prometu proizvod prepoznaje na osnovu žiga kao proizvod koji potiče iz nekog određenog preduzeća.¹⁴

KONKRETIZACIJA USLOVA ZA IZVORNU DISTIKTIVNOST BOJA

U zaključku Saveznog patentnog suda Nemačke¹⁵ je potvrđena izvorna distinktivnost apstraktne plave boje (Pantone 300) za obeležavanje hemijskih aditiva za prečišćavanje izduvnih gasova motornih vozila i za pogonska goriva za motorna vozila. U obrazloženju zaključka se ističe da apstraktne boje, u načelu, nisu distinktivne čak i kada se za ocenu distinktivnosti primene najblaži kriterijumi. To znači da se mora ispitati da li postoje naročite okolnosti kojima se, ipak, može opravdati postojanje distinktivnosti žiga. Ocena se zasniva na sveobuhvatnom ispitivanju shvatanja koje je u prometu povezano sa opažanjem boja na odgovarajućem sektoru proizvoda i usluga, kao i interesa zajednice da boja ostane dostupna. Od značaja je, takođe, da li se registracija boje zahteva za veliki broj proizvoda ili usluga, ili samo za određenu grupu. Posebne okolnosti na kojima se može zasnivati distinktivnost apstraktne boje su veoma mali broj proizvoda ili usluga za koje je žig prijavljen, kao i naročita specifičnost relevantnog tržišta. Običajima u pogledu obeležavanja na odgovarajućem sektoru proizvoda i usluga pripada odlučujući značaj za utvrđivanje da li je u prometnim krugovima stvorena navika da se boji pripiše ukazivanje na poreklo i da se ona ne posmatra samo sa estetskih aspekata oblikovanja proizvoda. Sud je konkretizacijom ovih načela potvrdio izvornu distinktivnost boje. Naime, proizvodi za koje je apstraktna boja prijavljena obrazuju ograničenu specifičnu grupu, jer se mogu kupiti samo na benzinskim stanicama. Ovo tržište je u pogledu običaja obeležavanja, nezavisno, ograničeno i privredno specifično u poređenju sa drugim branšama. U pogledu navedenih proizvoda u prometu je nastao običaj da se apstraktna boja smatra kao upućivanje na poreklo. Na ovom tržištu svaka velika kompanija nastupa sa svojom bojom. Na primer, aparati za točenje goriva jedne kompanije obojeni su istim bojom, pa kupac već po tome prepoznaje o kojem je proizvođaču reč. Pored toga, na krovovima benzinskih stanica nalaze se velike svetleće reklame sa tom karakterističnom bojom. Prosečni kupac je zato naviknut da boje benzinskih stanica shvati kao upućivanje na poreklo.

U literaturi se branša u kojoj posluju naftne kompanije više decenija ističe kao tipični primer za upotrebu boja ili njihovih kombinacija za obeležavanje reklama proizvoda i usluga. Upotreba boja u navedenom smislu zasniva se na činje-

¹⁴ EuGH, 4. 5.1999, Rs. C - 108 und 109/97 - "Chiemsee", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 8 -9/1999, str. 728.

¹⁵ BPatG, 16. 5. 2012, "28W(pat)11/11 Aral-Blau als abstrakte Farbmarke originär unterscheidungskräftig", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht PRAX* 24/2012, str. 576.

nici da potrošač vizuelno ne može da opazi razlike između određenih pogonska goriva, jer su ona bezbojna, pa je za naftne kompanije opravdana potreba da svoje proizvode predstave potrošaču upotrebom boja, kojima ukazuju na poreklo.

Prijavljeni proizvodi, a to su pogonska goriva samo za motorna vozila i hemijski aditivi za prečišćavanje izduvnih gasova, nisu pojavno vezani za plavu boju, jer se ta boja ne koristi za opisivanje određenih pogonskih goriva, kao što je to slučaj sa specijalnom crvenom bojom za bojenje lož ulja, s obzirom na nižu cenu u poređenju sa istim gorivom za motorna vozila. Aditivi za prečišćavanje izduvnih gasova su bezbojni. Na osnovu psihološkog i fiziološkog delovanja boja ne ostvaruje se nikakvo konkretno upućivanje na vrstu, svojstva ili delovanje proizvoda koji su prijavljeni za registraciju. Na primer, činjenica da se primenom plave boje utiče na snižavanje pulsa i krvnog pritiska nema značaja za opisujući karakter oznake u smislu prava o žigu. Iz tog razloga ne postoji ni potreba da plava boja ostane dostupna trećim licima u vezi sa proizvodima koji su prijavljeni za registraciju.

ODREĐIVANJE STEPENA NAMETANJA U PROMETU

Savezni patentni sud Nemačke je u zaključku 33W (pat) 103/09¹⁶ razmatrao pitanje registracije apstraktne boje (crvena boja HKS 13) za finansijske usluge i predmet uputio Evropskom sudu pravde, postavljajući sledeće pitanje: "Da li je članu 3, st. 1 i 3, Direktive suprotno tumačenje nacionalnog prava, kojim se za apstraktne boje za obeležavanje finansijskih usluga zahteva da se anketom potrošača mora dokazati prečišćeni stepen pripisivanja od najmanje 70% da bi se moglo smatrati da je boja korišćenjem stekla distinktivnost."¹⁷

Polazeći od načela koja je u presudi "Libertel" postavio Evropski sud pravde, Savezni patentni sud je najpre razmotrio pitanje izvorne distinktivnosti apstraktne boje, koja samo izuzetno može da bude izvorno distinktivna i to onda kada je značajno mali broj proizvoda ili usluga za koje je žig prijavljen, a merodavno tržište veoma specifično. U konkretnom slučaju ovi uslovi nisu ispunjeni, jer na tržištu finansijskih usluga posluju mnogobrojne banke koje ove usluge pružaju privatnim licima. Najvažnije boje, crvena, plava i žuta su uvek upotrebljavane od većeg broja banaka, takođe i od onih koje nisu međusobno privredno povezane. S obzirom da ne postoji izvorna distinktivnost, sud je morao da utvrdi da li je boja korišćenjem stekla distinktivnost.

Prema nemačkoj sudskoj praksi je, po pravilu, neophodno anketiranje potrošača, koje se sprovodi u tri faze. U prvoj fazi se potrošačima postavlja pitanje

¹⁶ BPatG, 08.03.2013 - 33 W (pat) 33/12: EuGH-Vorlage zur Verkehrsdurchsetzung abstrakter Farbmarken - Sparkassen-Rot, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 8/2013, str. 844.

¹⁷ Isto, str. 845.

da li im je oznaka poznata. U drugoj fazi se osobama kojima je žig poznat postavlja pitanje da li oznaku smatraju kao upućivanje na poreklo proizvoda ili usluga iz bilo kog preduzeća, ali se ne postavlja pitanje o kojem je preduzeću reč. U trećoj fazi se licima, koja oznaku smatraju kao upućivanje na poreklo, postavlja pitanje kako se zove preduzeće na koje se ukazuje oznakom. Odgovorom na prvo pitanje pokazuje se stepen poznatosti oznake, odgovorom na drugo stepen obeležavanja, a odgovorom na treće pitanje se saznaje stepen pripisivanja. Za utvrđivanje da li je oznaka korišćenjem stekla distinktivnu moć merodavan je stepen obeležavanja. Od utvrđenog stepena obeležavanja sada se isključuju one osobe koje su u odgovoru na treće pitanje oznaku pripisale konkretnom trećem preduzeću koje nije u vezi sa prijaviocem žiga. Posle ove korekture dobija se prečišćeni stepen pripisivanja koji se takođe označava kao stepen nametanja, a odlučujući je za primenu čl. 8, st. 3, nemačkog Zakona o žigovima.

Po stanovištu suda u konkretnom slučaju postoje okolnosti takve prirode da se za sticanje distinktivne moći korišćenjem mora zahtevati naročito visok stepen nametanja, koji iznosi preko 70%. Osnovna osobenost slučaja je u neznatnoj podesnosti nekog tona boje da bude upućivanje na poreklo u vezi sa finansijskim uslugama. Uslovi za dokazivanje nametanja u prometu su utoliko oštrije, ukoliko je oznaka po svom specifičnom karakteru manje podesna da uputi na poreklo, što je već istaknuto u presudi "Chiemsee". Apstraktna boja se veoma teško može nametnuti u području finansijskih usluga kao upućivanje na poreklo. Takva boja će se prvenstveno prihvatiti kao upućivanje na poreklo kada za potrošača nisu potrebne nikakve oznake u reči da bi mogao da se opredeli za neku od različitih ponuda. To se naročito odnosi na proizvode koji se mogu prepoznati po svojoj formi i izgledu, a kupovina nije uslovljena tačnim informacijama o njihovim svojstvima. Prema okolnostima potrošač može takav proizvod da izabere i kupi na osnovu boje, a da pri tom ne čita tekst koji se nalazi na proizvodu ili pakovanju. Isto važi i za usluge kada su one povezane sa predmetima koji su prepoznatljiviji bez pisanih oznaka.

Međutim, takve okolnosti ne postoje u vezi sa uslugama na finansijskom sektoru, jer po pravilu nisu vezane sa primenom određenih predmeta koje potrošač prepoznaje i biva upućen na vrstu ponuđenih usluga. Pored toga, ove usluge su kompleksno oblikovane i zato se objedinjeno nude sa opširnim usmenim ili pisanim informacijama. Lice koje ulaže novac, ili podiže kredit, ili koje zaključuje ugovor o štednji ili osiguranju neće prihvatiti nikakvu ponudu, a da se prthodno nije informisalo o detaljima ponude. To znači da potrošač, po pravilu, ne bira samo na osnovu neke boje, jer obraća pažnju na pisane informacije, a apstraktne boje ne smatra kao upućivanje na poreklo, već kao sredstvo oblikovanja koje može koristiti svaki ponudilac.

Ton crvene boje HKS 13¹⁸ nije neuobičajen da bi za potrošača bio naročito upadljiv i da bi po tom osnovu bio shvaćen kao upućivanje na poreklo. Naprotiv, uobičajeno je da se ovaj ton boje, kao i zamenljivi slični crveni tonovi, koriste u reklamiranju mnogih proizvoda i usluga. Ove tonove u Nemačkoj, na primer, koriste nemačke železnice, Coca Cola, Marlboro, Vodofon, što potvrđuje da su potrošači naviknuti da ton boje opažaju kao dekorativno sredstvo, pa je naročito otežano sticanje distinktivne moći korišćenjem. Okolnost da se navedenim primerima dokazuje dekorativna upotreba samo u drugim privrednim područjima može da utiče na predstave potrošača i na sektoru usluga, stvarajući naviku da se u bojama sagledava samo sredstvo za oblikovanje.

Značajna sredstva koja su utrošena za reklamiranje crvene boje HKS 13 mogu da budu bez uticaja, jer je reč o reklamnim merama u kojima se navedeni ton boje ne koristi izolovano, već gotovo uvek zajedno sa natpisom "Sparkasse", dakle u kombinaciji sa nekom drugom oznakom kojom se upućuje na preduzeće. Drugim rečima, na osnovu troškova reklamiranja, još uvek se ne može zaključiti da li se i boja kao takva, bez kombinacije sa drugim oznakama, nametnula u prometu kao oznaka za obeležavanje usluga.

Sud zaključuje da je neophodan veoma jak dokaz kojim bi se otklonile navedene teškoće i apstraktna boja nametnula u prometu kao upućivanje na poreklo finansijskih usluga. Prema okolnostima konkretnog slučaja nije dovoljno da je stepen nametanja preko 50%. Naprotiv, mora se zahtevati značajno viši stepen, naime, stepen koji iznosi najmanje 70%.

Po stanovištu suda ne postoji stabilizovana sudska praksa u pogledu stepena nametanja koji je dovoljan za utvrđivanje distinktivnosti apstraktne boje. Naime, Evropski sud pravde se izjasnio da ne mogu biti odlučujući samo generalni i apstraktni podaci, kao što su definisani procentni iznosi. Shodno ovom stavu, mogu da budu od važnosti, pored drugih kriterijuma, i procentno definisani iznosi. Prema praksi Evropskog suda pravde nije dozvoljeno da se visina procentno definisanog iznosa odredi prema stepenu potrebe za dostupnošću oznake, tj. nije dozvoljeno zahtevati visoki procenat kada je reč o oznakama za koje postoji naročito izražena potreba za njihovom dostupnošću, a niži procenat za oznake za koje je manje izražena takva potreba. Na osnovu toga, nije merodavna okolnost da li je crvena boja za konkurente na relevantnom tržištu naročito važna i da po tom osnovu postoji naročita potreba za njenom dostupnošću. Obrnuto, naročito nizak stepen nametanja ne može biti dovoljan sa obrazloženjem da je obim zaštite žiga veoma ograničen u postupku zbog povrede. Međutim, moguće je i neophodno da se visina zahtevanog procenta dovede u zavisnost od posebnosti oznake i zaštićenih usluga. Po stanovištu Saveznog patentnog suda Nemačke, Evropski sud pravde se još uvek nije izjasnio o visini takvih procentnih iznosa, kao ni o ar-

¹⁸ HKS je registar sistema boja koji sadrži 88 osnovnih i 3.520 spot boja.

gumentima koji u tom kontekstu mogu da budu značajni, pa je zato i uputio navedeno pitanje.

Evropski sud pravde u odgovoru ističe da se pravom Unije ne zabranjuje da nadležna institucija koristi anketu u skladu sa svojim nacionalnim pravom kada postoje naročite teškoće pri utvrđivanju da li je oznaka upotrebom stekla distinktivnu moć. Kada se anketa smatra neophodnom nadležna institucija mora da odredi procenat potrošača, koji je po njenom mišljenju dovoljno značajan. Isti stav sud je zastupao i u presudi "Budějovický Budvar"¹⁹: "S obzirom da ne postoje odgovarajući propisi Unije, u nadležnosti je suda koji je uputio pitanje, da odluči prema svom nacionalnom pravu o korišćenju ankete u cilju ocene faktičkog stanja i utvrđivanja da li se oznaka "Bud" može kvalifikovati kao jednostavna i posredna geografska oznaka porekla, koja se nije transformisala u oznaku vrste. U slučaju da sud anketu smatra neophodnom, tada mora, takođe, prema nacionalnom pravu da odredi procenat potrošača, koji smatra dovoljno značajnim za cilj ovog ispitivanja."²⁰

Sveobuhvatnom ocenom može se utvrditi da opažanje potrošača nije isto za sve forme žigova, pa je tada teže utvrđivanje distinktivne moći za neke forme žigova u poređenju sa drugim. Međutim, kriterijumi za ocenu distinktivnosti apstraktnih boja su isti kao i za druge žigove, pa se teškoćama pri ispitivanju distinktivnosti, ne može opravdati postavljanje strožih kriterijuma. Na opšti način se ne može odrediti kada je oznaka stekla distinktivnu moć korišćenjem. Drugim rečima, rezultat ankete ne može da bude jedino odlučujuće polazište na osnovu kojeg se zaključuje da je oznaka stekla distinktivnost korišćenjem.

U odgovoru na postavljeno pitanje Evropski sud ističe da je Direktivi suprotno tumačenje, po kojem je u postupcima za utvrđivanje distinktivnosti apstraktnih boje na osnovu njenog korišćenja, uvek neophodno da se anketom dokaže stepen pripisivanja od najmanje 70%.

ZAKLJUČAK

Posle donošenja novog nemačkog Zakona o žigovima u kojem su implementirane odgovarajuće odredbe Direktive 89/104/EEZ, Savezni vrhovni sud Nemačke je prihvatio liberalnu praksu registracije boja kao predmeta žiga. Drugim rečima, boje ili kombinacije boja moraju da ispunjavaju opšte uslove, a ne i neke posebne, u poređenju sa drugim oznakama, kao što su oznake u reči ili u slici.

¹⁹ EuGH, 8. 9. 2009 - C-478/07: Schutz von geografischen Herkunftsangaben durch bilaterales Abkommen - Budějovický Budvar, národní podnik/Rudolf Ammersin GmbH, American Bud II, GRUR 2/2010, str. 143, tač. 89.

²⁰ Isto, str. 90.

Izvorna distinktivnost boja se ocenjuje na isti način kao i izvorna distinktivnost drugih oznaka.

Ovakvu praksu nije prihvatio Evropski sud pravde. Naime, po stanovištu ovog suda boje su izvorno distinktivne samo u izuzetnim slučajevima, što znači da se, u načelu, mogu zaštititi samo ako su distinktivnost stekle korišćenjem u prometu. Osnov za ovakvu praksu Evropskog suda pravde je u shvatanju da se boje prvenstveno koriste u estetske i dekorativne svrhe, a da samo izuzetno mogu ostvariti funkciju upućivanja na poreklo. Drugim rečima, boje su izvorno distinktivne samo pod izuzetnim okolnostima, na primer, kada je veoma mali broj proizvoda ili usluga za koje je žig prijavljen, a merodavno tržište specifično. Ovi stavovi konkretizovani su u praksi nemačkih sudova.

Nametanje u prometu znači da je oznaka zbog svoje primene za obeležavanje dotičnih proizvoda u znatnom delu prometa prihvaćena kao sredstvo identifikacije proizvoda ili usluga. Prema praksi Evropskog suda pravde merodavni kriterijumi su: deo tržišta na kojem se oznaka koristi, intenzitet korišćenja, geografska rasprostranjenost i trajanje korišćenja, reklamni troškovi, udeo prometnih krugova u kojima se na osnovu oznake smatra da proizvodi potiču iz nekog preduzeća, kao i izjašnjenja trgovačkih i industrijskih komora ili drugih strukovnih udruženja, a korišćenje oznake se u prometu mora odnositi na prijavljene proizvode ili usluge.

Evropski sud pravde, takođe, smatra da se na opšti način ne može odrediti kada je oznaka korišćenjem stekla distinktivnost, pa rezultat ankete ne može da bude jedino odlučujući kriterijum. Drugim rečima, Direktivi je suprotno tumačenje po kojem je uvek neophodno da se anketom dokaže stepen pripisivanja od najmanje 70% u postupcima za utvrđivanje distinktivnosti boje na osnovu njenog korišćenja.

BOŽIN VLAŠKOVIĆ, Ph.D.,
Professor, Faculty of Law University of Kragujevac

DETERMINING CONCRETE DISTINCTIVENESS OF THE COLOR TRADEMARKS

Summary

The new German and European law abstract colors can be protected as a trademarks. However, the colors are just extremely recognizes original distinctiveness. Unlike other signs, such as signs in words, colors can be generally protected only if they are using on the market acquired distinctiveness. For determining the distinctiveness of abstract color based on its use is not always necessary that the survey proves the degree of attribution of at least 70%.

ZORAN MILADINOVIĆ

ZAŠTITA PRONALAZAKA NA OSNOVU UGOVORA O SARADNJI U OBLASTI PATENATA

U V O D

Teritorijalno dejstvo patenta, kao subjektivnog prava intelektualne svojine kojim se štiti pronalazak jedan je od osnovnih principa koji postoji od usvajanja prvih propisa o zaštiti pronalazaka. Zbog toga se u početku ovaj problem rešavao uglavnom zaključivanjem bilateralnih ugovora između država kojima se priznalo pravo uzajamne zaštite pronalazaka državljana različitih država. Razvoj industrije i saobraćaja u XX veku, doveo je i do rastuće potrebe zaštite pronalazaka u više država. Nosiocima patenta nije više bilo dovoljno da imaju zaštitu određenog pronalaska samo na teritoriji svoje države, već su težili da dejstvo svojih patenta za određeni pronalazak protegnu i na teritorije onih država u kojima se očekuje da će pronalazak biti ekonomski iskorišćavan.

Ograničeni efekat bilateralnih sporazuma kojima se ovaj problem delimično rešava, morao je biti zamenjen nekim aktom koji bi omogućio da se podnošenjem jedne prijave ostvari zaštita u više država. Problem je rešen (u to vreme na najbolji mogući način) 1883. godine, usvajanjem Konvencije za zaštitu industrijske svojine, koja je po mestu usvajanja poznata kao Pariska konvencija (PK). Ovom konvencijom obrazovana je Pariska unija (PU).¹ Najveći značaj PK je u

¹ Prvih 11 država koje su potpisale i ratifikovale Parisku konvenciju i osnovale Uniju za zaštitu industrijske svojine bile su: Belgija, Brazil, Gvatemala, Salvador, Italija, Portugalija, Srbija,

Dr Zoran Miladinović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu pod nazivom "Usklađivanje pravnog sistema republike Srbije sa standardima Evropske unije".

tome što je njome ustanovljeno načelo nacionalnog tretmana, i što je za države članice PK propisana obaveza da strancima na svojoj teritoriji priznaju određena minimalna prava, bez obzira da li su ta prava nacionalnim zakonodavstvom priznata za svoje državljane ili ne.

Prema principu nacionalnog tretmana, svaka država članica PK se obavezuje da u pogledu zaštite prava industrijske svojine, pruži zaštićenim licima ista prava koja imaju i domaći državljani.² Principom nacionalnog tretmana, problem je samo delimično bio rešen, jer su državljani država članica PU u pogledu sticanja pojedinih prava industrijske svojine samo u formalnom smislu bili izjednačeni sa domaćim subjektima prava, dok ukoliko su želeli da određeno pravo zaštite u više država morali u svakoj od njih da *pokrenu odgovarajući postupak* kod nacionalnog organa za zaštitu industrijske svojine, što je svakako predstavljalo velike teškoće, pre svega praktične ali i pravne prirode. Ipak, usvajanjem PK, odnosno unošenjem u PK načela nacionalnog tretmana, ostvaren je ogroman napredak u odnosu na dotadašnje stanje. Pravi smisao principa nacionalnog tretmana, ojačan je propisivanjem određenih minimalnih prava, koja su države članice PK bile dužne da priznaju zaštićenim licima, među kojima sa aspekta zaštite pronalazaka najveći značaj ima *pravo međunarodnog prvenstva*.

Unošenjem u PK prava međunarodnog prvenstva, kao jednog od minimalnih prava, stvorena je mogućnost da lice koje je u nekoj državi članici PK (po pravilu je to bila njegova matična država) podnelo urednu prijavu za zaštitu određenog pronalaska, može u roku od 12 meseci od datuma podnošenja uredne prijave, za taj isti pronalazak podneti prijavu u bilo kojoj drugoj državi potpisnici PK, i da pri tome zadrži pravo prvenstva na zaštitu tog pronalaska u odnosu na sva druga lica koja bi eventualno podnela prijavu za isti takav pronalazak.

Međutim, i pored toga što je PK odigrala ogromnu ulogu, problemi oko zaštite pronalazaka u više država podnošenjem prijave u svakoj državi posebno i dalje su bili glavna prepreka za zaštitu pronalaska u više država. To je bio razlog da se nastavi sa aktivnostima kako bi se pronalazačima, omogućilo da podnošenjem jedne prijave za zaštitu pronalazaka ostvare zaštitu u više država. Pravni osnov za takvu mogućnost opet je bio sadržan u PK koja u članu 19 dozvoljava mogućnost da države članice PU mogu zaključivati posebne sporazume pod uslovom da oni nisu u suprotnosti sa odredbama PK i da se time olakšava postupak

Francuska, Holandija, Švajcarska i Španija.

² Prema članu 2 i 3 PK pravo na zaštitu po odredbama PK (zaštićena lica su) imaju: a/ fizička lica koja su državljani neke od država članica PK; b/ pravna lica koja imaju nacionalnost jedne od država PK; c/ fizička lica koja nisu državljani jedne od država PK ali u njoj imaju prebivalište i pravna lica koja u nekoj od država članica PK imaju ozbiljno i stvarno privredno ili trgovačko preduzeće.

zaštite pojedinih prava industrijske svojine.³ Ove teškoće konačno su otklonjene usvajanjem *Ugovora o saradnji u oblasti patenata* (USP) 1970. i *Konvencije o evropskom patentu* (KEP) 1973, čime je omogućeno da se podnošenjem *jedne prijave* ostvari zaštita pronalazaka u više zemalja. Ipak, ova dva dokumenta svaki za sebe ima svojih prednosti i nedostataka tako da se danas koristi mogućnost podnošenja prijave s pozivom na jedan ili drugi dokumenat.

Pravna priroda USP

USP je poseban *međunarodni sporazum*⁴ u smislu člana 19 PK. Zaključen je na diplomatskoj konferenciji održanoj 20. juna 1970. u Vašingtonu. Stupio je na snagu 1978. USP je dopunjen 1979, izmenjen 1984 i 2001. godine. USP danas okuplja 142 države među kojima je i Srbija.⁵ Smisao USP nije da deluje u pravcu unifikacije nacionalnih propisa o patentima država članica,⁶ već da objedini, odnosno pojednostavi postupak prijavljivanja pronalazaka u više država i to podnošenjem jedne međunarodne prijave, kao i da olakša nacionalnim patentnim upravama postupak ispitivanja prijava za priznavanje patenata. U suštini ovim dokumentom, postiže se saradnja između nacionalnih uprava za industrijsku svojinu u pogledu: podnošenja patentnih prijava, utvrđivanja stanja tehnike u postupku zaštite pronalazaka, ispitivanje prijava i širenje tehničkih informacija koje su sadržane u prijavama za priznavanje patenata.⁷ Ono što je posebno značajno i što je razlog da je USP danas okupio veliki broj države, jeste činjenica da USP ne predviđa *nadnacionalnu instituciju* koja donosi konačnu odluku – rešenje o priznavanju, odnosno odbijanju zahteva za priznavanje patenta, što je slučaj sa zaštitom pronalazaka na osnovu KEP. Naprotiv, nadležnost za donošenje odluke o priznavanju odnosno ne priznavanju patenta, kao i odgovornost u vezi s tim, imaju isključivo *nacionalne uprave za industrijsku svojinu*. Takođe, značajno je da USP

³ Upravo na osnovu ove odredbe PK usvojeno je više međunarodnih ugovora, odnosno sporazuma čiji je cilj pojednostavljenje međunarodne zaštite pojedinih prava industrijske svojine i to podnošenjem jedne prijave. Najznačajniji među njima su: Madridski aranžman o međunarodnom registrovanju žigova (MA); Haški aranžman o međunarodnom registrovanju industrijskog dizajna (HA); Lisabonski aranžman o zaštiti oznaka porekla i njihovom međunarodnom registrovanju (LA); Vašingtonski ugovor o intelektualnoj svojini u vezi sa integrisanim kolima (VU); Ugovor o saradnji u oblasti patenata (USP) i Konvencija o izdavanju evropskih patenata (KEP).

⁴ Naslov originala: Patent Cooperation Treaty (PCT).

⁵ Službeni list SRJ, broj 3/96.

⁶ Izuzetak je odredba člana 27, kojom je predviđeno da države članice ne mogu propisivati druge ili dodatne uslove u pogledu forme međunarodne prijave patenta, od onih koje su predviđene USP. Međutim, imajući u vidu da je još 1953 godine, usvojen Evropski sporazum o formalnostima patentnih prijava, kojim su patentne prijave standardizovane (predviđeni su bitni elementi koje prijava mora da sadrži), ova odredba je skoro suvišna, ali nije beznačajna.

⁷ Slobodan Marković–Dušan Popović, *Pravo intelektualne svojine*, Beograd, 2013, str. 46.

ne sadrži odredbe o nacionalnom tretmanu. Međutim, kada je reč o zaštićenim licima (licima koja imaju pravo na zaštitu pronalazaka primenom odredaba USP), ona su određena odredbom člana 9 USP. Tako shodno ovoj odredbi prijavu za zaštitu pronalaska na osnovu USP može podneti: a/ fizičko lice koje je državljanin neke od država članica USP, ili ako nije državljanin neke od država članica USP da ima prebivalište u nekoj od država članica USP; b/ pravno lice koje ima sedište neke od država članica USP.

Postupak zaštite pronalazaka na osnovu USP

Postupak zaštite pronalazaka na osnovu USP uređen je odredbama čl. 3–42 USP (u Srbiji odredbama čl. 159–162 Zakona o patentima).⁸ Postupak se pokreće podnošenjem prijave za priznavanje patenta (međunarodne prijave), a sam postupak zaštite pronalaska odvija se u nekoliko faza (dve, odnosno tri, u zavisnosti kom organu za industrijsku svojinu je prijava podneta). Tako, posmatrano sa aspekta one uprave za industrijsku svojinu kojoj je prijava podneta, sprovode se dve faze nacionalnog postupka (prijem prijave i kasnije donošenje rešenja o priznavanju, odnosno ne priznavanju patenta), dok posmatrano sa aspekta naznačenih izvoda, postupak se odvija kroz dve faze, međunarodnu u kojoj se sprovodi međunarodni rešerš (pretraživanje) i nacionalnu, koja počinje od momenta dobijanja međunarodne prijave i izveštaja o međunarodnom rešeršu, i eventualno izveštaja o međunarodnom prethodnom ispitivanju, ako ga je bilo.

Međutim, za razumevanje sticanja patenta podnošenjem međunarodne prijave s pozivom na USP, i postupka po odgovarajućim fazama, neophodno je prethodno ukazati na neke najznačajnije odredbe USP. Ovo tim pre što USP pravi razliku između situacije kada se prijava podnosi Zavodu kao zavodu *primaocu, naznačenom ili izabranom zavodu* pa je u zavisnosti od toga u kojoj se ulozi nalazi konkretan zavod i njegova uloga različita.

Pod “*nacionalnim zavodom*” u smislu čl. 2 USP podrazumeva se “nacionalni organ jedne države nadležan da izdaje patente; svako pozivanje na “nacionalni zavod” podrazumeva takođe pozivanje na svaki međudržavni organ kome su više država dale nadležnost da izdaje regionalne patente, pod uslovom da je najmanje jedna od tih država država ugovornica, i da su te države ovlastile navedeni organ da izvršava obaveze i vrši prava koja su USP i Pravilnikom za njegovo izvršenje priznata nacionalnim zavodima”.

Pod “*naznačenim zavodom*” podrazumeva se nacionalni “zavod države koju je naznačio podnosilac prijave, kao državu u kojoj želi zaštitu pronalaska”.

Pod “*izabranim zavodom*” podrazumeva se “nacionalni zavod države koji je izabrao podnosilac prijave kao i svaki zavod koji radi za tu državu”. U ovom slučaju radi se o zavodu koji je u međunarodnoj prijavi podnosilac prijave naznačio

⁸ Službeni glasnik RS, broj. 99/11.

kao izabrani, tj. kao zavod u kome namerava da koristi rezultate međunarodnog prethodnog ispitivanja (o značaju naznačenja u međunarodnoj prijavi kao “izabranog zavoda,” više reči biće kasnije).

Pod “*zavodom primaocem*” podrazumeva se nacionalni zavod ili međudržavni organ kod koga je podneta međunarodna prijava.

*Podnošenje međunarodne prijave za zaštitu pronalaska
na osnovu USP*

Prijava za zaštitu pronalaska na osnovu USP podnosi se nadležnoj patentnoj upravi – zavodu (zavodu primaocu), a to je nacionalni zavod podnosioca prijave. Zato se ova faza postupka označava kao “*nacionalna faza postupka*”. Međunarodna prijava sadrži sve bitne elemente koje sadrži i nacionalna prijava, s tim što podnosilac prijave naznačuje one države članice USP u kojima želi da zaštiti pronalazak, odnosno da stekne patent. Međunarodna prijava mora biti podneta na engleskom jeziku kao jednom od službenih jezika USP. U ovom slučaju, kada prijavu podnosi domaće fizičko ili pravno lice nacionalnom zavodu, kao zavodu primaocu, prema većini nacionalnih zakona o patentima (uključujući i naš Zakon o patentima) u prijavi mora biti naznačena i država podnosioca prijave. Za podnošenje međunarodne prijave plaća se odgovarajuća taksa koja se sastoji od osnovne takse i takse za naznačenje svake države. Pored takse plaćaju se i troškovi za dostavljanje međunarodne prijave Međunarodnom birou i Organu za međunarodni rešerš. Podnosilac međunarodne prijave može se pozivati na međunarodno pravo prvenstva, ako je takva prijava ranije podneta za isti pronalazak u nekoj od država članica PK (čl. 8, stav 1 USP). Nakon prijema prijave, zavod primalac utvrđuje da li ista ispunjava uslove da bi joj se priznao datum podnošenja, i ako su ti uslovi ispunjeni prijavi se priznaje datum podnošenja. Ta činjenica ima efekat pravne fikcije da je toga dana podnosilac prijave podneo urednu nacionalnu prijavu u svim naznačenim državama (čl. 11 tačka 3 USP). To je ujedno i jedan od najvećih efekata zaštite pronalazaka primenom odredaba USP. U daljem postupku zavod primalac utvrđuje da li je prijava u formalnom smislu uredna. U slučaju da je prijava u formalnom smislu neuredna, podnosioca prijave se poziva da otkloni uočene nedostatke, a ako podnosilac prijave to ne učini u ostavljenom roku zavod primalac zaključkom konstatuje da je prijava povučena. U pogledu plaćanja takse značajno je da ukoliko podnosilac prijave nije platio taksu za svaku naznačenu državu, ni u naknadnom roku koji mu je ostavljen, zavod primalac, odgovarajućim aktom konstatuje da je prijava povučena u odnosu na naznačene države, odnosno državu.

Nakon utvrđenog datuma podnošenja i sprovedenog formalnog ispitivanja prijave, jedan primerak međunarodne prijave šalje se Međunarodnom birou pri Svetskoj organizaciji za intelektualnu svojinu (“arhivski primerak”), jedan prime-

rak Organu za međunarodni rešerš (“rešeršni primerak”) a jedan primerak ostaje u zavodu (“primerak za zavod primaoca”). Uz dostavljanje prijave doznaju se i taksa koja pripada Međunarodnom birou i Organu za međunarodni rešerš. USP propisuje da se verodostojnim smatra “*arhivski primerak*”. Značajno je takođe da USP propisuje da se međunarodna prijava smatra *povučenom* ukoliko ista ne bude primljena u Međunarodnom birou u propisanom roku (čl. 12 USP). Nezavisno od toga što naznačene države dobijaju od Međunarodnog biroa primerak međunarodne prijave prevedene na jezik naznačene države, sa izveštajem o međunarodnom rešeršu,⁹ podnosilac međunarodne prijave može u svako doba dostaviti svakom naznačenom zavodu primerak međunarodne prijave i jedan primerak prevoda na jeziku države naznačenog zavoda, kao i dokaz o plaćenju taksi za naznačenu državu. Takođe, svaki naznačeni zavod može da traži od Međunarodnog biroa jedan primerak međunarodne prijave pre nego što mu primerak dostavi Međunarodni biro. Isto tako, svaki naznačeni zavod može saopštiti Međunarodnom birou da ne želi da primi primerke međunarodne prijave, u kom slučaju prijava ne proizvodi pravno dejstvo u odnosu na taj zavod (čl. 13, stav 1 tačka c USP).

Za razliku od napred navedene mogućnosti da se prijava dostavi naznačenim zavodima na zahtev podnosioca prijave ili na zahtev naznačenih zavoda (što je dakle njihovo pravo), članom 22 USP je predviđena obaveza za podnosioca prijave, da jedan primerak međunarodne prijave i jedan primerak prevoda, kao i dokaz o plaćenju taksi za naznačenu državu, dostavi naznačenim državama, ako dostava ranije nije već izvršena. Ovu obavezu podnosilac prijave mora ispuniti u roku od dvadeset meseci od datuma prvenstva.

Utvrđivanje stanja tehnike – obavezna međunarodna faza postupka za zaštitu pronalaska na osnovu USP

Od momenta prijema međunarodne prijave u Međunarodni biro i Organ za međunarodni rešerš, počinje *druga tj. “međunarodna faza”* zaštite pronalaska, odnosno sticanja patenta po USP.

Organ za međunarodni rešerš može biti nacionalni zavod koji ispunjava uslove u pogledu kadrova, tehničke dokumentacije i tehničke opremljenosti i kome je Skupština USP poverila taj posao. To su danas uglavnom najkompetentniji patentni zavodi kao što su zavodi: SAD, Japana, Australije, Rusije, Švedske, Austrije, Kine, Španije, Evropski zavod za patente kao nadnacionalni zavod i Nordijski patentni institut. Zadatak Organa za međunarodni rešerš je da utvrdi stanje tehnike koje je relevantno za ispitivanje novosti i inventivnog nivoa prijavljenog pronalaska, tj. da identifikuje u svojoj dokumentaciji izvore koji sadrže podatke

⁹ Ove radnje Međunarodni biro dužan je da sprovede u roku od 18 meseci od datuma prvenstva međunarodne prijave (čl. 15–21 USP).

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 pronalaska* (čl. 15 USP).

Organ za međunarodni rešerš dostavlja podnosiocu prijave (preko zavoda primaoca) i Međunarodnom birou izveštaj o međunarodnom rešeršu odmah po njegovom sastavljanju. Po prijemu izveštaja podnosilac međunarodne prijave ima pravo da jedanput izmeni patentne zahteve u međunarodnoj prijavi i da te izmene dostavi Međunarodnom birou. Izmene *ne mogu prelaziti okvir patentnih zahteva kako su izloženi u međunarodnoj prijavi*. Međunarodni biro je dužan da izvrši međunarodno objavljivanje međunarodne prijave u roku od *18 meseci od datuma prvenstva* i da jedan primerak međunarodne prijave i izveštaj o međunarodnom rešeršu, sa eventualnim izmenama ako ih je bilo, dostavi svakom naznačenom zavodu (čl. 20 i 21 USP). Izuzetno, na zahtev podnosioca prijave, Međunarodni biro može izvršiti međunarodno objavljivanje međunarodne prijave i pre isteka roka od 18 meseci. Značaj objavljivanja međunarodne prijave, od strane Međunarodnog biroa je u tome što taj čin ima *isti efekat kao da je objavljena nacionalna prijava (smatra se da je tada objavljena nacionalna prijava, stiču se prava iz prijave koja su sadržinski ista kao i priznato pravo ali su uslovna)*, s tim što je, članom 29, stav 2 USP predviđeno da se, ukoliko je objava izvršena na jeziku koji nije službeni jezik nacionalnog organa za intelektualnu svojinu, taj efekat može usloviti činom objavljivanja međunarodne prijave u nacionalnom glasilu intelektualne svojine.

Sušтина je da nijedan naznačeni zavod u kojoj je njegova država naznačena kao država u kojoj se želi zaštita pronalaska (koji je dakle dobio međunarodnu prijavu pre dobijanja izveštaja o međunarodnom rešeršu) *ne može* preduzimati bilo koju radnju u vezi sa priznavanjem patenta, dok se ne okonča postupak međunarodnog rešerša i međunarodno objavljivanje prijave. Ove radnje se moraju sprovesti najkasnije u roku od 20 meseci od datuma *prvenstva* međunarodne prijave. Ipak članom 23, stav 2 USP predviđeno je da svaki naznačeni zavod može na *izričit zahtev podnosioca prijave*, voditi postupak i razmatrati međunarodnu prijavu ne čekajući izveštaj o rešeršu i objavljivanje prijave.

Postupak priznavanja patenta se "vraća" u *nacionalnu fazu* (u odnosu na zavod primaoca prijave), odnosno počinje nacionalna faza postupka (posmatrano u odnosu na "naznačene zavode") od trenutka kada naznačeni zavodi dobiju primerak međunarodne prijave i izveštaj o međunarodnom rešeršu i kada im je podnosilac prijave, posredstvom zavoda primaoca, dostavio prevod međunarodne prijave na jeziku naznačene države, odnosno države u kojoj želi sticanje patenta. Svaki naznačeni zavod tada nastavlja postupak po međunarodnoj prijavi primenom *nacionalnih propisa o patentima*. Svaki naznačeni zavod je tada ovlašćen, *ali nije i obavezan* da se osloni na rezultate međunarodnog rešerša, da nastavi sa postupkom za priznavanje patenta i da, ukoliko su ispunjeni uslovi, prizna patent ili odbije zahtev za priznavanje patenta.

*Međunarodno prethodno ispitivanje pronalaska
– fakultativna međunarodna faza postupka zaštite pronalaska po USP*

Pored međunarodnog rešerša USP predviđa i mogućnost da podnosilac prijave zatraži *međunarodno prethodno ispitivanje*. Dakle, za razliku od faze međunarodnog rešerša, koji je obavezna faza postupka, faza međunarodnog prethodnog ispitivanja je *fakultativna faza postupka, što znači da se sprovodi na poseban zahtev podnosioca međunarodne prijave*. Međunarodno prethodno ispitivanje međunarodne prijave može zahtevati podnosilac prijave najkasnije u roku *od 19 meseci* od datuma *prvenstva* i uz plaćanje propisane takse, i pod uslovom da je državljanin, odnosno da ima domicil države koja prilikom ratifikacije USP nije stavila rezervu na odredbe USP o Međunarodnom prethodnom ispitivanju (Glava II USP). Zahtev za međunarodno prethodno ispitivanje podnosi se *odvojeno* od međunarodne prijave pronalaska. U zahtevu za međunarodno prethodno ispitivanje moraju biti označena država, odnosno države ugovornice u kojima podnosilac prijave namera da koristi rezultate međunarodnog prethodnog ispitivanja “izabrane države” (čl. 31, stav 4 USP). Ipak, podnosilac prijave je u tom smislu ograničen jer može izabrati samo one države koje obavezuju odredbe Glave II USP (čl. 31 USP).

Podnosilac prijave može povući neke ili sve izabrane zavode. Ako je povučen izbor svih zavoda, smatra se da je *povučen zahtev za međunarodno prethodno ispitivanje*. Povlačenje zahteva za međunarodno prethodno ispitivanje ili povlačenje nekog izabranog zavoda *ne smatra se povlačenjem međunarodne prijave* (čl. 37, stav 4 tačka b USP). Funkciju organa za međunarodno prethodno ispitivanje uglavnom vrše isti oni organi koji obavljaju i funkciju organa za međunarodni rešerš. To su danas uglavnom najkometentniji patentni zavodi kao što su zavodi: SAD, Japana; Australije, Rusije, Švedske, Austrije, Kine, Španije, Evropski zavod za patente kao nadnacionalni zavod i Nordijski patentni institut. Organ koji sprovodi međunarodno prethodno ispitivanje ima zadatak da formuliše “*neobavezno mišljenje*” o tome da li je pronalazak za koji se traži međunarodno prethodno ispitivanje nov, da li ima inventivni nivo i da li je privredno primenljiv (čl. 33, stav 1 ZSP). Članom 35, stav 2 USP izričito je propisano da izveštaj “*ne sadrži nikakvo izjašnjenje o pitanju da li pronalazak čija se zaštita traži, jeste ili izgleda podoban za zaštitu po nekom nacionalnom zakonu*”. Tokom međunarodnog prethodnog ispitivanja podnosilac prijave i organ koji sprovodi postupak ispitivanja komuniciraju po pravilu posredstvom zavoda primaoca prijave. Svrha komunikacije je mogućnost da podnosilac prijave može da vrši izmene patentnih zahteva, opisa i nacrtu pronalaska pre sastavljanja izveštaja o međunarodnom prethodnom ispitivanju. Te izmene ne mogu preći granice u kojima je *pronalazak izložen u međunarodnoj prijavi*. Izveštaj o međunarodnom prethodnom ispitivanju se ne objavljuje, već se sa odgovarajućim priložima dostavlja podnosiocu prijave i Međunarodnom birou. Međunarodni biro potom šalje izveštaj o međunarodnom prethodnom ispitivanju sa njegovim priložima svakom *izabranom zavodu*, u roku

od 30 meseci od datuma prvenstva prijave. U tom roku dužan je i podnosilac prijave da izabranim zavodima dostavi propisani prevod odgovarajućih priloga (čl. 36, USP).

Značaj zahteva za međunarodno prethodno ispitivanje je u sledećem: Ukoliko je takav zahtev podnet u propisanom roku (u roku od 19 meseci od datuma međunarodnog prvenstva), ta činjenica ima za posledicu za "izabrane zavode" da oni *ne mogu* otpočeti sa postupkom za priznavanje patenta pre isteka roka od 30 meseci od datuma međunarodnog prvenstva. To konkretno znači, da zavodi čije države u međunarodnoj prijavi imaju status naznačenih država i ako nisu "vezane" odredbama Glave II USP u pogledu međunarodnog prethodnog ispitivanja, mogu, nakon prijema izveštaja o međunarodnom rešeršu i međunarodne objave prijave (od momenta kada je međunarodna prijava objavljena na njihovom jeziku i u njihovom glasilu), nastaviti sa postupkom za priznavanje patenta uz primenu nacionalnih propisa. Taj postupak, kao što je napred istaknuto, ne može otpočeti pre isteka roka od 20 meseci od datuma međunarodnog prvenstva. S druge strane, oni zavodi čije su države "vezane" odredbama Glave II USP i pod uslovom da je podnosilac zahteva za međunarodno prethodno ispitivanje njihove zavode naveo kao "izabrane" zavode, *ne mogu* otpočeti sa postupkom za priznavanje patenta po međunarodnoj prijavi dobijanjem izveštaja o međunarodnom rešeršu i međunarodne objave prijave, čak i kada im je podnosilac prijave dostavio prevod međunarodne prijave, već moraju sačekati isteka roka od 30 meseci računajući od datuma međunarodnog prvenstva. To dalje znači da se postupak za priznavanje patenta po međunarodnoj prijavi kada postoji zahtev za međunarodno prethodno ispitivanje za one države čiji su zavodi izabrani, produžava sa 20 na 30 meseci, nakon čega ulazi u nacionalnu fazu.

*Donošenje rešenja o priznavanju patenta na osnovu USP
– nacionalna faza postupka*

Nakon što naznačeni zavod dobije od Međunarodnog biroa primerak međunarodne prijave i primerak izveštaja o međunarodnom rešeršu, odnosno izveštaj o međunarodnom prethodnom ispitivanju (ako je takav zahtev bio podnet), a od podnosioca prijave dobije prevod te prijave na službeni jezik i dokaz o plaćenju taksi, postupak za priznavanje patenta ulazi u tzv. "nacionalnu fazu". Dalji postupak po međunarodnoj prijavi teče kao u slučaju da je podneta nacionalna prijava, što znači da naznačeni zavod odlučuje da li će prihvatiti rezultat međunarodnog prethodnog ispitivanja (ako ga je bilo) ili će, na zahtev podnosioca prijave, sprovesti suštinsko ispitivanje prijave i doneti konačnu odluku o zahtevu kao da je podneta nacionalna prijava.

Najveći značaj sticanja patenta primenom odredbi USP u konkretnom slučaju je u tome što će zavod za intelektualnu svojinu (ali i svaki naznačeni, odnosno izabrani zavod) koji kod sebe ima izveštaj o međunarodnom rešeršu, odno-

sno rezultat o međunarodnom prethodnom ispitivanju (ako ga je bilo) prihvatiti te rezultate (*ali nije obavezan*), jer su sačinjeni od najkometentnijih organa i time uštedeti veliki deo vremena. Međutim, nacionalni zavodi, pogotovu oni veliki, su u načelu nepoverljivi prema međunarodnom rešeršu i međunarodnom prethodnom ispitivanju. Zbog toga je 2009. godine, uveden dopunski rešerš. Dopunski rešerš, takođe vrši jedan od organa nadležnog za međunarodni rešerš, Ovom dopunom predviđeno je da se prevod prijave dostavlja i na jeziku prihvaćenom od strane koji sprovodi dopunski pretraživawestanja tehnike. Suština je da ova izmena omogućava pretragu i na specifičnim jezicima koje ne koristi međunarodni rešeršni organ. Time je prevaziđen nedostatak rešeršnog izveštaja koji su pre svega rezultat jezičkih prepreka, kao što je nepoznavawe japanskog, kineskog i korejskog jezika na kojima se nalazi značajan deo patentne dokumentacije.

Sadržina, ograničenja, trajanje, prestanak, sudska zaštita u slučaju povrede patenta, eventualno oglašavanje ništavim rešenja o priznanju patenta priznatog u svakoj državi, na osnovu međunarodne prijave ni u čemu ne utiče na sudbinu patentata priznatih u drugim državama naznačenim u međunarodnoj prijavi.

Razlika zaštite pronalazaka naosnovu USP i na osnovu KEP

KEP je dokument regionalnog karaktera (dokument evropskih zemalja) ali i svih onih koje ga prihvate. Naša zemlja je ratifikovala ovu konvenciju.¹⁰ Suština KEP je u tome da su odredbama ove konvencije ustanovljene norme patentnog prava *nadnacionalnog* karaktera i da postupak za priznanje patenta sprovodi i rešenje o priznanju patenta donosi *nadnacionalni organ tj. Evropski zavod za patente (EZP)*. U tome je i najveći značaj ove konvencije, ali i najveća razlika u odnosu na USP, gde odluku o priznavanju, odnosno ne priznavanju patenta donose nacionalni patentni organi naznačenih država. Naime, odredbama čl. 1–50 KEP ustanovljena je Evropska patentna organizacija (EPO), kao *nadnacionalna organizacija* kod koje se sprovodi postupak za priznanje evropskih patentata. Odredbama čl. 52–75 KEP ustanovljeno je materijalno patentno pravo (uslovi zaštite pronalaska, sadržina, trajanje, ograničenja patenta), dok je odredbama čl. 75–158 KEP uređen postupak sticanja evropskog patenta.

Postupak zaštite pronalaska, odnosno sticanja patenta po KEP pokreće se podnošenjem prijave za priznavanje evropskog patenta (evropske prijave) u kojoj se naznačuju one države u kojima se želi zaštita pronalaska. Prijava može biti podneta Evropskom zavodu za patente u Minhenu, ili njegovom ogranku u Hagu, ili nacionalnoj upravi za industrijsku svojinu (čl. 75. KEP). Logično je da se u praksi podnosi prijava evropskog patenta nacionalnoj upravi za industrijsku svojinu. Evropska prijava se može pozivati na međunarodno pravo prvenstva iz člana 4 PK. Prijava koja je uredna dostavlja se EZP u najkraćem roku, bez prava nad-

¹⁰ Službeni list SRJ, broj. 3/96.

ležnog organa za intelektualnu svojinu kome je predata da je ispituje u bilo kom pogledu (čl. 77 KEP). Smatra se da je prijava uredna ako sadrži bar sledeće podatke: **a/** naznačenje da se traži priznanje evropskog patenta; **b/** naznačenje najmanje jedne države ugovornice; **v/** podatke koji omogućuju da se utvrdi identitet podnosioca prijave; **g/** opis i jedan ili više patentnih zahteva na jednom od službenih jezika EZP. Ukoliko prijava nije dostavljena EZP u roku od *četnaest meseci od datuma podnošenja, odnosno prvenstva, prijava se smatra povučenom* (čl. 77 stav 5 KEP). Po prijemu prijave, EZP utvrđuje datum podnošenja prijave. Utvrđivanje datuma podnošenja prijave je od posebnog značaja jer ta činjenica ima *fikciju podnete nacionalne prijave u svim naznačenim državama* (čl. 66 KEP).

Prijava kojoj je priznat datum podnošenja, podleže formalnom ispitivanju koje sprovodi služba za prijem EZP. Ova faza postupka identična je formalnom ispitivanju prijave koje sprovode nacionalni organi za priznavanje patenta. Paralelno sa formalnim ispitivanjem prijave, EZP izrađuje evropski izveštaj o rešeršu, na osnovu patentnih zahteva, vodeći računa o opisu i, u odgovarajućem slučaju, o postojećim nacrtima (čl. 92 KEP). Izveštaj o utvrđenom stanju tehnike dostavlja se podnosiocu prijave. Po sprovedenom formalnom ispitivanju prijave (taj postupak mora biti okončan u roku od 18 meseci od dana podnošenja prijave, odnosno datuma prvenstva) ista se objavljuje u službenom biltenu EZP. Pravni značaj objavljivanja prijave je u tome što se od tog momenta podnosiocu prijave priznaju ona *prava iz prijave* koja su predviđena zakonima zemlje *naznačene u evropskoj prijavi*, koja ne mogu biti manja od prava na naknadu za iskorišćavanje pronalaska prijavljenog za zaštitu (čl. 67, stav 2 KEP). Nacionalnim zakonom može biti predviđeno da pravo iz prijave može proizvoditi pravno dejstvo tek od momenta kada prevod patentnih zahteva bude dostavljen na službenom jeziku naznačene zemlje, ako jezik na kome se vodi postupak nije njen službeni jezik.

Nakon izvršenog objavljivanja evropske prijave, na zahtev podnosioca prijave, EZP sprovodi suštinsko ispitivanje prijave. Taj zahtev mora biti podnet u roku od 6 meseci od datuma objavljivanja prijave. Smatra se da je zahtev za suštinsko ispitivanje prijave podnet samo ukoliko je za suštinsko ispitivanje prijave plaćena i odgovarajuća taksa. Podneti zahtev se ne može povući. Ako zahtev nije podnet u napred navedenom roku smatra se da je evropska prijava *povučena*. Izuuzetno, Upravni savet EZP može produžiti rok za podnošenje zahteva za suštinsko ispitivanje prijave, ukoliko utvrdi da prijave evropskog patenta ne mogu biti blagovremeno ispitane.

U fazi suštinskog ispitivanja prijave za priznavanje evropskog patenta, podnosilac prijave može vršiti određene izmene u patentnoj prijavi, s tim da one ne mogu izlaziti iz okvira prvobitnog zahteva iz prijave (čl. 123 KEP). Ova faza postupka završava se donošenjem i objavljivanjem odluke o priznanju, odnosno odbijanju zahteva za priznavanje evropskog patenta (čl. 97 KEP). Nakon što EZP objavi odluku o priznanju evropskog patenta, svako lice koje smatra da je patent

priznat a da za to nisu bili ispunjeni uslovi ima pravo na podnošenje prigovora. Prigovor se može podneti u roku od 9 meseci od dana objavljivanja odluke o priznanju patenta (čl. 99 KEP). Razlozi iz kojih se može podneti prigovor propisani su članom 100 KEP i to su: *a*/predmet evropskog patenta nije patentibilan u smislu odredbi KEP; *b*/pronalazak prijavljen za zaštitu nije izložen na dovoljno jasan način da bi ga stručnjak mogao izvesti; *c*/predmet evropskog patenta je proširen u odnosu na predmet koji je prijavljen za zaštitu.

O prigovoru odlučuje odsek za prigovore, koji može usvojiti prigovor ako je osnovan. U tom slučaju patent se poništava, a odluka *dejstvuje u svim zemljama naznačenim u evropskoj prijavi*. Ukoliko se u roku od 9 meseci ne uloži prigovor na odluku o priznavanju evropskog patenta, ili prigovor bude uložen ali ne bude usvojen odluka o izdavanju evropskog patenta ostaje na snazi, a podnosiocu prijave priznaje se patent u svim zemljama naznačenim u evropskoj prijavi. Suština je, da se, nakon priznanja evropskog patenta, evropski patent "ćepa" na onoliko patenata koliko je zemlja bilo u prijavi naznaćeno, i sudbina svakog patenta zavisi od nacionalnog zakonodavstva zemlje za koju je patent priznat. Izuzetak od ovog pravila (da se na "evropski patent" i nakon priznanja patenta protežu odredbe KEP) postoji u nekoliko slučajeva i to: *a*/ prvo, evropski patent mora trajati najmanje 20 godina od podnošenja uredne prijave; *b*/drugo, ako je evropski patent priznat za proizvodni postupak, države članice moraju priznati protežanje zaštite i *na proizvode neposredno dobijene u tom postupku*; *v*/poništaj patenta po prigovoru na odluku o nameri da se određenom licu prizna evropski patent ima dejstvo u svim naznaćenim državama; *g*/ razlozi za poništaj evropskog patenta propisani su KEP, pa države članice ne mogu propisivati dodatne razloge za poništaj patenta. Dakle, suštinska razlika zaštite pronalazaka na osnovu USP i KEP je u tome što ukoliko se prijava za zaštitu pronalaska podnosi na osnovu odredaba USP, postupak je podeljen između nacionalnih i međunarodnih uprava za industrijsku svojinu, s tim što konačnu odluku o priznavanju, odnosno ne priznavanju patenta donosi svaki naznaćeni – nacionalni zavod (uprava) za industrijsku svojinu, dok ako se prijava podnosi s pozivom na KEP, skoro ceo postupak (osim eventualnog prijema prijave) sprovodi se kod EZP kao nadnacionalnog organa, koji donosi i konačnu odluku o priznavanju, odnosno ne priznavanju patenta.

Prednosti zaštite pronalaska na osnovu USP

Zaštita pronalazaka u više država danas se ostvaruje uglavnom primenom USP i KEP. Međutim, zaštita pronalazaka na osnovu USP pruža konkretne prednosti, kako podnosiocima prijave, tako i nacionalnim (naznaćenim, odnosno izabranim zavodima), što se i u praksi pokazalo. Naime, već u prvoj godini primanja prijava na osnovu USP-1979. podneto je 2588 međunarodnih prijava, da bi krajem 2009. godine ta brojka porasla na 1,8 miliona prijava. Tokom 2010. godine,

podneto je 164.300 prijava, što predstavlja 5,7% u odnosu na 2009. godinu. U poslednjih nekoliko godina uočava se stalni trend porasta prijava iz azijskih zemalja, posebno Kine i Južne Koreje.¹¹

Prednosti za podnosioca prijava su pre svega u tome što podnošenjem uredne međunarodne prijave, obezbeđuje prvenstvo na zaštitu pronalaska u naznačenim državama, odnosno, što utvrđivanjem datuma podnošenja prijave ima isti efekat kao da je u svakoj naznačenoj državi podneta uredna prijava. Pored toga, troškovi postupka, koji su inače značajni, se plaćaju znatno kasnije (i do 30 meseci od datuma podnošenja uredne prijave) jer se isti plaćaju tek kada se postupak "vrati" u tzv. nacionalnu fazu. Pored toga, podnosilac prijave može, sve do okončanja postupka odustati od zahteva za priznavanje patenta u nekoj od naznačenih država. Posebna prednost, za podnosioca prijave je međutim, u tome što tokom čitavog postupka, kako onog kod naznačenih stranih zavoda, tako onog kod međunarodnog organa, podnosilac prijave komunicira preko nacionalnog organa (zavoda), a to je po pravilu organ njegove matične države.

Prednosti za nacionalne patentne organe, je u uštedi vremene i rada na utvrđivanju stanja tehnike i patentibilnosti pronalaska, što je, inače, najteži deo posla u postupku za priznavanje patenta, naročito za manje zavode. Izrada izveštaja o stanju tehnike i patentibilnosti pronalaska, izrađenog od najkompetentnijih patentnih organa, posebno je korisna za države, odnosno naznačene ili izabrane nacionalne patentne organe onih država koje ne raspolažu stručnjacima za ispitivanje uslova za zaštitu pronalazaka, odnosno koje ne raspolažu dokumentacijom u kojoj je sadržano stanje tehnike.

ZAKLJUČAK

USP je nesporno jedan od najznačajnijih međunarodnih dokumenata koji omogućuje da se podnošenjem jedne prijave zaštiti pronalazak u više država. Zbog toga ako neko želi da zaštiti svoj pronalazak u više zemalja, treba da koristi prednosti koje, u tom pogledu, pruža USP. Na osnovu ovog međunarodnog akta podnošenjem jedne – međunarodne prijave patenta, danas se može tražiti zaštita u preko 130 zemalja potpisnica USP. Zaštita pronalaska primenom odredaba USP omogućava da se dobije izveštaj o međunarodnom rešeršu, koji sadrži podatke iz dokumenata relevantnih za ocenu stanja tehnike u vezi sa konkretnim pronalaskom. Međunarodni rešerš je visokokvalitetno pretraživanje patentnih dokumenata i nepatentne tehničke literature, koje vrši organ za međunarodni rešerš (a to je po pravilu EZP), a prema USP standardima. Ako je izveštaj o međunarodnom rešeršu nepovoljan, to ukazuje podnosiocu međunarodne prijave da ne treba da se izlaže daljim troškovima zaštite pronalaska i da je celishodnije da međunarodnu prijavu povuče pre nego je Međunarodni biro objavi.

¹¹ Sarac, J.: Odnos patenta i naučnog otkrića, Doktorska disertacija, Beograd 2014, str. 89.

Kao što je napred istaknuto, USP pruža i mogućnost da se traži međunarodno prethodno ispitivanje patentibilnosti pronalaska za koji je prethodno izrađen Izveštaj o međunarodnom rešeršu. Organ koji sprovodi međunarodno prethodno ispitivanje je takođe Evropski zavod za patente. Ovaj izveštaj pruža podnosiocu prijave još *jaču* osnovu za ocenu izgleda za dobijanje patenta za konkretan pronalazak, odnosno za ulazak u tzv. "nacionalnu fazu" ispitivanja prijave, za dobijanje patenta u naznačenim zemljama. Pored opisanih prednosti zaštite pronalaska po odredbama USP, treba napomenuti i druge prednosti, koje se ogledaju u sledećem: međunarodna prijava patenta (pripremljena u skladu sa međunarodnim standardima) ima pravno dejstvo nacionalne prijave patenta u svim državama članicama USP naznačenim u prijavi; naknadna prilagođavanja prijave raznim nacionalnim formalnim zahtevima (i troškovima u vezi sa tim) nisu potrebna; početak nacionalne faze ispitivanja prijave u zemljama članicama USP, odlaže se za 20–30 meseci, što je dragoceno vreme da se na osnovu Izveštaja o međunarodnom rešeršu i Izveštaja o međunarodnom prethodnom ispitivanju realno procene izgledi za dobijanje patentne zaštite i za komercijalizaciju pronalaska; troškovi podnošenja međunarodne prijave patenta po USP, znatno su niži nego kada bi se prijava dostavljala, neposredno u svakoj od naznačenih država posebno; fizička lica, državljani zemalja u tranziciji imaju pravo na umanjenje takse od 75%.¹²

ZORAN MILADINOVIĆ, Ph.D.,
Professor, Faculty of Law, Kragujevac

PATENT PROTECTION BASED ON PATENT COOPERATION TREAT

Summary

To have a patent protection in several counties in the least complex way has been one of the basic goals since the adoption of the first laws on patent protection. Although this idea had been present for a very long time, it was not before the middle of the 20th century that the legal framework was established allowing this protection. The author underlines that the reason for such a long waiting for this legal mechanism should be sought in the fact that the countries were not ready to give up a part of their sovereignty in favour of supranational institutions that conduct the process of patent protection which entails the loss of profit from taxes charged for administrative activities related to this process.. The author points to the fact that besides the Patent Cooperation Treaty (PTC) that was concluded in 1970, the European Convention Patent (EPC) was also passed in order to enable the granting of European patents in several states via a single, harmonized procedure. The comparative analysis of patent protection in these two documents reveals that each of them has its own advantages and deficiencies. The fact that a larger number of applicants resort to protect their patents thorough PTC, proves that this international document represents the most elegant way to protect patents in several states, that is the process is smoothly divided between national and supranational institutions satisfying the needs of all parties involved in patent protection process.

¹² Informator zavoda za intelektualnu svojinu www.yupat.org.sv.yu

LJUBIŠA STEFANOSKI,
MARIJA IGNJATOVIĆ

NAČINI ZA REGULISANJE PRAVA INTELEKTUALNE SVOJINE NASTALIH U OKVIRU RADNOG ODNOSA

U V O D

Pravno uređenje prava intelektualne svojine nastalih u okviru radnog odnosa odlikuje se svojim karakteristikama i specifičnostima, zasnovanim ne samo na principima prava industrijske svojine ili autorskog prava, već i na principima radnog prava, s obzirom na činjenicu da su konkretna prava nastala u uslovima koji su jasno definisani i predstavljaju poseban predmet proučavanja u okviru radnog prava. Drugim rečima, nije reč o principima koji su međusobno suprotstavljeni, nego, naprotiv, o principima koji su isprepletani i koji se međusobno dopunjavaju na različite načine u okviru normativnih rešenja različitih država, a u zavisnosti od toga da li u određenoj zemlji dominiraju prava industrijske svojine, autorskog prava ili radnog prava.¹

U tom smislu, predmet proučavanja u ovom radu su društveni odnosi nastali povodom nematerijalnih, duhovnih dela (autorsko delo, pronalazak, industrijski dizajn i dr.), nastalih u okviru radnog odnosa kao proizvodi ljudskog kreativnog uma i intelekta. Naime, određenom krugu lica (fizičkim i pravnim),

Mr Ljubiša Stefanoski, doktorand, rukovodilac sektora za pravna pitanja, Sekretarijat za evropska pitanja, Vlada Republike Makedonije.

Dr Marija Ignjatović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu.

¹ O tome: Ignjatović M., Stefanoski Lj.: "Pravni režim pronalaska stvorenih u okviru radnog odnosa", Časopis za pravnu teoriju i praksu "Pravni život", tom. 3, br. 11, Beograd, 2010, str. 953-966.

nosiocima nematerijalnih dobara priznaju se isključiva ovlašćenja, da koriste nematerijalna dobra u komercijalne svrhe, da raspolažu njima, pa tako, u prvom redu, dolazi do izražaja ekonomska funkcija prava intelektualne svojine. Imajući u vidu da je reč o materijalnom interesu, sasvim je očekivano da u ovakvim situacijama dolazi do sukoba interesa između zapošljenih s jedne strane, i poslodavca sa druge strane. Iz tog razloga, kako u teoriji, tako i u praksi često se postavlja pitanje ko je zapravo autor/pronalazač tog dela. Da li je to radnik koji je uložio svoj intelekt, odnosno intelektualni potencijal ili je to poslodavac koji je investirao u znanje i iskustvo radnika i koji je obezbedio sve neophodne materijane resurse kao osnovu za realizaciju kreativnog potencijala radnika. Na ovo se nadovezuje i drugo pitanje koje se odnosi na jasno definisanje uslova koji bi trebalo da budu ispunjeni da bi se konkretna intelektualna dela kvalifikovala kao dela stvorena u toku radnog odnosa.

Sva ova pitanja su rezultat nepostojanja jasne pravne regulative, što samo po sebi implicira niz problema u praksi. Sledstveno tome, kao realna, nameće se potreba za jednim ozbiljnim pristupom ovom problemu i njegovom ozbiljnom proučavanju i jasnom određenju pravnih mehanizama a u cilju da se spreči eventualna pojava sporova nastalih u postupku ostvarivanja prava intelektualne svojine nastalih u okviru radnog odnosa. U tom cilju predmet proučavanja u ovom radu su Zakon, Opšti akt poslodavca, kolektivni ugovor ili individualni ugovor o radu, kao načini i pravni modaliteti kojima se ovo pitanje može urediti.

ZAKON

U savremenim dekoktatskim društvima, jedan od načina za uređivanje prava intelektualne svojine nastalih u okviru radnih odnosa je zakonsko regulisanje (heteronomen koncept), koji kao pomoćan metod obuhvata i podzakonska akta.² Osnovna karakteristika ovog metoda je državna intervencija u određivanju subjekta kome se priznaju prava na konkretno intelektualno delo nastalo u okviru radnog odnosa.

Otuda, nameće se i pitanje u kojoj meri je opravdan državni intervencionizam kada su isprepletene dva suprotstavljena principa, autorsko-pravni i radno-pravni.³ Prema prvom, subjektivno autorsko pravo na delo nastalo u okviru radnog odnosa pripada samom radniku, čime se u velikoj meri zanemaruje činjenica da je to delo nastalo u okvirima radnog odnosa. Prema radno-pravnom principu, sva prava na delo koje je stvorio radnik, u okvirima radnog odnosa pripadaju poslodavcu, koji uredno plaća radnika za njegov rad. Ovom stavu se pridružuje i

² Više o tome: Jovevski L.: Kolektivni dogovor nasproti drugite oblici na ureduvanje na rabotnite odnosi, Godišnik na Pravniot fakultet "Justinijan Prvi", tom. 42, Skopje, 2006, str. 590.

³ Vidi: Gavrilović S.: Pravni režim autorskih djela stvorenih na osnovu ugovora o radu, Pravni Život, br. 11, III tom, Beograd, 2006, str. 1025.

kritika da ovde nema mesta autorsko-pravnom principu, jer je odnos radnik-poslodavac u potpunosti regulisan principima radnog prava.

U teoriji, ipak preovlađuje stav da, iako u regulisanju ovog pitanja zakonodavac treba da bude vođen samo raciom, mora se napraviti balans koji će sa jedne strane podići produktivnost u samom procesu rada i omogućiti radniku kreativan rad, koji će, pre svega, biti motivisan materijalnim i moralnim ovlašćenjima, a opet u funkciji uvećanja profita poslugodavca.⁴ Ovo podrazumeva da se mora imati u vidu i činjenica da se radnik u odnosu na poslugodavca nalazi u "hijerarhijski potčinjenom položaju", što znači dodatnu obavezu za zakonodavca da uloži posebnu pažnju prilikom određivanja "minimum prava" koja bi pripala radniku zakonom, kao najsigurnijem mehanizmu pravne zaštite. Istovremeno, zakonodavac treba da ima u vidu i uložena sredstva i druge resurse poslugodavca, kao i njegove potrebe i interese za ekonomskom eksploatacijom nastalog dela. Drugim rečima, tendencija zakonodavca uvek treba da bude u smeru obezbeđivanja ravnoteže između dva subjekta u radnom odnosu.

Dodatni problem predstavlja i činjenica da su i zakonski propisi kojima se reguliše ovo pitanje (Makedonija i Srbija), nedovoljno jasni, pa otuda ne postoji precizna definicija koja bi odredila koja dela se mogu smatrati za dela nastala u okviru radnog odnosa. To sa druge strane povlači za posledicu činjenicu da ona nisu ni zakonski normirana, što predstavlja odličnu osnovu za postojanje pravne nestabilnosti. U odsustvu jasnog zakonskog normiranja i preciznog određivanja pojma autorskog dela nastalog u okvirima radnog odnosa ili definisanja konkretnog intelektualnog dela iz oblasti industrijske svojine nastalog u okvirima radnog odnosa, veliki doprinos daje i naučna javnost,⁵ odakle mogu da se dobiju korisne informacije o tome da se ovim delima mogu smatrati sva ona dela nastala u okviru radnog odnosa, a na osnovu: zaključenog ugovora o radu, odnosno, zasnovanog radnog odnosa između radnika i poslodavca; opisa poslova radnika, bez obzira da li je delo nastalo u okviru radnog vremena ili posle njega,⁶ što ukazuje da nije dovoljno da je intelektualno delo nastalo u okvirima radnog odnosa, već I da je deo opisa poslova radnika predviđenih ugovorom o radu;⁷ registrovane delatnosti poslodavca, što podrazumeva da se neće smatrati delom iz radnog odnosa i "delo koje je samo fizički, odnosno tehnički povezano sa poslodavcem (nasta-

⁴ Idem, str. 1026.

⁵ Detaljnije: Stefanoski Lj.: *Pravata od intelektualna sopstvenost sozadenedi vo raboten odnos vo pravoto na Republika Makedonija i vo sporedbenoto pravo*, magisterska teza, Praven fakultet "Justinijan Prvi", Skopje, juli 2010. godina.

⁶ O tome: Stim R., *Copyright Law*, Delmar Health Care Publishing, 2000, p. 101.

⁷ Vidi: Jones H., Benson C.: *Publishing Law* (2nd edition), published by Routledge, London and New York. 2002, p. 34.

lo u toku trajanja radnog odnosa, u prostorijama poslodavca, pa čak i njegovom logistikom).⁸

I pored činjenice da u teoriji prevladava mišljenje da je neophodna kumulativna ispunjenost sva tri navedena uslova, ipak brojni slučajevi u praksi pokazuju da navedene uslove ne treba apsolutizovati, već bi trebalo imati u vidu i druge činjenice i okolnosti pod kojima je neko delo nastalo. Odličan primer za to je Odluka Vrhovnog suda u slučaju *Community for Creative Non-Violence v. Reid*.⁹ Pa ipak, bez obzira na postojeće stanje, nesporno je da Zakon daje osnovu za dalje uređivanje ovako složenih pitanja, dok nauka i sudska praksa pristupaju iznalaženju drugih načina (mehanizama) za njihovo uređenje.

KOLEKTIVAN UGOVOR

Za razliku od zakonskog metoda za regulisanje i državnog intervencionizma, karakteristika kolektivnog ugovaranja odnosno kolektivnog ugovora, kao metoda za uređivanje prava intelektualne svojine nastalih u okvirima radnog odnosa, je autonomija volje stranaka. Ovi ugovori ne sadrže direktno subjektivna prava, kao što je to slučaj sa individualnim ugovorima, nego se njihova sadržina uglavnom svodi na određivanje "minimu prava" radnika. Ta prava se mogu ostvariti u postupku pred nadležnim sudom, samo u slučaju ukoliko nije zaključen individualni ugovor o radu, koji nije u saglasnosti sa minimalnim pravima predviđenim kolektivnim ugovorom.¹⁰

Kolektivno ugovaranje je osnovna karakteristika industrijskih odnosa, u skladu sa kojim se određuju uslovi i pravila kojima se regulišu zasnivanje, sadržina i prestanak radnih odnosa, kao i druga pitanja koja se odnose na zasnivanje radnog odnosa između ugovornih strana.¹¹ Subjekti se određuju u zavisnosti od nivoa na kojima se vode kolektivni pregovori, odnosno od vida kolektivnog ugovora. Uvek je jedna od strana ugovornica kolektivnog ugovora reprezentativna organizacija radnika ili sindikat koji isključivo zastupa interese radnika. Jedan sindikat se smatra reprezentativnim ukoliko je osnovan i deluje u saglasnosti sa načelom slobodnog sindikalnog organizovanja, ako je nezavistan od državnih organa i poslodavca, ukoliko se finansira od članarine ili drugih sopstvenih priho-

⁸ O tome: Gavrilović S.: "Pravni režim autorskih djela stvorenih na osnovu ugovora o radu", Časopis za privrednopravnu teoriju i praksu "Pravo i privreda", br. 5-8/2006./Godina XLIII, Beograd, str. 754.

⁹ Opširnije: *Community for Creative Non-Violence v. Reid*, 109 S. Ct. 2166, 57 U.S.L.W. 4607 (June 5, 1989), цитирано од: Posh R.J. *Works Made for Hire- Has Anything Changed?*, *Direct Marketing*, No. 56, 6, ABI/INFORM Global, October 1989, p. 89.

¹⁰ O tome: Salma J., Prugberger T., *Ugovor o radu i ugovorni instituti u oblasti javnih službi*, *Pravni život* br. 12/2007, str. 739.

¹¹ Vidi: Bone. A., Suff M.: *Essencial Employment Law*, 2nd ed., Cavendish Publishing Limited, London, 2009, p. 180.

da, ukoliko ima učlanjen dovoljan broj radnika i ukoliko je upisan u odgovarajući registar u saglasnosti sa Zakonom i drugim zakonskim propisima.¹²

Drugi subjekat u svojstvu pregovarača je strana koja zastupa samog poslodavca ili je pak, to sam poslodavac, više udruženih poslodavaca, organizacija poslodavaca, ili država (vlada) kao poslodavac javnih, odnosno državnih preduzeća, javnih ustanova i državnih organa.¹³

Postoje tri vida kolektivnih ugovora: Opšti kolektivni ugovor koji se zaključuje na nacionalnom nivou (na nivou cele države)¹⁴, poseban kolektivni ugovor koji se zaključuje na nivou delatnosti ili grane¹⁵ i pojedinačan kolektivni ugovor koji se zaključuje na nivou poslodavca.¹⁶ Ovaj metod regulisanja, kod koga do izražaja dolazi volja subjekata koji vode kolektivne pregovore, je zastupljen u zemljama sa razvijenom tržišnom privredom, koje imaju razvijen sistem kolektivnog pregovaranja, što nije slučaj sa zemljama koje ove odnose regulišu primenom socijalističkog sistema za regulisanje ovih odnosa, u kojima su kolektivni ugovori minimalizovani ili su pak odredbe koje su sadržane u njima identične sa onim predviđenim u zakonskim i podzakonskim aktima, čime same po sebi gube suštinu sopstvenog postojanja.¹⁷ Drugim rečima, vodeći se socijalističkim sistemom uređenja, radni odnosi su regulisani u skladu sa teorijom radnog prava Sovjetskog Saveza i pozitivnog zakonodavstva toga doba, prema kome je osnovno obeležje radnog odnosa bilo uključenje radnika u kolektivitet preduzeća, ustanova ili

¹² Vidi: Pavlović Lj., "Kolektivni ugovori", *Pravni život*, br. 12, IV tom, Beograd, 2008, str. 616.

¹³ Opširnije: Jovanović, P.: "Kolektivno pregovaranje kao način regulisanja radnih odnosa", *Pravni život*, br. 11, 1997. god., Beograd, str. 518.

¹⁴ Opšti kolektivni ugovor koji se zaključuje na nacionalnom nivou može da bude opšti kolektivni ugovor za privatno preduzetništvo i opšti kolektivni ugovor za javni sektor, a "primenjuje se neposredno i obavezan je za poslodavca koji je član udruženja poslodavaca potpisnika kolektivnog ugovora ili koji je naknadno pristupio udruženju" (član 205 st. 1), a obavezuje sva lica koja ga zaključuju i sva lica koja su u vreme zaključenja kolektivnog ugovora bila ili su to naknadno postali članovi udruženja koje je zaključilo kolektivni ugovor. (član 208 st. 1 Zakona o radnom odnosu, *Sl.vesnik na Republika Makedonija*, br. 62/05 i Zakon o izmenama i dopunama Zakona o radnim odnosima, *Sl. vesnik na RM*, br. 106/08 i 161/08).

¹⁵ Kolektivni ugovor na nivo grane primenjuje se neposredno i obavezan je poslodavce koji su članovi udruženja poslodavaca potpisnici kolektivnog ugovora ili koji su naknadno pristupili udruženju (član 205 st. 2), a koji obavezuje i sva lica koja su pristupila kolektivnom ugovoru ili koja su postali članovi udruženja. (član 208 st. 2 od Zakona o radnim odnosima, *Sl. vesnik na Republika Makedonija*, br. 62/05 i Zakon o izmenama i dopunama Zakona o radnim odnosima, *Sl. vesnik na RM*, br. 106/08 i 161/08).

¹⁶ Pojedinačni kolektivni ugovor obavezuje - važi i za radnike koji nisu članovi sindikata ili sindikata - potpisnika kolektivnog ugovora. (član 208 st. 3 od Zakona o radnim odnosima, *Sl.vesnik na Republika Makedonija*, br. 62/05 i Zakon o izmenama i dopunama Zakona o radnim odnosima, *Sl. vesnik na RM*, br. 106/08 i 161/08).

¹⁷ Vidi: Jovevski L.: *Kolektivni dogovor nasproti drugite oblici na ureduvanje na rabotnite odnosi*, *Godišnik na Pravniot fakultet "Justinijan Prvi"*, tom. 42, Skopje, 2006, str. 592.

privrede, odakle je proizašla i njegova obaveza da poštuje unutrašnji red i disciplinu.¹⁸ I pored "hijerarhijske" postavljenosti¹⁹ Zakona nad kolektivnim ugovorom, u najvećem broju zemalja u svetu pitanja intelektualne svojine regulisana su pravilima dispozitivne prirode, saglasno francuskoj doktrini. Prema ovoj doktrini, potpisnice kolektivnog ugovora mogu se i drugačije dogovoriti od onoga što je određeno kao zakonski minimum prava radnika, a u kontekstu javnog interesa.²⁰ Derogacija zakonskih normi odredbama predviđenim kolektivnim ugovorom je dozvoljena ukoliko to radniku pruža mogućnost za ostvarenje većeg dijapazona prava (*in favorem laboratories*).²¹ U prilog hijerarhijske postavljenosti Zakona nad kolektivnim ugovorom u teoriji se nameće i pitanje mogućnosti da se odredbama kolektivnog ugovora interveniše i u onim oblastima koje Zakonom nisu predviđene (pravne praznine). Iako se u sudskoj praksi ovakva mogućnost kvalifikuje kao neosnovana, ipak u teoriji ima pristalica koji smatraju da u radon-pravnoj praksi ne sme se dogoditi da ostaju otvorena bilo kakva pravna pitanja, budući da to urušava pravni poredak i da ovakav mehanizam za popunjavanje pravnih praznina je opravdan, ukoliko prethodno preko tumačenja postojećih zakonskih odredba ne postoji mogućnost za popunjavanje istih.²²

Cilj kolektivnog ugovaranja i postojanja kolektivnih ugovora je da se pored minimum prava radnika predviđenih Zakonom, pruži mogućnost i postizanja drugačijeg sporazuma između predstavnika poslodavaca i predstavnika radnika (relevantan sindikana organizacija).

OPŠTI AKTI POSLODAVCA

Opšti akt poslodavca je jedan od metoda za uređenje konkretnih prava iz radnog odnosa, koji daje mogućnost poslodavcu da sam svojim aktima odre-

¹⁸ Detaljnije: Kalamatiev T., *Rabotnite odnosi niz istorijata*, Zbornik vo čest na Nikola Sotirovski i Vladimir Kartov, Praven Fakultet-Skopje, Skopje, 2001, str. 414, citirano prema: Orovčanec T., *Pojava i razvoj na poimite na raboten odnos i rabotno praven odnos, so poseben osvrt na rabotno pravniot odnos vo socijalističkiot način na proizvodstvo i vo uslovi na samoupravuvanje*, Godišnik na Praven Fakultet, 1969, str. 60.

¹⁹ Pitanje hijerarhijske postavljenosti Zakona nad kolektivnim ugovorima u teoriji je diskutabilno sa više aspekata. Opširnije: Jovevski L.: *Kolektivni pregovori- komparativni sogleduvanja*, Samostoen izdavač, Skopje, 2006, str. 111.

²⁰ Detaljnije: Jovevski L.: *Kolektivniot dogovor nasproti drugite oblici na ureduvanje na rabotnite odnosi*, Godišnik na pravniot fakultet "Justinijan prvi", tom.42, Skopje, 2006, str. 592.

²¹ Ovo načelo je prihvaćeno i u makedonskom pravnom sistemu. Vidi: čl. 12 st. 3 od Zakonot za rabotni odnosi, Sl. vesnik na Republika Makedonija, br. 62/05.

²² Više o tome: Jovevski L.: *Kolektivni pregovori- komparativni sogleduvanja*, Samostoen izdavač, Skopje, 2006, str. 113–114.

di uslove za rad radnika.²³ Osnovna karakteristika opštih akata (statute, tarifnici, pravilnici i sl.), je što se donose isključivo na osnovu volje poslodavca.

Opštim aktom poslodavca ne mogu da se oduzmu ili ograniče prava intelektualne svojine nastala u okvirima radnog odnosa, utvrđenih zakonom ili kolektivnim ugovorom. I u ovom slučaju važi načelo (*in favorem laboratories*), odnosno ovi akti mogu da sadrže samo odredbe koje su povoljnije za radnike od onih predviđenih zakonom ili kolektivnim ugovorom.²⁴

Tako, na primer, Statutom kao osnovnim aktom poslodavca, može da se uredi ostvarivanje imovinskih prava, prava na potraživanje nadoknade, potom pitanja vezana za cilj i delatnost poslodavca i njihovo ostvarivanje, uslovi i načini rada i druga pitanja koja su tesno povezana sa određivanjem i ostvarivanjem prava intelektualne svojine preko organizacije poslodavca.²⁵ Tarifnikom mogu se odrediti kriterijumi i merila na osnovu kojih se utvrđuje visina nadoknade, koju isplaćuje poslodavac pojedinačno²⁶ oblici iskorišćavanja konkretnog intelektualnog dela stvorenog u okviru radnog odnosa. Opšti akt poslodavca kao metod za regulisanje i uređivanje korpusa intelektualnih prava nastalih u okvirima radnog odnosa može se koristiti samo u onim slučajevima kada to sam Zakon dozvoljava, odnosno samo u slučaju kada je to Zakonom²⁷ izričito predviđeno. U prilog ovome govori i konstantan potreba poslodavca za uređenjem konkretnih pitanja iz ove oblasti, posebno ako se ima u kompleksni karakter, način i okolnosti pod kojima su nastala intelektualna dela, kao što je to bio slučaj sa akademskim delom nastalim u okvirima radnog odnosa i brojnim dilemama u odnosu na njegov pravni tretman, koji je u velikom broju zemalja u svetu regulisan i uređen opštim aktom poslodavca.

U teoriji postoji jedinstvo u odnosu na značenje opštih akata poslodavca kao metoda za uređenje korpusa prava nastalih u okvirima radnog odnosa, uključujući i prava intelektualne svojine. Njihovo značenje posebno dolazi do izražaja kada poslodavac može da uredi radne odnose Pravilnikom, u uslovima kada nijedan sindikat ne ispunjava uslove reprezentativnosti, nema zaključen sporazum

²³ Vidi: Beličanec T.: "Kolektivni dogovori na nivo na rabotodavač i drugi akti kaj rabotodavačot", Delovno pravo, br. 15, Združenie na pravnicite od stopanstvoto na Republika Makedonija, 2006, str. 36.

²⁴ O tome: Jovevski L.: Kolektivni pregovori- komparativni sogleduvanja, Samostoeno izdavač, Skopje, 2006, str. 114.

²⁵ Opširnije: Milić D.: Komentar Zakona o autorskom i srodnim pravima (sa sudskom praksom i međunarodnim konvencijama i ugovorima), Beograd, 2005, str. 216.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Misli se na Zakon iz oblasti autorskih i srodnih prava i Zakona iz oblasti intelektualne svojine, kao i drugi relevantni propisi kojima su bliže normativno regulisana pitanja prava intelektualne svojine nastalih u okvirima radnog odnosa.

o udruživanju radi zaključenja kolektivnih ugovora ili kada nije postignuta saglasnost za zaključenje kolektivnih ugovora.²⁸ U prilog ovome govori i praksa uspostavljena u prošlosti, gde su određena pitanja vezana za prava intelektualne svojine nastala u okvirima radnog odnosa bila predmet uređivanja Pravilnikom, koji je na precizan način tabelarnim prikazom utvrdio procenat autorske nadoknade radniku, u odnosu na složenost strukture i funkciju proizvoda a u saglasnosti sa opisom složenosti strukture i funkcije krajnjeg proizvoda a u saglasnosti sa opisom kompleksnosti uloženog intelektualnog rada radnika. Ovo se posebno odnosi na dve situacije. Prvu, kada poslodavac na osnovu ugovora, isplaćuje nadoknadu radniku koji je stvorio intelektualno delo koje zbog određenih osobenosti ne može da stekne pravni tretman dela nastalog u okvirima radnog odnosa, a u interesu je delatnosti koja se vrši, pa se u tom slučaju Pravilnikom prema unapred utvrđenim parametrima određuje i visina nadoknade. Druga situacija je kada se radniku kolektivnim ugovorom ili ugovorom o radu priznaje pravo na deo plate zbog uspešnog radnog učinka, gde se kao merilo koristi uvećan prihod poslodavca od konkretnog intelektualnog dela stvorenog u okvirima radnog odnosa, pa se katom poslodavca određuje kao način valorizacije kao i procena stepena radne uspešnosti, tako i visina nadoknade.

INDIVIDUALAN UGOVOR (UGOVOR O RADU)

U kontekstu svega do sada rečenog, jedan od uslova za tretiranje konkretnog intelektualnog dela nastalog u okvirima radnog odnosa, je da je između radnika-tvorca dela i poslodavca zasnovan radni odnos. Subjeki tog odnosa su radnik koji je uvek fizičko lice i poslodavac koji može da bude bilo fizičko ili pravno lice, bez obzira da li se radi o privatnom, mešovitom, javnom preduzeću, zadruzi, ustanovi, kao i bez obzira na to da li je poslodavac stranac ili domaći državljanin.²⁹ Radni odnos predstavlja pravni i ugovorni odnos, uspostavljen na dobrovoljnoj osnovi između radnika i poslodavca za izvršavanje određenih poslova, na određeno radno mesto, s obzirom na profesiju, našta radniku za određni posao pripada i određena plata.³⁰ Otuda, bitni elementi radnog odnosa su:³¹

²⁸ O tome: Miljković M., "Prava i ovlašćenje poslodavca na uređivanje radnih odnosa", *Pravo i privreda, Udruženje pravnika u privredi Srbije i Crne Gore*, br. 5–8, 2003, Beograd, str. 827.

²⁹ Vidi: Starova G.: *Trudovo pravo i radotni odnosi- teorija i zakonodavstvo*, Prosvetno delo AD, Skopje, 2003, str. 231.

³⁰ Vidi: Kalamatiev T., "Poim i elementi na raboten odnos", *Evrointegracija- ideji, sostojbi, realizacija*, *Praven Fakultet-Justinijan Prvi*", Skopje, 2006, str. 375.

³¹ O tome: Kalamatiev T., "Poim i elementi na raboten odnos", *Evrointegracija- ideji, sostojbi, realizacija*, *Praven Fakultet-Justinijan Prvi*", Skopje, 2006, str. 376–379.

– pravnost- odnosi se na zasnivanje radnog odnosa na način utvrđen zakonom ili kolektivnim ugovorom kao i na postupak ostvarivanja prava i obaveza radnika i poslodavca;

– dobrovoljnost – se izražava preko slobodno izražene volje radnika, da sam svojom odlukom bez spoljašnjih uticaja zasniva radni odnos;

– ugovornost – element koji proizilazi iz ugovornog karaktera radnog odnosa koji se zasniva između radnika i poslodavca;

– lična veza – radni odnos je lični odnos i otuda proizilazi da radnik ne može svoju radnu obavezu da prenese na drugo lice;

– profesionalnost – sa zasnivanjem radnog odnosa, radnik se obavezuje da će raditi na određenom radnom mestu i da će profesionalno i kontinuirano da izvršava radne obaveze koje su predmet ugovora;

– oneroznost – iraz je motivacionog faktora zbog koga radnik i zasniva radni odnos a razlog zbog koga izvršava određenu obavezu je plata;

– subordinacija – element radnog odnosa koji govori o neravnopravnom položaju radnika prema poslodavcu, kao organizatoru procesa rada, što znači da radnik radi po uputstvu, rukovodstvu i nadzoru poslodavca.

Tretiranje određene intelektualnog dela kao dela stvorenog u okvirima radnog odnosa, u velikoj meri zavisi od postojanja navednih bitnih elemenata kojima se bliže uređuje sadržina i suština radnog odnosa, budući da bez njihovog postojanja ne može postojati ni radni odnos, a samim tim ni konkretno intelektualno delo ne može se tretirati kao delo stvoreno u okvirima radnog odnosa.

Drugi elementi koji nadopunjavaju radni odnos, su nebitni elementi i nemaju uticaja na sadržinu radnog odnosa, pa samim tim i ne dovode u pitanje pravni tretman konkretnog intelektualnog dela u smislu da li je to delo nastalo u okvirima radnog odnosa. To su:

– trajanje radnog odnosa – radnik može da zasnuje radni odnos na određeno i neodređeno vreme, što nema uticaja na radni odnos, a samim tim ni sa pravima koja pripadaju radniku intelektualnog dela nastalog u okvirima radnog odnosa, budući da je dovoljna činjenica da je radnik deo radnog procesa kompanije;³²

– dužina radnog vremena – radnik može da zasnuje radni odnos na puno radno vreme ili na skraćeno radno vreme;³³

– vrsta posla – nezavisno od vrst posla radnika, radnik je dužan da profesionalno izvršava obaveze iz delokruga poslovanja određenog radnog mesta;³⁴

– lične osobenosti i karakteristike radnika – ne utvrđuje radni odnos.³⁵

³² Vidi: Jones H., Benson C.: *Publishing Law* (2nd edition), published by Routledge, London and New York. 2002, p. 34;

³³ Idem, str. 383.

³⁴ Idem, str. 383.

³⁵ Idem, str. 384.

Jedinstven pravni osnov za zasnivanje radnog odnosa je ugovor o radu (individualni ugovor).³⁶ Reč je o ugovoru pomoću koga se jedno lice angažuje da radi za račun drugog lica uz određenu nadoknadu. Otuda do izražaja dolaze osnovni elementi ugovora o radu, a to su: vršenje određenog posla, nadoknada za izvršeni posao i subordinacija, odnosno podređenost.³⁷

Imajući u vidu sve navedene elemente ugovora možemo da konstatujemo da sadržinu ugovora o radu čine subjektivna prava, što to nije bio slučaj sa kolektivnim ugovorima čija se sadržina uglavnom svodi na određivanje minimalnih prava radnika. Budući da se nalazi u hijerarhijskoj zavisnosti, ugovor o radu ne sme da sadrži nepovoljnije uslove od onih koje predviđa Zakon ili kolektivni ugovor, sa kojima se obezbeđuje minimum zaštite radnika, osim ako ugovorom o radu nisu određene klauzule koje su povoljnije za radnika saglasno načelu *in favorem laboratoris*.³⁸ Ovo ograničenje samovolje poslodavca pri definisanju sadržine ugovora o radu, učinjeno je sa ciljem da se radnik zaštiti od ekonomske nadmoći poslodavca.³⁹

ZAKLJUČAK

Osnovna ideja ovog rada bila je da se da jedan realan prikaz svih mehanizama koji su na raspolaganju, našem pravnom sistemu, prilikom regulisanja prava intelektualne svojine nastalih u okvirima radnog odnosa (stepen njihove iskorišćenosti, mogućnosti za dalji razvoj i stave u ovoj delikatnoj oblasti), a u cilju što efikasnijeg ostvarenja ovih prava. Evidentna je potreba poboljšanja zakončkih rešenja kojima se regulišu prava na intelektualna dela nastala i stvorena u okvirima radnog odnosa, pri čemu benefit od njihovog nastanka direktno ostvaruje ne samo tvorac dela, već i njegov poslodavac u celini.

Posebno je značajna i namera da se afirmišu prava intelektualne svojine nastala u okvirima radnog odnosa i da se uključe u širi spektar prava radnika koja mu pripadaju u okviru radnog odnosa, kao i da ta prava postanu sastavni deo opštih akata poslodavaca, kolektivnih ugovora i pojedinačnih ugovora o radu. Da bi

³⁶ O tome: Starova G., *Trudovo pravo i radni odnosi*, Skopje, Prosvetno delo AD, Skopje, 2006, str. 249., citirano spored: Cf. Y. Delamotte, Daniel Marchand: "Le Droit du travail en pratique", Les Editions d'organisation, paros, 1993, 1994.; A. Braun, H. Galant: "Droit du travail", Sirey, 1958.; C. Orliac: "Le contract du travail", P.U.F., Paris, 1969.

³⁷ Vidi: Starova G., *Trudovo pravo i radni odnosi*, Skopje, Prosvetno delo AD, Skopje, 2006, str. 255.

³⁸ Detaljnije: Jovevski L.: *Kolektivni pregovori- komparativni sogleduvanja*, Samostoen izdavač, Skopje, 2006, str. 116.

³⁹ Opširnije: Lubarda A. B.: *Kolektivni ugovori o radu-uporedno pravo, teorija, praksa*, "Radnička štampa", Beograd 1990, str. 9. Citirano kod: Jovevski L.: *Kolektivni pregovori- komparativni sogleduvanja*, Samostoen izdavač, Skopje, 2006, str. 116.

se postigao taj cilj, potrebno je da se podigne svest kod sindikalnih organizacija, u smislu intenzivnijeg korišćenja kolektivnih ugovora kao instrumenata za ostvarenje ovih prava.

Nažalost, zbog neusaglašenosti koja je prisutna kod nas, borba za dokazivanje legitimiteta i reprezentativnosti prava u konkretnoj oblasti, uvek završava na štetu radničkih prava. Dopunski problem predstavlja i činjenica što u okviru našeg pravnog sistema i u uslovima velike nezapošljenost, ugovor o radu u suštini i nije dvostrani ugovor, nego adhezioni ugovor, u kome poslodavac unapred određuje uslove ugovora, a radnik samo pristupa ili ne pristupa njegovom potpisivanju, pri čemu nema mogućnost da interveniše bilo dopunom ili menjanjem uslova sadržanim u njemu.

Da bi se eliminisali ovi nedostaci, neophodna je i aktivnija uloga sindikata u građenju svesti svakog pojedinačnog člana (radnika), u postupku priznavanja prava intelektualne svojine nastale u okvirima radnog odnosa, i to preko raznih vrsta obuka i edukacije ka i preko drugih formi informisanja (elektronski i štampani materijali i sl.). U budućnosti, dobro bi bilo da se informacije ovoga tipa proslеđuju i širokoj javnosti, posebno ako se imaju u vidu ekonomski aspekti prava intelektualne svojine i njihov uticaj na društvo u celini.

LJUBIŠA STEFANOSKI, LL.M.,
Ph.D. Candidate, Head of Sector for Legal Affairs
Sekretariat for European Affairs, Governmet
of the Republic of Macedonia
MARIJA IGNJATOVIĆ, Ph.D.,
Associate Professor, Faculty of Law, University in Niš

REGULATING INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS IN LABOUR RELATIONS

Summary

The authors in this paper emphasized that there is an exception of the role that Intellectual property rights in the nature of things belong only to individuals who can only be original right holders of this type of law, i.e. are recognized only to the author or creator who created a particular intellectual creative work. An exception is the situation when the intellectual creative work has been created under employment, in accordance with the laws of Serbia and Macedonia the prevailing general legal presumption is that intellectual property rights in a given period of time belong to the employer or to the legal entity. That is not the case in all countries. For example, regarding the copyrights in Croatia the legislator via Law does not provide for *ex lege* transfer of copyright in favor of the employer. In fact, the Croatian legislator on the basis of the principle of *droit d'auteur*, in order to increase the protection of employee as the author of a particular copyright work created under

employment, provides for the possibility that an employer can enjoy these rights, but on the basis of an employment contract or other document.

According to the current situation in the Serbian and Macedonian legislation, authors of this paper conclude that the only way to protect the rights of the creators of the specific intellectual creative work created under employment, is that all outstanding issues with regard to his intellectual work to be provided under the contract, and if this is not possible, then even before the signing of the contract to be familiar with the general acts of the employer or the collective contract of the employer concluded with the representative trade union, and whose subject is the regulation of the intellectual property rights of a creative work created under the employment.

VLADIMIR BOROVAC

ZAŠTITA U PRAVU ŽIGA EVROPSKE UNIJE

U V O D

Žig je isključivo imovinsko pravo koje ovlašćuje svog titulara da u privrednom prometu koristi zaštićenu oznaku. Žig za predmet zaštite ima oznaku kojom titular žiga obeležava svoju robu ili uslugu (u cilju jednostavnosti, u daljem tekstu samo: roba) na tržištu u cilju razlikovanja od iste ili slične robe drugog lica. Pod pravom žiga se podrazumeva skup pravnih normi kojima se uređuje pravna zaštita oznake žigom.

Predmet žiga ne obuhvata samo oznaku, već i robu koja je tom oznakom obeležena. Isključivo dejstvo žiga se odnosi samo na korišćenje zaštićene oznake za istu (ili sličnu) vrstu robe. Opisana veza znaka i robe se naziva načelo specijalnosti. Iako se u skladu sa načelom specijalnosti oznaka vezuje za određenu vrstu robe, titular žiga ima pravo da drugim subjektima zabrani da u prometu koriste ne samo registrovanu oznaku za obeležavanje registrovane vrste robe, nego i slične oznake za obeležavanje iste ili slične vrste robe. Smisao ovako proširenog obima zaštite proizlazi iz osnovne funkcije žiga – ukazivanja na poreklo robe: da bi žig mogao imati tu funkciju, neophodno je da titular žiga može da se odbrani od svakog trećeg lica koje označava svoju robu na način koji učesnike u prometu (posebno potrošače) navodi ili može navesti na pogrešan zaključak o identitetu subjekta od kojeg roba potiče (zabuna o poreklu robe).¹ Prema tome, osnovno

Vladimir Borovac, student doktorskih studija Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

¹ Slobodan M. Marković, *Pravo intelektualne svojine*, Sarajevo, 2007, str. 161.

ovlašćenje nosioca žiga je da zabrani trećim licima da u prometu koriste oznaku čija upotreba, usled istovetnosti ili sličnosti sa zaštićenom oznakom, kao i istovetnosti ili sličnosti robe za čije obeležavanje se koristi sa robom za koju je oznaka registrovana, može da dovede potrošače u zabludu u pogledu porekla robe. Dakle, pravo žiga načelno dozvoljava trećim licima da upotrebljavaju oznaku identičnu zaštićenoj oznaci za obeležavanje robe potpuno različite od robe za koju je oznaka registrovana jer u toj situaciji ne dolazi do zablude potrošača o poreklu robe, pa nije narušena osnovna funkcija koju oznaka vrši u prometu, a to je ukazivanje na poreklo robe.

Izuzetak od načela specijalnosti postoji u slučaju čuvenog žiga, odnosno žiga kojim se štiti oznaka koja je kod učesnika u prometu stekla veoma visok nivo poznatosti. Čuvene oznake su zaštićene i od razvodnjavanja (*eng. dilution*) što podrazumeva pravo da se trećim licima pod određenim uslovima zabrani registracija ili upotreba iste ili slične oznake i za druge vrste robe. Dakle, nosilac čuvenog žiga, pored ovlašćenja da zabrani registraciju i upotrebu iste ili slične oznake za istu ili sličnu vrstu robe koja bi potrošače dovela u zabludu u pogledu porekla robe, ima ovlašćenje da pod određenim uslovima zabrani registraciju i upotrebu iste ili slične oznake za različitu robu (iako u tom slučaju ne postoji opasnost od dovođenja potrošača u zabludu u pogledu porekla robe).

POJAM RAZVODNJAVANJA ČUVENE OZNAKE

U anglosaksonsku literaturu je institut zaštite od razvodnjavanja čuvene oznake prvi uveo Frenk Šehter (*Frank Schechter*) 1927. godine (mada nije upotrebio termin „razvodnjavanje“).² Šehter je izrazio neslaganje sa načelom specijalnosti koje su sudovi tog vremena dosledno primenjivali, što je podrazumevalo nemogućnost sankcionisanja upotrebe zaštićene oznake za robu različitu od one za koju je ta oznaka korišćena, bez obzira koliki stepen poznatosti i reputacije je oznaka dostigla. Šehter je smatrao da je pogrešno da pravo žiga ne ovlašćuje titulara žiga da zabrani upotrebu poznatih oznaka (npr. „Rolls Roys“ ili „Kodak“) za obeležavanje bilo koje vrste robe. Njegov zaključak je da očuvanje jedinstvenosti oznake treba da bude jedini racionalni osnov njene zaštite putem žiga.³

U decenijama koje su usledile institut zaštite od razvodnjavanja čuvene oznake je postepeno uvođen u zakone država članica SAD-a, dok je prvi federal-

² Vid. Frank I. Schechter, „The Rational Basis of Trademark Protection“, *Harvard Law Review*, Vol. 40/6, 1927, str. 813-833. U navedom radu je prvi put u anglosaksonskoj literaturi iznesen novi koncept zaštite koju žig pruža, mada je Šehter inspiraciju za svoje ideje našao u nemačkoj sudskoj praksi.

³ Op. cit., str. 831.

ni zakon SAD-a o razvodnjavanju žiga donet 1995. godine.⁴ Paralelno sa zakonodavnim prihvatanjem instituta zaštite od razvodnjavanja čuvene oznake, tekle su i teorijske rasprave na temu opravdanja ovog instituta, opravdanosti njegovog uvođenja u pravni sistem, uslova njegove primene, obima zaštite koju pruža titularu žiga itd.⁵ Reč je o institutu o kojem i danas postoje oprečna mišljenja u literaturi i čija bi se primena od strane sudova teško mogla nazvati doslednom.⁶ Ipak, kako je cilj ovog rada ukazivanje na samo jedan aspekt primene instituta zaštite od razvodnjavanja o kojem će u daljem tekstu biti reči, na ovom mestu neće biti rasprave o svim otvorenim pitanjima ovog instituta.

U savremenom pravu SAD-a (kao i u nizu drugih pravnih sistema) je prihvaćeno da institut zaštite od razvodnjavanja čuvene oznake pruža zaštitu od dva vida "štete" koja mogu da nastanu za čuvenu oznaku usled upotrebe identične ili slične oznake za različitu robu. Prvi vid „štete“ (koji se u pravu SAD-a naziva *blurring*) se sastoji u narušavanju distinktivnosti čuvene oznake. Čuvena oznaka poseduje najviši nivo distinktivnosti i potrošači pri susretu sa njom imaju direk-

⁴ *Federal Trademark Dilution Act* iz 1995. godine.

⁵ Vid. David S. Welkowitz, "Reexamining Trademark Dilution", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 44, 1991, str. 531-588; Barton Beebe, "The Semiotic Analysis of Trademark Law", *UCLA Law Review*, vol 51, 2004, str. 621-704; Barton Beebe, "A Defense of New Federal Trademark Antidilution Law", *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, Vol. 16, 2006, str. 1143-1174; Jacob Jacoby, "The Psychological Foundations of Trademark Law: Secondary Meaning, Genericism, Fame, Confusion and Dilution", *The Trademark Reporter*, Vol. 91, 2001, str. 1013-1069; Maureen Morin, Jacob Jacoby, "Trademark Dilution: Empirical Measures for an Elusive Concept", *Journal of Public Polic & Marketing*, Vol. 19, Issue 2, 2000, str. 265-276; Rebecca Tushnet, "Gone in Sixty Milliseconds: Trademark Law and Cognitive Science", *Texas Law Review*, Vol. 86, 2008, str. 507-568; J. Thomas McCarty, "Proving a Trademark Has Been Diluted: Theories or Facts?", *Houston Law Review*, Vol. 41/3, 2004, str. 713-747; Robert G. Bone, "Schecheters Ideas in Historical Context And Dilutions Rocky Road", *Santa Clara Computer & High Technology Law Journal*, Vol. 24, Issue 3, 2007-2008, str. 469-506; Robert G Bone, "A Skeptical View of the Trademark Dilution Revision Act", *Intellectual Property Law Bulletin*, Vol. 11, Issue 2, 2007, str. 187-198; Graeme B. Dinwoodie, Mark D. Janis, "Dilution's (Still) Uncertain Future", *Michigan Law Review First Impressions*, Vol. 105, 2006, str. 98-102; Stacey L. Dogan, "What Is Dilution, Anyway?", *Michigan Law Review First Impressions*, Vol. 105, 2006, str. 103-107; David J. Franklyn, "Debunking Dilution Doctrine: Toward a Coherent Theory of the Anti-Free-Rider Principle in American Trademark Law", *Hastings Law Review*, Vol. 56, 2004, str. 117-167; Daniel Klerman, "Trademark Dilution, Search Costs, and Naked Licensing", *Fordham Law Review*, Vol. 74, 2006, str. 1759-1773; Ilanah Simon Fhima, "Dilution by Blurring: A Conceptual Roadmap", *Intellectual Property Quarterly*, Vol. 44, 2010, dostupno na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1531581, 16.08.2014. godine.

⁶ Kao primer rečenog videti analizu primene od strane sudova aktuelnog federalnog zakona SAD o razvodnjavanju (*Trademark Dilution Revision Act* iz 2006. godine - *TDRA*) u prvoj godini njegovog važenja, u: Barton Beebe, "The Continuing Debacle of U.S. Antidilution Law: Evidence From the First Year of Trademark Dilution Revision Act Case Law", *Santa Clara Computer & High Technology Law Journal*, Vol. 24, 2008, str. 450-467.

tnu asocijaciju na proizvod koji je njom obeležen, kao i njegova svojstva. Ukoliko bi bilo dozvoljeno da se čuvena oznaka koristi za obeležavanje niza različitih proizvoda koji potiču od različitih proizvođača, to bi dovelo do situacije da potrošači prilikom susreta sa tom oznakom više ne mogu da budu sigurni o kom proizvodu (i proizvođaču) je reč bez uvida u kontekst upotrebe oznake. Na ovaj način bi bila umanjena efikasnost čuvene oznake kao nosioca informacije o proizvodu koji obeležava. Drugi vid „štete“ za čuvenu oznaku (koji se u pravu SAD-a naziva *tarnishment*) se sastoji u narušavanju reputacije čuvene oznake usled. Ukoliko bi bilo dozvoljeno da se čuvena oznaka koja kod potrošača izaziva pozitivne asocijacije (koje nastaju kao posledica ulaganja nosioca žiga u kvalitet svog proizvoda, njegovu promociju i reklamu) koristi za obeležavanje robe lošeg kvaliteta ili vrste robe koja je nespojiva sa asocijacijama koje oznaka izaziva kod potrošača, to bi narušilo reputaciju oznake i potrošači bi negativne asocijacije mogli da prenesu i na robu označenu čuvenom oznakom.

U teoriji i praksi je nesporno da opisani efekti nisu posledica zablude potrošača u pogledu identiteta robe ili njenog porekla, odnosno da zabluda u pogledu porekla robe nije uslov za nastanak razvodnjavanja čuvene oznake. Međutim, navedena konstatacija predstavlja samo deo slike o odnosu zablude i razvodnjavanja. Bliže proučavanje odnosa ove dve pojave vodi zaključku, koji u teoriji i praksi nije opšteprihvaćen, da u svesti potrošača ne može u istom trenutku postojati zabluda i efekat razvodnjavanja čuvene oznake, jer se zabluda i razvodnjavanje međusobno isključuju.⁷ Naime, u svesti potrošača (kao pojedinca) u određenom trenutku povodom korišćenja oznake iste ili slične čuvenoj oznaci može postojati ili zabluda u pogledu porekla robe obeležene tom oznakom (kada potrošač pogrešno veruje da ta roba potiče od nosioca čuvenog žiga) ili efekat razvodnjavanja čuvene oznake (kada je potrošač svestan da je reč o drugom, nezavisnom subjektu koji koristi oznaku istu ili sličnu čuvenoj oznaci, ali usled tog saznanja u njegovoj svesti dolazi do razvodnjavanja čuvene oznake, jer se ona više ne vezuje za samo jedan proizvod i jednog proizvođača), ali ne mogu postojati obe ove pojave.

INSTITUT ZAŠTITE OD RAZVODNJAVANJA U PRAVU EVROPSKE UNIJE

Izvori prava Evropske unije o žigu

Među državama članicama Evropske unije u oblasti prava žiga postoji visok stepen harmonizovanosti. Pravo žiga na nivou Evropske unije je harmonizovano Prvom Direktivom o harmonizaciji pravnih propisa o žigu iz 1988. godine⁸, na-

⁷ Detaljniju raspravu o odnosu zablude i razvodnjavanja čuvene oznake videti u: Thomas R. Lee, "Demystifying Dilution", *Boston University Law Review*, Vol. 84, 2004, str. 891-895.

⁸ Prva Direktiva 89/104/EZ od 21. decembra 1988. godine o harmonizaciji pravnih propisa država članica koji se odnose na žig.

kon koje je doneta Direktiva o harmonizaciji pravnih propisa o žigu iz 2008. godine (s obzirom na to da su u svim odredbama relevantnim za ovaj rad direktive identične, one će u nastavku biti označavane zajedničnim nazivom: Direktiva).⁹ Direktivom su propisana osnovna pravila o žigu koja države članice moraju da unesu u domaće zakone. U ovom radu će biti proučavano tumačenje Evropskog suda pravde (u daljem tekstu samo: Sud) koje se odnosi na obim primene člana 5 stav 2 i člana 4 stav 4 tačka a) Direktive. U daljem tekstu će biti analiziran samo član 5 stav 2, ali se sve rečeno odnosi i na član 4 stav 4 tačka a) Direktive.

Inače, Uredbom o komunitarnom žigu iz 1993. godine¹⁰ i Uredbom o komunitarnom žigu iz 2009. godine¹¹ je ustanovljena mogućnost registracije žiga sa dejstvom na celoj teritoriji Evropske unije. Međutim, komunitarno pravo žiga nije zamenilo nacionalna prava žiga, koja su i dalje nastavila da postoje. U takvoj situaciji svako lice ima izbor da žig registruje u jednoj ili u više država članica Evropske unije ili da registracijom komunitarnog žiga stekne pravo koje će važiti na teritoriji svih država članica.

INSTITUT ZAŠTITE OD RAZVODNJAVANJA PREMA PROPISIMA EVROPSKE UNIJE

Direktiva u članu 5 stav 2 propisuje da svaka država članica može da propiše da je nosilac žiga ovlašćen da spreči svako treće lice koje nema njegovu saglasnost da koristi u prometu oznaku koja je identična ili slična zaštićenoj oznaci u vezi sa robom i uslugama koje nisu slične onima za koje je žig registrovan, u situacijama kada zaštićena oznaka ima reputaciju u državi članici i ukoliko bi upotreba oznake bez opravdavajućeg razloga donela nefer prednost od, ili bi bila štetna po, distinktivni karakter ili reputaciju zaštićene oznake.¹²

U citiranoj odredbi je propisana zaštita od razvodnjavanja, iako se ne koristi termin "razvodnjavanje".¹³ Direktiva je proširila krug oznaka koje uživaju zaštitu od razvodnjavanja, pa je prema citiranoj odredbi dovoljno da oznaka ima repu-

⁹ Direktiva 2008/95/EZ od 22. oktobra 2008. godine o harmonizaciji pravnih propisa država članica koji se odnose na žig.

¹⁰ Uredba Saveta (EZ) broj 40/94 od 20. decembra 1993. godine o komunitarnim žigovima.

¹¹ Uredba Saveta (EZ) broj 207/2009 od 26. februara 2009. godine o komunitarnom žigu.

¹² Više o načinu na koji je Sud tumačio pojedine elemente citirane odredbe videti u Ksenija Vlašковиć, "Zaštita poznatih žigova po Direktivi EZ broj 89/104/EEZ", *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 1/2013, str. 266-280.

¹³ Za stavljanje člana 5 stav 2 Direktive u kontekst (u terminološkom i teorijskom smislu) instituta zaštite od razvodnjavanja razvijanog u teoriji i praksi SAD-a vid. mišljenje Generalnog advokata Jakobsa (Jacobs) u predmetu *Davidoff & Cie SA and Zino Davidoff SA v Gofkid (C-292/00)* od 10.07.2003. godine, pasusi 36-39 (dalje u fusnoti: mišljenje Generalnog advokata Jakobsa).

taciju u državi članici, što je niži standard od standarda čuvenosti koji su oznake tradicionalno morale da ispune da bi uživale zaštitu od razvodnjavanja. Zbog toga će u nastavku rada biti reči o zaštiti od razvodnjavanja oznaka sa reputacijom.

Osnovni uslov za primenu odredbe člana 5 stav 2 Direktive je da potrošači usled sličnosti mlađe oznake i oznake sa reputacijom misaono povežu te dve oznake, te da kao proizvod toga nastane jedna od posledica koje odredba nabraja. Misaono povezivanje oznaka je posledice pre svega njihove sličnosti, s tim da je zahtevana sličnost svakako manja od sličnosti koja uzrokuje zabludu potrošača o poreklu robe.¹⁴ Stav Suda je da postoji misaona veza između dve oznake kada mlađa oznaka kod normalno informisanog, pažljivog i razboritog potrošača vraća u sećanje stariju oznaku sa reputacijom.¹⁵ Posledice koje nastaju kao proizvod misaonog povezivanja oznaka se mogu podeliti u tri grupe. Šteta po distinktivnost oznake sa reputacijom odgovara pojmu *blurring*-a u pravu SAD-a, dok šteta po reputaciju oznake sa reputacijom odgovara pojmu *turnishment*-a u pravu SAD-a.

Pored toga, zaštita se pruža nosiocima žigova i u situaciji (koju zakon SAD-a ne sankcioniše) kada bi upotreba oznake iste ili slične zaštićenoj oznaci donela nefer prednost njenom korisniku, koja je posledica distinktivnog karaktera ili reputacije zaštićene oznake. Navedeno pravilo se u teoriji naziva zabrana „slobodne vožnje“ i ono zabranjuje korišćenja oznake bez obzira da li se tom upotrebom nanosi bilo kakva šteta oznaci sa reputacijom (odnosno njenoj reputaciji ili distinktivnom karakteru), već samo na osnovu činjenice da lice koje upotrebljava tu oznaku može na osnovu misaone veze koju će potrošači stvoriti sa oznakom sa reputacijom steći prednost koja može biti okarakterisana kao nefer.¹⁶

¹⁴ Evropski sud pravde je u presudi u predmetu Intel Corporation Inc. v CPM United Kingdom Ltd (C-252/07) od 02.11.2008. godine (dalje u fusnoti: **presuda u predmetu Intel**) u pasusima 41 i 42 našao da je za utvrđivanje misaonog povezivanja oznaka neophodno uzeti u obzir sve relevantne okolnosti konkretnog slučaja, kao što su: stepen sličnosti oznaka koje se međusobno poredе, vrste proizvoda i usluga, uključujući stepen njihove sličnosti ili različitosti, merodavni krugovi potrošača, stepen reputacije starijeg žiga, stepen distinktivnosti starijeg žiga, bez obzira da li je ona izvorna ili stečena kroz korišćenje, kao i postojanje opasnosti zamene.

¹⁵ **Presuda u predmetu Intel, pasus 63.**

¹⁶ Na pitanje da li se član 5 stav 2 Direktive primenjuje i u situacijama kada upotreba oznake bez opravdavajućeg razloga donosi nefer prednost koja je posledica distinktivnog karaktera ili reputacije zaštićene oznake, čak i kada za distinktivni karakter ili reputaciju zaštićene oznake ne nastaje šteta, Sud je u potvrđan odgovor dao u presudi u predmetu predmetu L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC and Laboratoire Garnier & Cie v Bellure NV, Malaika Investments Ltd and Starion International Ltd (C-487/07) od 18.07.2009. godine (dalje u fusnoti: **presuda u predmetu L'Oréal**).

Analiza tumačenja Evropskog suda pravde vezanog za mogućnost primene člana 5 stav 2 Direktive o harmonizaciji pravnih propisa o žigu u slučaju korišćenja iste ili slične oznake za obeležavanje iste ili slične robe
Tumačenje Evropskog suda pravde

Odredba člana 5 stav 2 Direktive propisuje da se zaštita od razvodnjavanja odnosi isključivo na situacije kada se oznaka identična ili slična oznaci sa reputacijom koristi za obeležavanje robe koja nije slična robi za koju je oznaka registrovana (dalje u tekstu: upotreba iste ili slične oznake za različitu robu). Opisano polje primene instituta zaštite od razvodnjavanja je u skladu sa dugogodišnjim shvatanjem tog instituta. Kao što je opisano, ovaj institut je nastao kao odgovor na krutost načela specijalnosti čija primena je ograničavala pravo nosioca žiga da zabrani upotrebu iste ili slične oznake samo za obeležavanje robe koja je ista ili slična robi za koju je oznaka registrovana (dalje u tekstu: upotreba iste ili slične oznake za istu ili sličnu robu), odnosno samo u situaciji kada potrošači mogu biti dovedeni u zabludu u pogledu porekla robe.

Međutim, Sud je u dve presude koje je doneo 2003. godine izneo drugačije tumačenje člana 5 stav 2 Direktive. U presudama koje je doneo u predmetima *Davidoff II*¹⁷ *Adidas-Salomon AG*¹⁸ Sud je našao da se zaštita koju pruža član 5 stav 2 Direktive odnosi i na situacije upotrebe iste ili slične oznake za istu ili sličnu robu, a ne isključivo na situacije njene upotrebe za različitu robu. Tumačenje Suda je suprotno izričito definisanom polju primene odredbe člana 5 stav 2 Direktive, na koji način je Sud praktično izmenio pravilo citirane odredbe i proširio polje njegove primene. Iako primena člana 5 stav 2 Direktive nije obavezna za države članice, Sud je stao na stanovište da ukoliko se države članice odluče da uvrste u domaće zakone pravilo koje štiti oznake sa reputacijom od razvodnjavanja, ono mora biti formulisano u skladu sa tumačenjem koje je dao Sud, odnosno mora obuhvatati i situacije upotrebe iste ili slične oznake za istu ili sličnu robu.

Izneti stavovi Suda će po svemu sudeći biti inkorporisani u propise čije donošenje je najavljeno u predstojećoj reformi evropskog prava žiga. Naime, u Studiji o sveukupnom funkcionisanju Evropskog žigovnog sistema koju je na zahtev Evropske komisije izradio Maks Plank institut za intelektualnu svojinu i pravo konkurencije (u daljem tekstu samo: Studija) su predložene izmene evropskog

¹⁷ Presuda Evropskog suda pravde u predmetu *Davidoff & Cie SA and Zino Davidoff SA v Gofkid Ltd (C-292/00)* od 09.01.2003. godine (dalje u fusnoti: **presuda u predmetu Davidoff II**).

¹⁸ Presuda Evropskog suda pravde u predmetu *Adidas-Salomon AG (formerly Adidas AG) and Adidas Benelux BV v Fitnessworld Trading Ltd (C-408/01)* od 23.10.2003. godine (dalje u fusnoti: **presuda u predmetu Adidas-Salomon AG**).

prava žiga.¹⁹ U Studiji je podržan stav Suda iznet u presudama u predmetima *Davidoff II* i *Adidas-Salomon AG*, te je izneto stanovište da u okviru reforme prava žiga u propisima treba da bude izričito navedeno da proširena zaštita koja se pruža oznakama sa reputacijom treba da bude dostupna bez obzira da li se ista ili slična oznaka koristi za identičnu, sličnu ili robu koja nije slična robi za koju je oznaka sa reputacijom registrovana.²⁰

Evropska komisija je u martu 2013. godine predstavila predlog nove Direktive o harmonizaciji pravnih propisa o žigu²¹ (dalje u tekstu: predlog Direktive) u kojem je prihvaćen opisani stav Suda. Prema predlogu Direktive nosilac žiga je ovlašćen da spreči svako treće lice koje nema njegovu saglasnost da u prometu koristi oznaku koja je identična ili slična zaštićenoj oznaci, nezavisno od toga da li se oznaka koristi u vezi sa robom i uslugama koje su iste, slične ili nisu slične onima za koje je žig registrovan, u situacijama kada zaštićena oznaka ima reputaciju u državi članici i ukoliko bi upotreba oznake bez opravdavajućeg razloga donela nefer prednost od, ili bi bila štetna po, distinktivni karakter ili reputaciju zaštićene oznake.

Analiza tumačenja Evropskog suda pravde

Sud je, kao obrazloženje svog stava o proširenju polja primene člana 5 stav 2 Direktive, naveo da ta odredba ne može biti tumačena na način koji bi vodio rezultatu da oznake sa reputacijom uživaju manju zaštitu u situacijama kada se ista ili slična oznaka koristi za istu ili sličnu robu, nego u situacijama kada se koristi za različitu robu.²² U teoriji nije posvećena značajnija pažnja navedenom argumentu i on nije temeljnije kritički preispitivan.²³ Smatramo da argument Suda zaslužuje

¹⁹ *Study on the Overall Functioning of the European Trade Mark System*, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, Munich, 2011, dostupno na adresi: http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/docs/tm/20110308_allensbach-study_en.pdf, 08.08.2014. godine (dalje u fusnoti: Studija).

²⁰ Vid. Studija, str. 107, pasus 2.197 i str. 265, pasus 62.

²¹ Predlog Direktive Evropskog parlamenta i Saveta o o harmonizaciji pravnih propisa o žigu, dostupno na adresi: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52013PC0162>, 08.08.2014. godine.

²² Vid. presudu u predmetu *Davidoff II*, pausus 25.

²³ Izuzetak u tom pogledu predstavlja rad: J. Thomas McCarty, "Dilution of a Trademark: European and United States Law Compared", *The Trademark Reporter*, Vol. 94, 2004, str. 1163-1181, u kojem je kritikovan stav Suda izražen u presudama u predmetima *Davidoff II* i *Adidas*. Autor je navedeno obrazloženje Suda razumeo na način da je Sud naveo da odredbi člana 5 stav 2 ne može biti dato tumačenje koje bi proizvelo da u pravu žiga oznake sa reputacijom imaju manju zaštitu od oznaka bez reputacije, pa je kritikovao navedeni stav. Mi smo obrazloženje Suda razumeli na drugačiji način, pa i naša analiza ide u drugom smeru.

bližu pažnju jer ima veliki značaj s obzirom na to da je doveo do primene odredbe člana 5 stav 2 Direktive na način koji je drugačiji od njenog jezičkog značenja, a izgleda da će stav Suda biti inkorporisan u Direktivu čije se donošenje najavljuje.

Mi smo citirani argument za proširivanje polja primene instituta zaštite od razvodnjavanja razumeli na način da je Sud našao da je neprihvatljivo tumačenje koje bi vodilo rezultatu da oznake sa reputacijom u sistemu prava žiga uživaju manju zaštitu u situacijama kada se ista ili slična oznaka koristi za istu ili sličnu robu, nego u situacijama kada se koristi za različitu robu, pošto korišćenje oznake za istu ili sličnu robu svakako predstavlja jači vid ugrožavanja zaštićene oznake, nego njeno korišćenje za različitu robu.

Iako opisani stav Suda na prvi pogled deluje razborito, smatramo da mu se može uputiti kritika, jer primena odredbe člana 5 stav 2 Direktive u skladu sa njenim jezičkim značenjem ne bi vodila rezultatu da oznake sa reputacijom u sistemu prava žiga uživaju manju zaštitu kada se ista ili slična oznaka koristi za istu ili sličnu robu, nego kada se koristi za različitu robu. Naime, nosilac žiga ima pravo da zabrani upotrebu iste ili slične oznake za istu ili sličnu robu uvek kada takva upotreba može dovesti potrošače u zabludu u pogledu porekla robe. Pored toga, mora se imati u vidu pravilo prava žiga da je obim zaštite jedne oznake proporcionalan nivou njene distinktivnosti. U slučaju kada se zaštita pruža oznaci visokog nivoa distinktivnosti, prilikom vršenja procene da li postoji opasnost dovođenja potrošača u zabludu, krug sličnih oznaka, odnosno sličnih proizvoda koji su obuhvaćeni zaštitom će biti veći nego u slučaju da je reč o oznaci niskog nivoa distinktivnosti. Najšira zaštita se pruža upravo oznakama sa reputacijom. Prema tome, zaštita oznake sa reputacijom u slučaju korišćenja iste ili slične oznake za istu ili sličnu robu je svakako šira nego zaštita koju ta oznaka, na osnovu člana 5 stav 2 Direktive, uživa u slučajevima upotrebe iste ili slične oznake za različitu robu. Po našem mišljenju, oznaka koja je dovoljno slična oznaci sa reputacijom da je potrošači misaono povezuju sa tom oznakom čak i kada se koristi za različitu robu (odnosno koja je podobna da izazove razvodnjavanje oznake sa reputacijom u slučaju korišćenja za različitu robu), bi svakako dovela potrošače u zabludu ukoliko bi bila korišćenja za obeležavanje iste ili slične robe i nosilac žiga bi imao pravo da zabrani takvu upotrebu. Iako je u presudi u predmetu *Davidoff II* Sud naveo da se član 5 stav 2 mora tumačiti u svetlu sveukupne šeme i cilja sistema čiji je deo,²⁴ čini se da Sud nije imao u vidu celokupan sistem prava žiga prilikom zauzimanja svog stava.

Takođe, moguće je da je Sud smatrao da se s obzirom na to da korišćenje oznake za istu ili sličnu robu predstavlja jači vid ugrožavanja zaštićene oznake nego korišćenje za različitu robu, svako isključivo ovlašćenje koje nosilac žiga ima (pa tako i ovlašćenje propisano članom 5 stav 2 Direktive) mora pre svega odno-

²⁴ Presuda u predmetu *Davidoff II*, pausus 24.

siti na situaciju korišćenje oznake za istu ili sličnu robu. Drugim rečima, moguće da je Sud našao našao da ukoliko neka odredba pruža nosiocu žiga određeni vid zaštite u slučaju korišćenja iste ili slične oznake za različitu robu onda ta odredba *a fortiori* mora pružati zaštitu u slučaju korišćenja iste ili slične oznake za istu ili sličnu robu.

Nismo ubeđeni u ispravnost ni ovog argumenta. Naime, upotreba iste ili slične oznake za obeležavanje iste ili slične robe jeste u centru pažnje prava žiga kao celine jer takva upotreba po pravilu vodi zabludi u pogledu porekla robe, pa je pravo žiga po tom osnovu zabranjuje. Međutim, situacije upotrebe iste ili slične oznake za obeležavanje iste ili slične robe nisu situacije u kojima najčešće dolazi do razvodnjavanja. Naime, kako se zabluda i efekat razvodnjavanja, kao što smo objasnili, u svesti potrošača međusobno isključuju, to znači da se u slučaju upotrebe iste ili slične oznake za istu ili sličnu robu razvodnjavanje može javiti samo izuzetno. Rečeno posebno dolazi do izražaja kada se ima u vidu pravilo da je obim zaštite oznake proporcionalan nivou njene distinktivnosti. To znači da je u slučaju oznaka sa reputacijom (koje imaju najviši nivo distinktivnosti) izuzetno mala verovatnoća da upotreba iste ili slične oznake za istu ili sličnu robu neće potrošače dovesti u zabludu u pogledu porekla robe, pa je mala mogućnost da dođe do razvodnjavanja oznake. Prema tome, s obzirom na to da situacije upotrebe oznake iste ili slične oznaci sa reputacijom za istu ili sličnu robu samo izuzetno mogu dovesti do razvodnjavanja, smatramo da nije ubedljiv *a fortiori* argument Suda za proširivanje polja primene člana 5 stav 2 Direktive.

Imajući u vidu sve navedeno, sasvim je očekivana činjenica da se kroz svoj razvoj institut zaštite od razvodnjavanja nije bavio upotrebama iste ili slične oznake za istu ili sličnu robu. Teorijska razmatranja i praktična primena ovog instituta od njegovog nastanka su se odnosili isključivo na situacije upotrebe oznake koja je identična ili veoma slična oznaci sa reputacijom za obeležavanje robe koja je do te mere različita da je isključena mogućnost dovođenja potrošača u zabludu u pogledu porekla robe. Prema tome, analizirano tumačenje Suda je proširilo primenu instituta zaštite od razvodnjavanja u sferu u kojoj on tradicionalno nije primenjivan, odnosno na situacije u kojima je osnovni razlog misaonog povezivanja oznaka njihova upotreba za istu ili sličnu robu, dok sličnost oznaka postoji, ali je dovoljno niskog nivoa da ne postoji opasnost dovođenja potrošača u zabludu.

Prilikom usvajanja svakog pravila koje značajno menja dotadašnje propise mora biti izvršena temeljna analiza razloga njegovog usvajanja, kao i očekivanih efekata njegove primene. U tom smislu, smatramo da će analizirano tumačenje Suda kao posledicu imati mogućnost nosioca žiga sa reputacijom da zabrani označavanje iste ili slične robe oznakama koje imaju vrlo malo elemenata sličnih oznaci sa reputacijom. Naime, već smo objasnili da je krug oznaka čiju upotrebu za istu ili sličnu robu može da zabrani nosilac žiga sa reputacijom veoma širok zbog primene pravila da je obim zaštite jedne oznake (u kontekstu procene opa-

snosti dovođenja potrošača u zabludu) proporcionalan nivou njene distinktivnosti. Ukoliko se ima u vidu da standard misaonog povezivanja oznaka u situacijama iste ili slične robe zahteva niži nivo sličnosti oznaka nego što je to slučaj sa standardom opasnosti dovođenja potrošača u zabludu, jasno je da će nosilac žiga sa reputacijom imati pravo da aktivira mehanizam zaštite od razvodnjavanja i u situacijama kada je nivo sličnosti oznaka veoma nizak.²⁵ To će dodatno proširiti (inače širok) krug oznaka čiju upotrebu za istu ili sličnu robu on može da zabraniti, pa se može postaviti pitanje da li je opravdano takvo proširenje zaštite koju žig pruža.

U tom kontekstu se čini opravdanim zapažanje izneto u mišljenju Generalnog advokata Jakobsa (Jacobs) u predmetu *Davidoff II*, da bi proširivanje primene odredbe člana 5 stav 2 Direktive i na slučajeve upotrebe oznake za istu ili sličnu robu zamaglilo granice koje žig pruža na osnovu Direktive. Naime, lice koji želi da upotrebljava ili registruje novu oznaku će, ukoliko želi da izbegne primenu člana 5 stav 2 Direktive, morati da pazi da za istu ili sličnu robu u državi članici nije registrovana slična oznaka sa reputacijom, s tim da je standard sličnosti koji može da proizvede misaono povezivanje dve oznake veoma nizak. Rečeno naročito može predstavljati prepreku za sticanje komunitarnog žiga, jer će, prema članu 8 stav 5 Uredbe o komunitarnom žigu, registracija komunitarnog žiga biti sprečena ukoliko su ispunjeni uslovi identični uslovima iz člana 5 stav 2 Direktive, a u slučaju opozicije nosioca žiga za oznaku koja ima reputaciju u bilo kojoj od država članica.²⁶

Takođe, tumačenje odredbe člana 5 stav 2 Direktive koje je Sud izneo u presudama u predmetima *Davidoff II* i *Adidas-Salomon AG* je otvorilo vrata odluci koju je Sud nekoliko godina kasnije doneo u predmetu *L'Oréal*.²⁷ Sud je odlučivao

²⁵ Rečeno je vidljivo upravo iz činjenica u **predmetu** *Adidas-Salomon AG*. Naime, tužilac je nosilac žiga za oznaku sa reputacijom koja je registrovana za razne vrste odevnih predmeta, a sastoji se iz tri vertikalne paralelne pruge jednake dužine koje mogu biti različitih veličina i boja, ali su uvek u kontrastu sa bojom samog odevnog predmeta. Tuženi je proizvođač sportske opreme čiji je niz odevnih predmeta sadržao motiv od dve vertikalne paralelne pruge na bočnim stranama odevnog predmeta, koje su kontrastu sa njegovom bojom. Iako je korišćenje pruga kao ukrasnih motiva veoma često na sportskoj odeći i iako potrošači nisu bili dovedeni u zabludu u pogledu porekla robe, pred Sudom se postavilo pitanje da li tužilac kao nosilac žiga sa reputacijom ima pravo da zabrani njihovu upotrebu na opisani način.

²⁶ Mišljenje Generalnog advokata Jakobsa, pasus 55 i 56. Inače, u mišljenju je zaključeno da se odredba člana 5 stav 2 treba tumačiti u skladu sa njenim jezičkim značenjem i da ne treba proširivati njeno dejstvo na situacije upotrebe oznake za istu ili sličnu robu. Sud nije prihvatio ovaj stav i presudi je drugačije odlučio.

²⁷ Vid. **presudu u predmetu** *L'Oréal*, pasusi 51-65. **Napominjemo da su razni aspekti ove presude kritikovani u teoriji. Vid npr.** Dev Gangjee, Robert Burrell, "A Brief Note on L'oreal and the Prohibition on Free Riding", *University of Queensland TC Beirne School of Law Research Pa-*

u sporu u kojem su tužioci proizvođači parfema i nosioci više žigova čiji su predmet između ostalog i trodimenzionalni oblici bočica u kojima se parfemi prodaju, dok su tuženi proizvođači i distributeri jeftinih parfema koji pokušavaju da oponašaju miris poznatih parfema tužilaca i koji su prodavani u bočicama koje su slične bočicama tužilaca. Zaštićeni trodimenzionalni oblici su imali reputaciju u smislu člana 5 stav 2 Direktive, a sličnost oblika bočica tuženog i zaštićenih oblika bočica tužilaca nije imala za posledicu zabludu potrošača o poreklu robe. Tuženi nisu pokušavali da svoje parfeme predstavljaju kao parfeme tužilaca, već su ih prodavali kao parfeme koji oponašaju miris parfema tužilaca, a u sklopu oponašanja su i bočice bile slične. Sud je u svojoj odluci dao tumačenje člana 5 stav 2 Direktive iz kojeg proizlazi da ovakav način poslovanja tuženih predstavlja povredu žiga, jer su tuženi korišćenjem sličnih bočica imali za cilj da stvore asocijaciju kod potrošača između svojih parfema i parfema tužilaca, te da na taj način steknu prednost koju će koristiti u marketinške svrhe, a koja je posledica distinktivnog karaktera i reputacije zaštićenih oznaka tužilaca, te da za takav zaključak nije relevantna činjenica što postupanjem tuženih nije nastala nikakva šteta za distinktivni karakter i reputaciju zaštićenih oznaka tužilaca. Smatramo da odluka Suda predstavlja gubitak za potrošače, jer je kao protivan pravu žiga označen način poslovanja koji doprinosi povećanju ponude proizvoda na tržištu i pruža mogućnost potrošačima slabije kupovne moći da kupe „jeftinije verzije“ proizvoda koji su im nedostupni, a da pritom potrošači ni u jednom trenutku nisu dovedeni u zabludu u pogledu porekla proizvoda koji im se nude.

ZAKLJUČAK

Institut zaštite od razvodnjavanja čuvene oznake je nastao kao odgovor na krutost načela specijalnosti čija primena je ograničavala pravo nosioca žiga da zabrani jedino upotrebe oznake koja je mogla da dovede potrošače u zabludu u pogledu porekla robe, odnosno samo upotrebe oznake iste ili slične zaštićenoj oznaci za obeležavanje iste ili slične robe. Kao posledica toga, institut zaštite od razvodnjavanja je tokom svog razvoja imao u vidu isključivo situacije korišćenja oznake identične ili slične čuvenoj oznaci za robu koja nije slična robi za koju je

*per No. 09-32, 2009, dostupno na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1491402, 16.08.2014. godine; Dev Gangjee, "Property in Brands" (rad je opširnija verzija poglavlja "Property in Brands: The Commodification of Conversation" koje deo knjige *Property Concepts in Intellectual Property Law* (Cambridge: CUP 2013) urednika H. Howe i J. Griffiths), dostupno na: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2235721, 16.08.2014. godine; Audrey Horton, "The Implications of L'Oréal v Bellure - a Retrospective and a Looking Forward: the Essential Functions of a Trade Mark and When is an Advantage Unfair?", *European Intellectual Property Review*, Vol. 33, 2011, str. 555; Vladimir Borovac, "Kritički osvrt na tumačenje funkcija žiga u praksi Evropskog suda pravde", *Pravo i privreda*, br 7-9/2014, str. 85-98.*

oznaka registrovana. To je bilo tradicionalno polje primene tog instituta, u skladu sa kojim je formulisana odredba člana 5 stav 2 Direktive EU o harmonizaciji pravnih propisa o žigu (dalje u tekstu: Direktiva) koja je posebnu zaštitu koju uživaju oznake sa reputacijom vezala za situacije korišćenja oznake identične ili slične oznaci sa reputacijom za robu koja nije slična robi za koju je oznaka registrovana. Ipak, Evropski sud pravde (dalje u tekstu: Sud) je našao da se odredba člana 5 stav 2 Direktive ima primenjivati i na situacije kada se oznaka identična ili slična oznaci sa reputacijom koristi za robu koja je identična ili slična robi za koju je oznaka registrovana, te je na taj način proširio tradicionalno polje primene instituta zaštite od razvodnjavanja.

Smatramo da argument koji je Sud dao u prilog svog stava o proširenju polja primene odredbe člana 5 stav 2 Direktive ima određenih slabosti. Takođe, smatramo da će tumačenje Suda kao posledicu imati mogućnost nosioca žiga sa reputacijom da zabrani označavanje iste ili slične robe oznakama koje imaju vrlo malo elemenata sličnih oznaci sa reputacijom. To može predstavljati prepreku za zaštitu novih oznaka u državama članicama, a naročito zaštitu oznaka putem komunitarnog žiga, jer se takvoj registraciji može usprotiviti nosilac žiga za oznaku koja ima reputaciju u bilo kojoj od država članica. Imajući to u vidu, može se postaviti pitanje da li je opravdano ovakvo proširenje zaštite koju žig pruža oznakama sa reputacijom.

VLADIMIR BOROVAC, MA
Ph.D. Student Faculty of Law,
University of Belgrade

PROTECTION IN TRADE MARK LAW OF THE EUROPEAN UNION

Summary

Article 5(2) of the Directive to approximate the laws of the Member States relating to trade marks (hereinafter: the Directive) gives the Member States of the European Union the possibility to specify an extended protection for marks with reputation, which is in theory termed as protection from dilution. The Directive specifies that the protection provided for by Article 5(2) refers to situations when a mark being the same or similar to a mark with reputation is used for the goods which are not similar to the goods for which the mark with reputation is registered, which is the traditional field of application of the institute of protection from dilution. However, the European Court of Justice (hereinafter: the Court) found in its judgments passed in the cases of *Davidoff II* and *Adidas-Salomon AG* that the protection offered by Article 5(2) of the Directive also refers to the situations of use of the same or similar mark for the same or similar goods. The paper contains an analysis of the argument mentioned by the Court supporting its attitude about extension of the field of

application of Article 5(2) of the Directive and it has been concluded that the argument is not convincing. The paper further indicates that the Court's attitude results in the right of the holder trade of mark with reputation to oppose marking the same or similar goods with marks having very few elements similar to the mark with reputation, which may become an obstacle for protection of new marks in Member States, and in particular the protection of new marks by means of the community trade mark. Having this in mind, the author expresses scepticism in respect of the justifiability of extension of the field of application of Article 5(2) of the Directive.

SADRŽAJ – TABLE OF CONTENTS

Pravda i pravo

Justice and Law

La Justice et le Droit

PRAVO I NAČELO SAVESNOSTI I POŠTENJA – III tom

LAW AND PRINCIPLE OF GOOD FAITH – Vol. III

Treća katedra

Third Department

PRAVO NA IMOVINU

RIGHT TO PROPERTY

2. Porezi

Taxes

Zoran Isailović

Funkcije načela oporezivanja u izgradnji savremenih poreskih sistema

To function taxation principles in developing contemporary

tax system

5

Gordana Ilić-Popov

Načelo savesnosti i delatnost poreskih savetnika

Principle of conscientiousness and tax advisers' business

23

Predrag Stojanović,

Milivoje Lapčević

Pravna priroda i elementi legitimizacije instituta "solidarnog poreza"

Legal nature and the elements of legitimization of "solidary tax"

institute

33

721

Srđa Božović

Sadržaj i pravna priroda poreskih olakšica na porez na dohodak fizičkih lica i na porez na dobit pravnih lica Legal nature of tax exemption on income tax natural and legal persons	45
--	----

Hasiba Hrustić

Poreski status prihoda pravnih lica – nerezidenta The tax status of legal entity revenue – non-resident	61
--	----

Miloš Milošević

Zaštita načela fiskalne neutralnosti poreza na dodatu vrednost kod oporezivanja prometa putničkih vozila The protection of the principle of fiscal neutrality of vat in the taxation of supplies of passenger vehicles	77
---	----

Marina Dimitrijević

Odrednice lojalnosti poreskih obveznika Parameters of taxpayers' loyalty	89
---	----

Ivana Ljutić,

Aleksandar Milanović

Primena načela postupanja u dobroj veri u oporezivanju dobiti povezanih lica Application of the principle of acting in a "good faith" in taxation of income of related parties	103
---	-----

Marko Dimitrijević

Poreska politika i investicije Tax policy and investment	119
---	-----

3. Privredna društva

Commercial Companies

Zoran Arsić

Prinudni otkup akcija – primena i pravna priroda Compulsory acquisition of minority shareholdings – application, legal substance	133
--	-----

Dijana Marković-Bajalović

- Primena prava konkurencije na organe javne vlasti
Application of competition rules to public authorities 143

Vuk Radović

- Posledice vršenja prava akcionara na postavljanje pitanja
Consequences of exercising shareholders' right to ask questions . . . 173

Sanja Danković-Stepanović

- Vremenski sukob zakona o zaštiti konkurencije
The time conflict of law on the protection of competition 187

Sonja Bunčić

- Korporativizacija javnih preduzeća i nova uloga države kao osnivača
Corporatisation of a state-owned enterprises and the new role
of the state as the founder 201

Vladimir Savković

- Corporatisation of a state-owned enterprises and the new role
of the state as the founder
Significance and perspectives underlying principles of the UN
on the business ssector and Human Rights 215

Strahinja Miljković

- Da li je Srbiji potreban poseban zakon o franšizingu
Whether serbia needs a specific law on franchising 229

Milja Marić

- Dužnosti kontrolnog društva
Duties of the controlling company 249

4. Međunarodni privredni ugovori, Arbitraža

International Commercial Contracts, Arbitration

Jelena Perović

- Klauzula poverljivosti u međunarodnim privrednim ugovorima
Confidentiality clause in international commercial contracts 239

<i>Francesca Fiorentini</i>	
Good faith purchase of movables in the art market	249
<i>Milena Petrović</i>	
Mesto isporuke robe kao osnov nadležnosti za sporove iz međunarodne prodaje prema pravilima Brisel i Uredbe The place of delivery in cross-border sale of goods contracts as the base of jurisdiction under the Brussels i Regulation	267
<i>Maja Stanivuković</i>	
Idealizam i realizam u priznavanju stranih sudskih odluka Idealism and realism in the field of recognition of foreign judgments	283
<i>Andrea Borroni</i>	
The good faith in the cisg from the spyglass of comparative law	299
<i>Marija Krvavac</i>	
Ugovor o arbitraži i osporavanje nadležnosti arbitraže Arbitration agreement and jurisdiction of arbitral tribunal	319
<i>Dejan Janičijević, Ljubica Nikolić</i>	
Međunarodni javni poredak u arbitraži Seller's right to cure a breach of contract under the Vienna convention	333
<i>Toni Deskoski, Vangel Dokovski,</i>	
Arbitrabilnost sporova u vezi sa klevetom i uvredom u arbitražnom pravu Republike Makedonije Arbitrability of disputes arising out of defamation or insult in Macedonian arbitration law	349
<i>Jelena Vukadinović</i>	
Sudska nadležnost u sporovima iz Ugovora o međunarodnoj distribuciji Jurisdiction in international distribution agreement, with special reference to Corman Collins case	365

Jelena Belović

Pravičnost i princip najbliže veze u međunarodnom privatnom pravu Equity and the closest connection principle in the field of private international law	381
--	-----

Katarina Jovičić

Nemogućnost izvršenja ugovora o međunarodnoj prodaji robe i pravne posledice u tom slučaju Impossibility of the performance of the contract for the international sale of goods and legal consequences in that case	395
--	-----

Dragica Martinović

Arbitražni sporazum i treća lica Arbitration agreement and third parties	409
---	-----

Katica Tomić

Nove tendencije u pogledu forme ugovora u međunarodnom arbitražnom pravu Current trends and developments of the form of the arbitration agreement	419
--	-----

5. Osiguranje

Insurance

Predrag Šulejić

Suspenzija ugovora o osigrnju zbog neplaćanja premije	431
---	-----

Jovan Slavnić

Transparentnost provizije brokera osiguranja u evropskom pravu Transparency of insurance brokers commission in european law ..	437
---	-----

Zoran Radović

Načelo savesnosti i poštenja u plovidbenom osiguranju The principle of good faith and honesty	453
--	-----

Vladimir Čolović

Regulisanje nadležnosti u stvarima koje se odnose na osiguranje po odredbama uredbe EU 1215/2012 Regulation of jurisdiction in matters relating to insurance under the regulation EU 1215/2012	463
---	-----

<i>Slobodan Ilijić</i>	
Položaj aktuara osiguranja u pravnim izvorima Srbije Position of insurance actuaries in legal sources of Serbia	477
<i>Radica Šipovac</i>	
Pravna pravila – ekonomski efekti i rizici osiguranja Legal rules – economic effects and risks of insurance	487
6. Radni odnosi	
<i>Labour Relations</i>	
 <i>Slobodanka Kovačević-Perić, Goran Obradović</i>	
Smisao i domašaj načela savesnosti i poštenja u zaštiti prava iz radnog odnosa pred arbitražom Meaning and scope principles good faith – protection of labour rights in arbitration	497
<i>Lazar Jovevski</i>	
Međunarodno pravni aspekti zabrane rada maloletnih lica International regulation child labor	511
<i>Anđelka Plavšić-Nešić</i>	
Osvrt na radnopravnu i zdravstvenu zaštitu trudnica, porodilja i dece Review of protective labor law and health care of pregnant women, mothers and children	523
<i>Vesna Bilbija</i>	
Postupak zaštite od zlostavljanja na radu kod poslodavca The procedures for protection of mobbing at the employer	535
<i>Svetlana Anđelić</i>	
Ugovorna odgovornost zaposlenog Contractual liability of employee	551
<i>Zoran Mihajloski, Marko Andonov, Teofil Tomanović</i>	
Implementation of the new labor-law institute	565

7. Banke i bankarski poslovi

Banks and Banking Transactions

Stojan Dabić

Bankarski poslovi i poslovi sa hartijama od vrednosti u Prednacrtu Građanskog zakonika Banking activities and securities activities in the Civil Code draft	577
--	-----

Srđan Golubović

Evolucija uloge Evropske centralne banke u uslovima globalne finansijske krize Evolution of the European central bank role in the conditions of global financial crisis	589
--	-----

Nikola Cicmil

Platni promet kao javna funkcija banaka Payment transactions as a public function of banks	601
---	-----

Predrag Knežević,

Žarko Anđelković

Položaj banaka kao hipotekarnih poverilaca Position of the banks as the mortgage creditors	615
---	-----

Mirjana Knežević

Kastodi poslovanje Custody operations	631
--	-----

Biljana Petrevska

Pravni rizik u bankarskom poslovanju Legal risk in banking operations	641
--	-----

Jasmina Labudović-Stanković,

Nada Todorović

Norveška i finansijska kriza Norway and financial crisis	649
---	-----

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

Sticanje i zaštita žigova u upravnom postupku 661

Božin Vlašković

Utvrđivanje konkretne distinktivnosti boje kao predmeta žiga
Determining concrete distinctiveness of the color trademarks 667

Zoran Miladinović

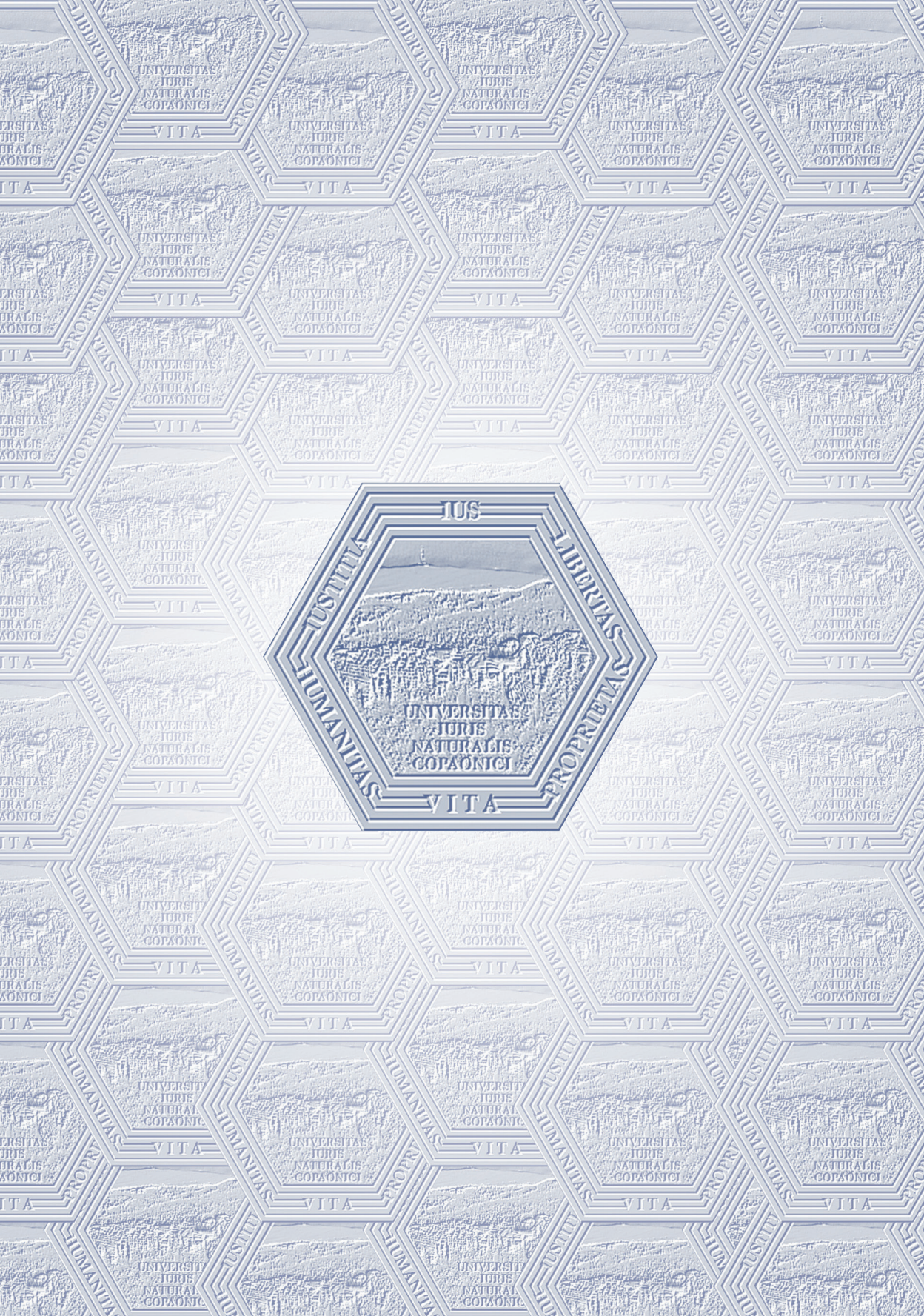
Zaštita pronalazaka na osnovu ugovora o saradnji u oblasti
patenata
Patent protection based on patent cooperation treat 681

*Ljubiša Stefanoski,
Marija Ignjatović*

Načini za regulisanje prava intelektualne svojine nastalih
u okviru radnog odnosa
Regulating Intellectual property rights in labour relations 695

Vladimir Borovac

Zaštita u pravu žiga Evropske unije
Protection in trade mark law of the European Union 707



UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI



IUSTITIA

UNIVERSITAS
JURIS
NATURALIS
COPAONICI

VITA

LIBERTAS